

Transfergesellschaften in der Insolvenzpraxis

Begrenzung eines sozialrechtlichen Instruments auf eine arbeitsrechtliche Problematik?

von RA/FA für Arbeitsrecht Johannes Praß,¹ Köln und RA/Insolvenzverwalter Henning Sämisch,² Hamburg

Trotz der neuerlichen Rechtsprechung des BAG zur § 613a Abs. 4 BGB-Problematik in der Insolvenz und den dort eröffneten Möglichkeiten, Stichwort: Erwerberkonzept und Listenkündigung, bleibt das größte Sanierungshindernis § 613a BGB und damit der Aufhebungs- und Transfervertrag dessen sicherste, einfachste und schnellste Lösung.

Selbst wenn jedoch § 613a BGB in der Insolvenz abgeschafft werden würde, wäre die Einrichtung einer BQG (Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft) immer noch sinnvoll. Zumindest die Vorschrift des § 112 Abs. 5 Nr. 2a BetrVG und die neuerlich ergangenen gesetzlichen Regelungen i.F.d. §§ 216 ff. n.F. SGB III hatten nicht § 613a BGB, sondern etwas anderes im Blick: Das Wohl der betroffenen Arbeitnehmer, deren Schutz vor Arbeitslosigkeit, die Dynamisierung des Arbeitsmarktes, die Abkehr vom Abfindungsgedanken hin zum zukunftsgerichteten Transfergedanken. Durch den Wechsel der Mitarbeiter in die BQG werden daher die aus §§ 128, 144 SGB III folgenden Nachteile einer Sperrzeit, die üblicherweise mit einem Aufhebungsvertrag verbunden sind, vermieden. Auch erfolgt keine Anrechnung der BQG-Laufzeit auf den Bezugszeitraum des Arbeitslosengeldes oder eine Herabsetzung der späteren Bemessungsgrundlage für den Arbeitslosengeldbezug. Zudem kommt es zu einer sozialversicherungsrechtlichen Besserstellung der BQG-Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitslosengeldbezug i.F.d. Weiterzahlung der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherungsbeiträgen sowie Beiträge zur Direktversicherung und VWL in voller Höhe. In der Praxis jedoch wird dieses sozialrechtliche Instrument, die Transfergesellschaft, fast ausschließlich eingesetzt zur Lösung einer arbeitsrechtlichen Problematik, die im Falle eines Betriebsübergangs entstehen kann. Dabei kann gerade in Fällen der Stilllegung oder der Eigenverwaltung – und auch bei (temporärer) Massenunzulänglichkeit – die Einschaltung einer Transfergesellschaft durchaus finanziell realisierbar, für die Arbeitnehmer vorteilhafter als Kündigung und Freistellung und dabei sogar masseschonender sein als diese – zum Wohle aller Beteiligten.

I. Arbeitsrechtliche Aspekte

Die Wirksamkeit eines abgeschlossenen Aufhebungs- und Transfervertrages und die Übernahme der Mitarbeiter in eine BQG stellen zumindest nach höchstrichterlicher Rechtsprechung³ keinen Umgehungstatbestand des § 613a Abs. 4 BGB dar. Neuerliche Urteile des BAG lassen jedoch eventuell an der Existenzberechtigung einer BQG im Falle der übertragenen Sanierung zweifeln. Ist die Einrichtung einer BQG danach überhaupt noch notwendig?

1. BAG, Urt. v. 13. 5. 2004

Das BAG hat in seinem Urt. v. 13.5.2004⁴ zumindest in Insolvenzfällen einen Anspruch auf Wiedereinstellung bzw. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses verneint, wenn es nach einer wirksamen Kündigung und nach Ablauf der Kündigungsfrist doch noch zu einem Betriebsübergang komme, denn es überwiege das Interesse an einer beschleunigten und rechtssicheren Abwicklung der Beendigungsstreitigkeiten, sodass zumindest aus nationalem Recht kein Wiedereinstellungsanspruch abzuleiten sei.⁵ Gleichfalls führt das BAG jedoch aus, dass Betriebsübergänge, die im Insolvenzverfahren absichtlich erst nach Ablauf der Kündigungsfrist vollzogen werden, um sich gerade dem Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis zu entziehen, hier eine Grenze in Form des Rechtsmissbrauchs des Veräußerers und des Erwerbers i.S.d. § 242 BGB zu beachten ist.⁶

Eine Rechtssicherheit insbesondere für den Erwerber nach Ablauf der Kündigungsfrist steht somit unter dem einschränkenden Vorbehalt, dass ein absichtliches, nachweisbares Hinauszögern des Betriebsüberganges wiederum im Ergebnis zur § 613a-Problematik führen kann.

Ein Abwarten des Erwerbers der im Zweifel drei- (bis vier-)monatigen Kündigungsfrist bis zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit ist jedoch wohl auch gerade im Hinblick auf den Image- und Kundenverlust wenig sinnvoll, da dadurch die Existenz des Betriebes gänzlich gefährdet wäre.

2. BAG, Urt. v. 20. 3. 2003

In seinem Urt. v. 20.3.2003⁷ wiederum entschied das BAG zur Frage des Betriebsüberganges bei Vorliegen eines Erwerberkonzeptes i.S.d. § 128 InsO, dass ein Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB zu verneinen sei, wenn ein verbindliches Konzept oder ein Sanierungsplan vorläge, dessen Durchführung zum fraglichen Zeitpunkt bereits „greifbare Formen“ angenommen hätte. Denn § 613a Abs. 4 BGB bezwecke keine „künstliche Verlängerung“ des Arbeitsverhältnisses bei vorhersehbar fehlender Beschäftigungsmöglichkeit. Neu an dieser Entscheidung ist, dass es nach Ansicht des BAG jedenfalls in der Insolvenz nicht darauf ankäme, ob das Konzept auch bei dem Veräußerer hätte realisiert werden können.⁸ Die unternehmerische Entscheidung ist zwar nur eingeschränkt unter den bekannten Aspekten (offensichtlich unsachlich, willkürlich, unvernünftig) gerichtlich überprüfbar, voll nachprüf-

¹ Herr Praß ist für die Kanzlei Simon (www.simon-law.de) in Köln tätig.

² Herr Sämisch ist für die Rechtsanwälte/Wirtschaftsprüfer/Steuerberater/Insolvenzverwalter Sämisch/Herbener/Nabbefeld/Fiedler (www.shnf.de) in Hamburg tätig.

³ BAG, Urt. v. 10.12.1998 – 8 AZR 324/97; BAG, Urt. v. 21.1.1999 – 8 AZR 218/98 m.w.N.; BAG, Urt. v. 27.1.2000 – 8 AZR 874/98.

⁴ BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198 und 333/03.

⁵ BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198 und 333/03.

⁶ BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198 und 333/03.

⁷ BAG v. 20.3.2003 – AZR 97/02, AP BGB § 613a Nr. 250.

⁸ BAG v. 13.5.2004 – 8 AZR 198 und 333/03.

bar bleibt jedoch, ob tatsächlich ein solches Konzept vorliegt, ob es auch tatsächlich umgesetzt wird und dadurch das Beschäftigungsverhältnis des betroffenen Mitarbeiters auch wirklich auf Dauer entfallen ist (Soll-Ist-Vergleich). In dem zu entscheidenden Fall musste das BAG zudem keine weitere Überprüfung der Sozialauswahl und damit zur Wirksamkeit der Kündigung vornehmen, da der Kläger leitender Angestellter war.

Dieses konkrete, verbindliche Sanierungskonzept bzw. der Sanierungsplan muss zum Zeitpunkt der Kündigungserklärung vorliegen. Es bleiben zudem dennoch die gesetzlichen Vorgaben zur – gem. § 125 InsO eingeschränkten – Sozialauswahl, die nicht selten zu einer Verschlechterung der betrieblichen Alters- und Leistungsstruktur und damit zu einer weiteren Schwächung der Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens aus Sicht eines potentiellen Erwerbers führen können. Die entsprechende Leistungsträgerklausel i.S.d. § 1 Abs. 3 KSchG bzw. die Ausgewogenheit der sich aus dem Interessenausgleich ergebenden künftigen Personalstruktur können auf Veranlassung des Arbeitnehmers seitens des ArbG bzgl. des Nachweises des dringenden betrieblichen Erfordernisses im Rahmen der abgestuften Beweislastregelung überprüft werden. All dies kann durch das Erwerberkonzept, dessen inhaltliche Anforderungen darüber hinaus im Einzelnen immer noch völlig unklar sind, nicht beseitigt werden.

In beiden Fällen – dem „Abwarten“ des Ablaufs der Kündigungsfrist und dem Erstellen eines Erwerberkonzepts bis zum Ausspruch der Kündigung – ist die Durchführung der sanierenden Insolvenz mit einem Zeitproblem behaftet, welches auch den Erfolg gefährdet. Um einen Erwerber von der Übernahme des Betriebes abzuschrecken, reicht oft schon das Prozessrisiko, interne Konzepte wird er zudem meist nur höchst ungern offen legen. Das Erstellen eines verbindlichen, gerichtsfesten Erwerberkonzeptes verlangt jedoch auch nicht nur einen erheblichen Arbeits- und Zeitaufwand dem potentiellen Erwerber und dem Insolvenzverwalter ab, es erfordert auch detaillierte Kenntnisse der Personalstrukturen beider Unternehmen (des übernehmenden und übernommenen) und enormer strategischer Entscheidungen, die in kürzester Zeit festgelegt werden müssen. Die ideale Konstellation, möglichst direkt zu Beginn des Eröffnungsverfahrens einen Erwerber zu finden, der sich zutraut, ein solches Konzept zum Eröffnungs- und Kündigungszeitpunkt vorzulegen und so auch umzusetzen, dürfte indes nicht die Regel sein. Dies sind Unwägbarkeiten, die durch die Einrichtung einer BQG in dieser Form nicht entstehen.

Ob die BQG trotz Existenz der beiden v.g. Alternativen arbeitsrechtlich notwendig bleibt, wird im Einzelfall zu beurteilen sein – sicherer, einfacher, schneller bleibt sie auf jeden Fall.

3. LAG Hamm, Urt. v. 27. 11. 2003

Bei Vorliegen einer Namensliste wird vermutet, dass der Arbeitsplatz der dort genannten Mitarbeiter i.S.d. § 125 InsO weggefallen⁹ ist, allerdings entsteht die Liste oftmals in Form einer bloßen Halbierung der Belegschaft ohne Beachtung der kündigungsschutzrelevanten Sozial-

daten und damit unter Verletzung der Mindestanforderungen an die Sozialauswahl, die zur Unwirksamkeit der Kündigung führen. Von daher lässt sich die Vermutung, dass der konkrete Arbeitsplatz weggefallen sein soll, durch den gekündigten Mitarbeiter im Zweifel auch hier noch widerlegen.¹⁰ Die ArbG neigen dabei allerdings zumindest im Güttetermin dazu, den Mitarbeitern klar zu machen, dass sie im Falle einer Listenkündigung mit ihrer Kündigungsschutzklage kaum Aussicht auf Erfolg haben.

4. Der Transfersozialplan

Die Listenkündigung ist jedoch nicht nur die klassische Alternative zur BQG, sondern ideal mit dieser zu kombinieren. Mit dieser Kombination ist die Anwendung des Transfersozialplans eröffnet, wenngleich der Interessenausgleich mit Namensliste für die Einrichtung einer BQG nicht unbedingt erforderlich ist. Die wahre, ursprüngliche Natur des Transfersozialplans sieht die Einrichtung und Ausstattung der BQG als Alternative zu den üblichen Sozialplanabfindungen vor.

Wirtschaftlich gesehen müssen auch bei Abschluss des Interessenausgleichs mit Namensliste selbstverständlich mindestens die Kündigungsfristen und im Zweifel zusätzliche Abfindungen nach §§ 111, 112 BetrVG und § 123 InsO für die namentlich genannten Mitarbeiter erfüllt werden. Die Verteilung dieser Mittel kann auch auf Grundlage eines reinen Transfersozialplans als wirksame Alternative zum § 123 InsO erfolgen. Der Transfersozialplan ist der direkte Weg der Betriebspartner zur Einrichtung einer BQG. Diese soll gerade keine Verteuerung der Sozialplan-Praxis bedeuten. Im Rahmen des § 112a Abs. 5 Nr. 2a BetrVG kann mit Hilfe der Einigungsstelle auch der Abschluss eines Transfersozialplans durchgesetzt werden. Der Transfersozialplan bedeutet die Lösung vom reinen Abfindungsgedanken und findet in dem neu gefassten § 255 SGB III die Unterstützung des Sozialgesetzgebers als förderungsfähige und förderungswürdige Maßnahme. Die Abkehr vom letztlich in die Vergangenheit gerichteten Abfindungsgedanken hin zum künftigen Ziel, den Arbeitnehmer möglichst umgehend ggf. nach notwendiger Qualifikation und Bewerbungstrainings in eine neue, dauerhafte Beschäftigung zu vermitteln oder in die Existenzgründung zu begleiten, entspricht sicherlich eher den aktuellen Herausforderungen der arbeitsmarktlichen Situation und den neuerlichen Leistungsbeschränkungen durch Hartz IV. Die Möglichkeit der BQG-Einrichtung als echte Abfindungsalternative bedarf jedoch zweifelsohne – neben dem Verzicht auf einen insolvenzbedingt ohnehin kaum werthaltigen Abfindungsanspruch – auch der Bereitschaft des Mitarbeiters, dem dadurch ein gutes Stück mehr Verantwortung und Eigeninitiative zugewiesen wird. Letzteres wird jedoch per se künftig im höheren Maße von Arbeitslosigkeit bedrohten Arbeitnehmern abverlangt.

Die arbeitsmarktliche Zweckmäßigkeit führt regelmäßig zu billigem Ermessen, von dem sich die Betriebspartner

⁹ LAG Hamm, Urt. v. 27.11.2003 – 4 Sa 767/03.

¹⁰ BAG, Urt. v. 5.12.2002 – 2 AZR 697/01.

wie die Einigungsstelle leiten lassen müssen, wenn der Sozialplan Transferleistungen statt Abfindungen vorsieht. Jedoch nicht nur arbeitsmarktliche Aussichten, v.a. die Verantwortung der Arbeitnehmer zur Anpassung ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit und zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit gem. § 2 Abs. 2 SGB III gelten hierbei als entscheidende Ermessensrichtlinie für die Einigungsstelle.¹¹ Elementarer Bestandteil des Transfersozialplans ist damit eine Klausel, die wie folgt formuliert sein könnte:

„Um die durch betriebsbedingte Kündigung ausscheidenden Mitarbeiter so schnell wie möglich in dauerhafte Neubeschäftigung zu transferieren und für die Übergangsphase sozial abzusichern, vereinbaren Insolvenzverwalter und Betriebsrat die Einrichtung einer beE i.S.d. § 216b SGB III zum >Datum<. Die beE wird in >Ort< gebildet und soll durch die XYZ Transfergesellschaft geführt werden.

Unter den Voraussetzungen der Bewilligung von Transferkurzarbeitergeld wird allen in der als Anlage 1 beigefügten Namensliste aufgeführten Mitarbeitern, die die persönlichen Voraussetzungen für eine Qualifizierung und Vermittelbarkeit in eine neue Tätigkeit erfüllen, zeitgleich mit Ausspruch der betriebsbedingten Kündigung im >Monat< ein dreiseitiger Vertrag zur Aufnahme eines auf ... Monate befristeten Arbeitsverhältnisses ab >Datum< mit der Transfergesellschaft unter Vereinbarung der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Unternehmen zum >Datum< unterbreitet. Alle Mitarbeiter, die zum >Datum< in die Transfergesellschaft wechseln wollen, müssen sich hierüber bis spätestens zum >Datum< erklären. Ein Eintritt in die Transfergesellschaft ist nach Ablauf der ...-wöchigen Überlegungsfrist ausgeschlossen.“

II. Sozialrechtliche Voraussetzungen/§ 216b SGB III

Sozialrechtlich ist die BQG eine sog. externe betriebsorganisatorisch eigenständige Einheit (beE). Eine beE ist kein Betrieb im arbeitsrechtlichen Sinne, da es an der erforderlichen Sachausstattung und einem Betriebszweck fehlt. Transfergesellschaften sind vielmehr Sozialeinrichtungen des privaten Rechts der sie finanzierenden Arbeitgeber.¹² Die neuen Rechtsbeziehungen zwischen den übergewechselten Arbeitnehmern und der Transfergesellschaft sind Ausfluss der in den Sozialplänen der Arbeitgeber geschaffenen Möglichkeit, durch Begründung eines neuen, befristeten Beschäftigungsverhältnisses die Arbeitslosigkeit unter Bezug von Transferkurzarbeitergeld (früher: Strukturkurzarbeitergeld) hinauszuzögern und die Aussichten auf dem ersten Arbeitsmarkt durch Qualifizierungsmaßnahmen zu verbessern.¹³

Im Zuge von Hartz III ist die Intention des Sozialgesetzgebers nunmehr realisiert, aus der bisherigen in § 175 a.F. SGB III bis ursprünglich 2006 befristeten Ausnahmeregelung zur Förderung des Personaltransfers bei betrieblichen Strukturanpassungen eine unbefristete Regel zu machen, und dies nunmehr unter erheblich erleichterten Voraussetzungen. Geregelt ist die Förderungsmöglichkeit einer beE seit dem 1.1.2004 in § 216b SGB III.

Die Voraussetzungen zur Bewilligung des Transferkurzarbeitergeldes gem. § 216b SGB III sind nunmehr:

1. Dauerhafter Arbeitsausfall aufgrund einer Betriebsänderung i.S.d. § 111 BetrVG (früher: Strukturwandel),
2. Zusammenfassung der von Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer in einer beE zur Vermeidung von Ent-

lassungen und zur Verbesserung der Eingliederungschancen,

3. Bedrohung des Arbeitnehmers von Arbeitslosigkeit,
4. Fortsetzung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung (in der beE) oder Aufnahme eines Berufsausbildungsverhältnisses.

Es ist danach nunmehr unerheblich, ob der Arbeitsausfall aufgrund struktureller oder innerbetrieblicher Ursachen (z.B. Rationalisierung) erfolgt. Die Bejahung der Betriebsänderung ist zudem nicht mehr abhängig von der Unternehmensgröße.

Die neue Begrenzung des Bezugszeitraumes auf zwölf Monate gem. § 216b Abs. 8 SGB III ist in der Insolvenz nicht von Interesse, aufgrund der gekappten Höchstfrist des § 113 InsO und dem Gebot der Masseschonung ist eine BQG-Laufzeit von mehr als sechs bis acht Monaten per se unwahrscheinlich.

1. Betriebliche Voraussetzungen – Vermeidung von Entlassungen

Neu ist, dass die Mitarbeiter aus der Arbeitslosigkeit während des Ablaufs ihrer Kündigungsfristen in eine BQG zurückgeholt werden können. Gemeint ist damit die Arbeitslosigkeit im sozialrechtlichen – und damit leistungsrechtlichen Sinne. Die Möglichkeit für den Mitarbeiter, in die BQG einzutreten, endet mit der rechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, d.h. mit Ablauf seiner Kündigungsfrist. Diese Differenzierung zwischen leistungsrechtlichem und versicherungsrechtlichem Beschäftigungsverhältnis hat das BSG in seiner jüngsten Entscheidung v. 3.6.2004 ebenfalls zum Ausdruck gebracht.¹⁴ Danach findet die an der Schutzfunktion der Versicherungspflicht (vgl. BSGE 52, 152, 156) orientierte Auslegung des Begriffs des Beschäftigungsverhältnisses im beitragsrechtlichen Sinn für die Behandlung von Zeiträumen, in denen der Arbeitnehmer trotz fortbestehenden Arbeitsverhältnisses tatsächlich nicht beschäftigt wird, auch im Rahmen des § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III Anwendung. Angelehnt an diese v.g. Differenzierung zwischen leistungsrechtlicher und versicherungsrechtlicher Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses ist nach Auffassung der Arbeitsverwaltung die Voraussetzung des § 216b Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 SGB III, Vermeidung von Entlassungen, dann nicht mehr erfüllbar, wenn die in die beE zu übernehmenden Arbeitnehmer bereits arbeitslos geworden sind und das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis gem. § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III beendet wurde. Letzteres ist jedoch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht der Fall. Die Gewährung von Transferkurzarbeitergeld ist somit nicht durch den Ausspruch der Kündigung verwehrt.

Die Rückholungsmöglichkeit soll allerdings nach Auffassung der Zentrale der Bundesagentur lediglich ex nunc

11 Löwisch, Der Transfer-Sozialplan, 2000, S. 42, 43.

12 BAG v. 23.8.2001 – 5 AZ 11/01, AP Nr. 77 zu § 2 ArbGG.

13 BAG v. 23.8.2001 – 5 AZ 11/01, AP Nr. 77 zu § 2 ArbGG.

14 BSG v. 3.6.2004 – B 11 AL 70/03 R.

unter gleichzeitiger Rücknahme der Kündigung, dem (kurzen) Wiederaufleben des Beschäftigungsverhältnisses, dem Abschluss eines Aufhebungsvertrages und Eintritts in die BQG (sog. Dreiseitiger Vertrag) erfolgen.

Dies hat zunächst zur Folge, dass es entgegen der bisherigen Praxis eine Rückabwicklung der bereits im Rahmen der Gleichwohlgewährung erfolgten ALG-Leistungen nicht mehr gibt. Im Zuge der Interpretation der gesetzlichen Novellierung der hier gegenständlichen Bestimmung über die Voraussetzungen zur Gewährung von Transferkurzarbeitergeld kommt es jedoch zu weiteren Verwirrungen durch eine neuerliche Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit,¹⁵ die nunmehr auch in den Interpretationshilfen der Arbeitsverwaltung¹⁶ verankert wurde. Der Arbeitgeber muss demnach sowohl im Rahmen der „Rücknahme“ der Kündigung als auch beim „Wiederaufleben“ des Beschäftigungsverhältnisses (Widerruf der Freistellung) unter Nutzung der noch vorhandenen betrieblichen Kapazitäten den Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt der Überführung (des Arbeitnehmers) in die beE nachkommen. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer – wenn auch unter den zugestandenen beschränkten finanziellen Kapazitäten im Insolvenzfall nur für kürzeste Zeit – seine Arbeitsleistung auch im insolventen Betrieb zunächst wieder aufzunehmen hat und damit zwangsläufig Neumassschulden produziert. Im Hinblick auf den Grund der erfolgten Freistellung – Masseunzulänglichkeit – scheint dieser Ansatz schlicht lebensfremd. Es bleibt die berechtigte Hoffnung, dass diese konstruierte Notwendigkeit nicht ernsthaft und dauerhaft als Entscheidungskriterium für die Gewährung von Transferkurzarbeitergeld herangezogen werden wird. Denn die Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien, für eine juristische Sekunde oder für eine Stunde unter Vereinbarung eines 1-€-Stundensatzes ein Arbeitsverhältnis wieder aufleben zu lassen, nur, um dieses Kriterium erfüllen zu können, kann nicht Wille des Gesetzgebers gewesen sein, verrät sich ohne weiteres Hinterfragen als reine Makulatur und führt äußerstenfalls zu weiteren, überflüssigen Verwaltungs- und Zeitaufwendungen. Insolvenz- und arbeitsrechtlich wäre die – wenn auch noch so kurze – Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers im masseunzulänglichen Verfahren wohl kaum ratsam. Fragen nach der Notwendigkeit, Sinnhaftigkeit, Praktikabilität und auch Überprüfbarkeit dieser künstlichen Reanimation bleiben auch in diesem Aufsatz unbeantwortet.

Zur Verdeutlichung sind abgesehen von der Frage der Notwendigkeit eines Wiederauflebens des Arbeitsverhältnisses zwischen Freistellung und Eintritt in die BQG folgende Fallkonstellationen zur zeitlichen Abfolge zu nennen:

a) Kündigung ohne Freistellung, die Betriebsveräußerung ergibt sich 15 Tage nach Eröffnung

Die BQG kann taggenau ab dem 16. Tag mit Eintritt des Arbeitsausfalls eingerichtet werden. ALG-Leistungen wurden nicht bezogen, sodass sich das Problem der Rückabwicklung nicht stellt. Die ersten 15 Tage werden ordnungsgemäß nach InsO abgerechnet.

b) Kündigung und Freistellung, die Betriebsveräußerung ergibt sich 15 Tage nach Eröffnung

Soweit der Arbeitnehmer bereits im Rahmen der Gleichwohlgewährung ALG-Leistungen erhalten hat, sind diese i.H.d. geleisteten Zahlungen im Nachrang gem. § 143 SGB III i.V.m. § 115 Abs. 1 SGB X auf die BAA übergegangen. In diesem Falle kann die BQG ebenfalls taggenau ab dem 16. Tag eingerichtet werden. Gegenüber dem Mitarbeiter wird die Kündigungserklärung zurückgenommen mit dem gleichzeitigen Angebot, das Arbeitsverhältnis einvernehmlich per Aufhebungsvertrag zum 15. des Monats zu beenden. Eine rückwirkende Einrichtung ist nur dann möglich, soweit die Gleichwohlgewährung tatsächlich noch nicht erfolgt ist.

c) Freistellung ohne Kündigung, die Betriebsveräußerung ergibt sich 15 Tage nach Eröffnung

Inzwischen ist es auch ohne Kündigung möglich, die Einrichtung einer BQG rückwirkend zu veranlassen, soweit die Gleichwohlgewährung nicht stattgefunden hat. Hat sie stattgefunden, ist auch hier ebenfalls nur eine Einrichtung ex nunc möglich.¹⁷

2. Persönliche Voraussetzungen – Das Profiling

Unabdingbare, neue persönliche Voraussetzung für den Arbeitnehmer ist, dass er vor Überleitung in die beE an einer arbeitsmarktlich zweckmäßigen Maßnahme zur Feststellung seiner Eingliederungsaussichten teilgenommen hat (§ 216b Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 4 Nr. 4 SGB III). Dieses sog. Profiling soll den Mitarbeiter in die Lage versetzen, seine Perspektiven auf dem Arbeitsmarkt besser einzuschätzen. Damit ist nicht nur eine Maßnahme i.S.d. § 48 SGB III gemeint, sondern eine sonstige Profilingmaßnahme, die grds. auch mit dem Zuschuss nach § 216a SGB III an den Arbeitnehmer gefördert werden kann.¹⁸ Weder der Gesetzestext noch die Gesetzesbegründung enthält auch nach heutiger Ansicht der Arbeitsverwaltung¹⁹ einen Hinweis darauf, dass es eine geförderte Maßnahme sein muss. Danach sind die persönlichen Voraussetzungen des § 216b Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. Abs. 4 Nr. 4 1. HS SGB III auch dann erfüllt, wenn das Profiling vom Arbeitgeber selbst (und damit nicht im Rahmen einer Förderung nach § 216a SGB III) oder von der Transfergesellschaft durchgeführt wurde. Das Profiling sollte auch aus Praktikabilitäts- und auch Kostengründen durch die Personaltrainer der Transfergesellschaft durchgeführt werden. Anteilig können auf Antrag die Kosten für das Profiling durch die Arbeitsverwaltung ersetzt werden, da jedoch die Transfergesellschaft per se zur Aufnahme der Mitarbeiter in ihre Dateien zum Zwecke der Vermittlung und Verwaltung vieles der im Rahmen des Profilings erhaltenen Informationen benötigt,

¹⁵ Stellungnahme des BMWA v. 2.9.2004.

¹⁶ § 216b Interpretationshilfen zum Transferkurzarbeitergeld 8/2004.

¹⁷ Die Freistellung ohne Kündigung ist die Ausnahme, da der Veranstalter die Arbeitsverhältnisse unverzüglich zu kündigen hat, wenn er sich nicht schadensersatzpflichtig i.S.d. § 61 InsO machen will (vgl. BAG, Urt. v. 31.3.2004 – 10 AZR 253/03 und Kübler/Prüfung/Pape, InsO, Stand: Oktober 2003, § 209 Rn. 15).

¹⁸ Der Zuschuss ist Pflichtleistung und beträgt derzeit 50 % der aufzuwendenden Kosten, max. jedoch 2.500 € pro Teilnehmer.

¹⁹ § 216b Interpretationshilfen zum Transferkurzarbeitergeld 8/2004, S. 17.

sollten hierfür im Zweifel keine zusätzlichen Kosten anfallen. In berechtigten Ausnahmefällen wird das Nachholen der Feststellungsmaßnahme auch nach Überleitung in die BQG binnen eines Monats zugelassen. Diese, in § 216b Abs. 4 2. HS SGB III enthaltene Ausnahmeregelung berücksichtigt diejenigen Fälle, in denen die Entscheidung der Betriebspartner zur Einrichtung einer beE unverschuldet so kurzfristig erfolgt, dass trotz Einschaltung der Arbeitsagentur selbst bei vorhandener Infrastruktur eine qualitative Maßnahme der Eignungsfeststellung im Vorfeld nicht mehr durchführbar ist. Hierunter könnten zweifelsfrei gerade meist die Insolvenzfälle subsumiert werden. In der Praxis sind Fälle, in denen zwischen der Eröffnung des Verfahrens und der Überleitung der Mitarbeiter in die BQG keine Woche liegt, nicht außergewöhnlich. Für die Durchführung eines Profilgesprächs, das entgegen der Auffassung der Arbeitsverwaltung zwar nicht mit zwei Tagen, allerdings pro Mitarbeiter mit ca. 3 – 4 Std. großzügig zu berechnen ist, kann dies bei einem mittelständischen Betrieb mit 100 Mitarbeitern schon durchaus zur zeitlichen Undurchführbarkeit der Maßnahme führen (von Größenordnungen der Konzerne Opel AG und Karstadt Quelle AG ganz zu schweigen).

Der Investor macht vor weiteren kaufvertraglichen Vereinbarungen die BQG zur Bedingung, das Image des Unternehmens leidet, die Masse reicht nicht aus, um weitere Personalkosten tragen zu können, die besten Mitarbeiter drohen zu gehen. Die Arbeitsverwaltung befand diese regelmäßigen zeitlichen Engpässe jedoch nicht für ausreichend für die prinzipielle Annahme eines berechtigten Einzelfalls und stellt in den entsprechenden Interpretationshilfen²⁰ nunmehr ausdrücklich klar, dass diese berechtigten Einzelfälle ausschließlich personen- und nicht betriebsbezogen Berücksichtigung finden könnten, so etwa bei Erkrankung des Mitarbeiters während der Feststellungsmaßnahme. Ob das Insolvenzverfahren per se für eine Vielzahl von Mitarbeitern einen solchen Ausnahmefall begründe, sei eher zweifelhaft.²¹ Die Unterrichts- und Beratungspflicht des Arbeitgebers gem. § 111 Satz 1 BetrVG und der Transfergedanke in § 112 Abs. 5 Nr. 2a BetrVG sprächen dagegen. Eine fragwürdige Begründung, da nicht die Unterrichtungspflichten des Arbeitgebers hier den zeitlichen Rahmen vorgeben, sondern die Eröffnung des Verfahrens und die im Idealfall sogar zeitgleiche Überleitung in die BQG, die ein vorheriges Profiling nicht ermöglicht. Wie so oft in der BQG-Praxis wird es hier jedoch auf den Einzelfall und damit auch auf die Kooperationsbereitschaft der einzelnen örtlichen Arbeitsagentur ankommen. Diese kann im Falle einer insolvenzbedingten Überleitung der Mitarbeiter in eine BQG einen solchen berechtigten Ausnahmefall bejahen, muss dessen Begründung jedoch aktenkundig machen. Für den verständigen, gewissenhaften Sachbearbeiter und Ansprechpartner der beE dürfte das kein Problem sein.

Kommt die Ausnahmeregelung zur Anwendung und wird das Profiling während des Bezugs-Zeitraumes durchgeführt, besteht indes nunmehr während der Dauer der Teilnahme an der Maßnahme kein Anspruch auf Transferkurzarbeitergeld. Der Arbeitsausfall tritt in diesem Fall nicht wegen der betrieblichen Restrukturierungsmaßnah-

me, sondern wegen der Teilnahme an der Transfermaßnahme ein. Eine Gleichstellung mit denjenigen Betrieben, die ein vorheriges Profiling durchführten, soll damit gewährleistet sein, was verhältnismäßig sein mag, unverhältnismäßig ist dabei jedoch, hierfür einen Malus pauschal von zwei Arbeitstagen – bei jedem Mitarbeiter – von dem monatlichen Transferkurzarbeitergeld in Abzug zu bringen. Auch dies ist nunmehr Praxis.

3. Die Finanzierung von Qualifizierungsmaßnahmen aus dem Europäischen Sozialfond

Die Vermittlung der Mitarbeiter auf den ersten Arbeitsmarkt hat absolute Priorität. Trotzdem muss die Durchführung einer vorherigen notwendigen, arbeitsmarktlich relevanten Qualifizierungsmaßnahme zur Verbesserung der Vermittlungschancen ebenfalls durch die Transfergesellschaft ermöglicht werden. Die arbeitsmarktliche Zweckmäßigkeit ist durch ein der Arbeitsverwaltung bei Beantragung vorzulegendes Maßnahmenkonzept, welches die Tätigkeiten, Qualifikationsstufen, Alter, regionale Mobilität etc. der Arbeitnehmer beinhaltet, dargelegt werden. Die betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen entsprechen denen des § 216b SGB III. Die für die Durchführung der beantragten Qualifizierungsmaßnahmen notwendigen finanziellen Mittel werden jedoch nur anteilig von der Arbeitsverwaltung aus Mitteln aus dem Europäischen Sozialfond (ESF) erstattet, die Transfergesellschaft hat sich hieran als Arbeitgeber angemessen zu beteiligen. Mit der ESF-Förderung flankiert die EU die nationale Arbeitsmarktpolitik.²² Als angemessene Eigenbeteiligung kann bei Insolvenzbetrieben die Übernahme des Vermittlungscoachings angesehen werden.

Grds. sind für Qualifizierungsmaßnahmen während des Bezugs von Transferkurzarbeitergeld gem. DA 5.14 zu § 5 der ESF-Richtlinien die DKS (Durchschnittskostensätze) analog FbW (Förderung der beruflichen Weiterbildung) zur Beurteilung der Angemessenheit von Lehrgangskosten zu verwenden. In der Praxis sind diese von einigen regionalen Arbeitsagenturen angewandten Durchschnittskostensätze so gering (3,99 €), dass eine qualifizierte und marktgerechte Weiterbildung ohne erhebliche Eigenbeteiligung, die zwischen 70 % und 80 % liegen dürfte, praktisch unmöglich wird. In solchen Fällen bleibt einer Transfergesellschaft nichts anderes übrig, möglichst direkt nach den Profilinggesprächen den Qualifizierungsbedarf für alle Mitarbeiter festzulegen und die damit verbundenen geschätzten Qualifizierungskosten in die BQG-Laufzeit in Form einer Qualifizierungsrücklage mit einzukalkulieren. Andere Arbeitsagenturen wenden hingegen das Merkblatt so an, dass abgesehen von einer pauschalen Eigenbeteiligung i.H.v. derzeit 30 % der Transfergesellschaft die beruflichen Qualifizierungsmaßnahmen ungekürzt übernommen werden, soweit sich dadurch die Vermittlungschancen des Arbeitnehmers verbessern (arbeitsmarktliche Stellungnahme).

20 § 216b Interpretationshilfen, S. 17.

21 § 216b Interpretationshilfen, S. 17.

22 Merkblatt zur Förderung von Qualifizierungsmaßnahmen während des Bezugs von Transferkurzarbeitergeld im Rahmen des ESF-EA-Programms, Stand 1.8.2004.

Da inzwischen auch die Erstattung von Sozialversicherungsbeiträgen während der Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen weggefallen ist, – dies war bis zum 1.3.2004 in Insolvenzfällen aus dem ESF-Fond möglich war – kommt es für die Transfergesellschaften noch stärker auf die Vermittlung an als bisher. Die Kürzung der Mittel führte zu einem erheblichen Umsatzrückgang in der Fortbildungsbranche, was letztlich, dies anbei bemerkt, bereits zum Abbau von 15.000 Stellen geführt hat.²³

Es gibt jedoch auch günstige Qualifizierungsmaßnahmen i.F.v. betrieblichen oder betriebsnahen²⁴ Qualifizierungen, die zwar lediglich mit minimalen Stundensätzen (2 € pro Stunde und Teilnehmer) von der Arbeitsverwaltung bezuschusst werden, jedoch im Vergleich zu externen Qualifizierungen erheblich günstiger und aufgrund des Praxisbezuges und des sog. „Klebeeffektes“ oft sogar effektiver sind.

III. Kosten

Für die Einrichtung einer BQG sind von der Masse die Remanenzkosten und ggf. ein weiterer Anteil zum Zwecke der Aufzahlung des Transferkurzarbeitergeldes aufzubringen. Der Transferlohn beträgt dann i.d.R. zwischen 75 % und 85 % des letzten Nettogehaltes. Letzteres ist nicht zwingend, sondern dient dazu, die BQG gegenüber dem Bezug von Arbeitslosengeld attraktiver zu machen und damit letztlich ausschließlich zur Motivation der Mitarbeiter, in die BQG einzutreten. Gleiches gilt für das Angebot von Eintritts- und Austrittsprämien.

Mit dem Begriff Remanenzkosten²⁵ werden folgende Kosten umfasst:

- Sozialversicherungsbeiträge ohne Arbeitslosenversicherung (Beiträge auf 80 % des Differenzbetrages zwischen Soll- und Ist-Entgelt)
- Urlaubs- und Feiertagsentgelt
- Sozialversicherungsbeiträge inklusive Arbeitslosenversicherung (50 %) auf Urlaubs- und Feiertagsentgelt
- Berufsgenossenschaftsbeiträge.

Die Remanenzkosten sollen sich auf ca. 40 % des bisherigen Arbeitgeberbruttoaufwandes belaufen. Nach *Lemke*,²⁶ so wie *Ries*²⁷ die Remanenzkosten definiert, kommen jedoch darüber hinaus Verwaltungs-, Qualifizierungs- und Weiterbildungskosten und ggf. USt auf den alten Arbeitgeber/Insolvenzverwalter zu. Die Berechnungsgrundlagen sind bei den meisten Transfergesellschaften so ausgerichtet, d.h. zusätzlich zu den Gehältern weitere Kosten geltend gemacht werden.

Vor diesem kalkulatorischen Hintergrund stellt sich die Frage, wieviel die Masse zu zahlen hätte, wenn durch die Einschaltung einer BQG als Mindestanforderung für die Gewährung von Transfer- KuG lediglich die gekappte Kündigungsfrist des § 113 InsO zu erfüllen wäre.

Vor den Neuregelungen zum 1.1.2004 war Voraussetzung für die Gewährung von Transferkurzarbeitergeld, dass die BQG-Laufzeit die Kündigungsfrist übersteigt. Der Gesetzgeber hat dieses Gebot in eine Soll-Vorschrift abgemildert.²⁸

Vorausgesetzt, für die Remanenzkosten fallen monatlich 40 %²⁹ an, sind dies mithin für drei Monate 120 %, bzw. für vier Monate 160 %. Soweit jedoch eine Transfergesellschaft bereit ist, ausschließlich aus dem Fluktuationsgewinn zu existieren, der bei vorzeitigem Ausscheiden der Mitarbeiter aus der BQG eintritt, ist ein einziges Arbeitgeberbrutto ausreichen, um die Remanenzkosten gegenüber den Sozialversicherungsträgern zu erfüllen, mithin 33,3 % des bisherigen Arbeitgeberbruttos pro Monat.

Bei einem nicht unrealistischen (und auch von den BQG behaupteten) Vermittlungserfolg von 50 % im ersten bzw. zweiten Monat könnten aus den danach nicht mehr benötigten Mitteln alle Verwaltungs-, Trainer- und Weiterbildungskosten abgedeckt werden. Eine Transfergesellschaft, die dieses Risiko eingeht, kommt mit einem Arbeitgeberbrutto aus und entlastet die Masse um weitere Gehaltsansprüche.

Gerade bei masseunzulänglichen Verfahren ist diese Berechnung auch bei einer reinen Betriebsstillegung von Interesse, zumindest für die Masse. Für die Mitarbeiter bedeutet diese BQG-Light-Variante jedoch, dass sie zu dem Transferkurzarbeitergeld keine Aufzahlung erhalten. Sollten Kündigungsfristen jedoch tatsächlich zahlbar sein, könnte damit eine Aufzahlung auf 80 % und eine verdoppelte BQG-Laufzeit von sechs bis acht Monaten finanziert werden.

Geht man also von dem reinen Gehaltsansatz aus, d.h. von der Frage, in welcher Höhe die Kündigungsfristen bei der zerschlagenden oder sanierenden Insolvenz So-wieso-Kosten (Stillegungskosten) verursachen, gilt Folgendes (s. Schaubild S. 1290!).

Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass rein rechnerisch immer dann eine BQG eingerichtet werden kann, wenn noch mindestens ein Arbeitgeberbrutto vorhanden ist.

IV. Masseunzulänglichkeit und BQG

Ergänzend muss die berechnete Frage beantwortet werden, wie der Insolvenzverwalter im Hinblick auf die Regelung des § 209 InsO die Masseleistung an die Transfergesellschaft für die Einrichtung einer BQG rechtfertigen kann. Wesentlicher Ansatz ist das Verständnis dieser Masseleistungen als Neumasseverbindlichkeiten, insofern als diese für eine zügige Liquidation erforderlich sind. Die Beschleunigung der Liquidation besteht dabei in der flexibleren Gestaltungsmöglichkeit der bestehenden Arbeitsverhältnisse durch Überführung in eine BQG mit den potentiellen Vorteilen für mögliche Investoren.

²³ Die Welt, 9.10.2004, S. 13.

²⁴ Interpretationshilfen zum Transferkurzarbeitergeld Ziffer 3.7 zu § 216b SGB III.

²⁵ So *Ries*, NZI 2002, 521, 525.

²⁶ *Lemke*, BB 2004, 773, 775.

²⁷ *Ries*, NZI 2002, 521, 525.

²⁸ Interpretationshilfen der Bundesagentur für Arbeit, zu § 216b SGB III.

²⁹ *Ries*, NZI 2002, 521, 525.

Möglichkeit der Einrichtung einer BQG in der Insolvenz

Masse/Insolvenzeröffnung	Betriebsstilllegung	Fortführung durch Verwalter	Übertragene Sanierung
kein Gehalt steht zur Verfügung	Freistellung, Abschluss Sozialplan nach § 123 InsO, Entstehung Lohnersatzansprüche der AA, Anspruch AN auf Lohnentgelt Differenz zum ALG BQG nicht möglich.	Freistellung BQG nicht möglich	Freistellung BQG nicht möglich, es sei denn aus Verkaufserlös
Ein Monatsgehalt (AG-Brutto) steht zur Verfügung	Freistellung (s.o.) alternativ: BQG bereits <i>möglich</i> , (auch noch <i>nach Freistellung</i>) Laufzeit = Kündigungsfrist gem. § 113 InsO, keine Lohnersatzansprüche der AA, kein Anspruch auf Lohnentgelt diff., Sozialplanansprüche werden erfüllbarer	Freistellung/ggf. Interessenausgleich mit Namensliste gem. § 125 InsO – Taggenauer und sukzessiver Eintritt in die BQG nach Abschluss von Abwicklungsarbeiten – betriebsnahe Qualifizierung bei drittem AG (Auffanggesellschaft) als unentgeltliches Betriebspraktikum, ggf. anteilige Übernahme der Qualifizierungskosten durch den Europäischen Sozialfond gem. § 5 ESF-RL	Interessenausgleich mit Namensliste gem. § 125 InsO kumulativ: BQG möglich für nicht übernommene AN und ggf. Abschluss Transfersozialplan; evtl. Einbeziehung von 1 Gehalt als Masseverbindlichkeit aus dem Sozialplan unter gleichzeitigem Verzicht AN auf darüber hinausgehende Sozialplanansprüche, damit Erledigung des gesamten Sozialplans.
Zwei Monatsgehälter (AG-Brutto) stehen zur Verfügung	Freistellung (s.o.) alternativ: Bei Einschaltung BQG (s.o.) Verlängerung Kündigungsfrist um einen Monat, Aufzahlung auf 80 % des letzten Vollzeitnettos,	Freistellung/ggf. Interessenausgleich mit Namensliste alternativ: Einschaltung BQG (s.o.)	Interessenausgleich mit Namensliste gem. § 125 InsO kumulativ: BQG möglich für nicht übernommene AN (s.o.)
Drei Monatsgehälter (AG-Brutto) stehen zur Verfügung	keine Freistellung, Verbleib der Mitarbeiter bei Gemeinschuldnerin unter Fortzahlung der Bezüge alternativ: Einschaltung BQG, Laufzeit = Verdoppelung der Kündigungsfrist, Aufzahlung auf 80 % des letzten Nettos. Ggf. Einbeziehung von einem Gehalt als Masseverbindlichkeit aus dem Sozialplan unter gleichzeitigem Verzicht der Mitarbeiter auf die darüber hinausgehenden Sozialplanansprüche und der damit verbundenen Erledigung des gesamten Sozialplans, finanziert über Massekredit z.B. von Hauptgläubigerbank	keine Freistellung, Verbleib der Mitarbeiter bei Gemeinschuldnerin unter Fortzahlung der Bezüge alternativ: Einschaltung BQG, Laufzeit = Verdoppelung der Kündigungsfrist – betriebsnahe Qualifizierung bei drittem AG (Auffanggesellschaft) als unentgeltliches Betriebspraktikum (max. sechs Monate) s.o.	Interessenausgleich mit Namensliste gem. § 125 InsO kumulativ: BQG möglich für nicht übernommene AN (s.o.)

Zu beachten ist jedoch, dass keine Zahlungen mehr an die – freigestellten – Mitarbeiter geleistet werden. Insofern erübrigt sich der Einwand, dass an Mitarbeiter, deren Gegenleistung nicht mehr in Anspruch genommen wird i.S.d. § 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO (Nachrang/sonstige Masseverbindlichkeiten), dann i.S.d. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO keine Zahlungen geleistet werden dürfen.

Der Insolvenzverwalter hat keine Arbeitnehmer mehr, an die er zahlt. Er zahlt stattdessen an die BQG als neue Arbeitgeberin, die eine Dienstleistung erbringt oder – wie hier dargestellt – die Kündigungsfristen abkauft.

Dies ist demnach eine Neumasseverbindlichkeit des §§ 209 Abs. 1 Nr. 2 i. V.m. Abs. 2 Nr. 1 InsO. Zu beachten ist, dass die Begründung von Neumasseverbindlichkeiten sich am Verfahrenszweck und an dem Interesse von Altmassegläubigern zu orientieren hat. Dabei ist die Begründbarkeit von nicht zwingenden Neumasseverbindlichkeiten dann ausgeschlossen, wenn eindeutig vorhersehbar ist, dass durch die Begründung die Befriedigungschancen der Alt-Massegläubiger verschlechtert werden.³⁰

³⁰ Etwa Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl., § 209 Rn. 11.

Eine entsprechende Kalkulation ist daher zur Vermeidung der Haftung nach § 61 InsO erforderlich.

Der Abschluss dieses Dienstleistungsvertrages zwischen dem Insolvenzverwalter und der BQG muss zum Zwecke der Behandlung als Neumasseverbindlichkeit insofern nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit erfolgen.

Dass der eingegangene Dienstleistungsvertrag mit der Transfergesellschaft und die damit verbundenen Neumasseverbindlichkeiten wirtschaftlich sinnvoll und dem Verfahrenszweck dienlich waren, ist gegenüber dem Gläubigerausschuss eventuell erläuterungsbedürftig, im Ergebnis jedoch meist auch erläuterungsfähig. Zum einen ist es möglich, die Sozialplanansprüche der Mitarbeiter im Transfersozialplan (siehe dort) durch die Einrichtung der BQG abzugelten. Zum anderen sind die Ansprüche der Arbeitsagentur und der Mitarbeiter durch die Einschaltung der BQG auch bei lediglich temporärer Masseunzulänglichkeit endgültig erledigt. Die Einschaltung einer BQG ist demnach nicht risikoreicher, sondern sie minimiert das Risiko und macht das Verfahren kalkulierbarer. Dies dürfte insbesondere für die Insolvenzgläubiger von Interesse sein. Die Erfüllung ihrer Forderungen wird dadurch letztlich wahrscheinlicher.

Es können zudem diverse Variationen, die mit der Transfergesellschaft zu verhandeln sind, in die Vereinbarungen eingebunden werden, exemplarisch seien Eintrittsprämien, Austrittsprämien (für vorzeitige anderweitige Arbeitsaufnahme), sowie auch die Verwendung der nicht verbrauchten Mittel zur Verlängerung der Laufzeit für die übrigen BQG-Arbeitnehmer oder selbstverständlich auch zur Rückführung an die Masse, genannt.

V. Steuerrechtliche Behandlung der zur Verfügung gestellten Massemittel

Das Transferkurzarbeitergeld ist zweifelsohne lohnsteuer- und umsatzsteuerfrei. Es bleibt die Frage, ob auf die zur Verfügung gestellten Mittel aus der Masse (die entsprechenden Arbeitgeberbruttolöhne der übergeleiteten Mitarbeiter) USt seitens des Insolvenzverwalters gezahlt werden muss. Einige BQG praktizieren dies so, logisch erscheint diese Handhabung jedoch nicht. In ihrer formalen Stellung sind die Transfergesellschaften die neuen Arbeitgeber der übergeleiteten Arbeitnehmer. Es handelt sich jedoch bei dem aufgenommenen Beschäftigungsverhältnis nicht um ein Arbeitsverhältnis. Der Arbeitnehmer arbeitet nicht und erhält auch kein Arbeitsentgelt, sondern (aufgestocktes) Transferkurzarbeitergeld. Die Transfergesellschaften fungieren letztlich als reine Erfüllungshelfen i.F.d. Transferlohnauszahlung an die Mitarbeiter und erbringen keine Leistung i.S.d. UStG. Eine solche ist gem. § 1 UStG gegeben, wenn Lieferungen oder sonstige Leistungen vom Unternehmer gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausgeführt werden. Da die Auszahlung des Transferlohns eine reine Weiterleitung der Gehälter darstellt, deren Höhe die Betriebspartner und nicht die BQG festgelegt oder diese gar durch ihre Leistung beeinflusst hat, ist eine USt-Pflichtigkeit allein auf die Gehälter im Ergebnis abzulehnen. Allerdings gibt es zu

dieser Fragestellung weder eine eindeutige gesetzliche Regelung noch eine offizielle Stellungnahme der Finanzverwaltung. Lediglich ein Bescheid eines Betriebsstättenfinanzamtes³¹ bestätigt, dass die BQG entsprechend der BAG-Rechtsprechung³² als Sozialeinrichtung des alten Arbeitgebers und damit als Treuhänder der zur Verfügung gestellten Mittel zu behandeln ist. Soweit also eine BQG von diesem Gehaltsansatz ausgeht, ist auf die aus der Masse zur Verfügung gestellten Mittel keine USt zu zahlen. Anders mag dies zu beurteilen sein bei einer BQG, die aufgrund ihres zugrunde gelegten Leistungsansatzes Trainer-, Coaching-, Weiterbildungs- und Verwaltungskosten gesondert kalkuliert, aufführt und in Rechnung stellt. Der Unterschied ist für die Liquidität der Masse nicht unerheblich in Anbetracht der Höhe eines Arbeitgeberbruttogehaltes bei mittelständischen Unternehmen von durchschnittlich 50 – 70 zu übernehmenden Arbeitnehmern. Die Geltendmachung des Vorsteuerabzugs ist im Insolvenzverfahren ein schwacher Trost. I.a.R. bestehen noch Forderungen seitens der Finanzverwaltung gegen das insolvente Unternehmen.

Umsatzsteuerpflichtig indes ist ein Verwaltungskostenanteil der BQG, der jedoch in dem bereits durch die Gehälter Geleisteten enthalten sein sollte und ebenfalls den Vorsteuerabzug ermöglicht.

VI. Schlussbetrachtung

1. Der Hauptgrund des Scheiterns einer BQG im Insolvenzverfahren ist nicht der damit einhergehende Kostenapparat. Denn die BQG darf nicht teurer sein als der klassische Interessenausgleich mit Namensliste, die Ausgangsfrage sollte nicht sein: „Wieviel kostet die BQG?“, sondern: „Wieviel hat die Masse an Sowieso-Kosten hierfür zur Verfügung?“. Der Hauptgrund des Scheiterns der BQG ist die fehlende Akzeptanz und das mangelnde Vertrauen der Mitarbeiter. Das Zustandekommen einer BQG hängt hiervon entscheidend ab.

2. Die Intention des Sozialgesetzgebers war es nicht, einen Ausweg aus der § 613a-Problematik zu finden, sondern bei jeder Betriebsänderung Arbeitslosigkeit zu verhindern und die damit in Zusammenhang stehenden Fragen so früh wie möglich zu lösen. Übertragen auf den Insolvenzfall heißt das: Steht wenigstens ein Arbeitgeberbruttogehalt zur Verfügung – selbst wenn dieses über einen Massekredit oder über den Verwerter vorfinanziert wird – sollte die Möglichkeit der Einrichtung einer BQG als sozialrechtliches Instrument nicht nur im Falle einer übertragenen Sanierung, sondern in jedem Insolvenzverfahren zumindest geprüft werden. Für die Arbeitnehmerschaft kann insbesondere in einem masseunzulänglichen Verfahren durch die Einrichtung einer BQG das Beste getan und dabei die Verpflichtung des Insolvenzverwalters zur Masseschonung gewahrt werden. Realiter kann es hier nur an der Bereitschaft einzelner Transfergesellschaften mangeln, ihre Verdienstspanne ausschließlich in

31 Finanzamt Köln, Mitteilung nach § 202 Abs. 1 AO zur USt-Sonderprüfung vom Oktober 2003.

32 BAG v. 23.8.2001, vgl. Fn. 12, 13.

der Vermittlung der Arbeitnehmer in neue Beschäftigungsverhältnisse zu sehen. Es wäre wünschenswert, wenn sich der Markt etwas mehr in diese Richtung entwickelte.

3. Die Einrichtung der BQG sollte für den Verwalter nach entsprechenden Verhandlungen mit dem Betriebsrat, dem Abschluss eines Transfersozialplans und der einführenden Betriebsversammlung, in der die BQG vorgestellt wird, keinen weiteren Arbeits- und Verwaltungsaufwand darstellen. Im Gegenteil: Die BQG sollte im besten Falle den Verwalter bis auf entsprechende Kontrollmöglichkeiten und der Zahlung der vereinbarten Mittel von sämtlichen Arbeitgeberverpflichtungen ab dem Zeitpunkt des BQG-Eintritts freihalten, denn die Arbeitnehmer sind nach Abschluss des dreiseitigen Vertrages nicht mehr seine Arbeitnehmer.

4. Gerne wird im Falle einer reinen Sanierung des Unternehmens außerhalb der Insolvenz der Imagegewinn des

Unternehmens/des Arbeitgebers trotz des Personalabbaus als Pré angeführt. Ob dies letztlich auch für ein insolventes Unternehmen gilt, dessen Image bereits angekratzt ist und auf einen Insolvenzverwalter übertragen werden kann, ist sicherlich fraglich. Tatsächlich jedoch wird dieses Bemühen um eine sozialverträgliche, günstige und dabei konstruktive Lösung in der Öffentlichkeit meist sehr positiv aufgenommen. Neue Herausforderungen gebieten wohl eine Abwendung von der reinen Abwicklung hin zum Insolvenzmanagement.

Hier ist die Transfergesellschaft nach wie vor ein wichtiges Hilfsmittel. Anzuführen ist neben dem besseren Handling, der erheblichen Steigerung der Sanierungsmöglichkeiten und der positiven Resonanz seitens der Insolvenzgerichte zunächst die Ruhe, die durch die einverständliche Lösung in das Verfahren einkehrt.

Die Mitarbeiter fühlen sich nicht allein gelassen, sie werden betreut, erhalten Hilfestellung und Perspektiven.

Steuerpflichten des Verwalters bei Neuerwerb des Schuldners?

von Rechtsanwalt Dirk Olbrich, Herten*

Seit Geltung der InsO dient nicht nur das bei Eröffnung des Verfahrens vorhandene Schuldnervermögen der Befriedigung der Insolvenzgläubiger, sondern darüber hinaus auch das Vermögen, das der Schuldner während des Verfahrens erlangt. Nach über fünf Jahren „Insolvenzbeschlagnahme des Neuerwerbs“ ist eine Vielzahl damit verbundener zivilrechtlicher Fragen höchststrichtrichterlich entschieden, während abgabenrechtliche Folgen weithin unklar sind. Der Beitrag untersucht, ausgehend von der Steuerpflicht des Insolvenzverwalters als Vermögensverwalter, sodann für Umsatz- und Einkommensteuer, ob eine unternehmerische Tätigkeit des Schuldners während des Verfahrens zu Steuerpflichten des Verwalters führt.

I. Rechtsgrundlagen der Steuerpflicht

Die Steuerpflicht des Insolvenzverwalters folgt aus § 34 Abs. 3, Abs. 1 AO. Danach haben Vermögensverwalter die steuerlichen Pflichten der Inhaber des von ihnen verwalteten Vermögens zu erfüllen. Der Insolvenzverwalter wird nach § 80 InsO durch die Verfahrenseröffnung zum Vermögensverwalter der Insolvenzmasse. Da die Insolvenzmasse nach § 35 InsO auch das während des Verfahrens durch den Schuldner erlangte Vermögen erfasst, stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter die mit dem Neuerwerb verbundenen Steuerpflichten zu erfüllen hat. Im Rahmen seiner Steuerpflichten hat der Verwalter nämlich nach § 34 Abs. 1 Satz 2 AO insbesondere dafür zu sorgen, dass die während des Verfahrens entstandenen Steuern gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO als Masseverbindlichkeiten vorweg berichtet werden.

Im Gegensatz zur Unternehmensfortführung durch den Verwalter entsteht Neuerwerb ausschließlich durch eigenverantwortliches Handeln des Schuldners. Die Unternehmensfortführung war bereits dem Konkursverwalter möglich, ohne dass es hierzu des Insolvenzbeschlages des Neuerwerbes bedurfte. Das im Rahmen der Unternehmensfortführung durch den Verwalter erworbene Vermögen tritt an die Stelle des bei Verfahrenseröffnung bereits vorhandenen Vermögens und bleibt damit im Wege der Surrogation ohnehin von der Masse erfasst.¹ Vom Verwal-

tererwerb ist daher der Neuerwerb durch eigenverantwortliches Handeln des Schuldners zu unterscheiden.

Der Schuldner hat nach Art. 12 GG auch während des Verfahrens die Wahlfreiheit der Erwerbsform. An der Fortsetzung einer selbstständigen Tätigkeit wie auch an einer Neuaufnahme einer solchen können ihn weder der Verwalter noch die Gläubigerversammlung hindern.² Um dem Schuldner das Bestreiten seines Lebensunterhaltes zu ermöglichen und damit einen Vollstreckungszugriff auf Kosten der Allgemeinheit – Sozialamt – zu verhindern, kennt das Vollstreckungsrecht zahlreiche Schutzvorschriften, die das Betriebsvermögen des Unternehmers umfassend schützen und nach § 36 InsO auch dem Insolvenzbeschlagnahme entziehen.³ Beschlüsse der Gläubiger nach § 157 InsO über Fortführung oder Einstellung des Unternehmens sind dann regelmäßig sinnentleert, da keine pfändbaren Gegenstände vorhanden sind, derentwegen auf Grundlage der Bewertungsalternativen des § 151 Abs. 2 Satz 2 InsO eine solche Entscheidung getroffen werden könnte.

* Der Autor ist Mitarbeiter des vereidigten Buchprüfers und Steuerberaters Wolfgang Lorsch, Herten.

1 Uhlenbruck, InsO, § 35 Rn. 36; MünchKomm-InsO/Lwowski, § 35 Rn. 55; vgl. § 2041 BGB.

2 S. aber z.B. § 12 GewO, § 14 Abs. 2 Nr. 7 BRAO, § 50 Abs. 1 Nr. 8 BNorO, § 46 Abs. 2 Nr. 4 StBerG etc.

3 Voigt/Gerke, ZInsO 2002, 1054.