

Newsletter 05 | 2021

# Sanierungs- und Restrukturierungs- beratung – Ihre Experten von BBR

Neue Perspektiven für Ihr Unternehmen



## Inhaltsverzeichnis

|  |       |
|--|-------|
| VORWORT  | S. 03 |
| THEMEN DES MONATS  |       |
| Corona ist vorbei: „Was nun, Krankenhaus?“   | S. 04 |
| Die Insolvenzantragspflicht gilt wieder uneingeschränkt, die Geschäftsführerhaftung ist neu geregelt worden. Was muss beachtet werden? | S. 06 |
| „Arbeitsrecht light“ in der Insolvenz?!  | S. 08 |
| Mit starken Partnern in die Zukunft!   | S. 11 |
| KONTAKT  | S. 12 |

### Haftungsausschluss

Der Newsletter wurde mit großer Sorgfalt recherchiert. Gleichwohl wird keine Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Inhalte übernommen. Der Newsletter stellt keine abschließenden Informationen bereit und ersetzt nicht eine Beratung im Einzelfall. Hierfür steht Ihnen auf Wunsch die Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltskanzlei mbH gern zur Verfügung.



Rechtsanwalt Robert Buchalik

## Vorwort

Sehr verehrte Geschäftsfreunde,

in unserem heutigen Newsletter greifen wir erneut spannende Themen auf:

- Unsere **Krankenhäuser**, die in der Pandemie Hervorragendes geleistet haben, stehen zunehmend unter Ergebnisdruck, schreiben rote Zahlen und weisen Verluste aus. Welche **Optionen der Sanierung** bestehen, beleuchtet der lesenswerte Beitrag unseres Gastautors Dr. Günter Peters.
- Seit dem 1. Mai 2021 gilt die **Insolvenzantragspflicht** wieder ohne Ausnahmen. Was **Geschäftsführer** im Hinblick auf ihre **Haftung** nun beachten sollten, erfahren Sie im Artikel von Rechtsanwalt Dr. Jasper Stahlschmidt.
- Rechtsanwalt Michael Kothes gibt Ihnen einen Überblick über relevante **arbeitsrechtliche Erleichterungen in der Insolvenz**.
- Und „last but not least“ informieren wir Sie über die **erweiterte Ausrichtung unseres Restrukturierungsansatzes** in Zusammenarbeit mit unseren bestehenden und neuen **Kooperationspartnern**.

Wir wünschen Ihnen viel Vergnügen bei der Lektüre!

Ihr  
Ihr Robert Buchalik

## Corona ist vorbei: „Was nun Krankenhaus?“

In der aktuellen Pandemie leisten die Krankenhäuser in Deutschland hervorragende Arbeit. Seit 15 Monaten kümmern sich Ärzteschaft und Pflege aufopferungsvoll um die Corona Patienten. Insbesondere auf den Intensivstationen gehen die Betroffenen bis an die Grenze ihrer Leistungsfähigkeit und arbeiten nicht selten am Rande der Erschöpfung.

Aber irgendwann, und dies hoffentlich in der näheren Zukunft, wenn insbesondere eine Herdenimmunität erreicht wird, geht die Pandemie ihrem Ende entgegen und bei den Krankenhäusern stellt sich wieder der Normalbetrieb ein.

Nicht erst seit der Coronakrise stehen viele Krankenhäuser unter einem starken Ergebnisdruck. Schon im Jahr 2019 schrieben ein Drittel aller deutschen Krankenhäuser rote Zahlen. Angesichts der Coronakrise gehen die neuesten Schätzungen davon aus, dass über 40 Prozent aller bundesdeutschen Kliniken für das Geschäftsjahr 2020 Verluste ausweisen werden.

Bedingt durch zahlreiche aktuelle politische Entscheidungen in Bund und Ländern (z. B. durch das Krankenhauszukunftsgesetz - KHZG), wie aber auch regulatorische Änderungen im Gesundheitswesen (z. B. Regelungen zu Mindestmengen, Mindestbesetzungen, Qualitätsanforderungen) ergibt sich ein hoher Handlungsdruck bei den Kliniken zur Anpassung von Strukturen und Geschäftsprozessen.

### Wesentliche Themen sind dabei:

- ein zunehmender Wechsel von stationären zu ambulanten Behandlungen – seit 2017 sind die Case Mix Punkte in vielen Häusern rückläufig
- notwendige Investitionen in die medizinische Infrastruktur sowie in die Ausstattung von Einrichtungen
- Renovierung oder Neubau von Immobilien
- Rekrutierung von Personal in allen Berufszweigen
- zunehmende Digitalisierung von Krankenhäusern

Gerade kommunale und kirchliche Krankenhäuser haben dabei oftmals das Problem fehlender oder knapper finanzieller Ressourcen. Notwendige Änderungen in Aufbau- und Ablauforganisation sowie Investitionen können durch die seitens der Länder zur Verfügung gestellten Pauschalen (z. B. Investitions-/ Baupauschalen) z. T. nur ungenügend finanziert werden.



Dr. Günter Peters,  
Porten & Peters | Gastbeitrag

Aufgrund geringer steuerlicher Einnahmen der Kommunen im Zuge der Coronakrise kombiniert mit anstehenden Mehr-Auszahlungen für soziale Leistungen sehen sich Städte und Kreise immer weniger in der Lage, „ihre“ Krankenhäuser unmittelbar finanziell zu unterstützen. Vergleichbar ist es bei den kirchlichen Einrichtungen, die aufgrund sinkender Kirchensteuern ihre finanziellen Spielräume mehr und mehr einengen müssen.

Verbunden mit negativen Ergebnissen von Krankenhäusern kann dies zu finanziellen Schiefagen bis hin zu Insolvenzen führen. Allein im Jahr 2020 mussten 18 Krankenhäuser einen Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellen, was gegenüber dem Vorjahr eine Steigerung von 80 Prozent darstellt. Die Zahlen für 2021 dürften noch dramatischer aussehen.

Verbesserungen in der finanziellen Ausstattung von Gesundheitseinrichtungen lassen sich zunächst durch Kosteneinsparungen realisieren, die auch das Ergebnis verbessern.

Angesichts des nachvollziehbaren hohen Anteils von Personalkosten an den Gesamtaufwendungen eines Krankenhauses, steigenden Lohnkosten sowie geforderten Mindestzahlen an Ärzten und Pflegekräften in bestimmten Fachbereichen sind Kostensenkungspotenziale an dieser Stelle eher begrenzt. Daher sind vor allem Reduzierungen bei den Sachkosten (medizinischer Sachbedarf, Verwaltungskosten, sonstige Aufwendungen) zu generieren.

In der Regel reichen gerade bei defizitären Häusern, denen die Insolvenz droht, solche Maßnahmen allein nicht aus. Erforderlich ist auch, vorhandene Strukturen und Geschäftsprozesse auf den Prüfstand zu stellen und Restrukturierungsmaßnahmen durchzuführen.



In Bezug auf die Liquiditätsfrage besteht zudem die Möglichkeit, Kapital von außen zu beschaffen. Gesellschafter oder Finanzinstitute (wie Banken oder Sparkassen) kommen schnell an die Grenze ihrer Möglichkeiten.

Externe finanzierende Geldgeber, die Interesse haben Kapital zur Verfügung zu stellen, verlangen allerdings Prognose- und Planungsrechnungen. Auf Basis eines umfangreichen Business Plans müssen solche externen Kapitalgeber nachvollziehen können, dass Krankenhäuser aufgrund des zukunftsbezogenen Geschäftsmodells in der Lage sind, neben ihren Zins- und Tilgungsverpflichtungen auch auskömmliche Ergebnisse zu erzielen.

Weitere Finanzierungsmöglichkeiten bestehen darin, in Anlehnung an Modelle aus der Industrie, in Form des „Sale and Lease Back“-Verfahrens in Abstimmung mit dem jeweiligen Gesellschafter moderne Beteiligungsmodelle aufzubauen, ohne die grundsätzlichen kommunalen Strukturen zu durchbrechen.

Durch die Auslagerung von Anlagevermögen auf andere kommunale Einrichtungen wird Liquidität geschaffen, die in vollem Umfang für die Modernisierung und den Ausbau von Kliniken verwendet werden kann. Gegenüber Banken besteht dann die Sicherheit, dass kommunale Verbände erhalten bleiben.

Auch wenn der Begriff „Insolvenz“ ein Unwort ist, kann eine gut gesteuerte Insolvenz mit den richtigen Partnern ein geeignetes Modell sein, um Krankenhäuser langfristig modern und zukunftsorientiert auszurichten. Mit dem ESUG, dem Gesetz zur erleichterten Sanierung von Unternehmen, das auch auf Krankenhäuser anwendbar ist, bieten sich bislang nicht vorhandene Möglichkeiten zur Bilanzsanierung, insbesondere aber auch zur Liquiditätsgenerierung ohne neue Bankkredite. Wesentlicher Vorteil des ESUG ist es, dass die bisherige Geschäftsleitung im Amt bleibt und das Verfahren ohne Insolvenzverwalter durchgeführt wird. Auch im kommunalen oder kirchlichen Umfeld sollte geprüft werden, ob ein solcher Weg zur Rettung der lokalen Krankenhausversorgung möglich ist.

Mit den Rechtsanwälten von Buchalik Brömmekamp, der Unternehmensberatung plenovia sowie Porten & Peters hat ein sehr erfahrenes Expertenteam zusammengefunden, welches aufgrund der jeweils langjährigen Kenntnisse und Erfahrungen der Berater in finanz- sowie betriebswirtschaftlichen, regulatorischen, medizinrechtlichen, ordnungspolitischen sowie insolvenzrechtlichen Themen die erforderliche Expertise aufweist, Krankenhäuser in diesen komplexen Frage-

stellungen und dies auch in der geforderten Langfristigkeit zu begleiten. Bezüglich der Realisierung externer Kapitalquellen bestehen intensive Kooperationen, die unterschiedliche Finanzierungsmodelle, angepasst an die individuelle Unternehmenssituation anbieten.

Insgesamt verfügt diese Gruppe über ein in Deutschland einmalig gebündeltes Wissen, um Krankenhausprojekte im Sinne der Gesellschafter und des Managements professionell, erfolgreich und nachhaltig zu gestalten.

## Die Insolvenzantragspflicht gilt wieder uneingeschränkt, die Geschäftsführerhaftung ist neu geregelt worden. Was muss beachtet werden?

Bekanntlich gilt seit dem 01.05.2021 die Insolvenzantragspflicht wieder uneingeschränkt. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber die Pflichten und die Haftung der Geschäftsführer von beschränkt haftenden Unternehmen, also beispielsweise von GmbHs und Aktiengesellschaften, verschärft. Was ist hierbei zu beachten? Der Beitrag soll einmal in der gebotenen Kürze die wichtigsten Änderungen, die betroffene Geschäftsführer kennen sollten, aufzeigen.

### Änderung 1: Pflicht zur Ausgestaltung eines Krisenfrühwarnsystems

Nach dem neuen § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 StaRUG ist die Geschäftsleitung nunmehr verpflichtet, ein Krisenfrühwarnsystem im Unternehmen einzurichten. Die konkrete Ausgestaltung selbst ist im Gesetz nicht geregelt und richtet sich stark nach Größe, Branche und Struktur des Unternehmens. Auch wenn die ursprünglich angedachte Sanktionierung bei Nichtbeachtung im neuen Sanierungsrecht gestrichen wurde, ist diese Pflicht im Rahmen der Geschäftsleiterpflichten besonders zu beachten. Hier ist zu befürchten, dass Insolvenzverwalter oder Gläubiger weitere Haftungsbestände gegen betroffene Geschäftsführer suchen. Vor dem Hintergrund sollte die Unternehmensleitung spätestens jetzt eventuell mittels externer Hilfe ein für das Unternehmen geeignetes Krisenfrühwarnsystem aufbauen und ggf. ergänzen.

### Änderung 2: Konkretisierung des Insolvenzgrundes der drohenden Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sowie Änderung bei der Insolvenzantragsfrist

Neben der **Zahlungsunfähigkeit** (also einer Liquiditätsunterdeckung von 10 Prozent oder mehr) muss der Geschäftsführer auch bei Eintritt der **Überschuldung** einen Insolvenzantrag stellen. **Überschuldung** liegt vor, wenn für das Unternehmen **keine Fortführungsperspektive** mehr besteht und dann das **Vermögen des Unternehmens die Schulden nicht mehr deckt**. Bei der Frage der Überschuldungsprüfung hat der Gesetzgeber seit dem 01.01.2021 im ergänzten § 19 Abs. 2 InsO festgelegt, dass hier ein Betrachtungszeitraum von **zwölf Monaten** anzusetzen ist. Dies bedeutet also, dass eine **positive Fortführungsprognose**, die die Überschuldung ausschließt, nur dann anzunehmen ist, wenn das Unternehmen auch nicht **innerhalb von zwölf Monaten** zahlungsunfähig wird. Konsequenterweise ist deswegen **drohende Zahlungsunfähigkeit** anzunehmen, wenn zwischen dem 13. und dem 24. Monat erst Zahlungsunfähigkeit eintritt. Dies wurde in dem ergänzten § 18 Abs. 2 InsO, wonach für die **drohende Zahlungsunfähigkeit** ein **Prognosezeitraum von 24 Monaten** gilt, im Gesetz verankert.



Rechtsanwalt Dr. Jasper Stahlschmidt

Eine **Privilegierung** gibt es bei der **coronabedingten Krise**. Hier kann nach dem § 4 COVID-19-InsAG bei der Überschuldungsprüfung **statt zwölf Monaten nur ein viermonatiger Betrachtungszeitraum** herangezogen werden. Danach reicht es für eine positive Fortführungsprognose aus, wenn das Unternehmen innerhalb der nächsten vier Monate nicht zahlungsunfähig wird.

**Ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit** hat der Geschäftsführer wie bisher auch nach § 15a Abs. 1 S. 2 InsO **drei Wochen** Zeit, einen Insolvenzantrag zu stellen. Im Falle der Überschuldung hat sich allerdings die Antragsfrist seit dem 01.01.2021 geändert. Sie beträgt nach dem ergänzten § 15a Abs. 1 S. 2 InsO ab dem Eintritt der **Überschuldung** nunmehr **sechs Wochen**. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Geschäftsführer so lange mit dem Stellen eines Insolvenzantrages warten darf. Vielmehr muss er in dieser Zeit Maßnahmen zur Vorbereitung eines Insolvenzantrages oder zur Abwehr des Insolvenzgrundes treffen. Die Verlängerung der Antragsfrist im Falle der Überschuldung soll es dem Unternehmen ermöglichen, laufende Sanierungsmaßnahmen erfolgreich abzuschließen oder eine Eigenverwaltung gut vorzubereiten. Meistens bietet es sich an, zweigleisig zu fahren, um sich alle Optionen offenzuhalten.



### Änderung 3: Zahlungsverbote bei Eintreten von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung

Mit dem neuen § 15b InsO hat der Gesetzgeber die Zahlungsverbote nach Insolvenzzreife nun thematisch dorthin verlagert, wo sie hingehören, nämlich in die Regelungen zur Insolvenzantragspflicht.

#### Haftungserleichterungen für Zahlungen ab Eintritt der Insolvenzzreife aber innerhalb der Antragsfrist

Der neue § 15b InsO stellt klar, dass Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzzreife aber innerhalb der Insolvenzantragsfrist dann mit der Sorgfalt eines gewissenhaften und ordentlichen Geschäftsführers vereinbar sind, wenn sie im **ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr** erfolgen. Nach der Gesetzesbegründung zum neuen Recht gilt dies auch für Dienstleistungen. Dies stellt eine **haftungsrechtliche Erleichterung** für den Geschäftsführer dar. Vor der Gesetzesänderung musste nämlich einer solchen Privilegierung immer auch eine unmittelbare wirtschaftliche Gegenleistung gegenüberstehen. Dies war vorher bei Arbeits- und Dienstleistungen nach der insoweit strengen Rechtsprechung des BGH bisher nicht der Fall. Allerdings gilt dies nach § 15b Abs. 2 S. 2 InsO nur, wenn der Geschäftsführer innerhalb der Antragsfrist Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzzreife durchführt oder einen Insolvenzantrag vorbereitet. Wenn dies der Fall ist, dann liegt bei rechtzeitiger Stellung des Insolvenzantrages für die Zeit zwischen Eintritt der Insolvenzantragsgründe und dem Insolvenzantrag nach dem neuen § 15b Abs. 8 InsO bei nicht erfüllten oder nicht rechtzeitig erfüllten Steuerverbindlichkeiten auch keine Verletzung steuerrechtlicher Zahlungspflichten vor.

Eine **weitere Haftungserleichterung** ergibt sich aus dem neuen § 15b Abs. 4 S. 2 InsO. So wird für betroffene Geschäftsführer der **Haftungsumfang bei verbotenen Zahlungen begrenzt**. Während nach dem alten Recht die verbotenen Zahlungen in voller Höhe zu ersetzen waren, kann der Geschäftsführer jetzt geltend machen, dass der Gläubigerschaft ein **geringerer Schaden** entstanden sei. Hierfür muss dann aber der **Geschäftsführer** den **Gegenbeweis** antreten, was ihm in vielen Fällen sicher schwerfallen dürfte.

#### Haftungsverschärfung für Zahlungen ab Eintritt der Insolvenzzreife nach Ablauf der Antragsfrist

Anders sieht die Lage aus, wenn der Insolvenzgrund eingetreten und die Antragsfrist schon verstrichen ist. In diesem Fall führt **jede Zahlung zur Erstattungspflicht**.

Dies gilt auch für **Steuerzahlungen und Zahlungen von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung**. Hier galt bisher unter dem Stichwort „Pflichtenkollision“ ein großzügiger Maßstab.

#### Fazit

Das neue Sanierungsrecht hat die Haftungssituation der Geschäftsleiter bei Krisenunternehmen nicht nur verändert, sondern auch verkompliziert. Betroffenen Geschäftsleitern ist dringend zu raten, sich hier von externen Spezialisten frühzeitig beraten zu lassen und jede Zahlung zu hinterfragen. Andernfalls droht ein böses Erwachen.

## „Arbeitsrecht light“ in der Insolvenz?!

In der Insolvenz weist das deutsche Arbeitsrecht **Besonderheiten** auf, welche die **Sanierung eines Unternehmens beschleunigen sowie erleichtern und gleichsam nachhaltig** machen sollen. Die meisten Ausnahmeregelungen finden sich in der Insolvenzordnung (InsO) und können erst ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens angewendet werden.

Trotz der Ausnahmen muss man sich aber vergegenwärtigen, dass auch in der Insolvenz das „normale“ Arbeitsrecht Anwendung findet. Dies schließt ein:

- zum einen den **allgemeinen Kündigungsschutz** der Mitarbeiter, die dem Kündigungsschutzgesetz (grundsätzlich mehr als zehn Arbeitnehmer und der betroffene Arbeitnehmer ist länger als sechs Monate betriebszugehörig) unterfallen,
- zum anderen den **besonderen Kündigungsschutz** des einzelnen Arbeitnehmers, zum Beispiel im Falle einer Schwerbehinderung oder einer Schwangerschaft und
- darüber hinaus das **Betriebsverfassungsrecht**, also die Bestimmungen über den Umgang und die Einbeziehung eines Betriebsrats.

### Insolvenzgeld als erste Sanierungshilfe

Ein Insolvenzverfahren, unabhängig von der Frage, ob es sich um ein sogenanntes Regelinsolvenzverfahren oder eine Insolvenz in Eigenverwaltung handelt, unterteilt sich immer in das vorläufige und das eröffnete Insolvenzverfahren.

Das **vorläufige Insolvenzverfahren** folgt auf den Insolvenzantrag und dauert in aller Regel zwei Monate, was regelmäßig aus der Dauer des Insolvenzgeldanspruchs folgt. Das Insolvenzgeld ist eine Entgeltersatzleistung, die von der Agentur für Arbeit für die drei Monate gezahlt wird, die der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorangehen. Anders als das Kurzarbeiter- oder Arbeitslosengeld entspricht das Insolvenzgeld der Höhe nach 100 Prozent des im Insolvenzgeldzeitraum erarbeiteten Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers. Gedeckelt ist das Insolvenzgeld allein durch die Beitragsbemessungsgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung (in 2021 liegt diese bei 7.100 Euro/brutto (West) bzw. 6.700 Euro/brutto (Ost)). In den meisten Fällen wird ein Insolvenzantrag zum Ende eines Monats, bevor die Mitarbeiterentgelte für eben diesen Monat fällig sind, gestellt. Das Schuldnerunternehmen wird in diesen Fällen die Entgelte auch nicht mehr zahlen, sodass dieser Monat schon durch das Insolvenzgeld „aufgefangen“ wird. Da der Insolvenzgeldanspruch insgesamt drei Monate umfasst, folgen dann zwei weitere Monate, in denen das



Rechtsanwalt Michael Kothes

vorläufige Insolvenzverfahren durchlaufen wird. Nach deren Ablauf wird das eigentliche **Insolvenzverfahren eröffnet**. In diesen drei Monaten wird das Unternehmen von der Entgeltlast befreit. Insoweit ist das Insolvenzgeld als erste Sanierungshilfe zu verstehen. In diesen zwei Monaten des vorläufigen Verfahrens begutachtet der vorläufige Insolvenzverwalter oder (im Falle der Eigenverwaltung) der vorläufige Sachwalter insbesondere, ob die vorhandene Masse die Kosten des Verfahrens trägt und gibt auch eine Einschätzung zur Sanierungsfähigkeit des Unternehmens ab. Infolge eines positiven Votums des vorläufigen Insolvenzverwalters/Sachwalters wird das Insolvenzgericht die Voraussetzungen für die Eröffnung bejahen und das Insolvenzverfahren per Beschluss eröffnen. Erst ab diesem Zeitpunkt gelten die insolvenzrechtlichen Ausnahmeregelungen vom allgemeinen Arbeitsrecht, welche die Sanierung beschleunigen und erleichtern, aber auch nachhaltig ausgestalten können.

### Beschleunigung eines nötigen Personalabbaus

**Beschleunigt** wird beispielweise ein etwaig **nötiger Personalabbau**. § 113 InsO, welcher die Kündigung eines Dienstverhältnisses und damit auch eines Arbeitsverhältnisses regelt, ermöglicht es, Kündigungsfristen abzukürzen. Diese Regelung sieht vor, dass ein Arbeitsverhältnis mit einer Maximalkündigungsfrist von drei Monaten gekündigt werden kann. Durch diese Vorschrift wird jede arbeits- oder tarifvertragliche Kündigungsfrist, die länger als drei Monate beträgt, auf drei Monate herabgesetzt. Dies gilt sogar für tarifvertraglich unkündbare Arbeitnehmer, für die ebenfalls im Insolvenzfall die dreimonatige Kündigungsfrist Anwendung findet. Steht einem Arbeitnehmer sowieso keine längere Kündigungsfrist als drei Monate zu, verbleibt es bei der individuell kürzeren Frist. Dem Beschleunigungsgedanken trägt auch die Vorschrift des § 171 Abs. 5 SGB IX, welche die Zustimmung des Integrationsamts zur Kündigung eines schwerbehinderten Arbeitnehmers



betrifft, Rechnung: Wo sich außerhalb der Insolvenz dergleichen Verfahren über den Zustimmungsantrag über Monate hinziehen können, so sieht die genannte Regelung im Insolvenzfall vor, dass die Behörde binnen eines Monats eine Entscheidung treffen muss. Geschieht dies nicht, gilt die Zustimmung als erteilt.

### Erleichterung von Stellenreduzierung

Durch § 125 InsO wird die **Stellenreduzierung erleichtert**. § 125 InsO unterstellt die „Betriebsbedingtheit“ der Kündigung und reduziert den Prüfungsmaßstab des Arbeitsgerichts im Hinblick auf die Sozialauswahl auf **grobe Fehlerhaftigkeit**. Hierfür ist es Voraussetzung, dass Arbeitgeber und Betriebsrat hinsichtlich der Betriebsänderung einen Interessenausgleich mit Namensliste abschließen. Geschieht dies, hat dies die Änderung des Bewertungsmaßstabes durch das Arbeitsgericht zur Folge: Der Arbeitnehmer ist nun darlegungs- und beweisbelastet damit, nachzuweisen, dass keine Betriebsbedingtheit vorlag. Hinsichtlich der Sozialauswahl wird das Arbeitsgericht nun nur noch prüfen, ob der Arbeitnehmer Tatsachen vorgetragen und nachgewiesen hat, welche die Sozialauswahl als grob fehlerhaft erscheinen lassen. Dieser Prüfungsmaßstab erstreckt sich auf die Abwägung der Sozialdaten, die Feststellung der Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer (sog. Vergleichsgruppenbildung) und die Herausnahme der betriebswichtigen Arbeitnehmer aus der Sozialauswahl (sog. Leistungsträger). Nach § 125 InsO ist die Sozialauswahl nur dann grob fehlerhaft, wenn sie jedwede Ausgewogenheit missen lässt und Fehler aufweist, die „gleich ins Auge springen“. Damit ist nicht schon jede - unter normalen Prüfungsbedingungen - nicht ausreichende Sozialauswahl gleich grob fehlerhaft.

### Nachhaltige Sanierung

Aus § 125 InsO wird der Wille des Gesetzgebers deutlich, die Sanierung nachhaltig zu gestalten. Diese Regelung normiert, dass eine Sozialauswahl auch dann nicht als grob fehlerhaft anzusehen ist, wenn durch sie **eine ausgewogene Personalstruktur erhalten oder geschaffen** wird. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass viele in wirtschaftlichen Problemen befindliche Unternehmen eine unausgewogene Altersstruktur aufweisen. Ziel ist es daher, dem Unternehmen oder - im Falle eines Verkaufs dem Übernehmer - ein funktions- und wettbewerbsfähiges Arbeitnehmerteam zur Verfügung zu stellen. Dass sich hierdurch, für den Fall einer angestrebten Veräußerung, der Wert des Unternehmens erhöht, ist nicht nur ein positiver Nebeneffekt, sondern nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte ein anerkannter Beweggrund für den Personalabbau im Hinblick auf eine nachhaltige Sanierung.

### Wirtschaftliche Entlastung durch nicht limitierten Sozialplan

Insbesondere bei Unternehmen, bei denen ein Betriebsrat eingerichtet ist, ergibt sich aus § 123 InsO eine deutliche **wirtschaftliche Erleichterung** im Falle eines Personalabbaus. Diese Norm **limitiert** nämlich streng **das Volumen eines Sozialplans** in der Insolvenz. Sofern ein Unternehmen mit eingerichtetem Betriebsrat - außerhalb oder innerhalb der Insolvenz - einen Personalabbau plant, der einer Betriebsänderung (z.B. Personalabbau von 10 Prozent oder mehr als 25 Arbeitnehmern in Betrieben zwischen 60 und 499 Mitarbeiter) darstellt, hat das Unternehmen neben dem Interessenausgleich, welcher die Vereinbarung über die Personalmaßnahme selbst beinhaltet, auch einen Sozialplan zu verhandeln. Letzterer regelt den sozialen Ausgleich zugunsten der von der Personalmaßnahme betroffenen Mitarbeiter. Außerhalb der Insolvenz ist der Inhalt des Sozialplans, insbesondere hinsichtlich der Abfindungshöhe, frei verhandelbar. Nicht selten werden hier pro Mitarbeiter Abfindungszahlungen vereinbart, die über einem Schlüssel von einem Bruttomonatsentgelt pro Beschäftigungsjahr liegen. Bei einem Personalabbau von 50 Mitarbeitern mit einer durchschnittlichen Betriebszugehörigkeit von 20 Jahren und einem monatlichen Durchschnittsbruttorentgelt von 3.500 Euro ergäbe allein die Abfindungslast ein Volumen von 3,5 Mio. Euro.

In der Insolvenz ist das Sozialplanvolumen dagegen auf ein **Maximum von 2,5 Bruttomonatsentgelten** je vom Abbau betroffenen Arbeitnehmer, unabhängig von dessen Betriebszugehörigkeitszeiten, begrenzt. Das bedeutet, für jeden Mitarbeiter werden maximal zweieinhalb Entgelte in den Abfindungstopf eingebracht. Die individuelle Verteilung, zum Beispiel nach einem auf die sozialen Gesichtspunkte aufsetzenden Punktesystem, vereinbarten Betriebsrat und Arbeitgeber gemeinsam. Nach § 123 InsO würde sich mithin das maximale Sozialplanvolumen bei dem obigen Beispiel auf 437.500 Euro belaufen. Das entspricht einer Einsparung im Verhältnis zum Sozialplan außerhalb der Insolvenz von annähernd 90 Prozent.

### Verkürzung von Kündigungsfristen

Eine weitere wirtschaftliche Entlastung ergibt sich zudem aus § 120 InsO. Dieser ermöglicht es, Betriebsvereinbarungen, unabhängig der in ihnen vereinbarter **Kündigungsfristen**, mit einer **Frist von drei Monaten** zu kündigen. Voraussetzung ist lediglich, dass die betreffende Betriebsvereinbarung Leistungen vorsieht, welche die Masse belasten würden und Beratungen mit der Zielsetzung, die Leistungen zu reduzieren, erfolglos geblieben sind.

Vorherrschendes Ziel eines Insolvenzverfahrens ist die Entschuldung des insolventen Unternehmens. Dies betrifft sämtliche gegenüber der Insolvenzschuldnerin geltend gemachte Forderungen. Dabei stellt sich – auch arbeitsrechtlich – regelmäßig die Frage, ob die einzelnen Arbeitnehmeransprüche als **Insolvenzforderung oder Masseforderung** zu qualifizieren sind. Diese Unterscheidung ist deswegen von Bedeutung, weil Insolvenzforderungen „nur“ zur Insolvenztabelle anzumelden sind (und dann später im Laufe des Insolvenzverfahrens lediglich quotaal befriedigt werden), Masseforderungen aber direkt und zu 100 Prozent aus dem Vermögen des Unternehmens zu zahlen sind.

Grundsätzlich gilt der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung (nicht der Tag der Antragstellung) als der maßgebliche Stichtag zur Unterscheidung: Ansprüche, die an und ab diesem Stichtag erarbeitet werden, sind Forderungen gegen die Masse, also in Gänze vom Unternehmen zu tragen.

Anderes gilt für Entgeltansprüche, die vor diesem Stichtag erarbeitet wurden. Sofern sie im Insolvenzgeldzeitraum erdient wurden, fallen sie unter das Insolvenzgeld. Wenn sie jedoch noch weiter im Vorhinein erarbeitet wurden, sind sie zur Insolvenztabelle anzumelden. Das Erarbeiten ist dabei nicht mit der Fälligkeit zu verwechseln. Wann ein Anspruch zur Zahlung fällig ist, hat für die Einordnung als Insolvenz- oder Masseforderung keine Relevanz.

Dies lässt sich an einem **Beispiel** leicht verständlich machen:

Bei einem Unternehmen wird am 01.09.2020 das Insolvenzverfahren eröffnet. Provisionsansprüche der Mitarbeiter aus dem Vertrieb werden regelmäßig am Ende des Jahres abgerechnet und ausbezahlt. Im März 2020 hat ein Vertriebsangestellter ein umsatzträchtiges Geschäft abgeschlossen, das für ihn einen Provisionsanspruch auslöste. Mit Abschluss des Geschäftes wurde der Provisionsanspruch erarbeitet. Dies war zeitlich vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Der Anspruch wurde auch außerhalb des Insolvenzgeldzeitraumes, der hier die Monate Juni bis August 2020 umfasste, erarbeitet. Also handelt es sich bei diesem Anspruch um eine einfache Insolvenzforderung, die der Vertriebsmitarbeiter zur Insolvenztabelle anmelden muss. Dass der Provisionsanspruch erst Ende des Jahres 2020 zur Auszahlung fällig gewesen wäre, ist dabei unerheblich.

### Auswirkungen auf Überstunden, Urlaubsansprüche, Urlaubsgeld und Abfindungsforderungen

Dies gilt ebenso für **Überstunden**, die auf Arbeitszeitkonten gutgeschrieben wurden. Sofern ein Mitarbeiter am Tag der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ein Überstundenguthaben verfügt, wird dies anhand seines Stundenentgelts in Euro umgerechnet und zur Insolvenztabelle festgestellt. Besondere Auswirkungen hat dies bei Mitarbeitern in Altersteilzeit, die auch Gefahr laufen, ihr in der Aktivphase erarbeitetes Guthaben zu verlieren. Hier greift aber die obligatorische Versicherung, welche der Arbeitgeber für den Fall der Insolvenz abzuschließen hat.

Anders ist die Handhabung bei **Urlaubsansprüchen**. Da der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers kein Entgeltanspruch, sondern ein Anspruch auf Erholung darstellt, findet keine Umrechnung in Geld statt. Der Urlaubsanspruch bleibt mithin über die Verfahrenseröffnung unverändert bestehen.

Wieder anders verhält es sich beim Urlaubsgeld: War für einen vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens genommenen Urlaub noch kein **Urlaubsgeld** gezahlt worden, handelt es sich um eine Insolvenzforderung.

So ist auch eine **Abfindungsforderung**, die sich aus einem vor der Eröffnung (z.B. im gerichtlichen Kündigungsschutzprozess) vereinbarten Vergleich ergibt, eine einfache Insolvenzforderung, die zur Insolvenztabelle anzumelden ist.

### Weitere Liquiditätseffekte

Eine enorme wirtschaftliche Entlastung bringt ein Insolvenzverfahren Unternehmen, die erhebliche Rückstellungen aufgrund vereinbarter **betrieblicher Altersvorsorge** gebildet haben. Diese können, sofern die Zeit vor dem Insolvenzverfahren betreffend, aufgelöst werden, weil für die Altforderungen der Pensionssicherungsverein eintritt. Sofern es dem Unternehmen dann noch gelingt, derartige Vereinbarungen über die betriebliche Altersvorsorge für die Zukunft abzuschneiden, ergibt sich für das Unternehmen hieraus ein ganz wesentlicher Liquiditätseffekt.

## Mit starken Partnern in die Zukunft

Die Pandemie hat uns die Gelegenheit gegeben unsere Ausrichtung auch für die Zukunft zu optimieren, denn Stillstand ist Rückschritt.

Wir haben unseren Restrukturierungsansatz immer als ganzheitlichen Ansatz verstanden, deshalb auch unsere zweigeteilte Aufstellung mit **plenovia** für die betriebswirtschaftliche Seite und **Buchalik Brömmekamp Rechtsanwaltsgesellschaft** für die rechtlichen Themen. Das neue Stabilisierungs- und Restrukturierungsgesetz für Unternehmen (StaRUG), aber auch die erhöhten und seit dem 01.01.2021 geltenden Anforderungen an ein Eigenverwaltungsverfahren unterstreichen, dass dies der richtige Weg war.

Gleichwohl ist Restrukturierung nicht nur in der Insolvenz mehr als klassische Betriebswirtschaft und rechtliches Know-how. Spezialwissen, z.B. im Gesundheitswesen, wie auch die Möglichkeit neue Geschäftsmodelle nicht nur zu durchdenken, sondern auch zu realisieren, gehört in gleicher Weise zum Handwerkszeug einer Unternehmensberatung wie auch in der Lage zu sein, umfassende Digitalisierungsprojekte auf- und umzusetzen.

Da wir die Voraussetzungen dazu nicht allein schaffen können, haben wir starke Partner mit an Bord geholt, mit denen wir eng kooperieren.

- Dazu zählen **Porten & Peters**, die über langjährige Führungs- und Umsetzungserfahrung, vor allem im Gesundheitswesen und hier schwerpunktmäßig in Krankenhäusern, Rehakliniken und MVZs, verfügen.
- Mit der **IMACOS Truckenmüller & Company**, die ausgezeichnet im internationalen Automotive und Maschinenbau aufgestellt sind, wollen wir uns den Zugang insbesondere zu den OEM und TIER 1 erleichtern.
- Ein erprobter Partner, mit dem wir in der Vergangenheit schon einige Projekte erfolgreich auf- und umgesetzt haben, ist die **GRANTIRO**. GRANTIRO, unter der Führung von Peter Rasenberger, kombiniert vor allem klassische Restrukturierung mit Methoden des Innovationsmanagements. GRANTIRO verfolgt dabei häufig radikal neue Ansätze, um die besten Lösungen für Unternehmen, aber auch für ganze Regionen zu finden.

- Um den wachsenden Digitalisierungsanforderungen in den Unternehmen gerecht zu werden, konnten wir als weiteren Partner das **August-Wilhelm Scheer Institut (AWS)** gewinnen. Das AWS Institut ist das am schnellsten wachsende Digitalisierungsinstitut in Deutschland mit derzeit etwa 100 Mitarbeitern. Mit der Förderung von Bund, EU und den Bundesländern agiert es aktuell in mehr als 30 Forschungsprojekten und steht unter anderem für digitale Potenzialidentifikation, Roadmap-Entwicklung und deren Umsetzung.

- Darüber hinaus haben wir einen starken Partner gefunden, der in spannenden Fällen Finanzierungsmittel in erheblicher Höhe zur Verfügung stellen kann, sodass finanzielle Beiträge, aber auch die Übernahme von Geschäftsanteilen gefährdeter Unternehmen möglich sind.

Unsere Partner werden in Zukunft auch immer wieder mit Gastbeiträgen in unserem Newsletter, den wir nach Möglichkeit monatlich veröffentlichen wollen, Einblicke in ihre Geschäftsfelder geben. Freuen Sie sich auf aktuelle und relevante Themen!

## Wir sind deutschlandweit für Sie erreichbar.



### Düsseldorf

Prinzenallee 15  
40549 Düsseldorf  
T 0211 828977200



### Berlin

Lietzenburger Straße 75  
10719 Berlin  
T 030 814521960



### Frankfurt

Westendstraße 16-22  
60325 Frankfurt am Main  
T 069 24752150

Mit drei Standorten in Düsseldorf, Berlin und Frankfurt am Main sind wir für unsere Mandanten national sehr gut erreichbar. Wir betreuen Sanierungsprojekte, Insolvenzverfahren oder wirtschaftsrechtliche Themen direkt, kompetent, verlässlich und engagiert – auch bei Ihnen vor Ort. Rufen Sie uns an!



## Ihre Ansprechpartner

Sie haben Fragen und suchen einen kompetenten Ansprechpartner?  
Sie möchten einen Erstberatungstermin vereinbaren? Wir sind gerne  
für Sie da.



**Robert Buchalik**

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt**

T +49 211 828 977-140

E buchalik@bbr-law.de



**Dr. Utz Brömmekamp**

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt**

T +49 211 828 977-200

E broemmekamp@bbr-law.de



**Dr. Jasper Stahlschmidt**

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Insolvenzrecht**

T +49 211 828 977-200

E stahlschmidt@bbr-law.de



**Jochen Rechtmann**

**Geschäftsführer, Partner, Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht**

T +49 69 247 5215-20

E rechtmann@bbr-law.de