

Recht

Unternehmensinsolvenzen

Leitfaden

Stand: September 2020

vbw

Die bayerische Wirtschaft



Hinweis

Diese Information ersetzt keine rechtliche Beratung im Einzelfall. Eine Haftung übernehmen wir mit der Herausgabe dieser Information nicht.

Dieses Werk darf nur von den Mitgliedern der vbw – Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft e. V. zum internen Gebrauch sowie zur Unterstützung der jeweiligen Verbandsmitglieder im entsprechend geschlossenen Kreis unter Angabe der Quelle vervielfältigt, verbreitet und zugänglich gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Nutzung – insbesondere die Weitergabe an Nichtmitglieder oder das Einstellen im öffentlichen Bereich der Homepage – stellt einen Verstoß gegen urheberrechtliche Vorschriften dar.

Vorwort

Sorgfältige Planung für den Erhalt von Unternehmen trotz Insolvenz

Die wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Pandemie werfen für einige Unternehmen existenzielle Fragen auf. Teile der bayerischen Wirtschaft befinden sich aufgrund des in weiten Teilen zusammengebrochenen Angebots- und Absatzmarktes in großen wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Dieser Einbruch kann zu Unternehmenskrisen führen, die eine Befassung mit dem Thema Insolvenzrecht unvermeidbar machen.

Die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht, die für den Insolvenzgrund der Überschuldung bis Ende 2020 verlängert wurde, schafft zwar vorübergehend Erleichterungen. Sie ist zu begrüßen, weil sie den Unternehmen die Chance gibt, sich zu reorganisieren und von den staatlichen Fördermaßnahmen sowie von einer etwaigen allgemeinen Erholung der Wirtschaftslage zu profitieren.

Andererseits werden einige Unternehmen auch Vorkehrungen für den Fall treffen müssen, dass eine Verbesserung der Situation nicht gelingt. Dabei ist wichtig zu wissen, dass eine Insolvenz nicht immer zum Ende des Betriebes führen muss. Bei sorgfältiger Vorbereitung sind in vielen Fällen eine Sanierung und Fortführung realistisch.

Mit unserem vorliegenden Leitfaden informieren wir Sie über die wesentlichen Aspekte einer Unternehmensinsolvenz und die Möglichkeiten einer frühen Weichenstellung für den Erhalt des Betriebes. Unser besonderes Augenmerk liegt dabei auf den Fragen rund um Arbeitsverhältnisse im Rahmen eines Insolvenzverfahrens.

Bertram Brossardt
28. September 2020

Inhalt

1	Einleitung	1
2	Im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens	2
2.1	Flexibilisierungspotentiale	2
2.1.1	Sanierung ohne Insolvenz	2
2.1.2	Flankierende Maßnahmen im Arbeits- und Sozialrecht	3
2.2	Antragspflichten und -rechte	4
2.2.1	Insolvenzantragspflicht	5
2.2.2	Freiwilliger Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit	6
2.2.3	Die Antragstellung	7
2.3	Corona-bedingte Sonderregelungen	8
2.3.1	Aussetzung der Insolvenzantragspflicht	8
2.3.2	Rechtsfolgen der Corona-bedingten Aussetzung	10
2.3.3	Corona-bedingte Regelung zu Gläubigeranträgen	11
2.3.4	Wirtschaftliche Folgen nach Ende der Aussetzung	11
2.4	Insolvenzplan	12
2.4.1	Insolvenzplanentwurf	12
2.4.2	Alternative: Übertragende Sanierung	13
2.4.3	Inhalt des Insolvenzplans	13
2.4.4	Entstehung und Umsetzung des Insolvenzplans	14
2.4.5	Wirtschaftliche Bewertung	15
2.5	Eigenverwaltung	16
2.5.1	Sogenannte vorläufige Eigenverwaltung	16
2.5.2	Eigenverwaltung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens	18
2.5.3	Wirtschaftliche Bewertung	19
2.6	Vorläufige Insolvenzverwaltung	20
2.6.1	Überblick und Befugnisse	20
2.6.2	Insolvenzgeld	21
3	Das eigentliche Insolvenzverfahren	24
3.1	Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung mangels Masse	24
3.2	Befugnisse des Insolvenzverwalters	25
3.3	Verlauf des Verfahrens – Berichts- und Prüfungstermin	26
3.4	Masseunzulänglichkeit	27

3.5	Verteilung	27
4	Arbeitsrechtliche Aspekte	29
4.1	Individualarbeitsrecht in der Insolvenz	29
4.1.1	Das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz	29
4.1.2	Arbeitsrechtliche Befugnisse des Insolvenzverwalters und Kündigungsschutz	29
4.1.3	Insolvenzrechtliche Einordnung arbeitsrechtlicher Ansprüche	31
4.2	Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband und Tarifverträge	31
4.2.1	Tarifverträge in der Arbeitgeberinsolvenz	32
4.2.2	Außerordentliche Tarifvertragskündigung	33
4.2.3	Kündigungsbeschränkungen	34
4.2.4	Sanierungstarifverträge bzw. Ergänzungstarifverträge	34
4.2.5	Differenzierungsklauseln	36
4.3	Betriebsverfassungsrecht	37
4.3.1	Betriebsvereinbarungen	37
4.3.2	Sozialpläne	38
4.4	Betriebsübergang in der Insolvenz	41
4.5	Transfergesellschaften	42
4.6	Betriebliche Altersversorgung und Pensionssicherungsverein	44
4.6.1	Begriff der betrieblichen Altersversorgung	44
4.6.2	Arbeitgeberinsolvenz und betriebliche Altersversorgung	45
4.6.3	Leistungspflicht und Finanzierung des Pensionssicherungsvereins	47
4.6.4	Mögliche Entlastungsbeiträge des PSVaG, auch im Vorfeld der Insolvenz	48
5	Sozialversicherungsrechtliche Fragen	49
5.1	Allgemeine Aspekte	49
5.2	Wertguthaben	49
5.2.1	Insolvenzsicherungspflicht	49
5.2.2	Instrumente der Insolvenzsicherung	50
5.3	Altersteilzeit	51
	Ansprechpartner / Impressum	52

1 Einleitung

Die Insolvenz von Kapitalgesellschaften mit Blick auf die Arbeitgeberstellung

Der vorliegende Leitfaden beruht auf der Publikation „Insolvenz und Arbeitsbedingungen“, die Professor Dr. Richard Giesen, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR), Ludwigs-Maximilians-Universität München, für den Verband HESSENMETALL erstellt hat.

Der Leitfaden soll Unternehmen einen allgemeinen Überblick über das Thema Insolvenz bieten und nimmt dabei vor allem diejenigen Fragen in den Fokus, die in einer Unternehmenskrise von besonderer Bedeutung sind. Ein ganz besonderer Schwerpunkt liegt dabei auf arbeitsrechtlichen Fragen vor und während eines Insolvenzverfahrens.

Die Informationen sind insbesondere als Unterstützung für Unternehmen gedacht, die als Kapitalgesellschaften organisiert sind. Themen, die ausschließlich bei der Insolvenz von natürlichen Personen (oder von juristischen Personen, für welche natürliche Personen gesellschaftsrechtlich haften) relevant sind, werden nicht behandelt. Die Probleme der Konzerninsolvenz und des internationalen Insolvenzrechts werden nur am Rand erörtert.

2 Im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens

Antragstellung, vorläufige Insolvenzverwaltung, Wege zum Insolvenzplan und zur Eigenverwaltung

2.1 Flexibilisierungspotentiale

2.1.1 Sanierung ohne Insolvenz

In der Regel ist es das Ziel eines Unternehmens, eine Krise ohne Insolvenzverfahren zu überwinden. Denn oft fördert das Insolvenzverfahren den Zusammenbruch eines Unternehmens, anstatt ihn aufzuhalten. Das beruht darauf, dass die Insolvenzforderungen nicht mehr bedient und Verträge möglicherweise nicht mehr eingehalten werden, dass mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter eine fremde Person die Leitungsaufgaben des Unternehmens übernimmt und dass die Insolvenz oft auch als äußeres Zeichen betriebswirtschaftlichen Versagens wahrgenommen wird. Lieferanten und Kunden gehen auf Abstand, und diejenigen Mitarbeiter und Führungskräfte, die woanders unterkommen können, verlassen das Unternehmen bald. Wenn kein Insolvenzplan erstellt werden kann, geht mit der Insolvenz außerdem der Wert der Kapitalanteile an der Gesellschaft verloren.

Die neueren Instrumente für eine unternehmensunterhaltende Insolvenz, die Insolvenzantragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit (siehe unten 2.2.2), der Insolvenzplan (siehe unten 2.4) und der Eigenverwaltung durch den Schuldner mit vorgeschalteter *vorläufiger Eigenverwaltung* und *Schutzschirm* (siehe unten 2.5), federn dies nur teilweise ab.

Unternehmensverantwortliche sehen oft auch weitere Nachteile des Insolvenzverfahrens. Viele Mittelständler unterhalten zwar Kapitalgesellschaften, haben sich aber persönlich für deren Verbindlichkeiten verbürgt oder sonstige gesellschaftsfremde Sicherheiten geleistet, deren Inanspruchnahme sie in der Insolvenz persönlich trifft. Aber auch im Bereich von Kapitalgesellschaften, die größeren Unternehmensgruppen zugehören, bewirkt die Insolvenz eines Gruppenmitglieds zumindest die Störung von Leistungs- und Produktionsverbänden sowie Vertrauensverluste jenseits der betroffenen Einheit. Manchmal werden im Insolvenzverfahren auch Rechtsverstöße aufgedeckt, die zur persönlichen Haftung von Verantwortlichen oder zur Inanspruchnahme von Mutter- und Schwestergesellschaften führen können. Auch dies sind Gründe dafür, dass in der Praxis oft nach Alternativen zum Insolvenzantrag gesucht wird – und auch dafür, dass die Erfüllung von Insolvenzantragspflichten häufig hinausgezögert werden, was allerdings die persönliche Haftung der Verantwortlichen oft erst begründet oder zumindest verschärft.

Als Alternative zum Insolvenzverfahren kommt die außergerichtliche Sanierung in Betracht. Hier ist zu prüfen, ob Umstellungen mit Einverständnis der Gläubiger und der wichtigsten Vertragspartner (auch der Arbeitnehmer) möglich sind. Das umfasst neben be-

triebswirtschaftlichen Änderungen den Teilverzicht der Gläubiger auf Forderungen und Sicherheiten sowie die Umstellung von Vertragsbeziehungen, zum Beispiel die Reduzierung von Mietzinszahlungen. Auf diese Weise lässt sich das Unternehmen in seiner Rechtsform erhalten, ohne dass es im Rahmen der Insolvenz zur übertragenden Sanierung kommt, also zur Übertragung der Unternehmenswerte auf einen neuen Rechtsträger (siehe unten 2.4.2). Dies ist vor allem dann von besonderer Bedeutung, wenn gerade die betroffene Gesellschaft Rechte innehat, die anlässlich der Übertragung verloren zu gehen drohen – das kann z. B. bei Lizenzen der Fall sein. Im betrieblichen Bereich umfasst die Sanierung mögliche Schließungen unrentabler Einheiten sowie die Veräußerung verwertbaren Vermögens. Letzteres kann aber langfristig oft nachteilig wirken. Auf arbeitsrechtlicher Ebene wird zudem ein Personalabbau oder – insbesondere zu seiner teilweisen Verhinderung – ein vorübergehender Vergütungsverzicht von Beschäftigten bei zugleich notwendiger Arbeitszeitanpassung ausgehandelt, möglicherweise gegen vorübergehenden Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen. Dies alles findet zumindest bei mittleren und größeren Unternehmen auf tarifvertraglicher Ebene statt, verknüpft mit betrieblichen Regelungen und auch arbeitsvertraglichen Umstellungen. Hinzu kommen bei Bestehen einer betrieblichen Altersvorsorge die Reduzierung der hierfür geschuldeten Zahlungen sowie mögliche Entlassungsbeiträge des Pensionssicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (PSVaG), die dieser auch im Vorfeld der Insolvenz leistet.

2.1.2 Flankierende Maßnahmen im Arbeits- und Sozialrecht

Auch in der außergerichtlichen Sanierung spielen arbeits- und sozialrechtliche Rahmenbedingungen eine erhebliche Rolle. Nachfolgend ein kurzer Überblick:

- In Betrieben mit mehr als zehn Arbeitnehmern und bei Arbeitsverhältnissen von mehr als sechs Monaten Dauer (§ 1 Abs. 1, § 23 Abs. 1 S. 3, 4 KSchG) greift der Kündigungsschutz insbesondere bei betriebsbedingten Kündigungen. Möglichkeiten, diese tarifvertraglich sowie betriebsverfassungsrechtlich durch Interessenausgleiche mit Namenslisten zu flankieren, richten sich nach § 1 Abs. 4, Abs. 5 KSchG (in der Insolvenz gilt der ähnliche § 125 InsO, siehe unten 4.1.2.1). Derzeit, in der Covid-19-Krise, stellt sich vor allem die Frage der betriebsbedingten Kündigung trotz oder nach Kurzarbeitergeldempfang. Des Weiteren müssen die ordnungsgemäße Anhörung bzw. Zustimmung des Betriebsrats nach § 102, § 103 BetrVG sichergestellt sein. Hinzu kommen die Berücksichtigung der allgemeinen Kündigungsvoraussetzungen wie das Schriftformgebot (§ 623 BGB) und die mögliche Einschlägigkeit besonderer Kündigungsverbote insbesondere des Sonderkündigungsschutzes (§ 17 MuSchG, § 18 BEEG, § 11 TzBfG, §§ 168 ff. SGB IX; § 15 KSchG, § 5 PflegeZG, § 22 BBiG, vgl. auch § 612a, § 613a Abs. 4 S. 1 BGB). Bei Massenentlassungen kommen noch die betriebsverfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Verfahren nach §§ 17 ff. KSchG hinzu.
- Personalabbaumaßnahmen sind, soweit sie größere Umfänge annehmen, Betriebsänderungen gemäß § 111 BetrVG und führen somit bei Bestehen eines Betriebsrats – unter Beachtung von § 112a BetrVG – zum erzwingbaren Sozialplan sowie zur Verpflichtung, einen Interessenausgleich zu verhandeln. Ist das Verfahren nach §§ 111 ff. BetrVG

nicht vor der Betriebsänderung durchgeführt worden, sind Nachteilsausgleiche gemäß § 113 BetrVG zu leisten – nach Ansicht vieler Landesarbeitsgerichte besteht zudem ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrats. Weiter können die Betriebsparteien in freiwilligen Betriebsvereinbarungen Arbeitnehmer begünstigen, die keine Kündigungsschutzklage erheben oder Aufhebungsverträge schließen. Diese „Klageverzichtsprämien“ oder „Turboprämien“ sind von der Rechtsprechung anerkannt. Ähnlich werden beim Arbeitsplatzabbau in den letzten Jahren zunehmend so genannte „Freiwilligenprogramme“ aufgelegt, bei denen der Arbeitgeber keine Kündigungen ausspricht, sondern einer größeren Anzahl der Arbeitnehmer Aufhebungsverträge mit Abfindungen anbietet. Diesbezügliche Vorschlagsrechte des Betriebsrats ergeben sich aus § 92a BetrVG, der eine Art Checkliste für Maßnahmen der Beschäftigungssicherung enthält.

- Weiter sind Tarifvertragsänderungen möglich, z. B. durch Ergänzungstarifverträge. Als schwieriger erweist sich meist ein entsprechendes Vorgehen auf individualarbeitsrechtlicher Ebene. Zwar können Änderungsvereinbarungen über die Entgeltreduzierung getroffen werden, sofern damit nicht ein normativ gültiges Tarifniveau unterschritten wird (§ 4 Abs. 3 TVG). Das bedarf aber des Einvernehmens mit dem Arbeitnehmer; die betriebsbedingte Änderungskündigung zum Zweck der Entgeltreduzierung wird unter so strengen Bedingungen für zulässig gehalten, dass sie in der Praxis keine Bedeutung hat.
- Als flankierende Sozialversicherungsleistung kommt Kurzarbeitergeld (KuG) nach §§ 95 ff. SGB III in Betracht. Es dient dazu, in Zeiten vorübergehender Unternehmenskrisen betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden und stattdessen mittels beitragsfinanzierter Unterstützung Entgeltausfälle teilweise und zeitweise aufzufangen. Obwohl es sich somit um ein sozialrechtliches Instrument mit der Funktion sozialer Vorsorge für die Beschäftigten handelt, ist Kurzarbeitergeld eine Entlastung des Unternehmens vom Annahmeverzugsrisiko und vom andernfalls erhöhten Kündigungsdruck. Diese KuG-Leistungen sind im Zuge der Corona-Krise stark ausgeweitet worden. Bei alledem ist zu berücksichtigen, dass die Einführung von Kurzarbeit einer arbeitsrechtlichen Grundlage bedarf. Das kann der Arbeitsvertrag oder der Tarifvertrag sein. Zudem hat das BAG es auch zugelassen, dass die Betriebsparteien eine solche Regelung treffen können.
- Weitere Arbeitsförderungsleistungen sind die Zuschüsse gemäß §§ 110 ff. SGB III, insbesondere das Transferkurzarbeitergeld nach § 111 SGB III. Das Transferkurzarbeitergeld wird meist beim Einsatz von Transfergesellschaften geleistet und teilweise von der Arbeitgeberseite aufgestockt (siehe unten 4.5).

2.2 Antragspflichten und -rechte

Wie bereits erläutert, werden hier nur Insolvenzverfahren von Kapitalgesellschaften behandelt, und zwar von solchen, bei denen es keine aufgrund Gesellschaftsrechts persönlich haftenden natürlichen Personen gibt (vgl. § 15a Abs. 1 S. 3, Abs. 2, § 19 Abs. 3 InsO). Demnach werden die Insolvenzverfahren von natürlichen Personen (bei denen wegen Überschuldung keine Antragspflicht besteht, sondern nur bei Zahlungsunfähigkeit, § 11 Abs. 1 S.

1, § 17 InsO), von Personengesellschaften (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO) Nachlassinsolvenzverfahren (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO), die Insolvenzverfahren über familienrechtliche Vermögensmassen wie etwa Gütergemeinschaften (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 InsO) sowie die Insolvenzverfahren juristischer Personen des öffentlichen Rechts (§ 12 InsO) nicht thematisiert.

Bei Kapitalgesellschaften ist – wie auch sonst – zwischen der Insolvenzantragspflicht und der freiwilligen Durchführung des Insolvenzverfahrens zu unterscheiden.

2.2.1 Insolvenzantragspflicht

Die Insolvenzantragspflicht ergibt sich bei Kapitalgesellschaften aus § 15a InsO. Sie schließt ausländische Gesellschaften mit ein, die ihren Sitz in Deutschland haben, z. B. die britische „Limited Company“ (Ltd.). Auch für die Mitglieder des Leitungsorgans einer solchen ausländischen Gesellschaft wird demnach bei Sitz in Deutschland und entsprechender Geltung deutschen Rechts die Insolvenzantragspflicht begründet. § 15a Abs. 1, Abs. 2 InsO ordnet eine Antragspflicht bei Kapitalgesellschaften im Fall der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung an. Ist einer der beiden Fälle gegeben, so haben die Mitglieder des Vertretungsorgans, die zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Personen, die Abwickler oder auch die sogenannten faktischen Geschäftsführer ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber in drei Wochen, den Eröffnungsantrag zu stellen. Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft gilt § 15a Abs. 3 InsO. (Auf die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach dem im Rahmen der COVID-19-Pandemie wird unter 2.3 näher eingegangen.)

2.2.1.1 Zahlungsunfähigkeit

Die Zahlungsunfähigkeit (in der Praxis der häufigste Insolvenzgrund) ist in § 17 Abs. 2 InsO definiert. Danach ist zahlungsunfähig, wer *„nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.“* Dieses Merkmal ist meist relativ einfach zu subsumieren, da die Zahlungsunfähigkeit oft dadurch eintritt, dass die kreditgebenden Banken ihre Darlehen fällig stellen und entsprechend die Kontenüberziehung sperren: In dieser Situation ist die Zahlungsunfähigkeit offensichtlich, weil keinerlei Forderungen beglichen werden. Soweit das nicht der Fall ist und der Schuldner seine Verbindlichkeiten nur partiell nicht bedient, bedarf eines anteilmäßigen und zeitlichen Mindestmaßes der Nichtleistung.

2.2.1.2 Überschuldung

Überschuldung ist nach § 19 Abs. 2 S. 1 InsO gegeben, *„wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“* Hier ist eine – von der Handelsbilanz unabhängige – Überschuldungsbilanz zu erstellen, in welche Verbindlichkeiten und Vermögen einzusetzen sind. Dabei kann die so genannte positive Fortführungsprognose eine aktuelle Unterdeckung ausblenden, wenn sich aus ihr innerhalb eines

übersehbaren Zeitraums mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine positive Überschuldungsbilanz ergibt. Gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 InsO sind bestimmte Verbindlichkeiten nicht in die Überschuldungsbilanz einzustellen. Dies sind Verbindlichkeiten aus Gesellschafterdarlehen oder ihnen entsprechenden Rechtshandlungen, für welche nach § 39 Abs. 2 InsO die nachrangige Befriedigung vereinbart wurde. Wer also als Gesellschafter der Kapitalgesellschaft Kredit gewährt, vereinbart oft einen Rangrücktritt, um die insolvenzauslösende Überschuldung zu vermeiden.

2.2.1.3 Straf- und zivilrechtliche Folgen von Verstößen

Die Nichterfüllung der hier beschriebenen Insolvenzantragspflicht wird strafrechtlich und zivilrechtlich sanktioniert. Die Missachtung der Frist zur unverzüglichen und spätestens nach drei Wochen vorzunehmenden Antragstellung ist nach § 15a Abs. 4 - 6 InsO strafbar, nach § 15a Abs. 5 InsO auch bei Fahrlässigkeit. Neben diesen Straftatbeständen kommt es oft zu weiteren Straftaten bei verschleppten Insolvenzverfahren (vgl. insbesondere §§ 283 ff. StGB, aber auch etwa die Tatbestände des Betrugs und der Untreue, §§ 263, 266 StGB; zur Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen § 266a StGB).

Zivilrechtlich greift die persönliche Haftung aufgrund Insolvenzverschleppung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO. Zusätzlich ergibt sich die Verpflichtung zum Ersatz von Zahlungen, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder ihrer Überschuldung geleistet wurden, aus gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, insbesondere § 64 S. 1 GmbHG, § 92, § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, § 130a Abs. 1, 2 HGB. Unabhängig davon haften die Mitglieder der Leitungsorgane (z. B. Vorstände / Geschäftsführer) auch aus der Verletzung ihrer Pflichten zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung.

Neben den Leitungsorganmitgliedern sind auch die Gesellschafter Haftungsrisiken ausgesetzt, die zwar auf der Insolvenzverschleppung beruhen, aber häufig mit ihr einhergehen. Dies sind insbesondere die gesetzeswidrige Kapitalauszahlung (§§ 30 f. GmbHG), sowie die von der Rechtsprechung entwickelten Fälle, in denen Gesellschafter in sonstiger Weise auf das Vermögen der Gesellschaft zugreifen oder sie unzulässigerweise schädigen. Dabei handelt es sich um die Durchgriffshaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs in die Kapitalgesellschaft, wegen unzulässiger Vermögensvermischung oder wegen Missbrauchs der Gesellschafterstellung.

2.2.2 Freiwilliger Insolvenzantrag bei drohender Zahlungsunfähigkeit

Zusätzlich hat der Schuldner nach § 18 InsO die Möglichkeit – aber keine Pflicht – zur Insolvenzantragstellung bei „*drohender Zahlungsunfähigkeit*“. Er soll die Sanierungs- und Schutzmöglichkeiten der Insolvenzordnung bereits frühzeitig nutzen können, noch bevor das Unternehmen zusammengebrochen ist.

Drohende Zahlungsunfähigkeit ist gemäß § 18 Abs. 2 InsO gegeben, wenn der Schuldner „*voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeit-*

punkt der Fälligkeit zu erfüllen.“ Es ist also eine Prognose zur Liquiditätsentwicklung erforderlich, aus der sich ergibt, dass Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) in absehbarer Zeit eintreten wird. Dabei muss es sich um ein realistisches Szenario handeln, weshalb Zeiträume beispielsweise von zehn Jahren außer Betracht bleiben. Die Prognose erfordert eine Konkretisierung durch Erstellung eines Liquiditätsplans, aus dem sich ergibt, dass wegen der Entwicklung der zu erwartenden Einnahmen und Zahlungen die Zahlungsunfähigkeit eintreten wird.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die drohende Zahlungsunfähigkeit für einen Schuldnerantrag zwar ein zugelassener Grund für die Verfahrenseröffnung ist. Dennoch kann sich wegen möglicher Nachteile für die Gesellschaft die Pflichtwidrigkeit der Antragstellung im Innenverhältnis zur Gesellschaft und den Gesellschaftern ergeben. Deswegen wird angenommen, dass das antragsberechtigte Leitungsorgan (z. B. Vorstand oder Geschäftsführer) den Antrag nur dann ohne Pflichtverletzung stellen kann, wenn es diese Entscheidung zuvor mit dem aufsichtsführenden Gesellschaftsorgan (z. B. Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung) abgestimmt hat. Ist diese Abstimmung nicht erfolgt, haften die Leitungsorganmitglieder möglicherweise für Vermögensnachteile, die aus der pflichtwidrigen Stellung des Insolvenzantrags resultieren.

Die Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit empfiehlt sich insbesondere zwecks Ermöglichung der Eigenverwaltung einschließlich vorläufiger Eigenverwaltung mit Schutzschirm (dazu unten 2.5). Man muss sich aber immer auch die eventuellen verfahrenstechnischen und somit wirtschaftlichen Nachteile dieser Vorgehensweise vor Augen führen.

In gewisser Hinsicht besteht eine Konkurrenz zwischen der Antragstellung wegen drohender Zahlungsunfähigkeit und einer Sanierung, die ohne Verfahrenseröffnung auskommt. Als Alternative ist deshalb zu prüfen, ob Umstellungen im Einvernehmen mit den Gläubigern und den wichtigsten Vertragspartnern (auch der Arbeitnehmerseite) möglich sind (siehe oben 2.1.1).

2.2.3 Die Antragstellung

2.2.3.1 Antrag durch Schuldner oder Gläubiger

Den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzantrag) können gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 InsO sowohl die Gläubiger als auch der Schuldner stellen. Bei Kapitalgesellschaften erfolgt die schuldnerische Antragstellung durch das hierfür zuständige Leitungsorgan. Dies ist bei der Aktiengesellschaft der Vorstand, bei der GmbH die Geschäftsführung, bei der Limited das Board of Directors. Bei Unternehmensgruppen nach § 3e InsO sind die Zuständigkeitsbündelung nach §§ 3a ff. InsO sowie die Vorgaben für die Antragstellung gemäß § 13a InsO zu beachten.

Der Gläubigerantrag ist nach § 13 Abs. 1 S. 2, § 14 InsO zulässig. In der Praxis können Gläubigeranträge Anzeichen dafür sein, dass die Schuldner – bei Kapitalgesellschaften also die Leitungsorganmitglieder – die Insolvenzantragspflicht verletzt haben. Es gibt aber auch Ausnahmen, in denen Gläubigeranträge gestellt werden, um zur (vielleicht sogar unberechtigten) Forderungsdurchsetzung Druck auf den Schuldner auszuüben.

Für Gläubigeranträge ist § 3 COVInsAG zu beachten. Danach führen Gläubigeranträge, die zwischen dem 28. März 2020 und dem 28. Juni 2020 gestellt wurden, nur dann zur Verfahrenseröffnung, wenn der Eröffnungsgrund (also Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) bereits am 1.3.2020 vorlag (siehe näher unter 2.3.3).

2.2.3.2 Form

Nach der Soll-Vorschrift des § 13 Abs. 1 S. 4 InsO sollen bei Antragstellung die höchsten Forderungen, die höchsten gesicherten Forderungen sowie die Forderungen der Finanzverwaltung, der Sozialversicherungsträger sowie aus betrieblicher Altersversorgung mitgeteilt werden. Diese Angaben sind gemäß § 13 Abs. 1 S. 6 InsO sogar zwingend, wenn die Eigenverwaltung beantragt wird, wenn das Unternehmen die Größenvorgaben des § 22a Abs. 1 InsO erfüllt oder wenn die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses beantragt wird. Zudem hat der Schuldner gemäß § 13 Abs. 1 S. 5 InsO Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur Arbeitnehmerzahl zu machen.

2.2.3.3 Einleitung der (vorläufigen) Eigenverwaltung, Insolvenzplan und Schutzschirm

Bei der Insolvenzantragstellung ergeben sich schon wesentliche Weichenstellungen für den weiteren Verlauf des Verfahrens. Insbesondere kommt die Beantragung der Eigenverwaltung unter Mitwirkung eines Sachwalters (§§ 270 ff. InsO) sowie – vorgeschaltet – der vorläufigen Eigenverwaltung unter Mitwirkung eines vorläufigen Sachwalters in Betracht (§ 270a, §§ 274 f. InsO, siehe unten 2.5). Das kann mit der Ankündigung oder der Vorlage eines Insolvenzplans verbunden werden (siehe unten 2.4), was wiederum die Option eröffnet, bereits im Vorverfahren mittels eines „Schutzschirms“ insbesondere Vollstreckungsschutz zu erlangen und zugleich die Möglichkeit massewirksamer Rechtsgeschäfte zu eröffnen (§ 270b InsO, siehe dazu unten 2.5.1.2).

2.3 Corona-bedingte Sonderregelungen

2.3.1 Aussetzung der Insolvenzantragspflicht

2.3.1.1 Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 COVInsAG

Durch § 1 Abs. 1 S. 1 COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) ist die Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO teilweise ausgesetzt worden, und zwar vorerst bis zum

30. September 2020. Der Zeitrahmen kann nach § 4 COVInsAG durch Rechtsverordnung des Bundesjustizministeriums bis höchstens zum 31. März 2021 verlängert werden. Dadurch sollen Unternehmen Gelegenheit erhalten, die Insolvenz zu beseitigen, etwa durch staatliche Hilfen oder im Zuge von Sanierungs- oder Finanzierungsvereinbarungen.

Gemäß § 1 S. 2 COVInsAG greift die Aussetzung in zwei Fällen nicht: Erstens, *„wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht“*, und zweitens *„wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen.“*

2.3.1.2 Insolvenzreife als Pandemiefolge

Im ersten Fall des § 1 S. 2 COVInsAG greift die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nicht, *„wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht“*.

Hier gilt ein weites Verständnis der Ursächlichkeit von Pandemie und Insolvenz. Das bedeutet vor allem, dass für die Aussetzung kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Pandemie und Insolvenz geboten ist; das Gesetz spricht ausdrücklich von den *„... Folgen der Ausbreitung ...“*. Es ist also nicht erforderlich, dass wegen der Seuchenvorsorge eine Betriebsstätte geschlossen oder der Betrieb eingeschränkt wurde (wie im Hotel- und Gaststättengewerbe häufig). Genügend ist beispielsweise, dass die – technisch mögliche – unternehmerische Tätigkeit aufgrund der Pandemie nicht mehr sinnvoll ist, weil die Nachfrage für das Produkt oder für die angebotene Leistung erheblich nachgelassen hat.

Des Weiteren wird gemäß § 1 S. 3 COVInsAG *„vermutet, dass die Insolvenzreife auf den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie beruht und Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen“*, wenn am 31. Dezember 2019 keine Zahlungsunfähigkeit bestand. Mit diesem Zeitpunkt, der meist anhand der Bücher gut rekonstruierbar ist und der zeitlich weit vor den ersten wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie in Deutschland liegt, ist sichergestellt, dass die Widerlegung der Vermutung schwerfallen wird. Das liest man auch so in der Begründung zu dem Gesetz: *„Zwar ist die Vermutung widerleglich. Allerdings kann ... eine Widerlegung nur in solchen Fällen in Betracht kommen, bei denen kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Pandemie nicht ursächlich für die Insolvenzreife war und dass die Beseitigung einer eingetretenen Insolvenzreife nicht gelingen konnte. Es sind insoweit höchste Anforderungen zu stellen.“*

Dementsprechend sind nach der Konzeption des Gesetzes „gewöhnliche“ Unternehmenskrisen, die möglicherweise mit der Pandemie eher zufällig einhergehen, kaum noch als solche zu identifizieren – der Beweis ihres Vorliegens kommt kaum in Betracht. Es bedarf schon einer eindeutigen Lage für die Darlegung solcher sogenannter „Reserveursachen“. Beispielsfälle können sein, dass jemand gründlich die Kasse geplündert hat, sich angebliche Vermögensbestandteile als inexistent erweisen oder das unversicherte Betriebsgelände abgebrannt ist.

2.3.1.3 Aussichten auf Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit

Außerdem greift die Aussetzung der Insolvenzantragspflicht nach § 1 S. 2 COVInsAG nicht, wenn keine Aussichten existieren, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Diese Ausnahme wird weder im Gesetzestext noch in der Entwurfsbegründung näher konkretisiert.

Sie kommt erstens zur Anwendung, wenn der Insolvenzgrund die Zahlungsunfähigkeit ist (§ 17 InsO, siehe oben 2.2.1.1). Dann muss diese Zahlungsunfähigkeit aktuell bestehen und es dürfen keine Aussichten auf ihre Beseitigung bestehen. Das bedeutet, dass die betreffende Kapitalgesellschaft trotz aktueller Erleichterungen (Moratorien etwa nach Art. 240 § 1 Abs. 2, § 2 EGBGB, Leistung von Kurzarbeitergeld, Entschädigungsleistungen nach Infektionsschutzrecht, Stundung oder Reduzierung von Steuerpflichten oder von Pflichten zur Leistung und Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen, Gewährung von Förderdarlehen etc.) derzeit über keine ausreichende Liquidität verfügt, etwa weil die Banken die Kreditlinien gekündigt haben. Zusätzlich muss es auch künftig an Aussichten fehlen, dass sich diese Situation ändert. Das kann etwa darauf beruhen, dass keine Corona-bedingten Hilfeleistungen oder Entlastungen in Aussicht stehen oder dass die Zahlungsunfähigkeit trotz dieser Hilfen eingetreten ist, und dass sich diese Situation (gemeint ist wohl: auch nach dem Ende der pandemiebedingten Krise) nicht hinreichend ändern wird. Diese Ausnahme greift nach dem deutlichen Gesetzestext auch dann, wenn die anhaltende Zahlungsunfähigkeit eine Folge der COVID-19-Pandemie ist. Das heißt, dass auch solche Unternehmen, die wegen pandemiebedingt ausgefallener Aufträge keine Liquidität mehr haben und mangels eigener Mittel und Kreditaussichten für die Zeit nach der Krise ebenfalls keine Aussichten auf Zahlungsfähigkeit haben, insolvenzantragspflichtig sind.

Zweitens kommt § 1 S. 2 COVInsAG zur Anwendung, wenn der Insolvenzgrund die Überschuldung ist (§ 19 InsO, siehe oben 2.2.1.2). Auch wenn der Text diesbezüglich eindeutiger hätte formuliert werden können, führt der Wortlaut dazu, dass § 19 InsO vorübergehend nicht gilt. Jedoch ist zu beachten, dass eine vor dem 01. März 2020 eingetretene Überschuldung damit weiterhin die Insolvenzantragspflicht begründet.

2.3.1.4 Verlängerung der Maßnahme

Die ursprünglich bis zum 30. September 2020 laufende Frist der Aussetzung wird durch eine Gesetzesänderung bis zum 31. Dezember 2020 verlängert. Allerdings gilt die Aussetzung ab dem 01. Oktober 2020 nur noch für den Insolvenzgrund der Überschuldung. In Fällen der Zahlungsunfähigkeit muss ab dem 01. Oktober 2020 wieder regulär ein Insolvenzantrag gestellt werden.

2.3.2 Rechtsfolgen der Corona-bedingten Aussetzung

Sofern nach § 1 COVInsAG die Insolvenzantragspflicht ausgesetzt wird, können selbstverständlich die in nach § 15a InsO geregelten Rechtsfolgen nicht ausgelöst werden. Das bedeutet, dass die Strafbarkeit wegen Insolvenzverschleppung nach § 15a Abs. 4 – 6 InsO

nicht in Betracht kommt, und dass auch eine zivilrechtliche Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 15a InsO ausgeschlossen ist.

Das COVInsAG belässt es nicht hierbei, sondern regelt in § 2 ausdrücklich die Auswirkungen der Antragsaussetzung auf Tatbestände, welche oft im Kontext einer (pflichtwidrigen) Nicht-Antragstellung stehen. Deshalb sind die Leitungsorganmitglieder (GmbH-Geschäftsführer, AG-Vorstände etc.) für Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 COVInsAG von ihrer Haftung u.a. aus § 64 S. 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 S. 2 AktG befreit. § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG sichert neue Kredite gegen Risiken insbesondere der Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz und der Insolvenzanfechtung ab – es gilt noch eine Weiterung zugunsten von KfW-Krediten nach § 2 Abs. 3 COVInsAG. § 2 Abs. 1 Nr. 3 COVInsAG verhindert für neue Kredite und ihre Sicherungen den Vorwurf des Sittenverstoßes (§§ 138, 826 BGB) – hier greift ebenfalls eine Weiterung zugunsten von KfW-Krediten nach § 2 Abs. 3 COVInsAG. Außerdem verhindert § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG für das weitere Wirtschaften während der Krise die Anwendung der Regeln über die Anfechtung und die Insolvenzanfechtung.

2.3.3 Corona-bedingte Regelung zu Gläubigeranträgen

Gemäß § 3 COVInsAG führen Gläubigeranträge, die zwischen dem 28. März 2020 und dem 28. Juni 2020 gestellt wurden, nur dann zur Verfahrenseröffnung, wenn der Eröffnungsgrund (also Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) bereits am 01. März 2020 vorlag. Der Zeitraum kann nach § 4 COVInsAG durch Verordnung des Bundesjustizministeriums noch bis zum 31. März 2021 ausgedehnt werden.

Diese Regelung hat in vielen Fällen verhindert, dass im genannten Zeitraum Gläubigeranträge gestellt worden sind. Dabei ist aber Vorsicht geboten. Erfahrungsgemäß tritt bei vielen Kapitalgesellschaften zuerst die Überschuldung ein und erst später die Zahlungsunfähigkeit. Ein Gläubiger konnte also in Fällen, in denen die Zahlungsunfähigkeit (und damit der offensichtliche Zusammenbruch des Unternehmens) in den Regelungszeitraum fiel, durchaus mit dem Argument durchdringen, dass der Schuldner am 01. März 2020 schon überschuldet gewesen ist.

2.3.4 Wirtschaftliche Folgen nach Ende der Aussetzung

Anders als andere zivilrechtliche Regelungen zur Abmilderung der Corona-Krise (vgl. z. B. Art. 240 § 3 Abs. 5 EGBGB) enthält das COVInsAG keine Vorschriften, die für die Zeit nach der Aussetzung zu einem stufenweisen oder sonstigen sukzessiven Wiederaufleben von Insolvenzantragspflichten führen würden (lediglich in § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG wird eine verlängerte Rückzahlungsmöglichkeit für gläubigerbenachteiligende Kredite aus dieser Zeit festgelegt).

Das bedeutet, dass der Lauf der Aussetzungsfrist nach § 1 Abs. 1 S. 1 COVInsAG nichts an den Pflichten aus § 15a InsO ändert, sondern nur deren Rechtsfolgen aussetzt. Dementsprechend sind die Leitungsorgane selbstverständlich auch während der Aussetzungsfrist zur Prüfung der Vermögenslage verpflichtet, weshalb diese Pflicht mit dem Ende der Aussetzungsfrist sofort und unbeschränkt wiederaufleben kann. § 1 Abs. 1 S. 1 COVInsAG knüpft nur an eine bestehende Pflicht zur Antragstellung (als Rechtsfolge des § 15a Abs. 1 InsO) an, ändert nichts an ihrer Entstehung und setzt nur die daraus resultierende Antragspflicht aus. Deshalb wird der Lauf der Frist zur unverzüglichen und spätestens nach drei Wochen vorzunehmenden Antragstellung gemäß § 15a InsO bei vielen Unternehmen bereits vor dem Ende der Aussetzungspflicht anfangen zu laufen. Dadurch entsteht hier die Insolvenzantragspflicht gegebenenfalls schon am Tag nach Ende der Aussetzung. Für die betroffenen Schuldner empfiehlt es sich daher, die notwendigen Insolvenzanträge bereits frühzeitig vorzubereiten, damit sie rechtzeitig eingereicht werden können.

Aufgrund des derzeitigen Aufschubs ist damit zu rechnen, dass Unternehmen den Insolvenzantrag stellen werden, die zum Ende der Aussetzung schon längere Zeit insolvenzreif gewesen sind. Die Hoffnung auf Erholung mittels staatlicher Hilfen, gesetzlicher Zivilrechtseingriffe, zwischenzeitlich getroffener Sanierungs- oder Finanzierungsvereinbarungen oder aufgrund einer allgemeinen Erholung bis dahin, wird sich wahrscheinlich nicht für alle Unternehmen realisieren. Deshalb ist zu erwarten, dass ab diesem Datum eine Anzahl von Unternehmen längst überfällige Insolvenzverfahren einleiten wird.

Umgekehrt ergibt sich für Geschäftspartner und (mögliche) Gläubiger dieser Unternehmen die Notwendigkeit zusätzlicher Vorsicht: Sie werden zunehmend auf Vorkasse bestehen, kürzere Zahlungsziele festlegen oder auch mehr Sicherheiten einfordern, weil sie sich in der nächsten Zeit nicht auf die allfällige Marktberreinigung durch Insolvenzverfahren verlassen können.

2.4 Insolvenzplan

2.4.1 Insolvenzplanentwurf

Bereits mit dem Insolvenzantrag kann der Schuldner einen Insolvenzplan vorlegen; später kann das dann auch der noch einzusetzende Insolvenzverwalter (§ 218 InsO). Die Vorlage mit dem Insolvenzantrag – § 218 Abs. 1 S. 2 InsO – empfiehlt sich trotz des Aufwandes, da eine zügige Planvorlage und Planumsetzung die Chancen einer Unternehmensrettung (sofern sie bestehen) tendenziell erhöhen. Der Insolvenzplan dient dazu, das Unternehmen als solches zu erhalten. Für eine Kapitalgesellschaft stellt er eine Alternative zum gewöhnlichen Insolvenzverfahren dar, weil die Gesellschafter auf diese Weise die Chance erhalten, ihre Anteilswerte zumindest teilweise zu erhalten.

Das Inaussichtstellen eines Insolvenzplans ermöglicht bei der Insolvenzantragstellung und der Eigenverwaltung schon im Vorverfahren die vorläufige Eigenverwaltung unter Mitwirkung eines vorläufigen Sachwalters (§ 270a, §§ 274 f. InsO). Dies kann mit der Möglichkeit

verbunden sein, schon im Vorverfahren mittels „Schutzschirms“ Vollstreckungsschutz zu erlangen und zugleich die Möglichkeit massewirksamer Rechtsgeschäfte zu eröffnen (§ 270b InsO, siehe dazu unten 2.5.1).

2.4.2 Alternative: Übertragende Sanierung

Betriebswirtschaftlich bietet allerdings die „normale“ Verfahrensdurchführung ohne Insolvenzplan mit übertragender Sanierung oft eine wirksame Alternative. Die übertragende Sanierung besteht in der Gründung einer neuen Kapitalgesellschaft als „Auffanggesellschaft“ (die in der Praxis oft dieselbe oder eine ähnliche Gesellschafterzusammensetzung hat wie die Schuldnerin). Auf sie überträgt der Insolvenzverwalter – oder der Schuldner bei der Eigenverwaltung – die Vermögensgegenstände. Dabei kann es zur bilanziellen Aktivierung stiller Reserven kommen, zudem sind insbesondere die Regeln des § 613a BGB zu beachten (dazu näher unten 4.4). Das Ergebnis ist der Verlust der Anteilswerte an der schuldnerischen Gesellschaft, weil diese nach Abschluss des Insolvenzverfahrens gelöscht wird. Die Vorteile liegen jedoch darin, dass die Transaktion nur vom Insolvenzverwalter (bei der Eigenverwaltung: vom Schuldner) und vom Investor vorgenommen und dadurch Vereinbarungsänderungen sehr kurzfristig und ohne aufwendiges Planverfahren verhandelt werden können. Nach 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO ist aber die Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. (wenn ein Gläubigerausschuss nicht bestellt ist) die Zustimmung der Gläubigerversammlung erforderlich.

2.4.3 Inhalt des Insolvenzplans

Der in §§ 217 - 269 InsO geregelte Insolvenzplan ist eine relativ komplexe Angelegenheit. Er besteht aus zwei Teilen, dem darstellenden Teil und dem gestaltenden Teil (§§ 220 f. InsO). Zudem werden nach näherer Maßgabe der §§ 229 f. InsO Anlagen notwendig, die oft auch freiwillig erstellt werden. Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW) hat für die Gestaltung von Insolvenzplänen den Standard *IDW S 2* im Dezember 2019 erarbeitet und Anfang 2020 publiziert.

Der darstellende Teil betrifft die gegebenenfalls bereits getroffenen und noch zu treffenden Maßnahmen, mittels derer „die Grundlagen für die geplante Gestaltung der Rechte der Beteiligten zu schaffen“ sind. Er soll alle Grundlagen und Auswirkungen des Plans benennen, „die für die Entscheidung der Beteiligten über die Zustimmung zum Plan und für dessen gerichtliche Bestätigung erheblich sind“ (§ 220 InsO). Das bedeutet, dass Art und Ziel des Plans umschrieben werden, und dass hinsichtlich des bestehenden Vermögens der Bestand, die daran bestehenden Rechte und Verpflichtungen sowie die diesbezüglich zu bildenden Gruppen gemäß §§ 222 ff. InsO zu dokumentieren sind (absonderungsberechtigte Gläubiger, nicht nachrangige Insolvenzgläubiger, nachrangige Insolvenzgläubiger gemäß Rangklassen, am Schuldner Beteiligte mit ihren Anteils- und Mitgliedschaftsrechten einschließlich denkbarer Untergruppen nach § 222 Abs. 1, 2 InsO, die Arbeitnehmer nach § 222 Abs. 3 InsO und der Pensionssicherungsverein – PSVaG als eigene „Gruppe“, § 9 Abs. 4 S. 1 BetrAVG).

Der gestaltende Teil legt fest, „*wie die Rechtsstellung der Beteiligten durch den Plan geändert werden soll*“ (§ 221 S. 1 InsO). Das umfasst unter anderem mögliche schuldrechtliche und sachenrechtliche Eingriffe in die derzeitigen Vermögenssituationen. In Betracht kommen beispielsweise die Stundung und Kürzung von Forderungen und von Sicherheiten (einschließlich Eingriffen in Aus- und Absonderungsrechte sowie in Grundpfandrechte), gesellschaftsrechtliche Umstellungen wie die Umwandlung von Forderungen in Anteile (sog. *Debt-Equity-Swap*) sowie Kapitalschnitte. Arbeitsrechtliche Positionen sind davon auch umfasst. Dies alles geschieht auf der Grundlage der im darstellenden Teil erfolgten Gruppenzuordnung nach §§ 222 ff. InsO.

Unwägbarkeiten von Planerstellung und Planumsetzung können durch im Vorhinein vorgesehene Wahlmöglichkeiten bei der Vorgehensweise im Einzelnen berücksichtigt werden. Zudem kann der Insolvenzverwalter bevollmächtigt werden, „*die zur Umsetzung notwendigen Maßnahmen zu ergreifen und offensichtliche Fehler des Plans zu berichtigen*“ (§ 221 S. 2 InsO).

2.4.4 Entstehung und Umsetzung des Insolvenzplans

Der Aufwand, der mit dem Entstehen eines Insolvenzplans verbunden ist, sollte nicht unterschätzt werden. Nach der Vorlage des Plans erfolgt eine Vorprüfung durch das Insolvenzgericht, welches ihn unter anderem wegen formaler Mängel oder offensichtlicher Aussichtslosigkeit der Annahme oder der Erfüllung zurückweisen kann (§ 231 Abs. 1 InsO). Danach werden Stellungnahmen eingeholt, die vom Insolvenzverwalter, vom Schuldner, vom Gläubigerausschuss, vom Betriebsrat, vom Sprecherausschuss sowie gegebenenfalls von der Industrie- und Handelskammer oder vergleichbaren Stellen abgegeben werden (§ 232 InsO). Zudem können gemäß § 233 InsO einstweilige Sicherungsmaßnahmen angeordnet werden.

Es folgen der Erörterungs- und der Abstimmungstermin – beide möglicherweise getrennt voneinander, § 241 InsO – mit entsprechender Gruppenabstimmung (§§ 235 ff. InsO). Stimmberechtigt sind diejenigen Gläubiger, deren Rechte im Plan beeinträchtigt werden sowie die betroffenen Anteilseigner. Zur Annahme bedarf es der Forderungssummen- und Kopfmehrheit in jeder Gruppe, § 244 InsO. Um Blockadetaktiken vorzubeugen, enthält § 245 InsO ein Obstruktionsverbot, aufgrund dessen in bestimmten Konstellationen trotz Ablehnung durch eine Gruppe deren Zustimmung anzunehmen ist. Das betrifft insbesondere Fälle, in denen die Gruppenangehörigen im Plan voraussichtlich nicht schlechter gestellt sind als ohne Plan, sie angemessen am wirtschaftlichen Wert beteiligt werden und die Mehrheit der Gruppen dem Plan zugestimmt hat.

Betriebsrat und Sprecherausschuss wirken gemäß § 218 Abs. 3 InsO zusätzlich beratend an der Aufstellung des Plans mit und erhalten ihn nach § 232 Abs. 1 Nr. 1 InsO zur Stellungnahme. Zum Erörterungs- und Abstimmungstermin über den Insolvenzplan sind sie gemäß § 235 Abs. 3 S. 1 InsO zu laden.

Der Schuldner kann einem vom Insolvenzverwalter vorgelegten Plan widersprechen, wobei sein Widerspruch unbeachtlich ist, wenn er mit Plan nicht schlechter gestellt ist als ohne und keine Gläubiger Leistungen erhalten, die über ihre ursprünglichen Forderungen hinaus gehen (§ 247 Abs. 1 InsO). Bei alledem wird in § 251 InsO ein Minderheitenschutz garantiert. Am Ende steht die Bestätigung des Insolvenzplans durch gerichtlichen Beschluss nach § 252 InsO – wogegen nach Maßgabe des § 253 InsO die sofortige Beschwerde zugelassen ist.

Durch die gerichtliche Bestätigung des Plans werden gemäß § 254 InsO die im gestaltenden Teil beschriebenen Rechtsänderungen wirksam. Die Insolvenzgläubiger können aus dem Plan die Vollstreckung betreiben, und zwar gegen den Insolvenzschuldner und ggf. auch gegen Dritte, die entsprechende Verpflichtungen übernommen haben (§ 257 InsO). Bei Nichterfüllung der Planverbindlichkeiten leben die gestundeten oder teilerlassenen Forderungen nach Maßgabe von § 255 InsO wieder auf. Soweit im Insolvenzplan nicht anders vorgesehen, wird der Schuldner nach § 227 Abs. 1 InsO durch die plangemäße Befriedigung der Insolvenzgläubiger von seinen restlichen Verbindlichkeiten frei. Das Gericht hebt gemäß § 258 InsO das Insolvenzverfahren auf, sobald in Erfüllung des rechtskräftig festgestellten Plans die Verbindlichkeiten befriedigt und Sicherheiten geleistet wurden. Danach kann das Unternehmen plangemäß schuldenbefreit weiterbestehen.

2.4.5 Wirtschaftliche Bewertung

Der Insolvenzplan hat sich in Deutschland kaum durchsetzen können. Ein offensichtlicher Grund liegt im soeben beschriebenen komplexen Verfahren, das mit seinen präzisen Gruppenzuordnungen, Prüfungs-, Abstimmungs-, Widerspruchs- und Rechtsbehelfsprozeduren alle Beteiligten schützt, aber auch an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit treibt, nicht zuletzt die zuständigen Richter. Daneben gibt es noch viele weitere Faktoren für die fehlende Durchsetzungskraft des Insolvenzplans:

Erstens muss klar sein, dass die Erstellung eines Plans nicht unbedingt ein idealer Weg zur Unternehmenssanierung ist. Jeder Plan steht insgesamt oder in Details im Risiko, mit der Realität zu kollidieren. Manche Prognosen hinsichtlich der Marktentwicklung oder des Geschäftsgebarens von Geschäftspartnern sind am Ende einfach falsch.

Zweitens existiert selbst in großen Unternehmen die Neigung der Leitungsorgane, Insolvenzanträge möglichst hinauszuschieben. Zu groß ist die Befürchtung, persönlich zu haften oder zumindest einen persönlichen Karriereeinschnitt hinnehmen zu müssen. Deshalb erweisen sich Informationen oder Annahmen, die vom (bisherigen) Leitungspersonal stammen, trotz scheinbarer Fundierung meist schlussendlich doch als zu optimistisch. Sichtbares Ergebnis ist dann der häufige Austausch von Leitungsorganmitgliedern.

Drittens ist das Gläubigerinteresse am Fortbestand der Rechtsperson einer schuldnerischen Kapitalgesellschaft nicht immer so groß, dass die einfachere übertragende (Teil-)Sa-

nierung nicht attraktiver wäre. Das ist vor allem dann der Fall, wenn sich Betriebe oder Betriebsteile mangels Effizienz nicht aufrechterhalten lassen und nur einige „Filetstücke“ als Produktions- oder Leistungseinheiten fortbestehen sollten.

Viertens hat der deutsche Gesetzgeber darauf verzichtet, nach dem US-Vorbild des Chapter 11-Verfahrens die Gläubiger und die Vertragspartner des Schuldners allzu sehr zu entzweien. Auch wenn (im Gegensatz zum Vergleich nach der früheren VerglO) keine Mindestquote gefordert ist, wird das Fortbestandsinteresse des Unternehmens im Recht des Insolvenzplans nicht mit aller Macht forciert. Aus gesetzgeberischer Sicht ist das überzeugend, zumindest aber gut nachvollziehbar – die im US-Recht schlussendlich geförderte „Flucht in die Insolvenz“ benachteiligt häufig Gläubiger, Arbeitnehmer (weil sie nach US-Recht ebenfalls Tarifvermeidung ermöglicht) und nicht zuletzt Konkurrenten.

2.5 Eigenverwaltung

Durch §§ 270 – 285 InsO ist die so genannte Eigenverwaltung möglich. Dabei wird kein Insolvenzverwalter bestellt. Stattdessen nimmt der Schuldner die Aufgaben und Befugnisse des Insolvenzverwalters überwiegend selbst wahr, und es wird ihm „nur“ ein Sachwalter zur Seite gestellt. Der Sachwalter hat nach §§ 274 f. InsO eigene Prüfungs-, Überwachungs- und Mitwirkungsaufgaben. Weitere Mitwirkungsaufgaben sind gemäß §§ 276 ff. InsO dem Gläubigerausschuss sowie den gesellschaftsrechtlichen Aufsichtsorganen des Schuldners zugewiesen.

Der Zweck der Eigenverwaltung liegt darin, zur Sanierung des Unternehmens das Know-how des Schuldners und seiner Organe nutzen zu können, sofern sie sich nicht im Zuge der Krise durch Rechtsverstöße oder Missmanagement diskreditiert haben. In der Praxis werden im Fall der Eigenverwaltung oft dennoch Insolvenzspezialisten in die Leitungsorgane aufgenommen oder ihnen beratend zur Seite gestellt. Angesichts der Komplexität des Verfahrens nach §§ 270 ff. InsO kann dies durchaus empfehlenswert sein.

2.5.1 Sogenannte vorläufige Eigenverwaltung

Die Eigenverwaltung gemäß § 270 Abs. 1 S. 1 InsO kann zwar erst mit der Verfahrenseröffnung angeordnet werden. Jedoch ist es dem Insolvenzgericht nach § 270a, §§ 274 f. InsO möglich, bereits im Eröffnungsverfahren einen vorläufigen Sachwalter zu bestellen und einen so genannten „Schutzschirm“ zur Flankierung einer Schuldnersanierung zu errichten. Das wird dann als „vorläufige Eigenverwaltung“ bezeichnet, obwohl der Begriff im Gesetz nicht vorgesehen ist.

2.5.1.1 Bestellung eines vorläufigen Sachwalters

Wer eine Eigenverwaltung plant, kann beim Insolvenzgericht anregen, dass ihm bereits nach Stellung des Insolvenzantrags, also schon im Eröffnungsverfahren, ein Sachwalter zur

Seite gestellt wird und kein vorläufiger Insolvenzverwalter. Das Gericht erlegt dem Schuldner gemäß § 270a InsO kein allgemeines Verfügungsverbot auf, wenn sein Antrag auf Eigenverwaltung „*nicht offensichtlich aussichtslos*“ ist. Stattdessen erklärt es die eigenen Verfügungen des Schuldners für wirksam, wenn sie mit Zustimmung des vorläufigen Sachwalters erfolgen. Der vorläufige Sachwalter hat gemäß § 270a, §§ 274 f. InsO die Prüfungs-, Überwachungs- und Mitwirkungsaufgaben, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens dem endgültigen Sachwalter obliegen.

2.5.1.2 Vorläufige Eigenverwaltung mit Schutzschirm

Mit der „vorläufigen Eigenverwaltung“ kann im Eröffnungsverfahren auf Antrag des Schuldners gemäß § 270b InsO zugleich ein so genannter „Schutzschirm“ zur Unterstützung der Schuldnersanierung errichtet werden. Das erfordert nach § 270b Abs. 1 S. 1 InsO, dass der Schuldner den Insolvenzantrag wegen drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung (also nicht wegen Zahlungsunfähigkeit) gestellt hat und dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist. In dieser Situation bestimmt das Insolvenzgericht eine Frist von höchstens drei Monaten zur Vorlage eines Insolvenzplans, § 270b Abs. 1 S. 1, 2 InsO. Der Schuldner hat mit seinem Antrag gemäß § 270b Abs. 1 S. 3 InsO eine begründete Bescheinigung vorzulegen, aus der sich die genannten Anforderungen ergeben (drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung; keine Zahlungsunfähigkeit; keine offensichtliche Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung). Aussteller der Bescheinigung muss ein in Insolvenzsachen erfahrener Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt oder eine Person mit vergleichbarer Qualifikation sein.

Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, bestellt das Insolvenzgericht einen vorläufigen Sachwalter (hier hat der Schuldner ein starkes Vorschlagsrecht, § 270b Abs. 2 S. 1, 2, § 270a InsO). Zudem spannt das Gericht auf Antrag nach Maßgabe von § 270b Abs. 2 – 4 InsO einen sogenannten „Schutzschirm“ über den Schuldner. Das heißt, er wird unter anderem von Vollstreckungsmaßnahmen verschont (§ 270b Abs. 2 S. 3, § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO) und kann zugleich für und wider die künftige Insolvenzmasse Verbindlichkeiten begründen (§ 270b Abs. 3, § 55 Abs. 2 InsO). Zusätzlich kann das Gericht weitere Maßnahmen treffen, wie insbesondere die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses, eine Postsperrung sowie besondere gegenstandsbezogene Verwertungssperren (§ 270b Abs. 2 S. 3, § 21 Abs. 2 Nrn. 1a, 4, 5 InsO).

Die Schutzschirmordnung wird wieder aufgehoben, wenn die angestrebte Sanierung aussichtslos geworden ist, der vorläufige Gläubigerausschuss die Aufhebung beantragt oder wenn (bei Fehlen eines vorläufigen Gläubigerausschusses) ein Gläubiger die Aufhebung beantragt unter Glaubhaftmachung von Umständen, die erwarten lassen, dass die Schutzschirmordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird (§ 270b Abs. 4 S. 1 InsO).

Erstaunlicherweise ist der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (bei deren Vorliegen die Antragsvoraussetzungen nach § 270b Abs. 1 S. 1 InsO nicht gegeben sind) als solcher noch kein Grund für die Aufhebung der Schutzschirmordnung. Jedoch sind der Schuldner und

der vorläufige Sachwalter nach § 270b Abs. 4 S. 2 InsO verpflichtet, dem Gericht die Zahlungsunfähigkeit unverzüglich anzuzeigen. Weil die Zahlungsunfähigkeit auf die Aussichtslosigkeit der angestrebten Sanierung hindeuten kann, droht in dieser Situation dann dennoch die Aufhebung der Schutzschirmordnung gemäß § 270b Abs. 4 S. 1 InsO.

Als Folge der Aufhebung wird gemäß § 270b Abs. 4 S. 3 InsO das Insolvenzverfahren eröffnet. Das Scheitern des Schutzschildverfahrens mag dann mittelbar für die Frage der Eigenverwaltung im Insolvenzverfahren bedeutend sein – dennoch richtet sich diese Entscheidung ausschließlich nach § 270 Abs. 2 InsO.

Wenn keine Aufhebung nach § 270b Abs. 4 InsO erfolgt, endet das Vorverfahren mit den diesbezüglichen Schutzschirmordnungen dadurch, dass der Insolvenzplan vorgelegt wird und das Gericht das Insolvenzverfahren eröffnet. Auch hier richtet sich die Anordnung einer Eigenverwaltung ausschließlich nach § 270 Abs. 2 InsO; allerdings ist es in dieser Situation sehr wahrscheinlich, dass die Eigenverwaltung antragsgemäß angeordnet wird.

2.5.2 Eigenverwaltung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Das Insolvenzgericht kann also mit der Verfahrenseröffnung und auf Antrag des Schuldners die Eigenverwaltung gemäß § 270 Abs. 2 InsO anordnen (nach der Eröffnung ist dies gemäß § 271 InsO möglich). Voraussetzung ist, dass *„keine Umstände bekannt sind, die erwarten lassen, dass die Anordnung zu Nachteilen für die Gläubiger führen wird“* (§ 270 Abs. 2 Nr. 2 InsO, sogenannte „Nachteilsprognose“; diese ist nach § 270 Abs. 3 S. 2 InsO nicht erforderlich, wenn der vorläufige Gläubigerausschuss den Antrag unterstützt). Bei Anordnung der Eigenverwaltung wird gemäß § 270c InsO ein Sachwalter vom Gericht bestellt.

Durch die Anordnung der Eigenverwaltung verbleibt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nach § 270 Abs. 1 S. 1 InsO grundsätzlich beim Schuldner. Jedoch hat der Sachwalter nach §§ 274 f. InsO Prüfungs-, Überwachungs- und Mitwirkungsaufgaben. Zudem sind gemäß §§ 276 ff. InsO weitere Mitwirkungsaufgaben dem Gläubigerausschuss sowie den gesellschaftsrechtlichen Aufsichtsorganen des Schuldners zugewiesen. Der Schuldner hat laut § 279 S. 1 InsO die rechtsgeschäftlichen Befugnisse (insbesondere zur Nichterfüllungswahl oder zur Kündigung) nach §§ 103 – 128 InsO; gemäß § 279 S. 2 InsO hat er diese im Einvernehmen mit dem Sachwalter auszuüben. Die Kündigung von Betriebsvereinbarungen, das gerichtliche Zustimmungsverfahren zur Betriebsänderung und das Beschlussverfahren zum Kündigungsschutz (§§ 120, 122, 126 InsO) kann er gemäß § 279 S. 3 InsO nur mit Zustimmung des Sachwalters durchführen. Die weitere Aufgabenteilung zwischen Schuldner und Sachwalter ist in §§ 280 - 285 InsO geregelt. Dabei ist nach § 284 InsO auch die Erstellung eines Insolvenzplans gemäß §§ 217 ff. InsO möglich (siehe hierzu 2.4); dieser ist insbesondere dann zu erstellen, wenn ihn der Schuldner im Vorverfahren zur Ermöglichung einer Schutzschirmordnung in Aussicht gestellt hat, § 270b Abs. 1 S. 1, 2 InsO (siehe oben 2.5.1.2).

Die Eigenverwaltung ist nach § 272 InsO auf Antrag der Gläubigerversammlung (Kopf- und Forderungssummenmehrheit) oder des Schuldners aufzuheben. Zudem endet sie gemäß

den allgemeinen Verfahrensregeln mit der Aufhebung oder Einstellung des Insolvenzverfahrens (§§ 207 ff. InsO, siehe unten 3.3 und 3.4).

2.5.3 Wirtschaftliche Bewertung

Von der Eigenverwaltung, insbesondere von der schon mit der Antragstellung erwirkten „vorläufigen Eigenverwaltung“ mit „Schutzschirm“ nach §§ 270 ff, § 270b InsO, hat man sich ursprünglich ähnlich positive Effekte versprochen wie vom Verfahren nach Chapter 11 des US Bankruptcy Code (sog. „debtor in possession“).

In der Tat hat die Eigenverwaltung gerade dann die besten Chancen auf Erfolg, wenn sie sofort mit der Antragstellung einsetzt, also als „vorläufige Eigenverwaltung mit Schutzschirm“. Das alles geht aber auch mit großen Risiken einher. Der „Schutz“ vor Vollstreckungsmaßnahmen (§ 270b Abs. 2 S. 3, § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO) bei zugleich erteilter Befugnis, Verbindlichkeiten für und wider die künftige Masse zu begründen (§ 270b Abs. 3, § 55 Abs. 2 InsO), gewährt dem Schuldner einen erheblichen Vertrauensvorschuss, der in kürzester Zeit aufgebraucht werden kann: Er ermöglicht es ihm, Masse schon vor der Verfahrenseröffnung zu verbrauchen und so im schlimmsten Fall die Gläubigeraussichten auf eine Quote erheblich zu verschlechtern.

Vor diesem Hintergrund ist es sicher nachvollziehbar und richtig, dass der Gesetzgeber den „Schutzschirm“ gemäß § 270b Abs. 1 S. 1, 2 InsO an das Inaussichtstellen eines Insolvenzplans geknüpft hat, der innerhalb von drei Monaten vorgelegt werden muss. Freilich werden damit zugleich auch die Schwächen des Operierens mit einem komplexen Plan einbezogen: Langwierigkeit, Schwerfälligkeit und Angreifbarkeit (siehe oben 2.4). Außerdem sind es gerade die drei Monate bis zur Vorlage eines Insolvenzplans, in denen ein unzuverlässiger oder übermäßig optimistischer Schuldner neben der Masse noch weitere begrenzte Mittel verbrauchen kann, insbesondere die maximal dreimonatige Vorfinanzierung von Personalkosten durch Insolvenzgeld (siehe dazu unten 2.6.2).

Weil die Eigenverwaltung vom Insolvenzplan abhängig ist, leidet sie auch unter dessen Schwächen. Sie kann dort hilfreich sein, wo Gläubiger ein vitales Interesse am Fortbestand der Person des Schuldners haben. Das ist vor allem dann der Fall, wenn sich eine übertragende Sanierung wegen Schwierigkeiten bei der Übertragung von Rechten nicht empfiehlt, also etwa bei der Inhaberschaft von Lizenzen (zur übertragenden Sanierung siehe oben 2.1.1 und 2.4.2). Im Übrigen hat sich dieses Verfahren, das in einigen größeren Insolvenzfällen versucht wurde, aufgrund der genannten Widrigkeiten bisher nur teilweise bewährt. Es ist zum Beispiel nicht auszuschließen, dass die Tatsache der Eigenverwaltung bei Gewerkschaften den unzutreffenden Eindruck wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Unternehmens veranlasst.

2.6 Vorläufige Insolvenzverwaltung

2.6.1 Überblick und Befugnisse

Wenn der Insolvenzantrag gestellt wurde (§§ 11 ff., 13 ff. InsO), eröffnet das Insolvenzgericht nicht sofort das Insolvenzverfahren, sondern prüft zunächst die Insolvenzgründe (§§ 16 ff. InsO) und die Frage, ob das Vermögen des Schuldners voraussichtlich ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken (§ 26 Abs. 1 InsO). Zudem ergreift es nach §§ 21 ff. InsO vorläufige Maßnahmen, um bis zur Entscheidung über den Antrag gläubigerbenachteiligende Vermögensveränderungen zu verhindern. Dazu bestellt das Gericht (wenn nicht die vorläufige Eigenverwaltung zugelassen wird, § 270a, §§ 274 f. InsO, siehe oben 2.5) einen vorläufigen Insolvenzverwalter. Ihm obliegen Sicherungs- und Erhaltungsaufgaben einschließlich der damit verbundenen Fortführung des schuldnerischen Unternehmens, sowie die Klärung der Frage, ob ein Eröffnungsgrund gegeben ist und ob das Schuldnervermögen zur Verfahrensdurchführung ausreicht (§ 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 InsO).

Die möglichen vorläufigen Maßnahmen des Insolvenzgerichts sind in § 21 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 InsO genannt. Die wichtigsten sind

- die Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters;
- die Einsetzung eines vorläufigen Gläubigerausschusses;
- das Auferlegen eines den Schuldner betreffenden allgemeinen Verfügungsverbots oder die Anordnung, dass seine Verfügungen nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind;
- die Untersagung bzw. einstweilige Einstellung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner, soweit nicht unbewegliche Gegenstände betroffen sind;
- die Anordnung einer vorläufigen Postsperre;
- ein Verwertungsverbot für Gegenstände von Aus- und Absonderungsrechten;
- notfalls die zwangsweise Vorführung des Schuldners oder von Leitungsorganmitgliedern.

2.6.1.1 Vorläufiger Insolvenzverwalter

Beim vorläufigen Insolvenzverwalter bestehen (sofern nicht die vorläufige Eigenverwaltung angeordnet wird, § 270a, §§ 274 f. InsO, siehe oben 2.5, auch zum „Schutzschirm“ nach § 270b InsO) unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten, von denen die Insolvenzgerichte in verschiedener Weise Gebrauch machen:

Das Insolvenzgericht kann gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 1, § 22 Abs. 1 InsO dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen und einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen, dem es die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse überträgt (sog. „starker vorläufiger Verwalter“). Dieser ist anstelle des Schuldners zum Vertragsschluss und zur Vertragsbeendigung befugt, was auch für Arbeitsverträge gilt. Er kann nach § 55 Abs. 2 S. 2 InsO durch entsprechenden Vertragsschluss oder durch Inanspruchnahme von Leistungen

(insbesondere Arbeitsleistungen der Arbeitnehmer) künftige Masseverbindlichkeiten begründen.

Erlässt das Insolvenzgericht dagegen kein allgemeines Verfügungsverbot, bleiben die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse beim Schuldner. Der vorläufige Insolvenzverwalter (sog. „schwacher vorläufiger Insolvenzverwalter“) hat in dieser Situation nur die in § 22 Abs. 2, 3 InsO genannten Aufgaben und Rechte – insbesondere Nachforschungs-, Einsichts- und Kontrollbefugnisse.

Oft kommt es auch vor, dass Insolvenzgerichte im Bestellungsbeschluss gemäß § 22 Abs. 2 InsO ausdrücklich einige gesonderte Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters begründen (sog. „halbstarker vorläufiger Insolvenzverwalter“). Diese ergeben sich aus dem jeweiligen Beschluss und werden in der Praxis unterschiedlich ausgestaltet. Teilweise heißt es beispielsweise, dass dem vorläufigen Insolvenzverwalter neben anderen Befugnissen auch das Recht zur Ausübung der Arbeitgeberbefugnisse eingeräumt wird einschließlich derjenigen, Kündigungen auszusprechen sowie *„alle damit verbundenen Entscheidungen vorzubereiten und zu treffen“*. In diesem Fall werden im entsprechend zugelassenen Maß nach § 55 Abs. 2 S. 2 InsO künftige Masseverbindlichkeiten begründet. Oft werden auch Zustimmungsvorbehalte begründet, etwa für die Beendigung von Arbeits- oder auch Dienstverhältnissen.

2.6.1.2 Vorläufiger Gläubigerausschuss

Die Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses richtet sich nach § 21 Abs. 2 Nr. 1a, § 22a, § 67 Abs. 2 §§ 69 - 73 InsO. Sie erfolgt gemäß § 22a Abs. 1 InsO, wenn das insolvente Unternehmen im vorangegangenen Geschäftsjahr mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale erfüllt hat:

- Mindestens 6 Mio. Euro Bilanzsumme (nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags nach § 268 Abs. 3 HGB);
- mindestens 12 Mio. Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor Abschlussstichtag;
- im Jahresschnitt mindestens 50 Arbeitnehmer.

2.6.2 Insolvenzgeld

In der Praxis wird die Zeit des Eröffnungsverfahrens häufig genutzt, um mittels der so genannten Insolvenzgeld-Vorfinanzierung Lohnkosten zu überbrücken.

2.6.2.1 Anspruch auf Insolvenzgeld

Gemäß § 165 SGB III haben Arbeitnehmer gegen die Bundesagentur für Arbeit Anspruch auf Insolvenzgeld für den Lohnausfall, den sie während der letzten drei Monate ihres Ar-

beitsverhältnisses vor Eintritt eines so genannten Insolvenzereignisses (Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Abweisung mangels Masse oder vollständige Betriebseinstellung im Inland bei offensichtlichem Massemangel, § 165 Abs. 1 S. 2 InsO) erleiden.

Drei Monate vor Eintritt des Insolvenzereignisses bedeutet, dass bei einem Arbeitsverhältnis, das beispielsweise am Tag der Verfahrenseröffnung bestanden oder darüber hinaus andauert hat, die letzten drei Monate vor diesem Tag gemeint sind. Bei Arbeitsverhältnissen, die vor Eintritt des Insolvenzereignisses bereits beendet waren, kann sich der Dreimonatszeitraum auf eine mehr als drei Monate davor liegende oder beginnende Phase beziehen.

Die Dreimonatsfrist ist tagesgenau zu berechnen, weshalb sie auch im Kalendermonat beginnen und enden kann. Arbeitet der Beschäftigte in Unkenntnis des Insolvenzereignisses, besteht ein Anspruch für die der Kenntnisnahme vorangegangenen drei Monate, § 165 Abs. 3 SGB III.

Beispiele

Das Insolvenzverfahren wurde am 19. August 2020 eröffnet. Die Arbeitnehmer haben seit dem 01. April 2020 kein Entgelt mehr erhalten.

Das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmer A dauert über diesen Tag hinaus fort. Der Anspruch auf Insolvenzgeld besteht für den Zeitraum vom 19. Mai 2020 bis zum 18. August 2020.

Das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmer B dauert ebenfalls über den 19. August 2020 hinaus fort. Er erfährt jedoch erst am 28. August 2020 von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Anspruch auf Insolvenzgeld besteht für den Zeitraum vom 28. Mai 2020 bis zum 27. August 2020.

Das Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmer C endete mit Ablauf des 30. Juni 2020. Der Anspruch auf Insolvenzgeld besteht für den Zeitraum vom 01. April 2020 bis zum 30. Juni 2020.

Das Insolvenzgeld bemisst sich gemäß § 165 Abs. 2, § 167 SGB III nach dem Nettoarbeitsentgelt, welches sich ergibt, wenn das durch die Beitragsbemessungsgrenze gekappte Bruttoentgelt um die gesetzlichen Abzüge vermindert wird. Nicht abgeführte Altersvorsorgebeiträge aus Entgeltumwandlung sind hierbei nach § 165 Abs. 2 S. 3 SGB III mit zu erstatten. Insolvenzgeld ist einkommensteuerfrei gemäß § 3 Nr. 2 EStG. Es ist nach § 11 SGB II auf Arbeitslosengeld II anzurechnen. Die Agentur für Arbeit kann gemäß § 168 SGB III einen Vorschuss zahlen, was aber die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzt. Zusätzlich übernimmt die Agentur für Arbeit gemäß § 175 Abs. 1 SGB III die ausgefallenen Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Die Finanzierung erfolgt durch die Insolvenzgeldumlage U3 der Arbeitgeber gemäß § 358 SGB III.

2.6.2.2 Vorfinanzierung von Lohnkosten im Eröffnungsverfahren durch Insolvenzgeld

Der Anspruch auf Insolvenzgeld eröffnet dem vorläufigen Insolvenzverwalter (oder auch dem Schuldner bei der vorläufigen Eigenverwaltung, siehe oben 2.5) während des Eröffnungsverfahrens die Chance, die Beschäftigten ohne Vergütung bis zu drei Monate arbeiten zu lassen.

Dies erfolgt mittels so genannter Insolvenzgeld-Vorfinanzierung. Sie beruht darauf, dass eine Bank dem Beschäftigten das Insolvenzgeld im Vorhinein gewissermaßen als „Lohn“ auszahlt. Im Gegenzug lässt sie sich von ihm die Entgeltansprüche abtreten (sog. Forderungskaufverfahren). Sobald später das Insolvenzverfahren eröffnet oder mangels Masse eingestellt ist, beantragt die Bank, die aufgrund der Abtretung gemäß § 170 Abs. 1 SGB III neue Insolvenzgeldgläubigerin ist, Insolvenzgeld.

Faktisch kann somit während des Eröffnungsverfahrens bis zu drei Monate unter weitgehender Einsparung von Personalmitteln gewirtschaftet werden, denn die Beschäftigten erhalten rechtzeitig eine Art „Vergütung“. Dies alles geschieht unter Verschonung der Masse, weil der Regressanspruch der Agentur für Arbeit nur Insolvenzforderung ist, § 169 SGB III, § 38, § 55 Abs. 3 InsO.

2.6.2.3 Notwendige Zustimmung der Agentur für Arbeit

Mit dem Zustimmungserfordernis nach § 170 Abs. 4 SGB III soll jedoch verhindert werden, dass die Insolvenzgeld-Vorfinanzierung in Fällen erfolgt, in denen sie beschäftigungspolitisch sinnlos ist. Deshalb wird der Insolvenzgeldanspruch der Bank, an die er abgetreten wurde, ausgeschlossen, wenn nicht die Agentur für Arbeit zustimmt. Die Zustimmung kann nur vor dem Insolvenzereignis erteilt werden. Sie erfordert Tatsachen, welche „die Annahme rechtfertigen, dass durch die Vorfinanzierung der Arbeitsentgelte ein erheblicher Teil der Arbeitsplätze erhalten bleibt“. Dies ist anzunehmen, sobald die betriebliche Funktion als solche fortbesteht und im Betrieb eine gewisse Mindestzahl an Arbeitnehmern erhalten bleibt. Dabei orientiert sich die Agentur für Arbeit an der Quotenregelung in § 112a Abs. 1 S. 1 BetrVG. Wenn also beispielsweise im Betrieb bisher 500 Arbeitnehmer tätig waren und durch die Insolvenzgeldzahlung 60 Arbeitsplätze nach Maßgabe eines nachvollziehbaren Sanierungsplans erhalten bleiben können, sind die Zustimmungsvoraussetzungen erfüllt.

3 Das eigentliche Insolvenzverfahren

Überblick über den Ablauf des Verfahrens und die Rechte des Insolvenzverwalters

3.1 Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung mangels Masse

Am Ende des Vorverfahrens steht das Ergebnis der Prüfung des vorläufigen Insolvenzverwalters – bei der vorläufigen Eigenverwaltung: des vorläufigen Sachwalters – nach § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 InsO zu der Frage, ob das Vermögen des Schuldners die Kosten des Verfahrens decken wird. Unter Orientierung hieran entscheidet das Insolvenzgericht über die Verfahrenseröffnung.

- Wenn die Insolvenzgründe gegeben sind und die Verfahrenskosten deckende Masse vorhanden ist, wird das Insolvenzverfahren eröffnet, §§ 27, 30 InsO.
- Wenn die Insolvenzgründe gegeben sind und keine die Verfahrenskosten deckende Masse vorhanden ist, wird der Insolvenzantrag mangels Masse abgewiesen, § 26 InsO.
- Sollten die Insolvenzgründe nicht gegeben sein, weil die schuldnerische Kapitalgesellschaft im Zeitpunkt der Eröffnung weder zahlungsunfähig noch überschuldet (§§ 17, 19 InsO) oder trotz entsprechenden Antrags nach § 18 InsO auch keine drohende Zahlungsunfähigkeit gegeben ist, wird der Eröffnungsantrag abgewiesen.
- Wenn die Eröffnungsgründe – etwa wegen der Erholung des Unternehmens – später, also nach der Verfahrenseröffnung, entfallen oder wenn sich herausstellt, dass das Vorliegen der Insolvenzgründe bei der Eröffnung irrtümlich angenommen wurde, ist das Verfahren auf Antrag des Schuldners nach § 212 InsO einzustellen.

Wenn die Insolvenzgründe gegeben sind und eine die Verfahrenskosten deckende Masse vorhanden ist, gilt Folgendes:

Das Insolvenzgericht beschließt dann gemäß § 27 InsO die Eröffnung des Insolvenzverfahrens – dieser Eröffnungsbeschluss ist nach § 30 Abs. 1 InsO sofort öffentlich bekannt zu machen. Im Beschluss werden die Gläubiger nach § 28 InsO zur fristgerechten Geltendmachung ihrer Forderungen und Sicherungsrechte aufgefordert. Gemäß § 29 InsO werden ein Berichts- und ein Prüfungstermin festgelegt. Zudem bestellt das Gericht gemäß §§ 56 ff. InsO einen Insolvenzverwalter – meist wird der vorläufige Insolvenzverwalter ausgewählt. Sollte keine Eigenverwaltung nach §§ 270 ff. InsO angeordnet werden (siehe oben 2.5), geht gemäß § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Schuldnervermögen (§§ 35 ff. InsO) auf den Insolvenzverwalter über. Gemäß § 89 InsO besteht ein Vollstreckungsverbot für Gläubiger – die Verwertung des Schuldnervermögens ist also ausschließlich dem Insolvenzverwalter vorbehalten. Zudem gilt die sogenannte Rückschlagsperre nach § 88 InsO; sie bewirkt die Unwirksamkeit

von Sicherungen, die im letzten Monat vor Antragstellung durch Zwangsvollstreckung erlangt wurden. Prozesse des Schuldners werden gemäß § 240 ZPO unterbrochen; der Insolvenzverwalter und die Gegenseite können sie nach Maßgabe der §§ 85 f. InsO aufnehmen.

Kapitalgesellschaften sind mit der Verfahrenseröffnung aufgelöst (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG). Ihr Gesellschaftszweck ist nunmehr auf die Verwertung des Gesellschaftsvermögens gerichtet; Modifikationen im Sinne eines Fortbestehenszwecks können sich aber aus einem Insolvenzplan ergeben (siehe 2.4).

Ein nach der Insolvenzordnung stets vorgesehenes Organ ist die Gläubigerversammlung. Sie wird nach §§ 74 ff. InsO einberufen und hat entsprechende Mitwirkungsrechte. Dasselbe gilt für den Gläubigerausschuss, der aber nicht zwingend vorgegeben ist, sondern vom Insolvenzgericht gemäß § 67 InsO eingesetzt werden kann. Im Gläubigerausschuss sollen die absonderungsberechtigten Gläubiger, die Insolvenzgläubiger mit den höchsten Forderungen und die Kleingläubiger vertreten sein. Dem Ausschuss soll auch ein Vertreter der Arbeitnehmer angehören. Es können auch Personen bestellt werden, die keine Gläubiger sind.

3.2 Befugnisse des Insolvenzverwalters

Der Insolvenzverwalter soll die gleichmäßige Gläubigerbefriedigung durch Verwertung des Schuldnervermögens sicherstellen. Das geschieht in der Regel dadurch, dass er das Vermögen sichert und verwaltet. Er erhält die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das dem Insolvenzbeschluss unterliegende Schuldnervermögen, § 80 InsO. Zudem ist er befugt, nach Maßgabe der §§ 129 ff. InsO Insolvenzanfechtungen vorzunehmen und auf diese Weise Vermögensgegenstände, die dem Schuldnervermögen zulasten der Masse vor der Verfahrenseröffnung entzogen worden sind, zurückgewähren zu lassen. Die Haftung des Insolvenzverwalters für Pflichtverletzungen richtet sich nach § 60 InsO.

Weil der Insolvenzverwalter mit der Masse wirtschaften können muss, sind die von ihm begründeten Verbindlichkeiten voll aus der Masse zu begleichen und dementsprechend sind Leistungen zugunsten der Masse voll aus der Masse zu entgelten. Der Stichtag für den Wechsel von der Begründung von Insolvenzforderungen zur Begründung von Masseforderungen ist in der Regel die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Verbindlichkeiten aus der Zeit davor werden nur mit der Insolvenzquote berücksichtigt (§ 38 InsO), während Verbindlichkeiten aus der Zeit danach als Masseverbindlichkeiten voll beglichen werden (§ 53 InsO (vgl. auch die Erweiterung bei der Entgegennahme von Arbeitsleistungen durch den diesbezüglich befugten vorläufigen Insolvenzverwalter nach § 55 Abs. 2 S. 2 InsO)). Für gegenseitige Verträge, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig erfüllt sind, steht dem Insolvenzverwalter nach § 103 InsO das Recht der Nichterfüllungswahl zu. Entscheidet er sich gegen die Erfüllung, sind die dadurch verursachten Schuldnerverbindlichkeiten lediglich einfache Insolvenzforderungen. Entscheidet er sich für die Erfüllung (weil er sie für massenützlich hält), werden die damit verbundenen Verbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu Masseverbindlichkeiten.

Vor dem Hintergrund dieses Wechselspiels zwischen Insolvenzforderungen aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung und Masseverbindlichkeiten aus der Zeit danach lassen sich die Regelungen über Dauerschuldverhältnisse nachvollziehen. Gemäß §§ 108 ff. InsO bestehen Dauerschuldverhältnisse in der Regel zwar fort, aber die Klassifizierung der aus ihnen folgenden Verbindlichkeiten als Insolvenz- oder Masseforderungen erfolgt nach ihrer Einordnung in die Zeit davor und danach. Zudem können Dauerschuldverhältnisse unter erleichterten Bedingungen beendet werden. Für die Insolvenz des Arbeitgebers hat der Gesetzgeber in § 108 Abs. 1 S. 1, § 113, §§ 120 - 128 InsO ein System entwickelt, welches zum Schutz des Arbeitnehmers dessen Interesse am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses mit dem Masse- (und damit Gläubiger-)Interesse an einer möglichst weitreichenden Beendigungsfreiheit zum Ausgleich bringt. Deshalb gilt ein bestehendes Arbeitsverhältnis gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 InsO auch nach der Verfahrenseröffnung fort. Der Insolvenzverwalter und der Arbeitnehmer können es nach § 113 InsO mit einer auf maximal drei Monate zum Monatsende gekappten Kündigungsfrist kündigen, wobei aber der allgemeine und der besondere Kündigungsschutz grundsätzlich gewahrt bleiben - hier greifen nach §§ 125 f. InsO lediglich Modifikationen. (Siehe hierzu 4.)

3.3 Verlauf des Verfahrens – Berichts- und Prüfungstermin

Der Insolvenzverwalter nimmt das zur Insolvenzmasse gehörende Schuldnervermögen in Besitz und sichert es nach Maßgabe der §§ 148 ff. InsO. Er erstellt gemäß §§ 151 ff. InsO eine Vermögensübersicht, fertigt Verzeichnisse der Massegegenstände an und registriert die Gläubiger. Im Berichtstermin (§§ 29, 156 InsO) informiert er die Gläubigerversammlung über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und legt dar, welche Möglichkeiten eines Unternehmenserhalts und eines Insolvenzplans bestehen. Gläubigerausschuss, Betriebsrat und Sprecherausschuss haben Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Gläubigerversammlung entscheidet gemäß § 157 InsO im Berichtstermin über den Fortgang des Verfahrens, insbesondere über Stilllegung oder Fortführung des schuldnerischen Unternehmens. Will der Insolvenzverwalter das Unternehmen vorher stilllegen, so hat er nach § 158 InsO die Zustimmung eines gegebenenfalls eingesetzten Gläubigerausschusses einzuholen. Die Verwertung der Insolvenzmasse sowie die Vornahme weiterer Rechtshandlungen richten sich nach §§ 159 ff. InsO; hier sind insbesondere die Regelungen zur Betriebsveräußerung nach §§ 162 ff. InsO zu beachten. Bei alledem gilt, dass die betreffenden Vorgaben die Außenwirksamkeit von Verwalterhandlungen unberührt lassen, § 164 InsO.

Der Insolvenzverwalter hat nach §§ 165 ff. InsO die Möglichkeit der Verwertung von Gegenständen, an denen Absonderungsrechte (§§ 50 ff. InsO, z. B. Pfandrechte oder Sicherungseigentum) bestehen. Die Anmeldung der Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) erfolgt nach näherer Maßgabe der §§ 174 ff. InsO schriftlich durch die Gläubiger beim Insolvenzverwalter, der sie gegebenenfalls in die Tabelle einsetzt. Im Prüfungstermin (§§ 29, 176 ff. InsO) werden die Forderungen behandelt. Widerspricht weder der Verwalter noch ein Insolvenzgläubiger einer Forderung, gilt sie gemäß § 178 InsO als festgestellt. Im Streitfall richtet sich die prozessuale Geltendmachung nach §§ 179 ff. InsO.

Zu jeder Zeit des Verfahrens gilt, dass bei irrtümlicher Annahme eines Insolvenzgrundes im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung oder bei späterem (erholungsbedingtem) Wegfall jedweden Insolvenzgrundes das Verfahren gemäß § 212 InsO auf Schuldnerantrag einzustellen ist.

3.4 Masseunzulänglichkeit

Wenn nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Masse nicht ausreicht, um die fälligen Masseverbindlichkeiten zu begleichen, besteht gemäß § 208 InsO die sogenannte Masseunzulänglichkeit. Dies muss der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht anzuzeigen. Dasselbe gilt bei drohender Masseunzulänglichkeit, § 208 Abs. 1 S. 2 InsO. Das Insolvenzgericht macht die Anzeige bekannt und stellt sie den Massegläubigern zu, § 208 Abs. 2 InsO.

Die Anzeige der Masseunzulänglichkeit führt zu einer „Insolvenz in der Insolvenz“, also nach den Vorgaben von § 209 InsO zu einer neuen Stufenordnung für die Masseverbindlichkeiten. Erstrangig sind dabei gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Kosten des Insolvenzverfahrens; dann folgen gemäß § 209 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 InsO die Masseverbindlichkeiten, die nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind, ohne zu den Kosten des Verfahrens zu gehören; an dritter und letzter Stelle stehen nach § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO die übrigen Masseverbindlichkeiten. Nach § 210 InsO werden Zwangsvollstreckungsmaßnahmen für die letztgenannten Forderungen unzulässig. Insolvenzpläne unterliegen den Sonderregelungen des § 210a InsO. Sobald der Insolvenzverwalter die Insolvenzmasse nach Maßgabe des § 209 InsO verteilt hat, ist das Insolvenzverfahren gemäß § 211 InsO einzustellen.

3.5 Verteilung

Frühestens nach dem allgemeinen Prüfungstermin erfolgt gemäß §§ 187 ff. InsO die quotal Befriedigung der Gläubiger – sofern für sie nach Begleichung der Masseverbindlichkeiten einschließlich der Verfahrenskosten noch etwas verblieben ist. Verfahrenskosten nach §§ 53 f. InsO sind Gerichtskosten, die Auslagen und die Vergütung des Insolvenzverwalters sowie gegebenenfalls der Gläubigerausschussmitglieder. Die sonstigen Masseverbindlichkeiten sind nach näherer Maßgabe von § 55 InsO, wie bereits oben unter 3.2 ausgeführt, diejenigen, die durch Handlungen des Insolvenzverwalters (oder des entsprechend „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters) zulasten der Masse begründet wurden, sowie solche Verbindlichkeiten, die auf einem der Masse zugeflossenen Vermögensvorteil beruhen.

Wenn nach der Befriedigung dieser Forderungen genügend Masse verblieben ist, steht diese nach §§ 187 ff. InsO zur gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) zur Verfügung. Dies geschieht in der Regel zunächst durch Leistung von Abschlagszahlungen, die gemäß § 195 InsO vom gegebenenfalls eingerichteten Gläubigerausschuss auf Vorschlag des Insolvenzverwalters festgesetzt werden; wenn kein Gläubigerausschuss vorhanden ist, geschieht dies durch den Insolvenzverwalter. Sobald die Verwertung nach Maßgabe von § 196 InsO beendet ist, wird eine Schlussverteilung vorgenommen. Zudem

[Das eigentliche Insolvenzverfahren](#)

wird gemäß § 197 InsO ein Schlusstermin abgehalten. Ist die Schlussverteilung abgeschlossen, wird das Verfahren durch das Insolvenzgericht gemäß § 200 InsO aufgehoben.

In der Zeit danach können die Gläubiger ihre Forderungen, sofern sie nicht befriedigt wurden, nach Maßgabe von § 201 InsO prinzipiell wieder uneingeschränkt gegen die schuldnerische Kapitalgesellschaft geltend machen, zum Beispiel im Wege der Einzelzwangsvollstreckung. Dies erfolgt dann mit einem vollstreckbaren Auszug aus der Insolvenztabelle, der in der Zwangsvollstreckung Urteilkraft hat (§ 201 InsO). Das dürfte in der Regel aber sinnlos sein, weil und sofern das Vermögen der nach § 394 Abs. 1 S. 2 FamFG gelöschten Kapitalgesellschaft erschöpft ist.

4 Arbeitsrechtliche Aspekte

Individuelles und kollektives Arbeitsrecht und betriebliche Altersversorgung

Das Insolvenzverfahren hat erhebliche Auswirkungen auf die arbeitsrechtlichen Beziehungen des Schuldners.

4.1 Individualarbeitsrecht in der Insolvenz

4.1.1 Das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz

Arbeitsverträge bleiben gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 InsO auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich unverändert bestehen. In der Insolvenz erlöschen jedoch vom Schuldner erteilte Vollmachten nach § 117 Abs. 1 InsO. Davon sind beispielsweise die Prokura und die dem Personalleiter erteilte Befugnis zur Kündigung von Arbeitsverhältnissen erfasst. Wenn keine Eigenverwaltung angeordnet ist, nimmt der Insolvenzverwalter nunmehr die arbeitsrechtlichen Rechte und Pflichten des Schuldners wahr. Deshalb ist eine Kündigung durch den Schuldner selbst unwirksam und kann auch nicht die dreiwöchige Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG auslösen.

4.1.2 Arbeitsrechtliche Befugnisse des Insolvenzverwalters und Kündigungsschutz

4.1.2.1 Modifikation des Kündigungsrechts

§ 113 InsO erleichtert die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in der Insolvenz des Arbeitgebers hinsichtlich der Kündigungsfrist. Sowohl der Insolvenzverwalter als auch der Arbeitnehmer können ordentlich mit dreimonatiger Frist zum Monatsende kündigen, soweit nicht ohnehin eine kürzere Frist gilt. Das gilt auch, wenn die Kündigungsfrist durch Gesetz, Tarifvertrag, Arbeitsvertrag oder sonst rechtsgeschäftlich länger festgesetzt ist. Die Kündigung mit dieser Frist ist auch dann möglich, wenn es sich um ein befristetes Arbeitsverhältnis handelt, in dem die ordentliche Kündigung nicht vorgesehen ist (§ 15 Abs. 3 TzBfG), oder wenn ein Kündigungsausschluss aufgrund Tarifvertrags, Arbeitsvertrags oder sonst rechtsgeschäftlich vorgesehen ist.

§ 113 InsO lässt es auch zu, dass ein zunächst mit längerer Frist gekündigtes Arbeitsverhältnis nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit der dreimonatigen Frist gekündigt wird und somit gegebenenfalls früher endet. Außerdem beginnt die verkürzte Kündigungsfrist

des § 113 S. 2 InsO bereits mit dem Zugang der Kündigungserklärung, also unter Umständen schon vor dem vereinbarten Dienstantritt. Das BAG lässt es als hinreichend bestimmt zu, wenn Kündigungen unter Hinweis auf die Drei-Monats-Frist des § 113 S. 2 InsO „zum frühestmöglichen Zeitpunkt“ erklärt werden. Kündigt der Verwalter unter Ausnutzung der verkürzten Frist, so kann der Arbeitnehmer wegen der vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses gemäß § 113 S. 3 InsO als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) Schadenersatz verlangen. Der Schadensersatzanspruch ist auf die *Höhe des Verdienstauffalls begrenzt*, der durch eine Verkürzung der sonst anwendbaren Kündigungsfrist im Insolvenzfall entsteht.

§ 113 InsO betrifft ausschließlich die Kündigungsfrist und den vereinbarten Kündigungsausschluss. Der gesetzliche Kündigungsschutz bleibt unberührt. Ein besonderer Kündigungsschutz – z. B. für Betriebsratsmitglieder, (werdende) Mütter, Arbeitnehmer in Elternzeit oder Schwerbehinderte – gilt weiterhin. Soweit das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist, müssen Arbeitgeberkündigungen durch Gründe in der Person oder im Verhalten des Arbeitnehmers bzw. durch dringende betriebliche Erfordernisse gerechtfertigt sein. Im Hinblick auf betriebsbedingte Kündigungen, die im Zusammenhang mit einer Betriebsänderung stehen, gibt es allerdings einige Modifikationen zugunsten des Insolvenzverwalters:

- § 125 InsO erleichtert als Sonderregel zu § 1 Abs. 5 KSchG Kündigungen unter Einsatz von Namenslisten in Interessenausgleichen. Hierbei ist zu beachten, dass nach § 125 InsO (anders als nach § 1 Abs. 5 KSchG) eine ausgewogene Personalstruktur nicht nur gesichert, sondern auch geschaffen werden kann. Dabei gilt wie für § 1 Abs. 5 KSchG, dass Abweichungen von einer zuvor erlassenen Auswahlrichtlinie (§ 1 Abs. 4 KSchG, § 95 BetrVG) zulässig sind.
- Wenn kein Interessenausgleich zustande kommt, hat der Insolvenzverwalter gemäß § 126 InsO die Möglichkeit, seinerseits beim Arbeitsgericht die Feststellung zu beantragen, dass die Kündigung bestimmter Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Gründe gerechtfertigt ist. Eine rechtskräftige Entscheidung in diesem Verfahren ist laut § 127 Abs. 1 InsO in der Regel auch für das gegebenenfalls vom Arbeitnehmer angestoßene Kündigungsschutzverfahren bindend. In der Praxis spielt dieses Vorgehen des Insolvenzverwalters jedoch eine untergeordnete Rolle.

4.1.2.2 Erhöhtes Aufkommen von Arbeitnehmerkündigungen als Bedrohung von Sanierungspotentialen

§ 113 InsO kappt nicht nur die Kündigungsfrist für die arbeitgeberseitige Kündigung, sondern auch für die arbeitnehmerseitige Kündigung auf höchstens drei Monate. Das wird relevant, wenn

- die ordentliche Kündigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses nicht vorgesehen ist oder

- durch arbeitsvertragliche Vereinbarung ein Parallellauf der Kündigungsfrist für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer hergestellt wurde und die Frist nach § 622 Abs. 2 BGB mehr als drei Monate zum Ende eines Kalendermonats beträgt.

In einem Wettbewerbsumfeld, das den Beschäftigten sicherere Arbeitsplätze bietet, kommt es daher gelegentlich zu gehäuften Kündigungen selbst solcher Arbeitnehmer, denen durchgängig die Vergütung gezahlt wurde und die deshalb keinen Grund zur außerordentlichen Kündigung nach § 626 BGB haben. In diesem Kontext dürfen auch mögliche Abwerbeaktivitäten von Konkurrenten nicht unterschätzt werden. Die Mitarbeiterabwerbung ist grundsätzlich zulässig, solange sie nicht mit unlauteren Mitteln betrieben wird. Somit kann es selbst bei an sich „rettbaren“ Unternehmen zu Situationen kommen, in denen Sanierungen (insbesondere übertragende Sanierungen) mangels wichtiger Belegschaftsmitglieder scheitern.

4.1.3 Insolvenzzrechtliche Einordnung arbeitsrechtlicher Ansprüche

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind in der Regel einfache Insolvenzforderungen gemäß § 38. Dies gilt nach § 55 Abs. 2 InsO nicht, soweit die Ansprüche durch den entsprechend befugten vorläufigen Insolvenzverwalter begründet wurden oder von ihm Leistungen in Anspruch genommen wurden – hier entstehen Masseansprüche (vgl. oben 2.6).

Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis für die Zeit nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens kann der Arbeitnehmer gemäß § 53, § 55 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. InsO als Massegläubiger geltend machen. Mit der Übernahme der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis erhält der Verwalter zudem auch die Befugnis, mit Wirkung für die Masse Arbeitsverträge zu schließen. In diesem Fall sind die Vergütungsansprüche ebenfalls Masseansprüche, § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO.

Arbeitsverhältnisse, die bei Ende des Insolvenzverfahrens noch bestehen, gehen wieder auf den Schuldner über. Dieser ist Inhaber der aus ihnen folgenden Ansprüche auf die Arbeitsleistung und ihn treffen auch die daraus resultierenden Verpflichtungen wie insbesondere diejenige zur Vergütung.

4.2 Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband und Tarifverträge

Der Insolvenzverwalter oder der Schuldner in Eigenverwaltung (unterstützt durch den Sachwalter) kann eine bestehende Verbandsmitgliedschaft beibehalten, in den Arbeitgeberverband eintreten oder auch selbst einen Firmentarifvertrag mit Wirkung für und gegen die Masse schließen. Kommt es im Rahmen der Insolvenz zu einem Betriebsübergang, bleiben die geltenden Tarifregelungen sowie Betriebsvereinbarungen für einen Betriebserwerber nach Maßgabe von § 613a BGB verbindlich (siehe dazu unten 4.4).

4.2.1 Tarifverträge in der Arbeitgeberinsolvenz

Die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband wird durch die Insolvenz des Arbeitgebers nicht durch Gesetz beendet. Die Bindung des Arbeitgebers an die Flächentarifverträge nach §§ 3 f. TVG bleibt nach der gesetzlichen Regelung erhalten.

Die Beendigung der Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband im Insolvenzfall kann auch zulässig in Verbandssatzungen geregelt werden. Solche Klauseln sind in der Praxis häufig zu finden.

Umstritten ist, ob der Insolvenzverwalter die ihm gemäß § 80 Abs. 1 InsO übertragene Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nutzen und die Mitgliedschaft durch Erklärung des Verbandsaustrittes beenden kann. (In diesem Fall käme es zur Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG. Bis zur Beendigung des Tarifvertrages gälten dessen Rechtsnormen weiterhin unmittelbar und zwingend.)

Hinweis

Nach Rechtsauffassung einiger Verbände hat der Insolvenzverwalter keine Befugnis, die Verbandsmitgliedschaft zu beenden. Dies wird darauf gestützt, dass die Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes nicht in die Insolvenzmasse fällt (BAG, Urteil vom 20. November 1997, 2 AZR 52/97).

Haustarifverträge kann der Insolvenzverwalter kündigen. Nach Ablauf einer etwaigen Kündigungsfrist tritt die sogenannte Nachwirkung des Tarifvertrags gemäß § 4 Abs. 5 TVG ein. Die Regelungen des Haustarifvertrages wirken dann unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse der tarifgebundenen Arbeitnehmer, können aber durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Diese Abmachung kann individuell, in einer Betriebsvereinbarung oder in einem neuen Tarifvertrag erfolgen. Häufig werden sogenannte Sanierungstarifverträge durch den Insolvenzverwalter geschlossen.

Unabhängig von der originären Tarifbindung nach § 3 TVG bleibt es nach der Verfahrenseröffnung bei der Tarifierstellung aufgrund arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklauseln.

Hinweis

Bei Abweichungen von Flächentarifverträgen sollten die Sanierungstarifverträge als Verbandstarifverträge (sogenannte „Ergänzungstarifverträge“) geschlossen werden. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Bezugnahmeklausel zur fortlaufenden Anwendung des dann günstigeren Flächentarifvertrages führt (siehe BAG, Urteil vom 12. Dezember 2018 – 4 AZR 123/18). Anders ist dies nur bei Bezugnahmeklauseln, die als sogenannte „Gleichstellungsklauseln“ abgefasst sind.

4.2.2 Außerordentliche Tarifvertragskündigung

Neben der ordentlichen Kündigung der Tarifverträge ist auch eine durch die Insolvenz begründete außerordentliche Kündigung grundsätzlich denkbar. Die Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung bestimmt sich nach § 314 Abs. 1 BGB in entsprechender Anwendung. Demnach darf die Fortsetzung des Tarifvertrages bis zum vereinbarten Ende oder bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist nicht zumutbar sein. Hieran stellt die Rechtsprechung des BAG strenge Anforderungen. Es gilt das ultima-ratio-Prinzip.

Die außerordentliche Kündigung ist also nur dann möglich, wenn sie das mildeste Mittel darstellt. Milderer Mittel zur Kündigung ist aber regelmäßig die Nach- oder Neuverhandlung des Tarifvertrages. Eine Kündigung ohne Nachverhandlung oder Änderungsangebot ist damit in aller Regel unwirksam (BAG, Urteil vom 18. Dezember 1996 – 4 AZR 129/96).

Die Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse führt noch nicht für sich genommen zu einer Unzumutbarkeit des Festhaltens an einem Tarifvertrag. Jeder Tarifvertrag beinhaltet das Risiko der Fehleinschätzung der wirtschaftlichen Verhältnisse. Ein Kündigungsrecht ist erst dann anzunehmen, wenn die Belastung durch den Tarifvertrag zu einer Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz führen kann (BAG, Urteil vom 18. Februar 1998 – 4 AZR 363/96).

Dies gilt im Grunde auch für Sanierungs- bzw. Ergänzungstarifverträge, bei denen sich die Annahmen über die wirtschaftliche Erholung des Unternehmens und die damit verbundene Arbeitsplatzsicherung nicht bewahrheiten. Unter bestimmten Umständen können Sanierungs- bzw. Ergänzungstarifverträge außerordentlich kündbar sein.

Dies kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn die Sanierung scheitert. Das Kriterium des Scheiterns beurteilt sich danach, ob der Betrieb fortgeführt werden kann oder nicht. Die bloße Stellung eines Insolvenzantrages ist nicht ausreichend für die Feststellung des Scheiterns der Sanierung. Dies gilt sogar dann, wenn der Sanierungstarifvertrag explizit eine Kündigungsmöglichkeit für den Fall der Stellung des Insolvenzantrages vorsieht (vergleiche zu allem LAG München, Urteil vom 24. Mai 2019 – 3 Sa 808/18).

Maßgeblich für die Möglichkeiten der Kündigung eines Sanierungs- bzw. Ergänzungstarifvertrags sind stets die konkreten Umstände des Einzelfalles sowie die Vereinbarungen über die Kündbarkeit eines Tarifvertrags, die regelmäßig in den Schlussbestimmungen enthalten sind. Über die Möglichkeit der Kündigung im konkreten Einzelfall, berät Sie die Tarifabteilung gerne.

Hinweis

Zur Konkretisierung der Unzumutbarkeit im Sinne des § 314 BGB kann beispielsweise die Formulierung der Präambel des Sanierungstarifvertrages genutzt werden. Dort kann konkret zum Ausdruck gebracht werden, welche wirtschaftliche Lage des Unternehmens der Vereinbarung zugrunde gelegt wird. Hierdurch können die Anwendungsfälle der außerordentlichen Kündigung nach § 314 BGB beschränkt werden.

4.2.3 Kündigungsbeschränkungen

Auch Arbeitsverträge können nach § 113 InsO mit dreimonatiger Frist sowohl vom Insolvenzverwalter als auch vom Arbeitnehmer gekündigt werden. Etwaige längere Kündigungsfristen sowie vereinbarte Vertragslaufzeiten und Kündigungsausschlüsse sind nicht anwendbar. Dies gilt auch für tarifvertragliche Regelungen (BAG, Urteil vom 16. Mai 2019 – 6 AZR 329/18). Insbesondere tarifvertragliche Kündigungsverzichte verlieren ihre Wirkung. Dies betrifft insbesondere die häufig in Sanierungstarifverträgen zu findenden Beschäftigungssicherungen in Form des Ausschlusses der betriebsbedingten Kündigung. Solche Kündigungen sind in der Insolvenz durch die Regelung des § 113 InsO dennoch möglich.

Nach Ansicht des BAG (Urteil vom 19. Januar 2000 – 4 AZR 911/98) ist § 113 InsO nicht auf eine tarifliche Regelung anzuwenden, welche nur die Zustimmung des Betriebsrats zur arbeitgeberseitigen Kündigung festlegt. Dies sei kein vereinbarter „Ausschluss“ der ordentlichen Kündigung i. S. d. § 113 S. 1 InsO. Die Zustimmung sei grundsätzlich auch in der Insolvenz erforderlich. Dies gilt jedoch nicht für individualarbeitsvertraglich vereinbarte Zustimmungsrechte des Betriebsrates. Den Arbeitsvertragsparteien fehlt die Kompetenz zur Erweiterung des Beteiligungsrechtes des Betriebsrates bei Kündigungen. In diesen Fällen werden Kündigungen auch ohne die vereinbarte Betriebsratszustimmung wirksam (BAG, Urteil vom 23. April 2009 – 6 AZR 263/08).

4.2.4 Sanierungstarifverträge bzw. Ergänzungstarifverträge

Sanierungstarifverträge bzw. Ergänzungstarifverträge können grundsätzlich jederzeit abgeschlossen werden. Oftmals kommt es zu solchen Abschlüssen, wenn Unternehmen in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten.

Auch im Fall der Insolvenz kommen Ergänzungstarifverträge in Betracht. Diese können grundsätzlich vor oder auch nach der Verfahrenseröffnung abgeschlossen werden. Der Abschluss einer tarifvertraglichen Regelung nach Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und vor Verfahrenseröffnung empfiehlt sich aber meist nicht. Dies gilt selbst dann, wenn aufgrund der Nutzung des Insolvenzgeldzahlungszeitraumes (siehe oben 2.6.2) drei Monate während des Eröffnungsverfahrens vergehen. Folgende Gründe sprechen gegen Abschluss vor Verfahrenseröffnung:

- In der Regel werden dadurch nur Insolvenzforderungen begründet.
- Die Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters beziehungsweise Sachwalters zum endgültigen Insolvenzverwalter beziehungsweise Sachwalter im Rahmen der Verfahrenseröffnung ist nicht sicher.
- Vereinbarungen über Kündigungsausschlüsse oder Kündigungsverzichte können vor Verfahrenseröffnung aufgrund von § 113 InsO nicht rechtswirksam abgeschlossen werden; dies gilt selbst dann, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter sie vereinbart.
- Selbst bei Beteiligung des vorläufigen Insolvenzverwalters besteht das Risiko der Anfechtbarkeit.

In der Regel finden sich in Ergänzungstarifverträgen meist folgende Punkte:

- Entgeltreduzierungen und sonstige Modifizierungen der Vergütung (Verzicht auf den tariflich abgesicherten Teil eines 13. Monateinkommens („Weihnachtsgeld“), das tariflich erhöhte Urlaubsentgelt, Leistungszulagen, Anwesenheitsprämien etc.),
- Arbeitszeitverlängerungen oder Arbeitszeitflexibilisierungen,
- Verzicht auf betriebsbedingte Beendigungskündigungen,
- Besserungsscheine, die bei bestimmten betrieblichen Leistungszahlen die erstgenannten Vergütungsoffer (teils) rückgängig machen oder eigene Auszahlungspflichten etwa in Form von Gewinnbeteiligungen nach sich ziehen,
- Investitionszusagen.

Zudem kann in ganz bestimmten Einzelfällen auch ein Tarifsozialplan in Frage kommen. Darin finden sich dann Abfindungsregelungen für Arbeitnehmer, die ihren Arbeitsplatz verlieren oder sonstige Lasten für betriebliche Umstellungen tragen.

Tarifsozialpläne stehen inhaltlich in Konkurrenz mit betriebsverfassungsrechtlichen Sozialplänen nach §§ 112 ff. BetrVG. Das BAG lässt sie dennoch uneingeschränkt zu und erlaubt auch ihr Erstreiten durch Arbeitskampf, wobei das Gericht auf eine Angemessenheitsprüfung nach dem Muster des § 112 Abs. 4, Abs. 5 BetrVG verzichtet. Auch in einem Tarifsozialplan dürften die Obergrenzenregelungen des § 123 InsO zu beachten sein (siehe unten 4.3.2).

Tarifverträge, Sozialpläne und Betriebsvereinbarungen müssen getrennt voneinander geregelt werden. Ansonsten droht die Unwirksamkeit der betreffenden Kollektivverträge aufgrund der Rechtsprechung des BAG zur „Rechtsquellenklarheit“.

[BAG, Urteil vom 15. April 2008 – 1 AZR 86/07 \(„Rechtsquellenklarheit“\)](#)

Bestimmungen in gemischten, von Arbeitgeber, Gewerkschaft und Betriebsrat gemeinsam unterzeichneten Vereinbarungen sind unwirksam, wenn sich nicht aus diesen selbst ohne Weiteres und zweifelsfrei ergibt, wer Urheber der einzelnen Regelungskomplexe ist und

um welche Rechtsquellen es sich folglich handelt. Dies folgt aus dem Gebot der Rechtsquellenklarheit, das den Schriftformerfordernissen des § 1 Abs. 2 TVG und des § 77 Abs. 2 S. 1 und 2 BetrVG zugrunde liegt.

Die damit verbundenen Probleme lassen sich in der Weise vermeiden, dass notfalls in Tarifverträgen, Sozialplänen und Betriebsvereinbarungen gleichlautende Regelungen getroffen werden.

Hinweis

Tarifsozialpläne sollten mit möglicherweise fortbestehenden oder neu abzuschließenden Sozialplänen (siehe dazu unten 4.3.2) abgestimmt werden. Es sollte eine Vereinbarung getroffen werden, dass auf sämtliche Tarifleistungen mögliche Sozialplanleistungen voll angerechnet werden.

4.2.5 Differenzierungsklauseln

Im Laufe der Verhandlungen eines Ergänzungstarifvertrages wird von Seiten der Gewerkschaften oft der Abschluss so genannter „Differenzierungsklauseln“ gefordert. Hinter dieser Formulierung verbirgt sich der sogenannte „Gewerkschaftsbonus“. Die Gewerkschaft möchte damit erreichen, dass bestimmte Abfindungsleistungen oder sonstige Vergünstigungen ausschließlich Gewerkschaftsmitgliedern vorbehalten sind. Sie verfolgt damit das Ziel der Mitgliedergewinnung und will denjenigen Arbeitnehmern, die nicht organisiert sind, ihr bisheriges „Fehlverhalten“ aufzeigen.

Der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts hat die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln bereits 1967 zu Recht verneint. Leider folgten beginnend ab dem Jahr 2007 höchstgerichtliche Entscheidungen, die „einfache“ Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen ermöglichen. Dies sind Klauseln, die Gewerkschaftsmitgliedern eine Leistung zusprechen, ohne es dem Arbeitgeber zu verwehren diese Leistung auch Nicht-Gewerkschaftsmitgliedern zu gewähren.

Hinweis

Nach BAG, Urteil vom 18. März 2009 – 4 AZR 64/08 kann die Gleichstellung mit den Gewerkschaftsmitgliedern nicht durch einfache Bezugnahmeklauseln im Arbeitsvertrag erreicht werden. Der Ergänzungstarifvertrag wird zwar in Bezug genommen, jedoch erfüllt der nicht gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer nicht das Merkmal der Gewerkschaftszugehörigkeit. Soll der Arbeitnehmer in jedem Fall so gestellt werden, wie ein

Arbeitnehmer mit Gewerkschaftszugehörigkeit, so muss dies in der Bezugnahmeklausel explizit zum Ausdruck kommen.

Dieser Interpretation von Bezugnahmeklauseln durch das BAG ist aus unserer Sicht nicht zu folgen. Keinem nicht organisierten Arbeitnehmer kann unterstellt werden, dass er mit der Bezugnahme freiwillig eine künftige Schlechterstellung gegenüber Gewerkschaftsmitgliedern hinnehme.

4.3 Betriebsverfassungsrecht

4.3.1 Betriebsvereinbarungen

In der Insolvenz bleiben die betriebsverfassungsrechtlichen Strukturen bestehen. Der Insolvenzverwalter übernimmt im Rahmen seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis die Stellung des Unternehmers.

Gemäß § 120 Abs. 1 InsO können Betriebsvereinbarungen, welche die Insolvenzmasse belasten, auch dann mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden, wenn eine längere Frist vereinbart ist. Nach § 120 Abs. 2 InsO bleibt das Recht zur außerordentlichen Kündigung unberührt. Im Vorfeld sollen Insolvenzverwalter und Betriebsrat über eine einvernehmliche Herabsetzung der Leistungen beraten. In der Eigenverwaltung (oben 2.5.2) bedarf die Kündigung von Betriebsvereinbarungen nach § 279 S. 3 InsO der Zustimmung des Sachwalters.

Auch Betriebsvereinbarungen über betriebliche Altersversorgung können nach den Bestimmungen des § 120 InsO beendet werden. Nicht eindeutig geklärt ist jedoch, ob die bei der Kündigung solcher Betriebsvereinbarungen zu beachtenden Vertrauensschutzgrenzen der Rechtsprechung auch in der Insolvenz gelten. Diese besagen, dass selbst wenn für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass er durch eine Änderung oder Kündigung einer Betriebsvereinbarung schlechter gestellt werden kann, der Arbeitnehmer grundsätzlich erwarten kann, dass er für die von ihm erbrachten Vorleistungen auch die in Aussicht gestellte Gegenleistung erhält. Diesem Grundsatz können aber Gründe auf Seiten des Arbeitgebers entgegenstehen, welche die schützenswerten Interessen des Arbeitnehmers überwiegen. Je stärker durch die Änderung oder Kündigung einer Betriebsvereinbarung in Besitzstände eingegriffen werden soll, desto gewichtiger müssen die Gründe des kündigenden Arbeitgebers sein. Aus diesem Grund kann durch die Kündigung einer Betriebsvereinbarung der bereits erdiente Teilbetrag nur aus wichtigem Grund, und damit nur in seltenen Ausnahmefällen entzogen werden. Will die Kündigung nur in künftige Zuwächse eingreifen, die noch nicht erdient worden sind, genügen sachlich-proportionale Gründe (BAG, Urteil vom 11. Mai 1999 – 3 AZR 21/98). Eine entsprechend wirtschaftlich schlechte Lage, welche die Insolvenz bedingt und bei ausbleibender Änderung oder Kündigung der Betriebsvereinbarung zum Beispiel zur Betriebsstilllegung führt, kann im Einzelfall ein ausreichender Grund für einen Eingriff auch in bestehende Rechtspositionen sein.

Auch Interessenausgleiche können mit der dreimonatigen Frist des § 120 Abs. 1 S. 2 InsO gekündigt werden. Tarifverträge unterliegen dagegen nach überwiegender Meinung nicht § 120 Abs. 1 S. 2 InsO.

4.3.2 Sozialpläne

Die Insolvenzordnung unterscheidet in §§ 123 f. InsO zwischen Sozialplänen, die vor der Verfahrenseröffnung aufgestellt worden sind (sogenannte Altsozialpläne, § 124 InsO) und solchen, die danach aufgestellt worden sind (sogenannte Neusozialpläne, § 123 InsO).

Hinweis

Der Sozialplan sollte mit etwaigen Sanierungstarifverträgen abgestimmt werden.

4.3.2.1 Altsozialpläne

Sozialpläne, die innerhalb der letzten drei Monate vor dem Eröffnungsantrag aufgestellt worden sind (Altsozialpläne), können gemäß § 124 Abs. 1 InsO vom Insolvenzverwalter und vom Betriebsrat widerrufen werden. Das gilt auch bei einem durch Einigungsstellen-spruch oder unter Beteiligung des vorläufigen Insolvenzverwalters zustande gekommenen Sozialplan. Der Widerruf bedarf keines (zusätzlichen) Widerrufsgrundes. Er lässt den von § 124 Abs. 1 InsO erfassten Sozialplan mit Wirkung von dessen Inkrafttreten an rückwirkend entfallen. Wird der Widerruf erklärt, entfallen also die Ansprüche aus dem „Altsozialplan“.

Verlieren Arbeitnehmer aufgrund des Widerrufs Ansprüche aus dem Altsozialplan, „können“ diese in einem neuen Sozialplan berücksichtigt werden, § 124 Abs. 2 InsO. Vor Verfahrenseröffnung bereits erbrachte Leistungen aus den widerrufenen Sozialplänen können nicht wegen des Widerrufs zurückgefordert werden, § 124 Abs. 3 S. 1 InsO. Sie sind aber bei der Aufstellung des neuen Sozialplans abzusetzen, § 124 Abs. 3 S. 2 InsO.

§ 124 InsO ist auch auf Tarifsozialpläne anzuwenden. Anders ist dies bei Nachteilsausgleichen (§ 113 BetrVG).

Hinweis

Auch § 123 InsO ist bei Nachteilsausgleichen nicht anzuwenden.

Sozialpläne, die vor dem Dreimonatszeitraum des § 124 Abs. 1 InsO abgeschlossen wurden, können nach dieser Regelung nicht widerrufen werden. Da Sozialpläne nach § 112 Abs. 1 S. 3 BetrVG die Wirkung von Betriebsvereinbarungen haben, können sie aber gemäß § 77 Abs. 5 BetrVG gekündigt werden. Zudem unterfallen Sozialpläne aufgrund ihrer Gleichstellung mit Betriebsvereinbarungen der Anwendung von § 120 InsO. Sie können also mit einer Frist von längstens drei Monaten gekündigt werden. Wenn der Altsozialplan innerhalb der letzten drei Monate vor Stellung des Eröffnungsantrags aufgestellt wurde, geht jedoch § 124 Abs. 1 InsO als speziellere Norm vor.

4.3.2.2 Neusozialpläne

Der zulässige Inhalt von Sozialplänen, die nach der Verfahrenseröffnung aufgestellt worden sind (Neusozialpläne), richtet sich nach § 123 InsO. Grundsätzlich kann der gleiche Inhalt wie in einem Sozialplan nach § 112 BetrVG vereinbart werden. *Es können also Regelungen getroffen werden, welche die entstehenden wirtschaftlichen Nachteile der Arbeitnehmer ausgleichen oder mildern.* Jedoch wird in der Insolvenz die Gestaltungsreichweite der Betriebsparteien eingeschränkt. Dies stellt einen angemessenen Ausgleich zwischen den Belangen der Gläubiger und der Arbeitnehmer sicher.

Zum einen ist das gesamte finanzielle Volumen des Neusozialplans beschränkt auf das Zweieinhalbfache der Summe aus den Monatsverdiensten aller von der Entlassung betroffenen Arbeitnehmer (absolute Obergrenze).

Zum anderen darf zum Ausgleich oder zur Abmilderung der wirtschaftlichen Nachteile nicht mehr als ein Drittel der Masse verwendet werden, die ohne einen Sozialplan zur Verfügung stünde (relative Obergrenze).

Die relative Obergrenze greift aber nicht, wenn ein Insolvenzplan zustande kommt. Die absolute Obergrenze greift hingegen auch bei einem Insolvenzplan.

Hinweis

Diese Begrenzungen gelten nach ihrem Sinn und Zweck ebenfalls für tarifvertragliche Sozialpläne. Sie gelten aber nicht für Verpflichtungen aus einem Nachteilsausgleich nach § 113 Abs. 3 BetrVG (BAG, Urteil vom 07. November 2017 – 1 AZR 186/16).

4.3.2.3 Zuständigkeiten

Die innerbetrieblichen/unternehmensweiten Zuständigkeiten zwischen Betriebsräten, Gesamtbetriebsräten und Konzernbetriebsräten sind einzuhalten (siehe hierzu §§ 50, 58 BetrVG). Um die Unwirksamkeit des Sozialplanes zu vermeiden, kommen auch Beauftragungen nach § 50 Abs. 2, § 58 Abs. 2 BetrVG in Betracht.

4.3.2.4 Praxisbeispiel

Anstelle fester Abfindungsbeträge kann die Regelung in einem Neusozialplan auch als Punktesystem ausgestaltet werden, in dem nur die Verteilungsgrundsätze festgelegt werden. Hierfür bietet sich beispielsweise ein sogenanntes Punktwertsystem an. Dieses könnte folgendermaßen ausgestaltet sein:

4.3.2.4.1 Bestimmung des sozialen Schutzbedürfnisses

Anhand bestimmter sozialer Kriterien wird ein (Gesamt-)Punktwert bestimmt. Dabei werden die einzelnen Kriterien jeweils mit einem bestimmten (Einzel-)Punktwert versehen. Hinsichtlich der sozialen Kriterien kann sich an den allgemeinen Regelungen zu Sozialplänen orientiert werden. Der somit vom einzelnen Arbeitnehmer erzielte (Gesamt-) Punktwert bestimmt dann dessen soziales Schutzbedürfnis.

Beispiel für ein Punktsystem

- Jedes Jahr der Betriebszugehörigkeit = 1 Punkt (auch Kommastellen zulässig: z. B. 1 Jahr und 4 Monate = 1,33 Punkte)
 - Jedes Jahr Lebensalter bis 55 = 1 Punkt (auch hier Kommastellen zulässig)
 - Jeder unterhaltsberechtigten Angehörige = 4 Punkte
 - Schwerbehinderung je nach Grad der Behinderung (GdB)
z. B. GdB 50 = 5 Punkte; GdB 60 = 6 Punkte; GdB 70 = 7 Punkte usw.
-

Bestimmung der individuellen Abfindungssumme: Der ohne Berücksichtigung des zur Verfügung stehenden Gesamtvolumens ermittelte Punktwert wird durch einen von den Betriebsparteien bestimmten Wert geteilt. Hierdurch wird ein Faktor für das Bezugsentgelt erzeugt. Der Faktor bestimmt, wie viele Monatsgehälter ein Arbeitnehmer als Ausgleich für die wirtschaftlichen Nachteile erhält. Dieser Faktor wird anschließend mit dem Bezugseinkommen, z. B. dem (durchschnittlichen) monatlichen Einkommen (der letzten zwölf Monate), multipliziert.

4.3.2.4.2 Bestimmung der individuellen Abfindungssumme unter Berücksichtigung des zur Verfügung stehenden Gesamtvolumens

Übersteigt die Gesamtsumme an individuellen Abfindungen den zur Verfügung stehenden Betrag, ist der Anteil des einzelnen Arbeitnehmers am Gesamtvolumen des Neuzusatzplans zu bestimmen. Der benötigte Faktor wird ermittelt, indem der zur Verfügung stehende Betrag durch die Gesamtausgleichssumme geteilt wird. Schlussendlich muss noch die ermittelte individuelle Ausgleichssumme mit dem Faktor multipliziert werden.

Hinweis

Über die konkrete Umsetzung eines Punktwertsystems berät Sie Ihre zuständige Geschäftsstelle gerne.

4.4 Betriebsübergang in der Insolvenz

Die Regelung des § 613a BGB über die Rechte und Pflichten bei Betriebsübergang ist grundsätzlich auch in der Insolvenz anzuwenden. Die erforderliche Unterrichtung der Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 5 BGB nehmen der Insolvenzverwalter als Betriebsveräußerer oder der Betriebserwerber vor.

Hinweis

In der Insolvenz verbleiben in der Regel keine größeren Werte beim Betriebsveräußerer. Daher sind Widersprüche gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613a Abs. 6 BGB eher selten.

Besonderheiten ergeben sich nach der Rechtsprechung des BAG zu folgenden Themen:

- Der Betriebserwerber haftet nicht für solche Verbindlichkeiten des Veräußerers, die Insolvenzforderungen darstellen (statt vieler BAG, Urteil vom 22. Oktober 2009 – 8 AZR 766/08).
- Findet der Betriebsübergang erst nach Ablauf der Kündigungsfrist statt, besteht in der Insolvenz kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung (statt vieler BAG, Urteil vom 13. Mai 2004 – 8 AZR 198/03).

Da im Übrigen aber die allgemeinen Regeln zum Betriebsübergang gelten, können insbesondere betriebsbedingte Kündigungen auch in der Insolvenz ausgesprochen werden. Solchen betriebsbedingten Kündigungen aufgrund eines vom bisherigen Betrieb abweichenden

Konzeptes des Erwerbers ausgesprochen werden, ist für deren Wirksamkeit ein verbindliches Konzept des Erwerbers oder ein Sanierungsplan erforderlich. Die Durchführung des Konzeptes oder Sanierungsplanes muss zudem zur Zeit der Kündigungserklärung greifbare Formen angenommen haben (BAG, Urteil vom 20. September 2006 – 6 AZR 249/05).

Probleme können sich dann ergeben, wenn nicht die gesamte Belegschaft von dem Betriebsübergang betroffen ist. Hier bestehen oft Unsicherheiten dahingehend, welche Arbeitsverhältnisse welchem Betrieb oder Betriebsteil zuzuordnen sind.

Hinweis

In der Vereinbarung zum Betriebsübergang sollte eine Liste derjenigen Arbeitnehmer geführt werden, die nach der rechtlichen Einschätzung des Betriebsveräußerers (also des Insolvenzverwalters) von dem Betriebsübergang erfasst sind. In der Vereinbarung kann auch die Verpflichtung für die Insolvenzmasse eingegangen werden, den Betriebserwerber von unvorhergesehenen, durch die Folgen des § 613a BGB veranlasste Kosten zu entlasten. Wird dies nicht vereinbart, kommen entsprechende Mängelansprüche des Unternehmenserwerbers in Betracht.

Im Übrigen stellt § 128 InsO klar, dass die §§ 125 – 127 InsO zur Kündigung von Arbeitnehmern bei Betriebsänderungen auch im Fall des Betriebsübergangs anzuwenden sind. Der Insolvenzverwalter muss eine eventuelle Betriebsänderung nicht selbst durchführen und den Betrieb oder Betriebsteil erst anschließend veräußern. Auch wenn die Betriebsänderung erst nach der Veräußerung erfolgen soll, kann der Insolvenzverwalter bereits einen Interessenausgleich verhandeln und Kündigungen aussprechen. Kommt es zu einem Beschlussverfahren nach § 126 InsO ist der Erwerber als Beteiligter hinzuzuziehen.

Hinweis

In der Praxis werden die aufwendig zu handhabenden §§ 126 f. InsO selten angewendet.

4.5 Transfergesellschaften

Oftmals gestaltet sich die Situation so, dass potentielle Erwerber von Betrieben oder Betriebsteilen nicht die komplette Belegschaft übernehmen wollen. Dann bieten sich Transfergesellschaften an. Das sind Gesellschaften, die dem Zweck der Personalübernahme und -qualifizierung dienen. Sie werden in der Praxis entweder zu diesem Zweck neu gegründet, oder es werden Verträge mit bestehenden Gesellschaften geschlossen.

Werden Transfergesellschaften in Anspruch genommen, verläuft die praktische Umsetzung oftmals folgendermaßen:

Die Transfergesellschaft stellt Belegschaftsteile vom Betriebsveräußerer in der Regel befristet ein, ohne materielle oder immaterielle Betriebsmittel zu übernehmen. Für einen Teil der Arbeitnehmer wird Kurzarbeit Null eingeführt, der andere Teil nimmt an Beschäftigungs- und Qualifizierungsmaßnahmen teil. Dieses Vorgehen wird durch Leistungen nach dem SGB III begleitet. So werden Beschäftigungs- und Qualifizierungsmaßnahmen durch einen Zuschuss nach § 110 SGB III gefördert und die Arbeitnehmer erhalten Transferkurzarbeitergeld nach § 111 SGB III. Die Laufzeit des befristeten Arbeitsverhältnisses ist zumeist auf die Laufzeit des Transferkurzarbeitergeldes abgestimmt.

Hinweis

Bis zum 31. Dezember 2020 gilt aufgrund des Sozialschutz-Pakets 2 zur Corona-Krise ein erhöhtes Kurzarbeitergeld.

Im weiteren Verlauf bieten oftmals die nun in der Transfergesellschaft beschäftigten Arbeitnehmer dem Betriebserwerber einen Arbeitsvertrag an. Der Betriebserwerber nimmt in der Regel nicht alle angebotenen Arbeitsverträge an. Hier wird in der Praxis teilweise durch Losverfahren entschieden, welche Verträge angenommen werden. Da die Transfergesellschaft über keine materiellen oder immateriellen Betriebsmittel verfügt, sieht die Rechtsprechung dieses Verfahren nicht als Betriebsübergang nach § 613a Abs. 1 S. 1 BGB an.

Hinweis

Nach BAG, Urteil vom 18. August 2011 – 8 AZR 312/10 sind die Aufhebungsverträge unwirksam, wenn die übernommenen Arbeitnehmer formal nur einen Tag bei der Transfergesellschaft beschäftigt und tatsächlich nie dort eingesetzt worden sind. Dann liegt tatsächlich ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB vor.

Ebenso nimmt das BAG in seinem Urteil vom 25. Oktober 2012 – 8 AZR 572/11 die Unwirksamkeit des Aufhebungsvertrages an, wenn der zu übernehmende Arbeitnehmer nicht bei der Transfergesellschaft eingesetzt wurde, er mehrere unterschiedlich gefasste Arbeitsverträge unterschrieben und an den Betriebserwerber gesendet hat und dieser darüber entscheiden kann, welche der Vertragsvarianten er unterzeichnet. Auch hier liegt ein Betriebsübergang im Sinne des § 613a BGB vor.

Ein Betriebsübergang liegt nach dem Urteil des BAG vom 18. August 2005 – 8 AZR 523/04 trotz zwischengeschalteter Transfergesellschaft auch dann vor, wenn beim Einsatz der Transfergesellschaft „offensichtlich bezweckt wird, die Sozialauswahl zu umgehen“. Bei der Übertragung von Arbeitnehmern auf eine Transfergesellschaft ist auch der Betriebsrat zu beteiligen.

Liegt eine Betriebsänderung vor, ergibt sich das Beteiligungsrecht aus § 111 BetrVG. In diesem Fall kann auch ein Sozialplan durch Anrufung der Einigungsstelle nach § 112 Abs. 4 BetrVG erzwungen werden. Dieser Sozialplan regelt dann üblicherweise den Einsatz der Transfergesellschaft sowie die Förderungsmöglichkeiten nach dem SGB III.

Liegt keine Betriebsänderung vor oder sind die Voraussetzungen des § 111 BetrVG nicht gegeben, weil es sich um ein Kleinunternehmen handelt, sind das allgemeine Unterrichtsrecht des Betriebsrats nach § 80 Abs. 2 BetrVG sowie das Beteiligungsrecht nach § 92 BetrVG zu beachten. Dann können Absprachen mit dem Betriebsrat als freiwillige Betriebsvereinbarungen nach § 88 BetrVG geschlossen werden.

In jedem Fall besteht auch ein Vorschlags- und Beratungsrecht des Betriebsrats nach § 92a BetrVG.

4.6 Betriebliche Altersversorgung und Pensionssicherungsverein

4.6.1 Begriff der betrieblichen Altersversorgung

Betriebliche Altersversorgung (bAV) wird auf der Grundlage individualarbeitsrechtlicher, betriebsverfassungsrechtlicher und tarifvertraglicher Vereinbarungen durchgeführt.

Dies geschieht auf verschiedenen Durchführungswegen, nämlich als unmittelbare Versorgungszusage, Direktversicherung, mittels Pensionskasse oder Pensionsfonds sowie mittels Unterstützungskasse. Betriebliche Altersversorgung im Sinne des Betriebsrentengesetzes (BetrAVG) liegt auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer auf Grundlage einer Entgeltumwandlungsregelung die betriebliche Altersversorgung selbst finanziert, § 1a BetrAVG.

Inhaber des Anspruchs können gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 BetrAVG auch Personen sein, denen „aus Anlass ihrer Tätigkeit für ein Unternehmen“ Versorgungsleistungen zugesagt worden sind, also insbesondere Organmitglieder, die keine Arbeitnehmer sind. Für diese Personen wird eine sanierungsbedingte Abänderung ihrer Vorsorgevereinbarungen unter teils erleichterten Voraussetzungen zugelassen.

4.6.2 Arbeitgeberinsolvenz und betriebliche Altersversorgung

Für die Arbeitnehmer, die sich im Hinblick auf ihr Auskommen im Alter gegebenenfalls auf die betriebliche Altersversorgung verlassen haben, hat der Gesetzgeber einen Schutzmechanismus eingeführt.

Werden aufgrund einer Arbeitgeberinsolvenz laufende Versorgungsleistungen nicht (mehr) erbracht, hat der Rentenberechtigte nach Maßgabe der § 7 Abs. 1, §§ 8 ff. BetrAVG einen Anspruch gegen den *Pensionssicherungsverein auf Gegenseitigkeit* (PSVaG), soweit kein Versorgungsträger zur Leistung verpflichtet ist. Dasselbe gilt nach §§ 7 Abs. 2, §§ 8 ff. BetrAVG, wenn aufgrund der Insolvenz zwar noch keine laufenden Versorgungsleistungen beansprucht werden, der Berechtigte aber über eine kraft Gesetzes unverfallbare Anwartschaft (vgl. § 1b i. V. m. § 30f BetrAVG) verfügt. Gemäß § 9 Abs. 2 BetrAVG geht bei Einspringen des PSVaG der Anspruch bzw. die Anwartschaft des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den PSVaG über. Der PSVaG wird damit Insolvenzgläubiger nach § 38 InsO; im Insolvenzplan ist er dementsprechend nach Maßgabe von § 9 Abs. 4 S. 1 BetrAVG eine „Gruppe“.

Da Arbeitsverhältnisse nach Verfahrenseröffnung fortbestehen, bleiben bis zum Wirksamwerden einer Kündigung auch die arbeitgeberseitigen Pflichten zur Beitragsleistung zunächst bestehen. Sie sind durch den Insolvenzverwalter gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO aus der Masse zu erfüllen; dasselbe gilt für die Beitragspflichten aus Zeiten, in denen die Leistung nach § 55 Abs. 2 S. 2 InsO vom entsprechend befugten vorläufigen Insolvenzverwalter in Anspruch genommen wurde. Offene Beitragspflichten aus der Zeit davor sind Insolvenzforderungen i. S. d. § 38 InsO.

Hinsichtlich der Absicherung für den Insolvenzfall ist zwischen den verschiedenen Durchführungswegen der betrieblichen Altersversorgung zu differenzieren:

4.6.2.1 Unmittelbare Versorgungszusage

Bei unmittelbaren Versorgungszusagen schuldet allein der Arbeitgeber die betriebliche Altersversorgung; zu ihrer Finanzierung bildet er entsprechende Rücklagen.

Im Fall der Insolvenz sind die für die Zeit nach Verfahrenseröffnung anfallenden, aber zuvor erarbeiteten Rentenverpflichtungen als Insolvenzforderungen einzuordnen (§§ 38, 174 ff. InsO). Soweit sie noch nicht fällig sind, sind sie gemäß § 45 InsO, § 9 Abs. 3 S. 2, 3 BetrAVG nach ihrem Schätzwert zu kapitalisieren. Weil und soweit das Arbeitsverhältnis gemäß § 108 Abs. 1 S. 1 InsO nach Verfahrenseröffnung fortbesteht, sind die in der Zeit danach erarbeiteten Anwartschaften Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2, Alt 2 InsO (vgl. für den entsprechend befugten vorläufigen Insolvenzverwalter § 55 Abs. 2 S. 2 InsO). Die betreffenden unverfallbaren Anwartschaften können bei Betriebseinstellung nach Maßgabe von § 3 Abs. 4 BetrAVG abgefunden werden.

Soweit eine gemäß § 1b BetrAVG unverfallbare Anwartschaft erworben wurde (die Insolvenzverfahrenseröffnung unterbricht nicht den Lauf der Frist zur Erreichung der Unverfallbarkeit) und deshalb nach Maßgabe der §§ 7 ff. BetrAVG Anwartschaften gegen den PSVaG entstanden sind, wird dieser leistungspflichtig. Dann gehen Anspruch bzw. Anwartschaft gemäß § 9 Abs. 2 BetrAVG auf den PSVaG über. Er kann die auf ihn übergangenen Forderungen in der Höhe des Ausfalls als Insolvenzforderungen anmelden. Allerdings kann im Fall der Einschaltung eines Treuhänders auch vereinbart sein, dass der Leistungsberechtigte einen Anspruch gegen den Treuhänder erwerben soll, womit dann das Einspringen des PSVaG nicht erforderlich ist.

Weil verfallbare Anwartschaften mit dem Ausscheiden des Arbeitnehmers erlöschen, sind sie keine Forderungen, weder Insolvenzforderungen noch Masseverbindlichkeiten. Anwartschaften, die lediglich aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung bzw. einer Betriebsvereinbarung oder eines Tarifvertrags unverfallbar sind, sind nicht insolvenzgeschützt.

4.6.2.2 Direktversicherung

Bei der Direktversicherung schließt zwar der Arbeitgeber einen Versicherungsvertrag ab und wird somit zum Versicherungsnehmer und Beitragszahler, jedoch sind der Arbeitnehmer oder seine Hinterbliebenen ganz oder teilweise bezugsberechtigt (§ 1b Abs. 2 BetrAVG). Im Fall der Arbeitgeberinsolvenz kann der Versicherungsvertrag vom Insolvenzverwalter auch bei vereinbartem Kündigungsausschluss gekündigt und der Rückkaufwert nach § 169 Versicherungsvertragsgesetz (VVG) zur Masse gezogen werden.

Ein in versicherungsrechtlicher Hinsicht unwiderrufliches Bezugsrecht bleibt dem Arbeitnehmer, weil es gegen den Versicherer gerichtet ist, dagegen in der Insolvenz erhalten, weil es ihm den Anspruch auch unabhängig von der Insolvenz ausschließlich zuweist (sofern die Erteilung durch den Arbeitgeber nicht nach §§ 129 ff. InsO anfechtbar ist). Nach § 159 Abs. 1 VVG ist das Bezugsrecht bis zum Eintritt des Versicherungsfalls grundsätzlich unwiderruflich, wenn der Arbeitnehmer nicht ausdrücklich als unwiderruflich Bezugsberechtigter bezeichnet worden ist. Bereits bestehende Rentenpflichten sind gemäß § 159 Abs. 2 VVG stets unwiderruflich.

4.6.2.3 Pensionskasse und Pensionsfonds

Bei Pensionskassen i. S. d. § 118a VAG und Pensionsfonds i. S. d. § 112 VAG handelt es sich nach § 1b Abs. 3 BetrAVG um rechtsfähige Versorgungseinrichtungen, gegen welche die Versicherten eigene Rechtsansprüche erwerben. Die Finanzierung von Pensionskassen erfolgt durch den Arbeitgeber als Träger, die Finanzierung der Pensionsfonds erfolgt durch den Arbeitgeber als Beitragszahler.

Da in beiden Fällen die Versicherten eigene Ansprüche haben, können in der Arbeitgebersinsolvenz keine Ansprüche zur Masse gezogen werden. Im Übrigen gilt hier gleichfalls,

dass während des nach § 108 Abs. 1 S. 1 InsO fortbestehenden Arbeitsverhältnisses arbeitgeberseitige Beitragspflichten weiter existieren, so wie dies soeben für die Direktversicherung beschrieben worden ist.

4.6.2.4 Unterstützungskasse

Unterstützungskassen (§ 1b Abs. 4 BetrAVG) sind ebenfalls rechtsfähig, jedoch erwerben die Rentenberechtigten keine eigenen Ansprüche gegen sie, sondern lediglich gegen den unterstützten Arbeitgeber. Deshalb gilt für die Rentenansprüche in der Arbeitgeberinsolvenz grundsätzlich dasselbe wie für die unmittelbare Versorgungszusage. Allerdings haften Unterstützungskassen laut Rechtsprechung teils dennoch unmittelbar, was sich als Berufung auf einen Vertrauenstatbestand deuten lässt.

Die Vertragsbeziehung des Arbeitgebers zur Unterstützungskasse ist in der Regel ein Auftragsverhältnis oder eine entgeltliche Geschäftsbesorgung, §§ 662 ff., §§ 675 ff. BGB, und beruht teilweise auf einer vereinsrechtlichen Mitgliedschaftsbeziehung zur Kasse. Mit ihrer Beendigung hat die Unterstützungskasse Gelder, die noch nicht bestimmungsgemäß verwendet wurden, an die Masse zurück zu gewähren. Das gilt nicht, soweit der PSVaG zur Leistung an den Arbeitnehmer verpflichtet ist und deshalb gemäß § 9 Abs. 3 BetrAVG das Vermögen der Unterstützungskasse auf den PSVaG übergeht.

4.6.3 Leistungspflicht und Finanzierung des Pensionsversicherungsvereins

Werden aufgrund der Arbeitgeberinsolvenz Versorgungsleistungen nicht erbracht, hat der Rentenberechtigte, soweit ihm kein Versorgungsträger verpflichtet ist, gemäß § 7 Abs. 1, §§ 8 ff. BetrAVG einen Anspruch gegen den PSVaG. Dasselbe gilt nach §§ 7 Abs. 2, §§ 8 ff. BetrAVG für künftige Versorgungsleistungen, für welche unverfallbare Anwartschaften bestehen. Der PSVaG kann nach § 8 Abs. 2 BetrAVG Versorgungsansprüche durch Abfindungen ablösen. Aufgrund einer Ende Juni 2020 in Kraft getretenen Gesetzesänderung erstreckt sich die Haftung des PSVaG nunmehr gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG auch auf den Durchführungsweg der Pensionskasse. Für Sicherungsfälle vor dem 01. Januar 2022 ist jedoch die Übergangsregelung in § 30 Abs. 3 BetrAVG zu beachten.

Außerdem ist der PSVaG gemäß § 7 Abs. 5 BetrAVG in Missbrauchsfällen nicht leistungspflichtig. Nach § 7 Abs. 6 BetrAVG sind Reduzierungen oder Ausschlüsse mit Zustimmung der BAFin möglich im Fall von kriegerischen Ereignissen, inneren Unruhen, Naturkatastrophen oder Kernenergieschäden. Die Covid 19-Pandemie ist in diesem Kontext aber noch nicht diskutiert worden. Der PSVaG ist nicht zu einer Rentenanpassung nach § 16 BetrAVG verpflichtet. Damit werden aufwendige Rechtstreitigkeiten, die hierzu in der Praxis nicht selten geführt werden, von ihm ferngehalten.

Nach § 9 Abs. 2 BetrAVG geht in den Fällen des Einspringens durch den PSVaG der Anspruch bzw. die Anwartschaft des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den PSVaG über. Dieser meldet ihn als Insolvenzforderung zur Tabelle an.

Die Finanzierung des PSVaG erfolgt gemäß § 10, § 30i BetrAVG durch Beiträge. Die insolvenzversicherungspflichtigen Arbeitgeber haben bis zum 30. September eines Jahres eine Meldung über die Summe der Bemessungsgrundlage des Vorjahres abzugeben. Auf Basis der über die einzelnen Bemessungsgrundlagen ermittelten Werte wird regelmäßig im November eines Jahres vom Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrates des PSVaG der für alle Arbeitgeber einheitliche Beitragssatz für das laufende Jahr festgesetzt. Versorgungsansprüche gegen den PSVaG bestehen unabhängig davon, ob seinerzeit der Arbeitgeber Beiträge geleistet hat. Umgekehrt bewirken unberechtigte Beitragsleistungen keine Versorgungsansprüche.

4.6.4 Mögliche Entlastungsbeiträge des PSVaG, auch im Vorfeld der Insolvenz

In einigen Fällen machen Verpflichtungen aus betrieblicher Altersversorgung einen großen Teil der Unternehmensverbindlichkeiten aus. Sie sind teilweise ganz erhebliche Einflussfaktoren für den Sanierungsbedarf oder die Insolvenz des Unternehmens. Deshalb sind viele tarifvertragliche (vgl. §§ 19 ff. BetrAVG) und betriebsverfassungsrechtliche Sanierungsregelungen nicht nur darauf gerichtet, laufende Beitragspflichten zu reduzieren, sondern auch künftige Lasten. Sofern allerdings unverfallbare Anwartschaften geschaffen und gegebenenfalls das Potential zur Begrenzung der Anpassung nach § 16 BetrAVG erschöpft sind, bleibt es bei der Belastung des Unternehmensvermögens mit den hiermit verbundenen Verbindlichkeiten.

Aufgrund seiner Leistungspflicht als Insolvenzversicherer ist der PSVaG in der Praxis teilweise bereit, sich zur Verhinderung des wirtschaftlichen Zusammenbruchs eines Unternehmens an der außergerichtlichen Sanierung zu beteiligen oder Eigenverwaltungen, verbunden mit Insolvenzplänen, mit zu tragen. Grundlage für ein solches Engagement, das schon im Vorfeld der Insolvenz ermöglicht wird, ist § 7 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 BetrVAG. Hier greift die Einstandspflicht des PSVaG nach Maßgabe der § 7 Abs. 1 S. 1 – S. 3 BetrVAG auch im Fall eines außergerichtlichen Vergleichs (Stundungs-, Quoten- oder Liquidationsvergleichs) des Arbeitgebers mit seinen Gläubigern zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens. Voraussetzung ist, dass der PSVaG zustimmt. Auf diese Weise lassen sich also Lasten der Altersversorgung teilweise vom PSVaG übernehmen, der demnach zugleich an der „Rettung“ des Arbeitgebers (und teilentlasteten Versorgungsschuldners) mitwirkt. Der PSVaG hat die Grundsätze, die er für die Zustimmung zum außergerichtlichen Vergleich i. S. d. § 7 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 BetrVAG für maßgeblich hält, in einem Merkblatt niedergelegt und publiziert:

https://www.psvag.de/fileadmin/doc/merkblaetter/110/110_m_1_grundsaeetze_des_aussergerichtlichen_vergleichs.pdf

5 Sozialversicherungsrechtliche Fragen

Allgemeine Aspekte, Wertguthaben und Altersteilzeit

5.1 Allgemeine Aspekte

Der Insolvenzantrag und die Verfahrenseröffnung über das Vermögen des Arbeitgebers ändern nichts an dessen sozialversicherungsrechtlicher Stellung und an der Position des Arbeitnehmers als sozialversicherungspflichtig Beschäftigtem. Bei der insolvenzrechtlichen Einordnung von Beitrags-, Abführungs-, Abgabe-, Umlage- und Zuschusspflichten ist entscheidend, für welche Zeiträume sie anfallen. Liegen diese vor der Verfahrenseröffnung, handelt es sich um Insolvenzforderungen nach § 38 InsO, liegen sie danach, sind es Masseverbindlichkeiten nach § 53 InsO. Auch hier ist die Sonderregelung des § 55 Abs. 2 S. 2 InsO zu beachten, welche dazu führt, dass die Beitragspflichten bei vom starken Insolvenzverwalter in Anspruch genommenen Leistungen Masseverbindlichkeiten sind.

Für die Beschäftigten eines insolventen Arbeitgebers ergeben sich häufiger als sonst die Situationen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld im Wege der so genannten Gleichwohlgewährung nach § 157 Abs. 3 SGB III. Ein eigener insolvenzbedingter Sozialleistungsanspruch ist derjenige auf Insolvenzgeld nach §§ 165 ff. SGB III, der bereits oben 2.6.2 dargestellt worden ist. Transferleistungen nach §§ 110 ff. SGB III wurden unter 4.5 angesprochen.

5.2 Wertguthaben

5.2.1 Insolvenzsicherungspflicht

Wertguthaben, insbesondere bei Langzeitkonten, sind durch den Arbeitgeber nach § 7e SGB IV einschließlich des Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag gegen das Risiko der Insolvenz abzusichern. Tritt der Insolvenzfall ein, werden die Ansprüche aus dem Wertguthaben durch den Sicherungsgeber erfüllt.

Die Sicherung muss erfolgen, soweit

- ein Anspruch auf Insolvenzgeld (vgl. § 165 SGB III) nicht besteht und wenn
- das Wertguthaben einschließlich des darin enthaltenen Gesamtsozialversicherungsbeitrages einen Betrag in Höhe der monatlichen Bezugsgröße (2020 Deutschland West: 3.185,00 Euro) übersteigt.

Der genannte Grenzwert (monatliche Bezugsgröße) ist allerdings tarifdispositiv. Das bedeutet, dass in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung ein abweichender Betrag vereinbart werden kann.

Die Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger gehen davon aus, dass auch Arbeitgeberbeitragsanteile für Arbeitsentgelt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze, das in das Wertguthaben eingestellt wird, insolvenzsicherungspflichtig sind.

Nach dem Gesetzeswortlaut ist allein der die Bezugsgröße übersteigende Betrag gegen Insolvenz zu sichern. Die Spitzenverbände legen diese Vorschrift allerdings strenger aus und sind der Ansicht, dass das vollständige Wertguthaben gegen Insolvenz zu sichern ist. Darüber hinaus müsse die Insolvenzsicherung mit der erstmaligen Einzahlung eingerichtet werden, wenn in „vorausschauender Betrachtungsweise“ absehbar ist, dass das Wertguthaben in der Ansparphase die monatliche Bezugsgröße überschreiten und die Freistellungsphase den Zeitraum überschreiten wird, in dem ein Anspruch auf Insolvenzgeld besteht.

5.2.2 Instrumente der Insolvenzsicherung

Nach § 7e Abs. 2 SGB IV sind Wertguthaben zur Erfüllung der Verpflichtung der Insolvenzsicherung unter Ausschluss der Rückführung durch einen Dritten zu führen, der im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers für die Erfüllung der Ansprüche aus dem Wertguthaben für den Arbeitgeber einsteht.

Als Leitbild für Insolvenzsicherungsinstrumente hat der Gesetzgeber die Sicherung über ein Treuhandmodell vorgesehen. Als zulässige Sicherungsmittel sollen aber auch ein Versicherungsmodell oder schuldrechtliche Verpfändungs- und Bürgschaftsmodelle mit ausreichender Sicherung gegen Kündigung in Betracht kommen (vgl. § 7e Abs. 2 S. 2 SGB IV).

Hinweis

Insbesondere die Möglichkeit schuldrechtlicher Verpfändungs- und Bürgschaftsmodelle sollte mittelständischen Unternehmen entgegenkommen, die in besonderem Maße auf liquide Mittel im Unternehmen angewiesen sind. Verpfändungs- und Abtretungsmodelle haben sich in der Praxis bewährt. Bei sachgerechter Ausgestaltung bietet diese Maßnahme ein Schutzniveau, das dem einer Treuhandkonstruktion vergleichbar ist. Das Pfandrecht führt zu einem Absonderungsrecht, das dem Pfandgläubiger eine Vorrangstellung gegenüber den übrigen Insolvenzgläubigern verschafft.

Konzerninterne Sicherungsmittel gelten als ungeeignet, § 7e Abs. 3 SGB IV. Darunter fallen:

- Bürgschaften (vgl. aber vorangegangenen Hinweis)
- Patronatserklärungen
- Schuldbetritte

Bankbürgschaften werden hiervon nicht erfasst. Diese sind nach § 7e Abs. 2 S. 2 SGB IV ausdrücklich weiterhin erlaubt. Zulässig sind auch kommerziell angebotene Sicherungen der Arbeitgeber. Für die Insolvenzsicherung der Wertguthaben eigener Beschäftigter kann beispielsweise eine Rückdeckungsversicherung aus den Versicherungsprodukten einer Versicherungsgesellschaft genutzt werden.

Weiterführende Informationen zu Zeitwertkonten finden Sie in unserer Info Recht Broschüre „Gestaltung von Zeitwertkonten nach dem Flexi-II-Gesetz ([Info Recht Datenbank](#))“.

Hinweis

Bei einem beabsichtigten Wechsel des Trägers der Insolvenzsicherung ist zu beachten, dass die vorzeitige Beendigung, Auflösung oder Kündigung des einmal getroffenen Insolvenzschutzes nur zulässig ist, wenn dieser Schutz durch eine mindestens gleichwertige Insolvenzsicherung abgelöst wird und der Arbeitnehmer seine Zustimmung erteilt.

5.2.2.1 Informationspflichten des Arbeitgebers

Sobald das Wertguthaben einschließlich des darin enthaltenen Gesamtsozialversicherungsbeitrages den Betrag in Höhe der monatlichen Bezugsgröße übersteigt, hat der Arbeitgeber den Beschäftigten unverzüglich über die Vorkehrungen zum Insolvenzschutz in geeigneter Weise schriftlich zu unterrichten. Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 BGB).

5.3 Altersteilzeit

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens selbst führt noch nicht zu einem sogenannten „Störfall“ in der Altersteilzeit. Auch bei Insolvenz des Arbeitgebers tritt der Störfall erst durch ein außerplanmäßiges Ende der Altersteilzeit ein. Ein außerplanmäßiges Ende der Altersteilzeit kann zum Beispiel durch Kündigung unter Anwendung des § 113 InsO eintreten.

§ 8a ATG schreibt eine gegenüber der allgemeinen Regelung des § 7e SGB IV strengere Pflicht zur Insolvenzsicherung des Wertguthabens in der Altersteilzeit vor. Wurden die Voraussetzungen des § 8a ATG eingehalten, ist das vom Arbeitnehmer erarbeitete Wertguthaben vor der Insolvenz des Arbeitgebers geschützt.

Ansprechpartner / Impressum

Julius Jacoby

Grundsatzabteilung Recht

Telefon 089-551 78-237
Telefax 089-551 78-91 237
julius.jacoby@vbw-bayern.de

Benedikt Pentenrieder

Tarif, Kollektive Arbeitsbedingungen, Arbeitswissenschaft

Telefon 089-551 78-182
Telefax 089-551 78-127
benedikt.pentenrieder@vbw-bayern.de

Impressum

Alle Angaben dieser Publikation beziehen sich ohne jede Diskriminierungsabsicht grundsätzlich auf alle Geschlechter.

Herausgeber

vbw
Vereinigung der Bayerischen
Wirtschaft e. V.

Max-Joseph-Straße 5
80333 München

www.vbw-bayern.de

Weitere Beteiligte

Prof. Dr. Richard Giesen
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und
Arbeitsrecht (ZAAR), Ludwigs-Maximilians-
Universität München

Dr. Florian Popella
vbw