

Hanau, Peter; Rolfs, Christian

**Working Paper**

## Insolvenzschutz von Wertguthaben

Arbeitspapier, No. 70

**Provided in Cooperation with:**

The Hans Böckler Foundation

*Suggested Citation:* Hanau, Peter; Rolfs, Christian (2003) : Insolvenzschutz von Wertguthaben, Arbeitspapier, No. 70, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/116534>

**Standard-Nutzungsbedingungen:**

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

**Terms of use:**

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.*

***Peter Hanau • Christian Rolfs***

***Insolvenzschutz  
von Wertguthaben***

**Arbeitspapier 70**

# **Insolvenzschutz von Wertguthaben**

*Peter Hanau*

*Christian Rolfs*

**Prof. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau**, Jg. 1935, war bis zu seiner Emeritierung im Jahr 2000 geschäftsführender Direktor des Forschungsinstituts für Sozialrecht der Universität zu Köln.

**Prof. Dr. Christian Rolfs**, Jg. 1966, ist seit 2001 Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht sowie Privatversicherungsrecht an der Universität Bielefeld.

## **Impressum**

Herausgeber:

Hans-Böckler-Stiftung

Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des DGB

Hans-Böckler-Straße 39

40476 Düsseldorf

Telefon: (02 11) 77 78-175

Fax: (02 11) 77 78-283

E-Mail: [Martina-Klein@boeckler.de](mailto:Martina-Klein@boeckler.de)

Redaktion: Dr. Martina Klein, Referatsleiterin Forschungsförderung II

Best.-Nr.: 11070

Gestaltung: Horst F. Neumann Kommunikationsdesign, Wuppertal

Produktion: Der Setzkasten GmbH, Düsseldorf

Düsseldorf, Juli 2003

€ 10

# Inhalt

<b>Vorwort</b>	<b>5</b>
<b>A. Arbeits- und insolvenzrechtlicher Teil</b>	<b>7</b>
<b>I. Die Entwicklung der Gesetzgebung</b>	<b>7</b>
1. Die Pflicht zu nicht näher bestimmten Vorkehrungen zur Insolvenzsicherung	7
2. Kritik des Bundesrates	7
3. Die gesetzliche Probephase	8
4. Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung nach § 7d Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) über die Vereinbarung zur Absicherung von Wertguthaben und zu Vorschlägen zur Weiterentwicklung des Insolvenzschutzes	8
5. Für eine Beendigung der Probezeit	9
6. Neuste Gesetzesinitiative für einen Informationsanspruch	10
<b>II. Das Gutachten <i>Glaubitz / von Maydell / Schoden</i></b>	<b>11</b>
1. Vorschläge für einen effektiven Insolvenzschutz	11
2. Stellungnahme	12
<b>III. Warum effektive Insolvenzsicherung?</b>	<b>15</b>
1. Quantitative Bedeutung	15
a) Altersteilzeit	15
b) Sonstige Zeitkonten	16
c) Die Gefährdung durch Insolvenzen und Betriebsschließungen	16
2. Die Parallele zur betrieblichen Altersversorgung	17
3. Die Interessenlage der Arbeitgeber	17
4. Das Sicherungsbedürfnis der Sozialversicherungsträger	19
<b>IV. Was ist zu sichern?</b>	<b>21</b>
<b>V. Wie ist zu sichern?</b>	<b>23</b>
1. Das Modell des Pensionssicherungsvereins (PSV)	23
a) Anwendungsbereich	23
b) Übertragbarkeit?	23
c) Die Sicherungswirkung des PSV-Modells	24
2. Sicherungsmöglichkeiten in einem pluralen Modell	25
a) Die heutigen Modelle	25
b) Effektivität der Sicherung	26
c) Die Notwendigkeit einer Zertifizierung	27

<b>VI. Ergebnisse</b>	<b>29</b>
<b>B. Sozialversicherungsrechtlicher Teil</b>	<b>31</b>
<b>I. Problemstellung</b>	<b>31</b>
<b>II. Der Insolvenzschutz von Wertguthaben nach geltendem Recht</b>	<b>33</b>
1. Entstehungsgeschichte, Norminhalt und -zweck	33
2. Reichweite und Schutzlücken der gesetzlichen Regelung	34
a) Insolvenzschutzvorkehrungen durch die Vertragsparteien	34
aa) Schutznormcharakter der Insolvenzschutzverpflichtung?	35
bb) Strafbewehrung der Insolvenzschutzpflicht?	37
cc) Strafbewehrung der Insolvenzschutzpflicht hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung?	40
b) Umfang der Insolvenzschutzpflicht (Wertguthaben)	45
c) Grenzen der Insolvenzschutzpflicht (§ 7d Abs. 1 Hs. 2 SGB IV)	46
aa) Vorrang des Insolvenzgeldes	47
bb) Nichterreichung des Dreifachen der Bezugsgröße	48
cc) Unterschreiten des 27-Monats-Zeitraums	48
3. Modelle zur Absicherung von Wertguthaben	48
<b>III. Empfehlungen für einen Insolvenzschutz von Wertguthaben de lege ferenda</b>	<b>49</b>
1. Umfang der Insolvenzsicherungspflicht	49
a) Wertguthaben und darauf entfallende Arbeitgeberanteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag	49
b) Vorrang des Insolvenzgeldes	50
c) Kein Sicherungsbedürfnis für Bagatellbeträge	50
d) Sicherungsbedürfnis unabhängig vom Ausgleichszeitraum	51
e) Kein Sicherungsbedürfnis bei nicht insolvenzfähigen Arbeitgebern	51
2. Sozialrechtliche Konsequenzen der Verletzung der Insolvenzsicherungspflicht	52
a) Sofortige Verbeitragung der Wertguthaben	52
b) Verbeitragung der Arbeitsentgeltansprüche in der Insolvenz	53
c) Verweigerung der Erstattung der Aufstockungsbeträge nach dem ATG	53
3. Sonstiges	54
<b>IV. Zusammenfassung</b>	<b>55</b>
1. Der Insolvenzschutz von Wertguthaben nach geltendem Recht	55
2. Empfehlungen für einen Insolvenzschutz von Wertguthaben de lege ferenda	55
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>57</b>
<b>Selbstdarstellung der Hans-Böckler-Stiftung</b>	<b>59</b>

# Vorwort

Arbeitszeitkonten stellen einen wichtigen Bestandteil der Flexibilisierung von Arbeitszeiten in Deutschland dar. Sie dienen den Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wie der Arbeitgeber in gleicher Weise. Die Tarifvertrags- und Betriebsparteien haben vielfältige, den spezifischen Belangen der jeweiligen Branchen und Unternehmen Rechnung tragende Modelle entwickelt. Die legislativen Rahmenbedingungen zur Fortentwicklung flexibler Arbeitszeitmodelle wurden durch den Gesetzgeber schon 1998 gesteckt.

Flexible Arbeitszeitmodelle mit großzügigen Ausgleichszeiträumen können freilich zur Folge haben, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über einen beachtlichen Zeitraum von mehreren Jahren Arbeitszeit- bzw. Arbeitsentgeltguthaben (Wertguthaben) ansparen. Der Schutz dieser Guthaben in der Insolvenz des Arbeitgebers ist bislang nur unzureichend verwirklicht. Daraus resultieren erhebliche Unzuträglichkeiten für die Beschäftigten, aber auch Haftungsrisiken für Geschäftsführer und Personalleiter.

Die beiden hier vorgelegten, eng aufeinander abgestimmten Forschungsberichte zeigen die Mängel des geltenden Insolvenzschutzes für Wertguthaben auf und entwickeln ausgehend hiervon ein Modell, das sich durch die Pluralität der Systeme und eine staatliche oder von den Tarifpartnern verantwortete Zertifizierung kennzeichnet. Die Einbindung der Insolvenzsicherung in das Sozialleistungsrecht stellt die Kontinuität des sozialen Versicherungsschutzes sicher.

Wir hoffen, in der aktuellen Diskussion mit diesen Vorschlägen nicht zuletzt dem Gesetzgeber Anregungen für eine den Interessen aller Beteiligten gerecht werdende Neugestaltung der Insolvenzsicherung von Wertguthaben geben zu können.

Köln und Bielefeld, im Juli 2003

*Peter Hanau  
Christian Rolfs*



# A. Arbeits- und insolvenzrechtlicher Teil

von Professor Dr. Dres. h.c. Peter Hanau, Köln

## I. Die Entwicklung der Gesetzgebung

### 1. Die Pflicht zu nicht näher bestimmten Vorkehrungen zur Insolvenzsicherung

Die Insolvenz des Arbeitgebers gefährdet und entwertet die Wertguthaben der Arbeitnehmer aus Arbeitszeit- und Altersteilzeitkonten bei den Arbeitgebern und den Sozialversicherungsträgern. Die gegensteuernde gesetzliche Regelung setzt bei der sozialrechtlichen Seite an und bestimmt in § 7 Abs. 1a SGB IV zunächst, unter welchen Voraussetzungen während der Freistellungsphase eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt und damit eine Beitragspflicht besteht<sup>1</sup>. Wichtigste Voraussetzung ist, dass die Höhe des für die Zeit der Freistellung und des für die vorausgegangenen 12 Kalendermonate monatlich fälligen Arbeitsentgelts nicht unangemessen voneinander abweichen und diese Arbeitsentgelte 400 € übersteigen. Die 400 €-Grenze scheidet Bagatellfälle von der Regelung aus, doch ist diese Bagatellegrenze relativ niedrig, weil bei der Geringfügigkeit der Beschäftigung i.S. von § 8 SGB IV angesetzt. Im Gegensatz dazu legt die Regelung des Insolvenzschutzes in § 7d SGB IV die Messlatte wesentlich höher. Danach haben die Vertragsparteien im Rahmen ihrer Vereinbarung nach § 7 Abs. 1a SGB IV Vorkehrungen zu treffen, die der Erfüllung der Wertguthaben einschließlich des auf sie entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers dienen, soweit ein Anspruch auf Insolvenzgeld nicht besteht und das Wertguthaben des Beschäftigten einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag einen Betrag in Höhe des Dreifachen der monatlichen Bezugsgröße (das sind zur Zeit 7.140 € in den alten und 5.985 € in den neuen Bundesländern) und der vereinbarte Zeitraum, in dem das Wertguthaben auszugleichen ist, 27 Kalendermonate nach der ersten Gutschrift übersteigt; in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung kann ein von 27 Kalendermonaten abweichender Zeitraum vereinbart werden. Eine nähere Bestimmung der gesetzlich geforderten Vorkehrungen und eine Sanktion bei ihrem Ausbleiben sind nicht ausdrücklich vorgesehen.

### 2. Kritik des Bundesrates

Der Bundesrat hat schon in dem damaligen Gesetzgebungsverfahren auf die Schwächen der Regelung hingewiesen<sup>2</sup>. Den Schritten zur Sicherung der Wertguthaben mangle es an einer präzisen Definition von Insolvenzsicherung. Die Vorkehrungen, die die Vertragsparteien zu treffen haben, blieben zu vage. Die Regelungen des Entwurfs machten keine Aussage darüber, was passiert, wenn Vorkehrungen nicht oder nicht in dem gebotenen Umfang getroffen werden. Ferner bestünden erhebliche Bedenken gegenüber der Einschränkung des Insolvenzschutzes, die eine Sicherungsbedürftigkeit des Wertguthabens erst begründet, wenn es die dreifache monatliche Bezugsgröße und einen Ausgleichszeitraum von 27 Kalendermonaten nach der ersten Gutschrift überschritten habe. Der Bundesrat forderte die Bundesregierung auf, im weite-

<sup>1</sup> Wegen der Einzelheiten ist auf den sozialversicherungsrechtlichen Parallelbericht von Prof. Dr. Rolfs zu verweisen.

<sup>2</sup> Bundestags-Drucks. 13/9818, Anlage 2, S. 18 f.

ren Verfahren die aufgezeigten Schwachstellen des Gesetzentwurfs zu ändern, um den berechtigten Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besser gerecht zu werden.

### **3. Die gesetzliche Probephase**

Die Bundesregierung ist dem nicht nachgekommen. Dies wurde wie folgt begründet<sup>3</sup>. In der Anlaufphase der Regelung zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen seien gesetzliche Vorgaben für den Insolvenzschutz nicht sachgerecht. Zunächst sollten die Sozialpartner praktikable Insolvenzschutzmodelle entwickeln. Dadurch solle angesichts der Vielzahl bereits vorhandener und sich noch entwickelnder Arbeitszeitkontenmodelle dem Flexibilitätsbedürfnis der Praxis auch im Bereich des Insolvenzschutzes Rechnung getragen werden. Damit ist also eine gesetzliche Probephase initiiert worden. Dies war der Stand von Anfang 1998, denn das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen stammt vom 6. April 1998 und ist mit Wirkung vom 1. Januar 1998 in Kraft getreten.

Nach § 7d SGB IV hatte das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung den gesetzgebenden Körperschaften bis zum 31. 12. 2001 über die Vereinbarungen zur Absicherung der Wertguthaben zu berichten und Vorschläge zur Weiterentwicklung des Insolvenzschutzes zu machen.

In der Gesetzesbegründung<sup>4</sup> wird ausgeführt, aufgrund der Berichtspflicht werde die weitere Entwicklung im Bereich der Absicherung von Wertguthaben aufmerksam verfolgt. Der Bericht werde dem Gesetzgeber Grundlagen für Initiativen zur Weiterentwicklung des Insolvenzschutzes bieten.

### **4. Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung nach § 7d Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) über die Vereinbarungen zur Absicherung von Wertguthaben und zu Vorschlägen zur Weiterentwicklung des Insolvenzschutzes**

Diese Erwartung ist aber enttäuscht worden. Denn der im Dezember 2001 abgegebene Bericht des Ministeriums hat darauf verzichtet, die ihm vom Gesetz abverlangten Vorschläge zur Weiterentwicklung des Insolvenzschutzes zu machen, obwohl der Bericht selbst erhebliche Defizite in der Umsetzung der gesetzlichen Pflicht zur Insolvenzversicherung feststellt. Die Auswertung der einschlägigen Tarifverträge habe nämlich gezeigt, dass (nur)<sup>5</sup> in einem Drittel aller Tarifverträge mit Altersteilzeitregelungen auch Aussagen zum Insolvenzschutz gemacht würden. Der Großteil dieser Tarifverträge verlagere die konkrete Regelung über den Insolvenzschutz auf die Betriebsebene. Tarifvertragliche Aussagen wie „der Arbeitgeber berät geeignete Maßnahmen mit dem Betriebsrat und stellt sicher“ bzw. „der Arbeitgeber weist gegenüber dem Betriebsrat jährlich die ausreichende Insolvenzversicherung nach“ würden hierbei bevorzugt.

Dass sich die gesetzliche Regelung in der Praxis nicht durchgesetzt hat, zeigt eindrucksvoll auch die Mitteilung des Berichts, auf die Anfrage des Ministeriums bei den Bundesorganen, den Bundesländern, verschiedenen Organisationen und Unternehmen habe der überwiegende Teil der Beteiligten mitgeteilt, dass keine Erkenntnisse zur Insolvenzversicherung von Arbeitszeitguthaben zur Verfügung stehen.

Trotzdem konstatiert der Bericht eine grundsätzliche Bewährung der Regelung des § 7d SGB IV, die zu flexibler Arbeitszeitgestaltung beitrage. Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung sieht das im Jahresgutachten 2002/03 anders (Nr. 460). Auch er betont die Notwendigkeit, vorhandene Flexibilisierungspotentiale soweit wie möglich und ohne bürokratische Hemmnisse auszuschöpfen. Im Gegensatz zu dem Bericht des Ministeriums sieht der Rat die gegenwärtige Regelung

3 Bundestags-Drucks. 13/9976.

4 Bundestags-Drucks. 13/9818, S. 11.

5 Zusatz vom Verfasser.

der Insolvenzsicherung aber nicht als Förderung der erwünschten betrieblichen Arbeitszeitflexibilität an, denn er vermerkt ausdrücklich, es stelle sich ein Problem durch die mangelnde faktische Absicherung der Guthaben auf Arbeitszeitkonten im Fall von Konkursen.

Ganz verschließt sich allerdings auch der Bericht des Ministeriums nicht der Erkenntnis, dass die gegenwärtige Rechtslage unbefriedigend ist. Dort, wo entgegen der gesetzlichen Verpflichtung ein wirksamer Insolvenzschutz nicht vereinbart und durchgeführt werde, könne es im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers zu erheblichen Nachteilen für die betroffenen Arbeitnehmer kommen. Dies veranlasst das Ministerium zu einem Appell an alle Beteiligten, auf geeignete Maßnahmen zu einer verbesserten Insolvenzabsicherung in der Praxis hinzuwirken. Die Auswertung der Stellungnahmen, eine Durchsicht der gesetzlichen Vorgaben und die Darlegungen der Praxis machten deutlich, dass die Partner von Vereinbarungen flexibler Arbeitszeitregelungen selbst passende Lösungen für individuelle Modelle entwickelten und ausreichend verantwortungsvoll umsetzten. Die Schaffung neuer Vorgaben für den Insolvenzschutz von Wertguthaben durch den Gesetzgeber würde diese Entwicklung eher behindern (S. 86).

Das Ministerium hielt die Zeit damals also noch nicht für reif, eine gesetzliche Regelung zu treffen. Dies ergibt sich auch aus der weiteren Bemerkung, keinem in der Praxis etablierten Modelle könne der Vorzug gegeben werden. Dies ist eine nach wie vor zutreffende Feststellung, auf die allerdings auch mit der Alternative reagiert werden könnte, eine Vielzahl geeigneter Modelle zuzulassen.

## **5. Für eine Beendigung der Probezeit**

Die Zurückhaltung des Ministeriums beruht letztlich auch auf seiner Feststellung (S. 86 f.), dass die Standpunkte der Tarif- und Betriebspartner in Einzelfragen voneinander abweichen. In der Tat ist es in diesem durch tarifliche und betriebliche Regelungen geprägten Bereich richtig und wichtig, den Standpunkten der Tarif- und Betriebspartner besondere Bedeutung beizumessen. Der gesetzlichen Regelung kommt hier ja nur eine unterstützende, akzessorische Funktion zu. Das enthebt den Gesetzgeber allerdings nicht der Notwendigkeit, die Interessen der beiden Seiten zu analysieren und zu werten. Zwar ist es richtig, wie in der Begründung der gesetzlichen Regelung betont wurde<sup>6</sup>, dass auch bei der betrieblichen Altersversorgung der durch den Gesetzgeber ausgeformte Insolvenzschutz nicht am Anfang, sondern am Ende einer jahrzehntelangen Entwicklung stand. Die anfängliche Zurückhaltung des Gesetzgebers mit der Festlegung von Einzelheiten und von Sanktionen auch im Bereich der Arbeitszeitkonten hatte deshalb viel für sich. Das erlaubt es aber nicht, mit einer effektiven und umfassenden Insolvenzsicherung so lange zu warten wie bei der betrieblichen Altersversorgung, die bei der Schaffung der Insolvenzsicherung schon auf mehr als hundert Jahre zurückblicken konnte. Denn alles wird schneller, einerseits die Verbreitung flexibler Arbeitszeitmodelle, andererseits die Zunahme der Unternehmensinsolvenzen. Beides zusammen macht eine Regelung dringlicher, als 2001 erkennbar war. Dem Ministerium ist gewiss darin zu folgen, dass das Gesetz die weitere Entwicklung flexibler Arbeitszeitmodelle nicht behindern, sondern fördern sollte. Wie der Sachverständigenrat schon festgestellt hat, kann aber gerade das Fehlen einer gesetzlichen Regelung die weitere Entwicklung hemmen. Eine präzisere gesetzliche Regelung hätte den Vorteil, dass sie den Arbeitgebern zielführende Wege zur Insolvenzsicherung aufzeigen würde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nicht nur an die Kosten der Insolvenzsicherung gedacht werden darf, sondern auch die Erträge der erarbeiteten, aber noch nicht ausgezahlten Gelder in den Blick genommen werden müssen. Daran fehlt es bisher.

---

6 Bundestags-Drucks. 13/9818, S. 11.

## 6. Neuste Gesetzesinitiative für einen Informationsanspruch

Neuestens gibt es eine parlamentarische Reaktion auf die Unvollkommenheit der gegenwärtigen Rechtslage. Dem Bundestagsausschuss für Gesundheit und Soziale Sicherung liegt ein Antrag der Fraktionen der SPD und der Bündnisgrünen vor, in den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des SGB VII und anderer Vorschriften<sup>7</sup> eine Änderung der § 7d SGB IV aufzunehmen. In Abs. 1 der Vorschrift sollen nach dem Wort „kann“ die Worte „ein von dem Dreifachen der monatlichen Bezugsgröße abweichender Betrag des Wertguthabens und“ eingefügt werden. Abs. 3 des § 7d SGB IV soll wie folgt gefasst werden. „Der Arbeitgeber hat die Beschäftigten alsbald über die Vorkehrungen zum Insolvenzschutz in geeigneter Weise schriftlich zu unterrichten, wenn Wertguthaben die in Absatz 1 Nr. 2 genannten Voraussetzungen erfüllen“.

In der Begründung des Fraktionsantrages heißt es:

„Die Erweiterung der Tariföffnung für die Mindestvoraussetzungen für den Insolvenzschutz trägt der Forderung Rechnung, für Wertguthaben mit einem geringeren Umfang als der dreifachen monatlichen Bezugsgröße bereits tariflich Insolvenzschutz vereinbaren zu können. Die Erfahrungen mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Insolvenzschutz haben gezeigt, dass der Verpflichtung zu insolvenzschützenden Maßnahmen für das Wertguthaben in der Praxis nur unzureichend nachgekommen wird. Insbesondere die Beschäftigten erfahren häufig zu spät oder gar nicht, ob eine insolvenzfeste Absicherung besteht. Da die Möglichkeiten zum Insolvenzschutz von Wertguthaben überaus vielfältig sind, hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, bestimmte Maßnahmen vorzugeben. Um die Bereitschaft zur Durchführung des Insolvenzschutzes zu erhöhen und den Beschäftigten eine Information darüber zu ermöglichen, soll der Arbeitgeber zukünftig verpflichtet werden, die Beschäftigten in geeigneter Weise über den vorgenommenen Insolvenzschutz schriftlich zu unterrichten. Die Erfüllung der Informationspflicht kann in der Vereinbarung selbst oder durch einen Aushang im Betrieb erfolgen. Für die Erfüllung der Informationspflicht wird in zeitlicher Hinsicht den Betrieben die notwendige Flexibilität eingeräumt, indem auf die organisatorischen Abläufe Rücksicht genommen wird.“

Das gesetzgeberische Bestreben, die sehr hohen Grenzwerte des § 7d SGB IV der Öffnung und vor allem der Herabsetzung durch Tarifvertrag zugänglich zu machen, ist zu begrüßen; es wird durch die Ausführungen im sozialrechtlichen Parallelbericht unterstützt. Zutreffend ist der Hinweis darauf, dass die Insolvenzversicherung der Wertguthaben in der Praxis immer noch unzureichend ist. Der vorgesehene Informationsanspruch der Arbeitnehmer ist sicherlich hilfreich, aber auf keinen Fall ausreichend, da für Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach wie vor im Unklaren bliebe, auf welchem Wege ein ausreichender Insolvenzschutz zu erreichen ist. Gerade weil, wie die Begründung zu Recht verzeichnet, die Möglichkeiten zum Insolvenzschutz vielfältig sind, ist der Informationsanspruch nicht ausreichend, solange nicht klar ist, welche Möglichkeiten ausreichen und welche nicht. Außerdem fehlt nach wie vor eine klare Sanktion für fehlende oder unvollständige Insolvenzversicherung und Information darüber.

<sup>7</sup> Bundestags-Drucks. 15/812.

## II. Das Gutachten *Glaubitz / von Maydell / Schoden*

### 1. Vorschläge für einen effektiven Insolvenzschutz

Zur Vorbereitung seines Berichts hat das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung 1999 ein Gutachten zum Insolvenzschutz bei Langzeitkonten von diesen drei hochangesehenen Arbeits- und Sozialrechtlern eingeholt. Da es in dem Bericht nur auszugsweise wiedergegeben wird, soll es im Folgenden ausführlicher dargestellt werden. Die Feststellungen dieses Gutachtens verdienen besondere Beachtung, weil sie durch seine Autoren sowohl rechtswissenschaftlich als auch von beiden Sozialpartnern beglaubigt sind.

Ausgangspunkt ist für die Autoren, dass für eine Ausdehnung der Zeitkonten ein effektiver Insolvenzschutz essentiell ist. Sollten in Zukunft unzureichende Regelungen in sicherlich eintretenden Insolvenzfällen dazu führen, dass Arbeitnehmer Ansprüche auf Lohn und sozialversicherungsrechtliche Absicherung für bereits geleistete Arbeit verlieren, sei dies nicht nur im Einzelfall inakzeptabel, sondern dies würde auch dazu führen, dass die Idee der Arbeitszeitkonten gründlich diskutiert wird.

Auf dieser Grundlage haben die Experten folgende Empfehlungen zu den Voraussetzungen und den Rechtsfolgen einer Insolvenzversicherungspflicht abgegeben:

Voraussetzungen :

1. Die Voraussetzungen für eine Pflicht zur Insolvenzversicherung in § 7a Abs. 1 SGB IV sollten erweitert werden, wobei – wie bisher – für Altersteilzeitkonten und sonstige Arbeitszeitkonten eine einheitliche Regelung bestehen sollte.
2. Im Prinzip ist eine vollständige Absicherung – ohne zeitliche Untergrenze – von Arbeitszeitkonten, wie sie in zahlreichen Altersteilzeit-Tarifverträgen bereits vorgesehen ist, anzustreben.
3. Zu berücksichtigen ist allerdings auch, dass verwaltungsmäßige Umsetzungsprobleme, wie sie etwa für Gleitzeitkonten auftreten können, für eine zeitliche Untergrenze bei der Statuierung einer Versicherungspflicht sprechen.
4. Ob neben der Zeitgrenze noch eine summenmäßige Betragsgrenze in der bisherigen oder einer niedrigeren Höhe notwendig ist, sollte unter Abwägung der gegenläufigen Interessen (Sicherungsinteresse der Arbeitnehmer versus Verwaltungs- und Kosteninteresse der Arbeitgeber) entschieden werden.
5. Die Abwägung der Interessen der Beteiligten (einerseits vollständige Absicherung aller Ansprüche, andererseits Berücksichtigung der organisatorischen und finanziellen Aufwendungen) sollte unter Berücksichtigung sachgerechter Schwellenwerte nicht durch den Gesetzgeber, sondern durch die Tarifvertragsparteien erfolgen.

Die gegenwärtige Rechtslage sollte befristet (mindestens 3 Jahre) beibehalten werden, damit die Praxis mehr Erfahrungen, insbesondere mit geeigneten Formen der Insolvenzversicherung, sammeln kann.

Man könne allerdings daran denken, schon jetzt den summenmäßigen Schwellenwert in § 7a SGB IV herabzusetzen.

6. Die weitere Voraussetzung des § 7a Abs. 1 SGB IV – Nichtbestehen eines Anspruchs auf Insolvenzgeld – sollte entfallen. Diese Voraussetzung führe dazu, dass im Rahmen des Insolvenzgeld-

anspruchs (maximal 3 Monate) die Last der Absicherung gegen den Insolvenzfall der Gemeinschaft aller Unternehmer, die mit ihrer Umlage das Insolvenzgeld finanzieren, zugewiesen wird. Das spezielle Risiko der Absicherung von Arbeitszeitkonten gegen den Insolvenzfall sollte aber im Interesse einer sachgerechten Zuordnung von Risiken nur von den Arbeitgebern getragen werden, die mit ihren Arbeitnehmern Vereinbarungen über Arbeitszeitkonten getroffen haben.

Der Wegfall des Kriteriums „Nichtbestehen eines Anspruchs auf Insolvenzgeld“ in § 7a Abs. 1 SGB IV lässt Ansprüche auf Insolvenzgeld, die im Falle des Fehlens einer Insolvenzabsicherung bestehen können, unberührt.

Rechtsfolgen nach Auffassung der Gutachter :

1. Was die Rechtsfolgenregelung in § 7a Abs. 1 SGB IV anbelangt, solle eine eindeutige Rechtspflicht des Arbeitgebers zur Schaffung einer Insolvenzversicherung bei Vorliegen der Voraussetzungen statuiert werden, indem etwa formuliert wird:

„Der Arbeitgeber ist verpflichtet sicherzustellen, dass der Lohnanspruch und die sozialversicherungsrechtliche Absicherung auch im Falle einer Insolvenz erfüllt werden.“

2. Diese Rechtspflicht wird primär durch einen Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers sanktioniert. Dazu bedarf es nicht der zwingenden oder auch nur beispielhaften Bezeichnung konkreter Formen der Absicherung, da der Anspruch auf Insolvenzversicherung eindeutig und bestimmt genug ist. Darüber hinaus sollte der Arbeitgeber verpflichtet werden, gegenüber dem Betriebsrat (ggf. dem Gesamtbetriebsrat) in regelmäßigen Zeitabständen nachzuweisen, dass eine ausreichende Sicherung besteht. Ist kein Betriebsrat vorhanden, so besteht diese Nachweispflicht gegenüber den Arbeitnehmern.
3. Das Bestehen einer Insolvenzversicherung sollte gesetzliche Voraussetzung für eine staatliche Förderung sein.

## 2. Stellungnahme

Die drei Gutachter lassen also keinen Zweifel daran, dass die jetzige Rechtslage unbefriedigend, ja unerträglich ist. Ihre Bemerkung zu Punkt 5. der Voraussetzungen der Insolvenzversicherungspflicht, die gegenwärtige Rechtslage solle befristet beibehalten werden, bezieht sich nicht auf die Rechtslage insgesamt, sondern nur auf die unter 4. und 5. erörterte Frage, ob die bisherigen Zeit- und Betragsgrenzen für die Insolvenzversicherung beibehalten werden sollten. Die Experten haben auch schon die weitere Entwicklung in eine Richtung angepeilt, die sich zwischenzeitlich bestätigt hat, nämlich zu einer Herabsetzung des summarischen Schwellenwertes.

Bedenkenswert ist auch die weitere Anregung der Gutachter, die Insolvenzversicherung der Wertguthaben entgegen der bisherigen Rechtslage aus dem Schutzbereich des Insolvenzgeldes herauszunehmen. Dies deckt sich mit dem Vorschlag in dem Parallelbericht von Prof. *Rolfs*. Freilich besteht eine europarechtliche Pflicht zu einer begrenzten Insolvenzversicherung von Ansprüchen auf Arbeitsentgelt (Richtlinie 80/987/EWG). Diese kann aber nicht nur durch das Insolvenzgeld erfüllt werden, sondern auch durch eine anderweitige Insolvenzversicherung, wie sie von den Experten vorgeschlagen wird.

Bei den Rechtsfolgen der Pflicht zur Insolvenzversicherung setzen die Gutachter primär auf einen Erfüllungsanspruch des Arbeitnehmers. Die Einführung oder jedenfalls Klarstellung eines solchen Erfüllungsanspruchs wäre sicherlich ein Schritt in die richtige Richtung, allerdings auch ein Schritt ins Ungewisse, da die Gutachter offen lassen wollen, wie die Insolvenzversicherung herzustellen ist. Außerdem kann ein Erfüllungsanspruch des einzelnen Arbeitnehmers nur dahingehen, seine Ansprüche zu sichern, so dass eine umfas-

sende Sicherung notfalls durch Massenklagen herbeigeführt werden müsste, bei deren Beendigung durch rechtskräftige Urteile die Insolvenz schon eingetreten sein kann. Noch weiter geht ein Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 26. April. 2001<sup>8</sup>: Eine Klage auf Insolvenzsicherung sei zu unbestimmt, da sie die Art und Weise der Sicherung offen lasse. Außerdem stelle sich der Vollzug einer solchen Sicherung ohne spezielle gesetzliche Grundlage als inkongruente Sicherung dar und könne deshalb der Insolvenzanfechtung unterliegen.

Die Gutachter haben sich allerdings nicht auf diesen Vorschlag beschränkt, sondern hinzugefügt, der Arbeitgeber solle verpflichtet werden, gegenüber dem Betriebsrat, hilfsweise gegenüber den Arbeitnehmern, das Bestehen einer ausreichenden Sicherung nachzuweisen. Dies ist eine wichtige Ergänzung der Sicherungspflicht, die in vielen Tarifverträgen wiederkehrt, und, wie dargelegt, jetzt auch gesetzgeberisch erwogen wird. Auch ihre Wirkung wird freilich abgeschwächt, wenn das Gesetz keine näheren Angaben darüber enthält, was und wie eine ausreichende Sicherung ist. Auch fehlt eine Sanktion.

Am weitesten geht der Vorschlag der Gutachter, das Bestehen einer Insolvenzsicherung solle gesetzliche Voraussetzung für eine staatliche Förderung sein. Unklar ist hier, ob damit nur die Förderung der Altersteilzeit durch Aufstockungsbeträge der Arbeitsverwaltung bzw. Steuer- und Beitragsfreiheit privater Aufstockungsbeträge gemeint ist oder auch die Förderung der Arbeitszeitkonten durch Verschiebung der Beitragspflicht gemäß §§ 7, 23b SGB IV (s. dazu das Parallelgutachten von Prof. *Rolfs*). Klar ist aber, dass die staatliche Förderung nur dann an eine Insolvenzsicherung geknüpft werden kann, wenn deren Bestehen oder Nichtbestehen ohne weiteres erkennbar ist. Dies spricht wiederum dafür, wenigstens eine gesetzliche Leitlinie für die erforderliche Insolvenzsicherung zu geben. Insgesamt geht das Gutachten also in die richtige Richtung, bleibt aber auf halbem Weg stehen.

---

8 LG Stuttgart, Urteil vom 26. April 2001 – 10 O 326/00, DZWIR 2002, S. 79 mit ablehnender Anmerkung *Bichelmeier*, DZWIR 2002, S. 81.



### III. Warum effektive Insolvenzsicherung?

Eine erneute Begründung der Notwendigkeit einer effektiven Insolvenzsicherung von Zeitkonten könnte entbehrlich scheinen, da sich der Gesetzgeber ja schon 1998 für eine Sicherungspflicht entschieden hat. Diese Pflicht ist aber so unvollkommen ausgestaltet, dass sich Änderungsvorschläge nicht nur auf die Art und Weise, sondern vorweg auf die prinzipielle Begründung der Sicherungspflicht beziehen müssen. Dies auch, weil bisher vor allem das Sicherungsinteresse der Arbeitnehmer in den Blick genommen wurde, während die Interessenlage von Arbeitgebern und Sozialversicherungsträgern zu kurz kam. Außerdem scheint die quantitative Bedeutung des Problems unterschätzt zu werden. Sie ergibt sich aus Folgendem.

#### 1. Quantitative Bedeutung

##### a) Altersteilzeit

Nach einer Aufstellung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit über die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen im Jahr 2002 sind in den von Altersteilzeit-Tarifverträgen erfassten Bereichen rund 16,3 Mio. Arbeitnehmer beschäftigt. Ergänzend lässt sich einer Broschüre des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit des Landes Nordrhein-Westfalen<sup>9</sup> entnehmen, dass die Bundesanstalt für Arbeit bis Mai 2002 in 136.843 Fällen Aufstockungsbeträge bewilligt hat. Man muss aber davon ausgehen, dass eine noch größere Zahl von Fällen durch allein von den Arbeitgebern finanzierte Aufstockungsbeträge gefördert wird, weil die Altersteilzeit vielfach als Instrument des Vorruhestandes ohne Personalaustausch verwendet wird.

Der Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (oben I. 4.) enthält auch eine Liste der Tarifverträge über die Altersteilzeit nach dem Stand von November 2001, die 666 Verträge umfasst. Eine weitere Aufstellung über die tarifvertraglichen Regelungen zur Insolvenzsicherung ergibt nur 242 Tarifverträge. Dies zeigt, dass die Mehrheit der einschlägigen Tarifverträge auf jede Regelung verzichtet. Eine weitere Aufstellung zeigt, dass sich die tariflichen Regelungen zur Insolvenzsicherung von Altersteilzeitkonten, soweit sie überhaupt vorhanden sind, ganz überwiegend auf eine allgemeine Sicherungspflicht ohne nähere Angaben beschränken, ergänzt allenfalls durch eine Informationspflicht. Immerhin zeigen einige Tarifverträge, dass es auch anders geht. Als Möglichkeiten des Insolvenzschutzes werden genannt: Vertragserfüllungsbürgschaft für bis zu zweieinhalb Nettomonatsgehälter; jährlicher Nachweis der ausreichenden Sicherung z.B. durch ein zumindest ausgeglichenes Jahresergebnis gegenüber dem Betriebsrat; wahlweise Bankbürgschaft, versicherungsrechtliche Absicherung, Einrichtung eines Treuhandkontos; Absicherung insbesondere durch Bankbürgschaft oder Pfandrechte; Insolvenzsicherung durch Rückstellungen und darüber hinaus vermögensseitige vollständige Rückdeckung; unwiderrufliche Bankbürgschaft oder Sicherung bei der Sozialkasse des Berliner Baugewerbes oder durch Einzahlung auf ein auf den Arbeitnehmer lautendes Sperrkonto; Versicherung, Zahlungsverprechen eines Geldinstituts oder vergleichbare Absicherung; Treuhandkonto auf den Arbeitnehmer, auf das dieser nur im Insolvenzfall Zugriff erhält.

Der Bericht enthält auch dazu statistische Angaben (S. 73). Insgesamt seien es nur 95 Tarifverträge, die Angaben konkreter Sicherungswege enthalten. Die vom Arbeitgeber zu wählende Alternative Bankbürgschaft/versicherungsmäßige Absicherung/Treuhandkonto finde sich in 63 Tarifverträgen. An zweiter Stelle folgten Rückstellungen, während Einzelverweisungen auf Bürgschaften, Pfandrechte und Treuhandkonten im einstelligen Bereich bleiben – und dies angesichts von 666 Tarifverträgen zur Altersteilzeit.

<sup>9</sup> Praxis in NRW. Insolvenzsicherung von Arbeitszeitguthaben, Rahmenbedingungen, Absicherungsmodelle, Entscheidungskriterien (2003), S. 12.

Diese Konkretisierungen finden sich zum Teil in mehreren Tarifverträgen, die aber insgesamt eine krasse Minderheit bilden. Dies zeigt, dass Konkretisierungen der Sicherungspflicht durchaus möglich sind, von der Masse der Tarifverträge aber nicht vorgenommen werden; statt dessen wird meist auf nicht näher definierte betriebliche Regelungen verwiesen. Und selbst die wenigen bestehenden Regelungen sind teilweise ungenügend oder problematisch. Ungenügend ist der Verweis auf Rückstellungen, die ja keine Insolvenzversicherung bieten; problematisch ist der Verweis auf Sperrkonten, die nicht insolvenzsicher sind, wenn sie zu nah am Unternehmen bleiben bzw. vorzeitig zur Lohnsteuerpflicht wegen Zufluss führen, wenn sie auf den Namen des Arbeitnehmers geführt werden<sup>10</sup>. Ein Beispiel für ein fehlgeschlagenes Treuhandkonto ergibt sich aus einem Urteil des LAG Niedersachsen vom 23. September 2002<sup>11</sup>. Hier war aufgrund einer Betriebsvereinbarung ein Treuhandkonto eröffnet worden, das als Unterkonto zum Geschäftskonto des Arbeitgebers geführt wurde und über das jeweils ein Betriebsratsmitglied und ein Mitglied der Geschäftsleitung des Arbeitgebers nur gemeinsam verfügen konnten. Aus der Entscheidung des LAG ergibt sich, dass diese Regelung zu nah am Arbeitgeber blieb und deshalb nicht ausreichend für die Insolvenzversicherung war. Dies ist ein Indiz dafür, dass man die Betriebsparteien nicht, wie es die meisten Tarifverträge vorsehen, mit der Insolvenzversicherung alleine lassen darf, weil sie damit überfordert sind.

### **b) Sonstige Zeitkonten**

Nach dem Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit über die tariflichen Arbeitsbedingungen im Jahre 2002 sehen nahezu alle tarifvertraglichen Regelungen über die Arbeitszeit seit mehreren Jahren Flexibilisierungsmöglichkeiten vor. Der Ausgleichszeitraum, innerhalb dessen die durchschnittliche Arbeitszeit erreicht sein muss, beträgt meist 12 Monate, in einigen Tarifbereichen geht er aber auch darüber hinaus. Aus der erwähnten Broschüre des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit NRW ergibt sich, dass laut einer repräsentativen Befragung des ISO-Instituts aus Köln 2001 in 29% der deutschen Betriebe Arbeitszeitkonten geführt wurden. Da hauptsächlich größere Betriebe Arbeitszeitkonten eingeführt haben, bedeutet dies, dass 40 % der Beschäftigten mit einem solchen Konto arbeiteten. Im Gegensatz dazu enthält die im Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung verzeichnete Liste tarifvertraglicher Regelungen der Insolvenzversicherung nach dem Stand von November 2001 neben den bereits 242 Tarifverträgen über die Insolvenzversicherung von Altersteilzeitkonten nur 17 (!) Tarifverträge über Arbeitszeitkonten.

### **c) Die Gefährdung durch Insolvenzen und Betriebsschließungen**

Um das Regelungsbedürfnis quantitativ abschätzen zu können, ist schließlich eine Einbeziehung der Insolvenzstatistik erforderlich. Neben der formellen Insolvenz ist der Sicherungstatbestand des § 7 Abs. 1 S. 4 Nr. 3 BetrAVG zu berücksichtigen, der auch in die Insolvenzversicherung der Wertguthaben aus Zeitkonten übernommen werden müsste: vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden ist und offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt.

Die amtlichen Zahlen für das Jahr 2001 ergeben sich aus dem Kurzbericht Nr. 17 vom 19. August 2002 des Instituts für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesanstalt für Arbeit. Obwohl man annehmen muss, dass sich die Zahlen seitdem noch deutlich erhöht haben, belegen schon die Zahlen für 2001 das quantitative Gewicht des Problems. Nach dem IAB-Bericht wurden 2001 32.000 Unternehmensinsolvenzen verzeichnet, wobei in ca. 17.500 Fällen das Verfahren mangels Masse nicht eröffnet werden konnte. Die Zahl der Betriebsschließungen betrug 2001 142.000. Die quantitative Auswirkung auf die Arbeitnehmer lässt sich am ehesten aus der Zahl der bewilligten Anträge auf Insolvenzgeld ablesen. Es waren 2001 nicht weniger als 275.000.

<sup>10</sup> Leisbrock, *Altersteilzeitarbeit* (2001), S. 138.

<sup>11</sup> LAG Niedersachsen, Urteil vom 23. September 2002 – 17 Sa 609/02, ZIP 2003, S. 448 = LAGE § 47 InsO Nr. 1.

Diese Zahlen sollten für den Nachweis ausreichen, dass es sich bei der Insolvenzversicherung von Wertguthaben nicht um ein Randproblem handelt, sondern um ein durchaus ins Gewicht fallendes sozialpolitisches Anliegen. Diesem gerecht zu werden, ist umso dringlicher, als es hier nicht um eine Strapazierung der Fürsorgepflicht der Arbeitgeber geht, sondern um die Sicherung bereits erarbeiteter Ansprüche auf Arbeitsentgelt, deren Gegenwert den Arbeitgebern bereits zugeflossen ist. Vielen Arbeitgebern ist das ja auch bewusst; es fehlt nur an einer gesetzlichen Hilfestellung für die einsichtsvollen und gesetzgeberischem Druck auf diejenigen, die sich der Insolvenzversicherung entziehen wollen.

Die Notwendigkeit einer Insolvenzversicherung entfällt nicht etwa, weil aus den Insolvenzmassen eine hinreichende Befriedigung zu erwarten wäre. Zwar hat das BAG in einer Entscheidung vom 5. Dezember 2002<sup>12</sup> offen gelassen, ob die Entgeltansprüche in der Freistellungsphase der verblockten Altersteilzeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens einfache Insolvenz- oder Masseforderungen sind, doch dürften die Massen auch bei letzterer Annahme nicht annähernd ausreichen, um die Wertguthaben abzudecken.

## 2. Die Parallele zur betrieblichen Altersversorgung

Bei der betrieblichen Altersversorgung ist eine Insolvenzversicherung heute selbstverständlich. Sie setzt bei der Entgeltumwandlung vom ersten Tag an, kennt also weder eine zeitliche noch ein summenmäßige Untergrenze. Dies spricht dafür, die Wertguthaben aus erarbeiteten, aber hinausgeschobenen Arbeitsentgelten ebenso zu behandeln. Dies wird in dem grundlegenden Gutachten der Professoren *Gerke* und *Heubeck* zur künftigen Funktionsfähigkeit der Insolvenzversicherung durch den Pensions-Sicherungs-Verein betont<sup>13</sup>. Sie führen aus:

„Erfüllung der Wertguthaben ist keine Maßnahme der betrieblichen Altersversorgung. Der Auszahlung der Wertguthaben liegt weder eine betriebliche Versorgungszusage noch ein durch ein biologisches Ereignis ausgelöster Versorgungsfall zugrunde. Es handelt sich um angespartes Arbeitsentgelt, das während der Freistellungsphase ausgezahlt wird. Dabei dauert das Arbeitsverhältnis – anders als beim typischen Versorgungsfall in der betrieblichen Altersversorgung – noch weiter an. Die Insolvenzversicherung nach §§ 7 ff. BetrAVG ist also mit dem Insolvenzschutz nach § 7d SGB IV nicht identisch. Dennoch geht es in beiden Fällen um die Frage, ob man nicht die Insolvenzversicherungssysteme besser aufeinander abstimmen oder annähern könnte oder sollte. Dies liegt insbesondere auch dann nahe, wenn man betriebliche Versorgungszusagen und Arbeitszeitkonten oder Wertguthaben als zwar unterschiedliche, aber zum Teil einander ergänzende, miteinander verzahnte oder austauschbare Ausprägungen von aufgeschobener Vergütung für den Arbeitnehmer versteht.“

In der Tat gibt es keinen Sachgrund dafür, die betriebliche Altersversorgung ohne Rücksicht auf Dauer und Höhe der Ansprüche unter effektiven Insolvenzschutz zu stellen, Altersteilzeit- und sonstige Zeitkonten aber mit einer gesetzlichen Regelung abzuspeisen, die nicht viel mehr als Programmsatz oder Lippenbekenntnis darstellt. Dies bedeutet freilich nicht, dass auch die Art und Weise der Insolvenzversicherung übereinstimmen muss.

## 3. Die Interessenlage der Arbeitgeber

Die Arbeitgeber wenden sich nicht grundsätzlich gegen eine Insolvenzversicherung der Arbeitszeitkonten. In dem erwähnten Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung wird eine Stellungnahme der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände wiedergegeben, nach der entscheidend sei, dass

<sup>12</sup> BAG, Urteil vom 5. Dezember 2002 – 2 AZR 571/00, DB 2003, S. 1334 = ZIP 2003, S. 1169.

<sup>13</sup> BetrAV 2002, S. 433 (452).

es den Vertragspartnern auf tariflicher und betrieblicher Ebene sowie den Anbietern von Sicherungsmodellen überlassen bleibe, die den Erfordernissen der Praxis entsprechenden Sicherungsmodelle weiter zu entwickeln und auszudehnen (S. 62).

Dem Verlangen nach Belassung der Auswahlmöglichkeiten kann man ohne weiteres zustimmen. Dies spricht aber nur gegen eine starre, auf eine Sicherungsmöglichkeit beschränkte und nicht gegen eine flexible Regelung, die die Auswahlfreiheit nur so weit beschränkt, wie es zum Ausschluss ungeeigneter Modelle erforderlich ist. Zudem können die Kosten der Sicherung erheblich gesenkt werden, wenn sie flächendeckend durchgeführt wird.

Es ist auch zu beachten, dass den Arbeitgebern selbst an einem Ausbau insbesondere der Langzeit- und Lebensarbeitszeitkonten gelegen ist, also der Konten, deren Insolvenzsicherung besonders dringend ist. So hat Südwestmetall einen tariflichen Lösungsansatz für Langzeitkonten vorgelegt. Dieser sieht die Einführung von Langzeitkonten durch freiwillige Betriebsvereinbarung und eine Verpflichtung zur Insolvenzsicherung vor<sup>14</sup>. Auch *Reinhard Göhner*, Hauptgeschäftsführer der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, betont das Interesse der Arbeitgeber an Zeitkonten. Der Weg zur Flexibilisierung der Arbeitswelt müsse konsequent fortgesetzt werden. Langzeit- und Lebensarbeitszeitkonten seien noch relativ gering verbreitet. Hier stehe die Entwicklung erst am Anfang<sup>15</sup>.

Dies bestätigt, dass die Arbeitgeber ein erhebliches Interesse insbesondere an Langzeitkonten haben, so dass es auch in ihrem Interesse liegt und ihnen zumutbar ist, ihre Verbreitung durch Insolvenzsicherung auch für die Arbeitnehmer akzeptabel zu machen.

Darüber hinaus liegt es sogar im persönlichen Interesse der Arbeitgeber einschließlich der Organmitglieder juristischer Personen, eine effektive Insolvenzsicherung vorzunehmen. Im Schrifttum wird von keinem Geringeren als dem Richter am Bundessozialgericht Prof. Dr. *Schlegel* vertreten, dass § 7 Abs. 1a SGB IV als Schutzgesetz zugunsten des Arbeitnehmers anzusehen sei, so dass bei fehlender Insolvenzsicherung eine persönliche Haftung des Arbeitgebers bzw. seiner Repräsentanten nach § 823 Abs. 2 BGB in Betracht komme<sup>16</sup>. In anhängigen Rechtsstreitigkeiten wird als Schutzgesetz auch § 266 StGB (Untreue) i.V.m. den einschlägigen Tarifverträgen herangezogen<sup>17</sup>. Durch die jetzigen gesetzlichen und tariflichen Regelungen, die effektive Wege zum Insolvenzschutz im Ungewissen und zudem, weil wenig in Anspruch genommen, unnötig kostspielig lassen, werden die Arbeitgeber also erheblichen persönlichen Haftungsrisiken bis hin zum Risiko der Strafbarkeit ausgesetzt. Dies durch eine klare Regelung der von den Arbeitgebern zu erfüllenden Verpflichtungen zu ersetzen, liegt also im Interesse der Arbeitgeber selbst. Dies hat Prof. *Rolfs* in seinem Parallelbericht (II. 2.) eingehend dargelegt. Die Arbeitgeber sollten dies nicht auf die leichte Schulter nehmen.

Ein Urteil über die Zuordnung von Rechten, Pflichten und Risiken muss freilich auch die Kostenseite einbeziehen. Dabei ist festzustellen, dass den Arbeitgebern durch den Aufschub der Entgeltfortzahlung zunächst ein Kostenvorteil erwächst, da es sich um verzinsliches Kapital handelt. Gleich ob dieses Kapital zur Selbstfinanzierung im Unternehmen behalten wird oder ob es in Fonds verselbständigt wird, fallen Zinersparnisse bzw. Zinserträge an, bei der Selbstfinanzierung ergänzt durch steuermindernde Rückstellungen. Auf der anderen Seite erfolgt die Auszahlung nicht eins zu eins, sondern bei der späteren Freistellung nach den dann geltenden, auf Dauer erhöhten Entgeltsätzen. Insgesamt wächst dem Arbeitgeber durch den Aufschub der Zahlung von Arbeitsentgelten und Sozialversicherungsbeiträgen ein Vermögensvorteil zu, der

14 Geschäftsbericht 2001-2003 des Arbeitgeberverbandes Gesamtmetall, S. 49.

15 In *Bernd Rütters* (Hrsg.), *Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben* (2002), S. 49 (56).

16 *Schlegel* in *Küttner* (Hrsg.), *Personalbuch 2003*, Stichwort Wertguthaben/Zeitguthaben RdNr. 16. Gegen eine persönliche Haftung der verantwortlichen Organe spricht allerdings das bewusste Fehlen einer gesetzlichen Sanktion, s. *Hanau*, ZIP 2002, S. 2028 (2032); v. *Ahsen/Nölle*, DB 2003, S. 1384.

17 Mitteilung der IG Metall vom 18. Dezember 2002.

häufig höher sein dürfte als die aus den Erträgen zu bestreitenden späteren Entgelterhöhungen. Damit ist eine Ertragsspanne vorhanden, die für die Kosten der Insolvenzversicherung zur Verfügung steht. Die Kosten werden besonders gering sein, wenn die Wertguthaben in Fonds angelegt werden. Die Kosten der Insolvenzversicherung werden höher sein, wenn der Arbeitgeber das Kapital einbehält, weil er auf Selbstfinanzierung Wert legt, doch wird dies durch die höhere Rentabilität ausgeglichen.

Ein Bericht des Instituts Arbeit und Technik im Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen<sup>18</sup> über betriebliche Erfahrungen mit der Insolvenzversicherung von Arbeitszeitkonten stellt ausdrücklich fest, dass die Kosten einer Insolvenzversicherung im Vergleich mit anderen Personalkosten in der Regel als gering eingeschätzt werden. Die Schwierigkeit der Betriebe liege vielmehr in der großen Intransparenz der Absicherungsmodelle, die eine aufwändige Suche erforderlich machten. Nach Überwindung von Anfangshürden sei die Insolvenzversicherung für alle Betriebe durchführbar. Auch der Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (S. 52) stellt fest, dass die Kosten einer Sicherung durch Treuhand durch die erzielten Erträge ausgeglichen werden können. Dies deckt sich mit der Aussage der SiMa GmbH (Sicherungsmanagement für flexible Arbeitszeitmodelle), die mit dem Verband Nordmetall eine Rahmenvereinbarung zum Insolvenzschutz von Arbeitszeitkonten und Altersteilzeitvereinbarungen geschlossen hat, dass aus der Anspruchsrückdeckung mehr Erträge erzielt werden als Kosten entstehen.

Mit aller Deutlichkeit muss gesagt werden, dass die Arbeitszeitkonten nicht den Zweck haben und haben dürfen, zur Finanzierung der Arbeitgeber durch verzögerte Entgeltauszahlung beizutragen. Ihr Zweck ist vielmehr im Fall des Altersteilzeit-Blockmodells die Finanzierung des vorgezogenen Ruhestandes, bei den andern Konten der Ausgleich schwankender Arbeits- bzw. Freizeitbedürfnisse. Auf der anderen Seite besteht kein Bedenken dagegen, die Kosten der Insolvenzversicherung aus den Erträgen der gestundeten Entgelte zu bestreiten. Dabei handelt es sich zwar um das Geld der Arbeitnehmer, doch liegt die Insolvenzversicherung ja auch und sogar vordringlich in ihrem Interesse. So ist denn auch im Bereich der betrieblichen Altersversorgung anerkannt, dass die zur Insolvenzversicherung von Pensionsfonds an den PSV zu entrichtenden Beiträge aus den Erträgen des Fonds entnommen werden können<sup>19</sup>.

#### **4. Das Sicherungsbedürfnis der Sozialversicherungsträger**

Wird die bestimmungsmäßige Abwicklung von Arbeitszeitkonten und Altersteilzeit durch Insolvenz des Arbeitgebers verhindert, sind nicht nur die Arbeitnehmer, sondern auch die Sozialversicherungsträger geschädigt, denen die auf den Wertguthaben angesparten Sozialversicherungsbeiträge entgehen. Mit der Regelung der §§ 7, 23b SGB IV, die die Beitragspflicht nicht wie sonst an die Erarbeitung des Entgeltanspruchs, sondern an seine spätere Fälligkeit knüpft, geben auch die Sozialversicherungsträger den Arbeitgebern einen Kredit. Deshalb haben auch sie ein berechtigtes Interesse an der Insolvenzversicherung, was ja auch in § 7d SGB IV anerkannt, wenn auch nicht effektiv umgesetzt wird.

Auf ein weiteres Sicherungsinteresse von Sozialversicherungsträgern hat nach dem schon mehrfach erwähnten Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung der Bundesrechnungshof in seinem Prüfbericht für 1999 aufmerksam gemacht<sup>20</sup>. Der Bundesrechnungshof hat die Auffassung vertreten, dass ein Beitrag zum Abbau der Saisonarbeitslosigkeit insbesondere in den besonders betroffenen Branchen geleistet werden könnte, wenn im Rahmen der Arbeitszeitflexibilisierung Arbeitszeitkonten über die Regelung des § 7d SGB IV hinaus unmittelbar gesetzlich abgesichert würden. Nicht nur die Zahl, sondern auch die Zeitdauer der Entlassungen in Saisonpausen könne dadurch verringert werden und ein Anreiz für Leistungsmissbrauch entfallen.

18 Verfasser *Marc Schietinger*, vorgelegt am 20. Februar 2003.

19 *Langohr-Plato/Teslau*, DB 2003, S. 661 (665 f.).

20 Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung unter Hinweis auf Bundestags-Drucks. 14/1667, S. 223.



## **IV. Was ist zu sichern?**

Zu dem Umfang der zu sichernden Ansprüche kann auf den Parallelbericht von Prof. *Rolfs* verwiesen werden.



# V. Wie ist zu sichern?

## 1. Das Modell des Pensionssicherungsvereins (PSV)

### a) Anwendungsbereich

Im Bereich der betrieblichen Altersversorgung hat sich der in §§ 7 ff. BetrAVG geregelte PSV als Instrument der Insolvenzsicherung bewährt. Allerdings war er auch in diesem Bereich nie das einzige Sicherungsinstrument, da Direktversicherungen und Pensionskassen im Regelfall ausgenommen waren. Der neue Pensionsfonds ist zwar noch PSV-pflichtig, doch wird dies zunehmend als unangemessen empfunden, wie sich aus dem bereits erwähnten Gutachten der Professoren *Gerke* und *Heubeck* ergibt<sup>21</sup>. Aufgabenbereich des PSV ist im Wesentlichen nur die Sicherung der Ansprüche auf Altersversorgung, deren Gegenwert im Unternehmen oder seiner Unterstützungskassen verblieben ist, während die Auslagerung des Deckungskapitals zu gesetzlich anerkannten Sicherungsinstitutionen die Sicherung durch den PSV entbehrlich macht.

### b) Übertragbarkeit?

Wegen der immer noch verbliebenen großen Bedeutung des PSV für die Insolvenzsicherung der betrieblichen Altersversorgung ist es verständlich, dass der PSV vielfach als Leitbild für die Insolvenzsicherung auch von Wertguthaben aus Zeitkonten angesehen wird, sei es, dass an eine Inpflichtnahme des PSV selbst gedacht wird, sei es, dass eine Paralleleinrichtung gefordert wird. Der Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung (S. 80) ist allerdings skeptisch. Anders als bei der betrieblichen Altersversorgung seien Arbeitszeitkonten in besonderem Maße vom Einzelfall abhängig. Die zu erhebenden Umlagen würden daher ungleich schwerer kalkulierbar sein. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass sich die Verbände und Tarifpartner in ihren Stellungnahmen gerade wegen der Vielfalt der praktizierten Arbeitszeitmodelle gegen eine Einengung der Sicherungsmöglichkeiten ausgesprochen hätten. Die Wahl des Sicherungsweges erfolge in Abhängigkeit von betrieblichen Besonderheiten im Einzelfall. Arbeitszeitflexibilisierung sei kein einmaliger Vorgang. Arbeitszeitmodelle müssten permanent an sich verändernde unternehmensinterne und -externe Rahmenbedingungen angepasst werden. Daher würden in der Praxis auch Überlegungen auf Ablehnung stoßen, die Insolvenzsicherung von Wertguthaben einheitlich durch eine andere Institution als den PSV zu regeln. Zudem würde die Übernahme der Insolvenzsicherung durch ein erlaubnispflichtiges Versicherungsunternehmen mit einem erheblichen Aufwand für Fachpersonal und Kapitalstock verbunden sein. Angesichts des bereits bestehenden Angebots von Sicherungsmöglichkeiten stünden solche Überlegungen mit großer Wahrscheinlichkeit außer Verhältnis zum möglichen Erfolg. Eine gesetzliche Regelung, die einen einheitlichen Sicherungsweg für Wertguthaben vorschreibt, würde den Erfordernissen der Praxis nicht gerecht.

Dies sind gewichtige Argumente<sup>22</sup>. Der Gesetzgeber würde widersprüchlich handeln, wenn er die Insolvenzsicherung bei dem PSV konzentrierte, obwohl er bisher auf eine detaillierte Regelung der Insolvenzsicherung verzichtet hat, damit die Praxis verschiedene Sicherungsmodelle entwickeln kann. Das ist inzwischen geschehen.

Schließlich ist zu bedenken, dass der PSV entstanden ist, weil die deutsche Wirtschaft nach dem 2. Weltkrieg auf die Innenfinanzierung durch Pensionsrückstellungen angewiesen war. Deshalb musste ein Sicherungsmodell wie der PSV gewählt werden, der die Innenfinanzierung ermöglichte und begünstigte. Dieser

<sup>21</sup> BetrAV 2002, S. 433.

<sup>22</sup> Gegen eine Anlehnung an das PSV-Modell auch *Grabmaier*, Insolvenzschutz von Arbeitszeitkonten durch Anlage der Wertguthaben in Investmentfonds (2003).

Aspekt verliert aber selbst in der betrieblichen Altersversorgung mehr und mehr an Gewicht; für sonstige Wertguthaben aus Arbeitszeitkonten hat er überhaupt keine Bedeutung. Sie dienen nicht der Kapitalbildung in den Unternehmen, sondern der Flexibilisierung der Arbeitszeit. Dies schließt nicht aus, die Wertguthaben in den Unternehmen stehen zu lassen, doch ist dann auf entsprechende Sicherungsmittel wie Bürgschaften und Kautionsversicherungen zu verweisen. Wenn oben auf die Parallele zur betrieblichen Altersversorgung verwiesen wurde, so bezog sich das auf die Sicherungsnotwendigkeit, nicht unbedingt auf den Sicherungsweg, zumal sich, wie dargelegt, auch die Sicherung der betrieblichen Altersversorgung zunehmend zu anderen Sicherungsträgern als dem PSV verlagert.

### **c) Die Sicherungswirkung des PSV-Modells**

Obwohl also Vieles gegen eine Indienstnahme des PSV für die Insolvenzsicherung von Zeitkonten spricht, bleibt doch die Frage, ob sich die Sicherungswirkung des PSV-Modells auf einem anderen Weg gänzlich oder annähernd erreichen lässt. Um dies beurteilen zu können, werden die Elemente dieser Sicherungswirkung im Folgenden dargestellt.

Elementare Voraussetzung jeder Insolvenzsicherung ist, dass die Sicherungsnotwendigkeit erst einmal einem Sicherungsträger gemeldet wird. Das BetrAVG trägt dem Rechnung, indem es in § 11 Melde-, Auskunfts- und Mitteilungspflichten regelt, ergänzt in § 12 durch die Statuierung einer Ordnungswidrigkeit bei schuldhaftem Verstoß gegen die Meldepflicht.

Die Meldepflicht beschränkt sich nicht auf die erstmalige Meldung, sondern wird durch § 11 Abs. 2 um die Pflicht zu jährlicher Meldung der für die Beitragsbemessung erforderlichen Angaben ergänzt, auch dies in § 12 mit dem Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit sanktioniert. Auf die weiteren Einzelheiten des § 11 BetrAVG sei hier verwiesen.

Im Anschluss an die Meldepflicht regelt § 10 BetrAVG eine Beitragspflicht an den PSV. Zu ihrer Durchsetzung wird nicht auf den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit zurückgegriffen. Vielmehr wird der PSV zu öffentlich-rechtlichen Beitragsbescheiden ermächtigt.

Selbst wenn der Arbeitgeber alle diese Pflichten verletzt und die Meldung beim PSV nicht oder nicht richtig oder nicht vollständig vornimmt, trifft den PSV eine Ausfallhaftung. Dies entspricht dem Grundsatz der Sozialversicherung, dass die Leistungspflicht des Sozialversicherers von der Zahlung der Beiträge unabhängig ist.

All dies bezieht sich freilich nur auf die beim PSV sicherungspflichtigen Versorgungswege, also die Direktzusage, die Unterstützungskassenzusage, den Pensionsfonds und eine Direktversicherung, deren Ansprüche abgetreten und beliehen sind, nicht auf den Regelfall der Direktversicherung und die Pensionskasse. Der Gesetzgeber begnügt sich hier mit der Versicherungsaufsicht und hat nicht einmal Vorkehrungen für den Fall getroffen, dass die Ansprüche aus der Direktversicherung entfallen, weil der Arbeitgeber seine Pflicht zur Prämienzahlung nicht oder nur mangelhaft nachgekommen ist. Das Bundesarbeitsgericht hat es in einem Urteil vom 17. November 1992<sup>23</sup> offengelassen, ob eine Informationspflicht des Versicherers wegen der Beitragsrückstände und einer bevorstehenden außerordentlichen Kündigung des Versicherungsvertrages besteht. Das OLG Düsseldorf hat dies jetzt bejaht<sup>24</sup>; im Schrifttum ist es strittig<sup>25</sup>.

23 BAG, Urteil vom 17. November 1992 – 3 AZR 51/92, AP Nr. 1 zu § 7 BetrAVG Lebensversicherung = DB 1993, 986.

24 OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. Dezember 2002 – 4 U 78/02.

25 Für eine Informationspflicht *Hanau/Arteaga*, Gehaltsumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung (1999), S. 97 ff.; dagegen *Diefenbach*, BB 1993, S. 1445 (1453); *Langohr-Plato*, DB 1994, S. 325. *Langohr-Plato/Morisse*, BB 2002, S. 2330 (2332) leiten dagegen aus der Fürsorgepflicht eine Verpflichtung des Arbeitgebers her, den Arbeitnehmer über die Notwendigkeit eines Insolvenzschutzes von Wertguthaben zu informieren.

Im Folgenden ist nun zu prüfen, ob sich ganz oder annähernd vergleichbare Sicherungsmöglichkeiten für Wertguthaben aus Zeitkonten auch in einem pluralen Modell erreichen lassen, das auf eine Institution wie den Pensionssicherungsverein verzichtet. Eine vollständige Absicherung gegen alle denkbaren Risiken mag hier zwar ein Fernziel sein, wäre aber für die nächste Phase eine zu hohe Messlatte. Denn einerseits besteht eine vollständige Absicherung nicht einmal in der heutigen Insolvenzversicherung der betrieblichen Altersversorgung, wie der Prämienzahlungsverzug bei der Direktversicherung zeigt, zum anderen ist der Insolvenzschutz der Wertguthaben aus Zeitkonten zur Zeit so schwach entwickelt, dass auch eine nicht ganz vollständige, aber doch weitgehende Insolvenzversicherung als großer Fortschritt gelten muss.

## 2. Sicherungsmöglichkeiten in einem pluralen Modell

### a) Die heutigen Modelle

In der Praxis haben sich verschiedene Sicherungsmodelle und -einrichtungen bewährt, über die der Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung von 2001 (S. 32 ff.) und der gleichfalls schon erwähnte Bericht des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit des Landes Nordrhein-Westfalen „Praxis in NRW, Insolvenzversicherung von Arbeitszeitguthaben, Rahmenbedingungen, Absicherungsmodelle, Entscheidungskriterien“ von 2003 Auskunft geben<sup>26</sup>. Beide Berichte zeigen, dass schon vielfältige Erfahrungen vorliegen, die einen Schluss auf praktische Bewährung zulassen. Der Bericht des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung favorisiert die Treuhandmodelle, die durch die Übertragung von Vermögenswerten durch den Arbeitgeber auf einen Treuhänder gekennzeichnet sind (S. 50-52). Die Treuhandlösung sei mit äußerst geringen Risiken für die gesicherten Arbeitnehmer belastet und könne auch für eine Vielzahl von Wertguthaben durchgeführt werden.

Der Bericht des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit NRW unterscheidet die Absicherung bei externen Anbietern, Branchenlösungen und unternehmensinterne Lösungen und erklärt sie alle grundsätzlich für geeignet. Allerdings gäbe es kein Modell, das für alle Bedingungen und für alle Unternehmen passe. Für die Sicherung der Wertguthaben in Investmentfonds gibt es in der erwähnten Schrift von *Grabmaier* (eine Dissertation aus der Schule von *Canaris*) bereits eine bis ins Einzelne gehende Untersuchung. Sie endet mit der Feststellung, das ideale Sicherungsmittel für einen Insolvenzschutz von Wertguthaben auf Arbeitszeitkonten sei das Pfandrecht im Sinne von § 1204 ff. BGB. Die ideale Rückdeckung von Wertguthaben von Arbeitszeitkonten erfolge durch die Anlage der entsprechenden Guthaben in Investmentfonds. Insbesondere seien eine hohe Durchschnittsrendite, professionelles Vermögensmanagement und erhebliche Kosten- und Steuervorteile hervorzuheben. Bei Anlage der Wertguthaben in einem Spezialfonds im Sinne von § 1 Abs. 2 KAGG kämen als zusätzliche Vorteile die Möglichkeit einer für den Versorgungszweck maßgeschneiderten Anlagestrategie, die Möglichkeit gezielter Ertragssteuerung und bilanzielle Gestaltungsmöglichkeiten hinzu.

Auch im Bereich der betrieblichen Altersversorgung werden im BetrAVG allerdings noch nicht berücksichtigte Treuhandlösungen mehr und mehr favorisiert, nach angelsächsischem Vorbild gerne als Contractual Trust Arrangement bezeichnet. Dabei wird neben der Verpfändung als Sicherung für die Arbeitnehmer zunehmend ein Doppeltreuhand-Modell verwendet, das heute schon als rechtlich gesichert erscheint<sup>27</sup>. Das bereits erwähnte Gutachten der Professoren *Gerke* und *Heubeck*<sup>28</sup> sieht es bereits als anerkannt an, dass das Treuhandmodell den Anforderungen entspricht, die im Rahmen des § 7d SGB IV an die Insolvenzversicherung von Wertguthaben zu stellen sind.

26 Eine Übersicht findet sich auch in der von *Maydell* betreuten Dissertation von *Markus Hollich*, Die Absicherung von Arbeitszeitguthaben für den Fall der Insolvenz des Arbeitgebers (2003). Die Arbeit kommt zu dem Ergebnis, dass § 7d SGB IV unzureichend ist. Ein 100 %-Insolvenzschutz lasse sich durch Verpfändungsmodelle und doppelseitige Treuhand erreichen. Allerdings seien noch Einzelheiten zu klären.

27 *Hanau/Reitze*, FS Wilhelm Uhlenbruck (2000), S. 783 ff.; *Fischer/Thoms-Meyer*, DB 2000, S. 1861 ff.; *Röbler/Doetsch/Heger*, BB 1999, S. 2498 ff.; *Stöhr*, DB 1998, S. 2223; *Bode/Bergt/Obenberger*, DB 2000, S. 1864 ff.; *Förster*, BetrAV 2001, S. 183 ff.

28 BetrAV 2002, S. 433 (452).

Es erscheint überflüssig, hier noch einmal die verschiedenen Sicherungsmodelle vorzustellen. Insofern kann auf die beiden Ministerialberichte und das zitierte Schrifttum verwiesen werden<sup>29</sup>.

## **b) Effektivität der Sicherung**

Da man davon ausgehen kann und auch unbestritten ist, dass bestimmte Modelle für eine Insolvenzversicherung von Wertguthaben angemessen und ausreichend sind, stellt sich die weitere Frage, wie die erforderliche Inanspruchnahme und Handhabung der verschiedenen Sicherungseinrichtungen gewährleistet werden kann.

In Bezug auf Melde-, Auskunfts- und Mitteilungspflichten kann § 11 BetrAVG mit einer kleinen Änderung übernommen werden. An die Stelle „des“ Trägers der Insolvenzversicherung kann und muss in einem pluralen Modell „ein“ Träger der Insolvenzversicherung treten.

Eine Pflicht des Arbeitgebers, die versorgungsberechtigten Arbeitnehmer über die Insolvenzversicherung zu unterrichten, ist in § 11 BetrAVG nicht vorgesehen. Sie wird aber bei den Wertguthaben häufig tariflich geregelt und auch schon in den gesetzgebenden Körperschaften erwogen. In einem pluralen System ist es in der Tat sinnvoll, die Arbeitnehmer darüber zu informieren, wo und wie ihre Entgeltansprüche gesichert sind.

Als Sanktion von Pflichtverletzungen ist in § 12 BetrAVG der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit vorgesehen. Ordnungswidrig handelt danach u.a., wer vorsätzlich oder fahrlässig eine vorgeschriebene Meldung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vornimmt. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu 2.500 € geahndet werden. Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 OWiG ist das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen, jetzt Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Auch dies lässt sich in ein plurales System übernehmen.

Im PSV-System gibt es freilich, wie dargelegt, weitere Sanktionen, die sich vor allem auf die effektive Durchführung der Insolvenzversicherung beziehen, nämlich die offensichtliche Beitragspflicht an den PSV sowie seine Ausfallhaftung. Beides lässt sich auf ein plurales System nicht ohne weiteres übertragen. Eine effektive Gewährleistung der Inanspruchnahme geeigneter Sicherungseinrichtungen lässt sich hier durch die in dem Parallelgutachten von Prof. *Rolfs* entwickelte, teilweise auch schon in dem vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung eingeholten Gutachten *Glaubitz/von Maydell/Schoden* vorweggenommene Konzeption verwirklichen, die staatliche Förderung der Altersteilzeit gemäß § 4 Altersteilzeitgesetz, sowie den Aufschub der Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 23b SGB IV an den Nachweis einer ausreichenden Insolvenzversicherung zu knüpfen. Dies könnte auf die steuerliche Förderung der Altersteilzeit durch Befreiung der vom Arbeitgeber geleisteten Aufstockungsbeiträge von der Einkommenssteuer gemäß § 3 Nr. 28 EStG erstreckt werden.

Als weitere Sanktion kommt in Betracht, die arbeitsrechtliche Grundlage der Arbeitszeitkonten, nämlich den Aufschub der Fälligkeit des Arbeitsentgelts, von einer ausreichenden Insolvenzversicherung abhängig zu machen. Dies kann in die Hand der Tarif- und Betriebsparteien gelegt werden. Die Betriebsparteien haben hier eine recht starke Stellung, denn die Regelung einer Betriebsvereinbarung, dass ein über die regelmäßige Wochenarbeitszeit hinausgehendes Zeitguthaben erst am Ende eines bestimmten Verteilungszeitraums vergütet wird, ist vom Mitbestimmungstatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG erfasst<sup>30</sup>. Auch dürfte eine tarifliche Festlegung des Zeitpunkts der Entgeltzahlung eine Stundung zur Verwendung in Wertguthaben bei bestehender Tarifbindung nur zulassen, wenn der Tarifvertrag dies vorsieht.

29 Neuerdings geben v. *Ahsen/Nölle*, DB 2003, S. 1384 eine Übersicht über verschiedene Methoden der Insolvenzversicherung. Ihre Zusammenfassung lautet, solange nicht eine verbindliche – sichere – Methode der Insolvenzversicherung vorgegeben sei, werde eine Sanktionsregelung in vielen Fällen wirkungslos bleiben.

30 BAG, Urteil vom 15. Januar 2002 – 1 AZR 165/01, EzA § 614 BGB Nr. 1.

Gegen diese Sanktionen besteht allerdings das Bedenken, dass das vom Arbeitgeber zu vertretende Fehlen einer Insolvenzversicherung zu Lasten der Arbeitnehmer geht, die den Vorteil der Arbeitszeitflexibilisierung verlieren. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass eine nicht insolvenzgesicherte Flexibilisierung der Arbeitszeit ein zweifelhafter Vorteil ist, zumal man befürchten muss, dass gerade insolvenzgefährdete Arbeitgeber die Insolvenzversicherung unterlassen, um Kosten zu sparen. Ferner kann auch den Trägern der Sozialversicherung nicht zugemutet werden, auf an sich fällige Beiträge zu verzichten gegen die vage, weil nicht insolvenzgesicherte, Aussicht, sie später einmal erheben zu können. Freilich ist es denkbar, die Sanktion (zunächst) auf die Meldepflichten und den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit zu beschränken, doch wäre das allenfalls die zweitbeste Lösung.

Zu einer ausreichenden Insolvenzversicherung gehört freilich nicht nur die Sicherung der Anmeldung bei einem Insolvenzträger, sondern auch die Gewährleistung, dass die Sicherung fortlaufend in dem durch den Stand der Wertguthaben gebotenen Umfang erfolgt. Wie schon dargelegt wurde, ist dies im PSV-System zwar für den PSV selbst gesichert, nicht aber für die Direktversicherung, deren Bestand und Insolvenzschutz von rechtzeitiger und ausreichender Prämienzahlung des Arbeitgebers abhängt. Ein plurales System muss deshalb so gestaltet sein, dass es eine stetige, ausreichende Durchführung des jeweiligen Sicherungskonzepts gewährleistet. Von den Trägern der Insolvenzversicherung ist deshalb zu verlangen, dass sie die bei ihnen sichernden Arbeitgeber verpflichten, die Sicherung in jeweils ausreichender Höhe zu halten. Geschieht dies erkennbar nicht, sind die Träger der Insolvenzversicherung zu verpflichten, die Betriebsräte und die Arbeitnehmer zu unterrichten, wenn der Arbeitgeber nicht abhilft. Da die Insolvenzversicherung stets ein umfassendes Meldesystem voraussetzt, werden Sicherungsdefizite in der Regel auffallen. Eine vollständige Sicherung mag auf diese Weise nicht erreichbar sein, doch zeigt das Beispiel der Direktversicherung, dass Ausfälle nur sehr selten unerkannt und unsanktioniert bleiben. Dies muss auch hier hingenommen werden, zumal im Augenblick ja überhaupt keine effektive Verpflichtung zur Insolvenzversicherung besteht.

### **c) Die Notwendigkeit einer Zertifizierung**

Soweit ersichtlich, wird weder von den befassten Regierungsstellen noch in Schrifttum und Praxis bezweifelt, dass es hinreichend effektive Sicherungsmöglichkeiten für Wertguthaben gibt. Die zum Teil schon mehrjährigen Praxiserfahrungen haben zu ausgefeilten und durch Branchenlösungen zunehmend kostengünstigen Lösungen geführt. Dass der Verbreitungsgrad der Insolvenzversicherung immer noch niedrig und das Postulat des § 7d SGB IV im Wesentlichen unerfüllt ist, hat andere Gründe. Das ist zum einen schlicht das Fehlen einer effektiven gesetzlichen Regelung. Dies müsste einer freiwilligen, von den Tarifparteien angestoßenen größeren Verbreitung der Insolvenzversicherung nicht entgegenstehen, wenn Arbeitgeber und Betriebsräte leicht erkennen könnten, welche Sicherungsmodelle und -institutionen die Anforderungen an eine verlässliche und gesetzeskonforme Insolvenzversicherung erfüllen. Gewiss sind renommierte Institutionen wie die großen Versicherer und Banken im Markt, und auch neue Einrichtungen wie die SiMa GmbH in Berlin haben aufgrund praktischer Bewährung bereits einen guten Ruf erworben. Dies alles ist aber nur einem kleinen Kreis von Fachleuten bekannt, während die Masse der Arbeitgeber und Betriebsräte offenbar ratlos vor der Frage steht, wie die vom Gesetz im Grundsatz geforderte Insolvenzversicherung zu bewerkstelligen sei. Eine gesetzliche Verpflichtung der Arbeitgeber, die Arbeitnehmer über die Insolvenzversicherung zu informieren, würde diese Verlegenheit nur steigern und die Arbeitgeber wie auch die Betriebsräte überfordern.

*Ein plurales System der Insolvenzversicherung kann deshalb ohne eine Zertifizierung aller geeigneten und zugelassenen Träger der Insolvenzversicherung von Wertguthaben nicht auskommen. Hier liegt der Schlüssel zur Verbesserung der jetzigen unbefriedigenden Rechtslage.*

Dies wirft zwei Fragen auf: Wer die Zertifizierung vornehmen kann und an welche Voraussetzungen sie zu knüpfen ist. Auf die erste Frage nach der Zuständigkeit für die Zertifizierung sind verschiedene Antworten

denkbar. Die wichtigste Alternative ist hier, ob eine staatliche Behörde beauftragt wird oder ob eine Selbsthilfeeinrichtung der Wirtschaft oder der Tarifparteien vorgezogen wird. Als staatliche Behörde kommt die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht in Betracht, als Selbsthilfeeinrichtung der Wirtschaft eine von Verbänden der Arbeitgeber und der beteiligten Finanzinstitutionen etablierte Einrichtung, als Instrument der Tarifparteien eine gemeinsame Einrichtung im Sinne des § 4 TVG. Dafür gibt es Vorbilder. So sieht § 3 des Gesetzes über die Zertifizierung von Altersvorsorgeverträgen die Möglichkeit vor, Aufgaben und Befugnisse der Zertifizierungsbehörde einer oder mehreren juristischen Personen des Privatrechts, die von Spitzenverbänden der Kreditinstitute oder Versicherungsunternehmen oder anderen geeigneten unabhängigen Einrichtungen errichtet werden, ganz oder teilweise zu übertragen. DIN-Normen und Gütesiegel bieten weitere Beispiele für eine privatrechtliche Normsetzung. Zu denken ist aber auch an den PSV, der ebenfalls eine staatlich beliehene Selbstverwaltungseinrichtung der Wirtschaft ist und auf dem Gebiet der Insolvenzversicherung besondere Kompetenz hat. In einem pluralen System hätte er nicht die Aufgabe, selbst die Insolvenzversicherung durchzuführen, denkbar aber die Aufgabe einer Zertifizierungsbehörde.

Welches der geeignete Weg ist, kann in diesem Gutachten nicht vorentschieden werden. Die Empfehlung des Gutachtens kann nur dahin gehen, dass die zuständigen Bundesministerien Gespräche mit den Verbänden von Arbeitnehmern und Arbeitgebern und den mit der Insolvenzversicherung befassten Institutionen aufnehmen, um den besten Weg herauszufinden. Zu einem pluralen Modell passt sicherlich eine Selbstverwaltungseinrichtung am Besten. Wenn sich eine solche nicht bilden lässt, bleibt allerdings nur der Weg über eine staatliche Zertifizierung, für die dann wohl die BaFin zuständig sein müsste. In diesem Zusammenhang ist dann auch zu klären, wie weit sich die staatliche Aufsicht über Banken, Versicherungen und Kapitalanlagegesellschaften schon heute auf die von solchen Einrichtungen betriebene Insolvenzversicherung von Wertguthaben erstreckt, so dass eine weitere Zertifizierung entbehrlich wäre.

In § 7d SGB IV würde sich das in der einfachen Ergänzung niederschlagen, dass die Insolvenzversicherung durch eine zertifizierte Einrichtung zu erfolgen hat.

Vorschriften über die zu sichernden Ansprüche finden sich bereits heute in der Vorschrift; sie wären nach Maßgabe der im Parallelbericht von Prof. *Rolfs* dargelegten Überlegungen zu modifizieren. Ferner wäre die Vorschrift um Meldepflichten und den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit in Anlehnung an §§ 11, 12 BetrAVG zu ergänzen. Die im Parallelbericht von Prof. *Rolfs* und auch hier empfohlene Sanktionierung mangelnder Insolvenzversicherung durch Aussetzung der Flexi-Regelung wäre in § 23b SGB IV zu verankern.

Ferner müsste § 7d SGB IV um einige allgemeine Regeln über die Durchführung der Insolvenzversicherung ergänzt werden. Dabei ergäbe sich die Pflicht zu umfassender Angabe der zu sichernden Wertguthaben schon aus der Heranziehung der Regelung in § 11 BetrAVG. Dazu müsste die Verpflichtung der Insolvenztäger kommen, Betriebsräte bzw. Arbeitnehmer über Mängel in der Durchführung der Insolvenzversicherung zu unterrichten, wenn sie vom Arbeitgeber nicht abgestellt werden. Weitere Einzelheiten können in dem Zertifizierungsverfahren geklärt werden.

## VI. Ergebnisse

1. Die Beschränkung des § 7d SGB IV auf eine Verpflichtung zur Insolvenzversicherung ohne ausdrückliche Sanktionen erfolgte 1998, um der Praxis Gelegenheit zur Entwicklung geeigneter Sicherungsmodelle zu geben. Das war vertretbar.
2. Weiteres Zuwarten mit einer effektiveren gesetzlichen Regelung ist aber nicht vertretbar, weil
  - sich die bisherige Regelung als in jeder Hinsicht unzureichend erwiesen hat,
  - die Praxis inzwischen unstreitig geeignete Sicherungsmodelle entwickelt hat,
  - die Zahl der Unternehmensinsolvenzen und der betroffenen Arbeitnehmer erheblich ist und immer noch steigt,
  - die Flexibilisierung der Arbeitszeit und die Insolvenzversicherung der Wertguthaben im Interesse nicht nur von Arbeitnehmern und Sozialversicherungsträgern, sondern auch der Arbeitgeber liegt.
3. Die Entgeltumwandlung zur betrieblichen Altersversorgung ist ohne Rücksicht auf Dauer und Höhe der Anwartschaften insolvenzgesichert. Es gibt keinen Grund, die Entgeltumwandlung in Wertguthaben auf Zeitkonten im Gegensatz dazu weitgehend ungeschützt zu lassen. Allerdings ist hier eine Insolvenzversicherung durch den oder nach Art des PSV angesichts der verschiedenartigen Sicherungsnotwendigkeiten und -möglichkeiten nicht zu empfehlen. Die Gesetzgebung würde auch widersprüchlich handeln, wenn sie die Insolvenzversicherung der Wertguthaben jetzt bei einer Institution konzentrieren würde, obwohl sie zunächst auf eine detaillierte Regelung verzichtet hat, um den Weg für vielfältige Sicherungsmöglichkeiten frei zu machen.
4. Ein plurales Modell der Insolvenzversicherung von Wertguthaben kommt ohne eine Zertifizierung geeigneter Einrichtungen und Modelle nicht aus. Hier liegt der Schlüssel zur Weiterentwicklung des Insolvenzschutzes. Die Zertifizierung kann entweder durch eine staatliche Einrichtung (z.B. BaFin) oder eine Selbstverwaltungseinrichtung der Wirtschaft oder der Tarifparteien erfolgen.
5. Eine gesetzliche Pflicht des Arbeitgebers, die Arbeitnehmer über die Insolvenzversicherung ihrer Wertguthaben zu informieren, ist ein Schritt in die richtige Richtung, aber bei weitem nicht ausreichend, solange die geeigneten Sicherungswege nicht durch Zertifizierung klargestellt sind und Sanktionen fehlen.
6. Sanktionen zur Durchsetzung der erforderlichen Insolvenzversicherung sind
  - die entsprechende Anwendung der Meldepflichten und des Tatbestandes der Ordnungswidrigkeit in § 11, 12 BetrAVG
  - die Knüpfung der staatlichen Förderung der Altersteilzeit (§ 4 AltersteilzeitG, § 3 Nr. 28 EStG) und der Verschiebung der Beitragspflicht auf den Freistellungszeitraum (§ 23b SGB IV) an eine ausreichende Insolvenzversicherung bei einem zertifizierten Träger,
  - nach dem Ermessen der Tarif- und Betriebsparteien auch die Knüpfung der Stundung von Entgeltansprüchen zum Zwecke der Bildung von Wertguthaben an ausreichenden Insolvenzschutz bei einem zertifizierten Träger,
  - die Verpflichtung der Träger der Insolvenzversicherung, Betriebsräte bzw. Arbeitnehmer über Mängel in der Insolvenzversicherung, insbesondere Zahlungsverzug des Arbeitgebers, zu unterrichten, wenn der Arbeitgeber keine Abhilfe schafft.



## B. Sozialversicherungsrechtlicher Teil

von Professor Dr. Christian Rolfs, Bielefeld

### I. Problemstellung

Arbeitszeitkonten stellen einen wichtigen Bestandteil der Flexibilisierung von Arbeitszeiten in Deutschland dar. Viele Arbeitnehmer und Arbeitgeber knüpfen an die Einführung flexibler Arbeitszeitmodelle hohe Erwartungen. Die Beschäftigten erhoffen sich vor allem eine bessere Vereinbarkeit ihres Berufes mit dem Privatleben. Arbeitszeitkonten bieten attraktive Möglichkeiten, um Freistellungen, Langzeiturlaube („Sabbatjahre“) und – vor allem – einen vorzeitigen Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand zu erreichen. Die Arbeitgeber steigern ihre Wettbewerbsfähigkeit, indem sich ihnen durch die Schaffung von Arbeitszeitkonten vielfältige Möglichkeiten eröffnen, Personal nach Auftragslage einzusetzen und die Effektivität der Arbeit zu steigern. Nicht zuletzt ist mit einer Flexibilisierung der Arbeitszeiten die Hoffnung auf eine Mobilisierung zusätzlichen Arbeitskräftebedarfs und damit einen Abbau der Arbeitslosigkeit verbunden.

Flexible Arbeitszeitmodelle mit großzügigen Ausgleichszeiträumen können freilich zur Folge haben, dass der Arbeitnehmer über einen u.U. beachtlichen Zeitraum von mehreren Jahren Arbeitszeit- bzw. Arbeitsentgeltguthaben anspart. So kann beispielsweise Altersteilzeit im Blockmodell den gesamten Zeitraum zwischen dem 55. und dem 65. Lebensjahr des Arbeitnehmers erfassen, woraus eine jeweils fünfjährige „Ansparphase“ (Arbeitsphase) und „Entsparphase“ (Freistellungsphase) resultieren. Bei derartigen Arbeitszeitmodellen muss zum einen sichergestellt sein, dass der Arbeitsentgeltanspruch des Arbeitnehmers im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers abgesichert ist. Das von der Bundesanstalt für Arbeit gewährte Insolvenzgeld erweist sich insoweit als unzureichend, weil es nur die Ansprüche aus den letzten drei Monaten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens absichert. Zum anderen müssen die Vertragspartner ihr Arbeitszeitmodell so gestalten, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für einen kontinuierlichen Versicherungsschutz des Arbeitnehmers in allen Zweigen der Sozialversicherung, insbesondere in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, erfüllt werden.

Als unzureichend erweist sich die derzeitige Regelung insbesondere insoweit, als § 7d SGB IV zwar vorsieht, dass die Arbeitsvertragsparteien unter den weiteren Voraussetzungen der Vorschrift im Rahmen ihrer Mobilisierungsvereinbarung Vorkehrungen treffen (sollen), die der Erfüllung der Wertguthaben einschließlich des auf sie entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers dienen, dass ein Verstoß gegen diese Vorschrift aber jedenfalls nicht ausdrücklich mit einer Sanktion belegt wird. Die bisherigen Erfahrungen mit dieser, seit dem 1. Januar 1998 existierenden Vorschrift belegen, dass es nicht nur dem einzelnen Arbeitnehmer nur schwer möglich ist, eine Insolvenzversicherung seiner Wertguthaben durchzusetzen, sondern dass sogar Tarifverträge großer Industriegewerkschaften nicht selten auf entsprechende Regelungen verzichten (müssen)<sup>1</sup>. Der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung hat daher die mangelnde Absicherung der Guthaben auf Arbeitszeitkonten im Fall der Insolvenz des Arbeitgebers als zentrales Problem der wünschenswerten weiteren Arbeitszeitflexibilität herausgestellt.

Ziel des Projekts, das in engem Zusammenhang mit der von Prof. Dr. Hanau durchgeführten Untersuchung über die arbeits- und insolvenzrechtlichen Rahmenbedingungen einer legislativen Neukonzeption des Wertguthabenschutzes steht, ist es daher, die sozialversicherungsrechtlichen Aspekte einer Insolvenz-

<sup>1</sup> Siehe dazu den Bericht von Prof. Dr. Hanau unter III. 1.

sicherung zu erarbeiten. Dem Gesetzgeber ist ein Vorschlag zu unterbreiten, der sich in die beitrags- und leistungsrechtlichen Zusammenhänge aller Zweige der Sozialversicherung einfügt.

## II. Der Insolvenzschutz von Wertguthaben nach geltendem Recht

### 1. Entstehungsgeschichte, Norminhalt und -zweck

Die derzeitige gesetzliche Regelung des Insolvenzschutzes von Arbeitszeitkonten geht auf das Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeiten vom 6. April 1998<sup>2</sup> zurück, das rückwirkend zum 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist.

Die damalige Bundesregierung hatte im Bündnis für Arbeit und zur Standortsicherung zugesagt, die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Vereinbarung von Arbeitszeitkonten zu überprüfen und ggf. entgegenstehende rechtliche Hemmnisse auszuräumen. Die mit dem Gesetz bewirkten Neuregelungen zielten dementsprechend darauf ab, den unterschiedlichen Ansätzen und Inhalten der Modelle, die zur Flexibilisierung der Arbeitszeit entwickelt worden waren, besser Rechnung zu tragen, als dies nach den damaligen Rahmenbedingungen des Arbeits- und Sozialrechts möglich war. Dabei sollten die neuen Rahmenbedingungen nicht auf bestimmte Modelle zugeschnitten werden. Vielmehr kam es dem Gesetzgeber darauf an, das Recht so weiterzuentwickeln, dass es den berechtigten Interessen der beteiligten Arbeitnehmer, Arbeitgeber und Sozialversicherungsträger Rechnung trägt und für künftige Entwicklungen offen bleibt. Für die Vereinbarung von Langzeitkonten erhielten die Vertragsparteien lediglich den gesetzlichen Auftrag, geeignete Vorkehrungen zur Absicherung dieser Konten für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zu treffen.

Der einschlägige § 7d (damals § 7a) des Vierten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB IV) – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – lautet:

#### § 7d. Insolvenzschutz

- (1) Die Vertragsparteien treffen im Rahmen ihrer Vereinbarungen nach § 7 Abs. 1a Vorkehrungen, die der Erfüllung der Wertguthaben einschließlich des auf sie entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers dienen, soweit
  1. ein Anspruch auf Insolvenzgeld nicht besteht und
  2. das Wertguthaben des Beschäftigten einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag einen Betrag in Höhe des Dreifachen der monatlichen Bezugsgröße und der vereinbarte Zeitraum, in dem das Wertguthaben auszugleichen ist, 27 Kalendermonate nach der ersten Gutschrift übersteigt; in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung kann ein von 27 Kalendermonaten abweichender Zeitraum vereinbart werden.
- (2) Absatz 1 findet keine Anwendung gegenüber dem Bund, einem Land oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, bei der das Insolvenzverfahren nicht zulässig ist.
- (3) Das Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung berichtet den gesetzgebenden Körperschaften bis zum 31. Dezember 2001 über die nach Absatz 1 getroffenen Vereinbarungen zur Absicherung von Wertguthaben und gibt Vorschläge zur Weiterentwicklung des Insolvenzschutzes ab.

<sup>2</sup> BGBl. I, S. 688, sog. „Flexi-Gesetz“.

Die Regelung beruht auf dem Gedanken, dass angesichts der Vielzahl bereits vorhandener und sich noch entwickelnder Arbeitszeitkontenmodelle auch der Insolvenzschutz für die Wertguthaben den Flexibilitätsbedürfnissen der Praxis Rechnung tragen müsse. In der Anlaufphase sei es zunächst Aufgabe der Vertragsparteien, entsprechend diesen Erfordernissen sachgerechte Modelle zur Sicherung der Wertguthaben zu entwickeln. Auch bei der betrieblichen Altersversorgung habe der durch den Gesetzgeber ausgeformte Insolvenzschutz nicht am Anfang, sondern am Ende einer jahrzehntelangen Entwicklung gestanden. Die Nummern 1 und 2 des Absatzes 1 stecken den Rahmen ab, innerhalb dessen der Gesetzgeber einen Regelungsbedarf für die Vertragsparteien sah. Ein Sicherungsbedürfnis bestand nach seiner damaligen Auffassung nicht, soweit der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Insolvenzgeld hat (Nummer 1). Unabhängig davon sei nicht jedes Wertguthaben sicherungsbedürftig. Ein Sicherungsbedürfnis sei nach Nummer 2 erst gegeben, wenn ein Wertguthaben das Dreifache der Bezugsgröße (das sind im Jahre 2003 in den alten Bundesländern 7.140 €, im Beitrittsgebiet 5.985 €) und der Ausgleichszeitraum 27 Kalendermonate nach der ersten Gutschrift überschreite. Der Zeitraum von 27 Kalendermonaten trage den in der Praxis entwickelten Regelungen Rechnung, die in der Regel einen Ausgleich innerhalb von 24 Kalendermonaten mit einem zusätzlichen Zeitpuffer von 3 Monaten vorsähen. Durch Absatz 2 würden nicht insolvenzfähige Rechtsträger von der Anwendung des Absatzes 1 ausgenommen; darunter fielen auch die Kirchen und die öffentlichrechtlichen Religionsgesellschaften. Die Berichtspflicht des Absatzes 3 stelle sicher, dass die weitere Entwicklung im Bereich der Absicherung von Wertguthaben aufmerksam verfolgt werde. Der Bericht biete dem Gesetzgeber auch die Grundlagen für Initiativen zur Weiterentwicklung des Insolvenzschutzes<sup>4</sup>.

Durch Art. 4 Nr. 3 des Gesetzes zur Einführung des Euro im Sozial- und Arbeitsrecht vom 21. Dezember 2000<sup>5</sup> wurde Absatz 1 Nr. 2 um den zweiten Halbsatz ergänzt, der es den Tarifvertragsparteien oder den Betriebsparteien aufgrund eines Tarifvertrages ermöglicht, den Sicherheitszeitraum gegenüber der gesetzlichen Regel von 27 Monaten zu verkürzen oder zu verlängern. Dadurch können sie die gesetzliche Grenze von 27 Kalendermonaten flexibel an besondere Verhältnisse in den jeweiligen Tarifbereichen anpassen<sup>6</sup>.

## 2. Reichweite und Schutzlücken der gesetzlichen Regelung

### a) Insolvenzschutzvorkehrungen durch die Vertragsparteien

§ 7d Abs. 1 SGB IV besitzt eine für einen Rechtssatz ungewöhnliche Normstruktur. Während ein vollständiger Rechtssatz sich durch Tatbestand und Rechtsfolge als *Sollenssatz* kennzeichnet, trifft die genannte Vorschrift ihrem Wortlaut nach lediglich eine Aussage und beschreibt damit nicht das Sollen, sondern das *Sein*. Obwohl bereits im Gesetzgebungsverfahren von sachverständiger Seite auf eine Klarstellung gedrungen worden war, ob und unter welchen Voraussetzungen die Vertragsparteien zur Regelung einer Insolvenzsicherung verpflichtet sind und welche Konsequenzen sich ggf. aus einem Verstoß gegen diese Verpflichtung ergeben<sup>7</sup>, hat der Bundestagsausschuss für Arbeit und Sozialordnung keine Änderung an dem von der Bundesregierung und den Regierungsfractionen eingebrachten Gesetzentwurf vorgenommen. Der Rechtsausschuss hat lediglich seine Auffassung zu Protokoll gegeben, dass es sich bei § 7d Abs. 1 SGB IV um eine Muss-Vorschrift handle<sup>8</sup>.

3 Vgl. Bundestags-Drucks. 13/9818, S. 9.

4 Vgl. Bundestags-Drucks. 13/9818, S. 11.

5 BGBl. I, S. 1983.

6 Bundestags-Drucks. 14/4375, S. 47.

7 Vgl. Bundestags-Drucks. 13/10033, S. 16.

8 Bundestags-Drucks. 13/10033, S. 16.

Auch der Vertreter der Bundesregierung hat in den Beratungen des Bundestagsausschusses erklärt, dass die im Gesetzentwurf in § 7d SGB IV vorgesehene Regelung zum Insolvenzschutz als zwingendes Recht zu verstehen sei, wenngleich keine Sanktion für den Fall der Nichtbeachtung vorgesehen sei. Die Formulierung in § 7d müsse im Kontext des SGB IV gesehen werden, dessen Bestimmungen im Indikativ gefasst seien. Dabei seien bislang nie Zweifel daran geäußert worden, dass es sich um Muss-Vorschriften handele<sup>9</sup>.

Gleichwohl ist der verpflichtende Charakter des § 7d Abs. 1 SGB IV im rechtswissenschaftlichen Schrifttum keineswegs unumstritten. So formuliert *Diller*, aus der Gesetzesbegründung ergebe sich die „klar erkennbare Absicht des Gesetzgebers, den Insolvenzschutz zunächst nur als freiwillige Angelegenheit auszugestalten“. Nur sei dies im Wortlaut des Gesetzes „nur sehr unvollkommen zum Ausdruck gekommen“, weil das entscheidende Wort „sollen“ im Text fehle<sup>10</sup>.

Demgegenüber steht die ganz überwiegende Auffassung auf dem Standpunkt, dass § 7d Abs. 1 SGB IV eine echte Rechtspflicht begründet<sup>11</sup>. Ebenso wird freilich darauf hingewiesen, dass eine Sanktion im Falle der Verletzung der Insolvenzschutzpflicht nicht vorgesehen ist. Insbesondere wird dadurch weder der Bestand des sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses in Frage gestellt noch die Wirksamkeit der Mobilzeitvereinbarung berührt<sup>12</sup>.

### **aa) Schutznormcharakter der Insolvenzschutzverpflichtung?**

- (1) Gelegentlich wird allerdings erwogen, § 7d SGB IV als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB zu interpretieren. Eine Verletzung der Insolvenzschutzpflicht hätte dann Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers zur Folge. So formuliert beispielsweise der Richter am Bundessozialgericht *Schlegel*:

*„Zumindest ist anzunehmen, dass der Arbeitnehmer Anspruch auf einen angemessenen Insolvenzschutz hat; werden entsprechende Vereinbarungen vom Arbeitgeber verweigert, ist daran zu denken, dass dieser in entsprechender Anwendung von § 315 Abs. 3 BGB zu geeigneten Vorkehrungen verpflichtet ist. Im Übrigen ist § 7 Abs. 1a SGB IV als Schutzgesetz zugunsten des Arbeitnehmers anzusehen, so dass eine Haftung des Arbeitgebers bzw. seiner Repräsentanten nach § 823 Abs. 2 BGB in Betracht zu ziehen ist“<sup>13</sup>.*

Und sogar *Diller*, der in § 7d SGB IV keine Rechtspflicht zu entdecken vermag, sondern die Insolvenzschutzpflicht als „freiwillige Angelegenheit“ der Arbeitgeber interpretiert, hält es jedenfalls für denkbar, dass eine Schadensersatzverpflichtung wegen Verletzung der Insolvenzschutzpflicht „konstruiert“ werden könnte:

*„Hier hat der Gesetzgeber wieder einmal eine Zeitbombe vergraben, die auch schon vernehmbar tickt. Schadensersatzansprüche gegen den insolventen Arbeitgeber ließen sich zwar denken, wären aber mangels Realisierbarkeit wertlos. Es lässt sich aber prognostizieren, dass ‚fortschrittliche‘ Arbeitsrichter § 7a Abs. 1 SGB IV als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ansehen und Geschäftsführer, Personalleiter etc. persönlich für die ausgefallenen Arbeitnehmeransprüche haftbar machen werden, wenn dem Arbeitnehmer kein ‚freiwilliger‘ Insolvenzschutz angeboten wurde“<sup>14</sup>.*

9 Bundestags-Drucks. 13/10033, S. 19.

10 *Diller*, NZA 1998, S. 792 (795).

11 *Baier* in *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung (Stand: September 2002), § 7d SGB IV RdNr. 3; *Schlegel* in *Küttner* (Hrsg.), Personalbuch 2003, Wertguthaben/Zeitguthaben RdNr. 13; *Seewald* in *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht* (Stand: Mai 2003), § 7d SGB IV RdNr. 3; *Sehnert* in *Hauck/Noftz*, SGB IV (Stand: März 2003), § 7d RdNr. 6.

12 *Schlegel* in *Küttner* (Hrsg.), Personalbuch 2003, Wertguthaben/Zeitguthaben RdNr. 16; *Seewald* in *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht* (Stand: Mai 2003), § 7d SGB IV RdNr. 3; *Sehnert* in *Hauck/Noftz*, SGB IV (Stand: März 2003), § 7d RdNr. 7.

13 *Schlegel* in *Küttner* (Hrsg.), Personalbuch 2003, Wertguthaben/Zeitguthaben RdNr. 16.

14 *Diller*, NZA 1998, S. 792 (795).

- (2) Die Dinge liegen freilich etwas komplexer, als diese prägnanten Stellungnahmen erahnen lassen.
- (a) Dies gilt zunächst für die Frage, ob § 7d Abs. 1 SGB IV überhaupt Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB sein kann. Nach der Rechtsprechung des BGH stellt eine Rechtsnorm dann ein Schutzgesetz dar, wenn sie – sei es auch neben dem Schutz der Gesamtheit – gerade dazu dienen soll, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsguts oder eines bestimmten Rechtsinteresses zu schützen. Dabei komme es nicht auf die Wirkung, sondern auf den Inhalt und Zweck des Gesetzes, insbesondere darauf an, ob der Gesetzgeber bei Erlass des Gesetzes gerade einen Rechtsschutz, wie er wegen der behaupteten Verletzung in Anspruch genommen wird, zugunsten von Einzelpersonen oder bestimmten Personenkreisen gewollt oder doch mitgewollt habe. Es genüge, dass die Norm auch das Interesse der Einzelnen schützen sollte, wenngleich sie in erster Linie das Interesse der Allgemeinheit im Auge habe<sup>15</sup>.

Mit der Annahme eines jedenfalls auch bezweckten Individualschutzes ist zwar eine Grundvoraussetzung für die Anerkennung der Vorschrift als Schutzgesetz erfüllt. Das allein reicht aber nicht aus. Es muss sich vielmehr aus dem Gesamtzusammenhang des Normengefüges ergeben, dass die Schaffung eines – unter Umständen zusätzlichen – Schadensersatzanspruchs tatsächlich vom Gesetz erstrebt wird, das heißt, dass ein solcher besonderer Schadensersatzanspruch sinnvoll und im Licht des haftungsrechtlichen Gesamtsystems tragbar erscheint. In diesem Zusammenhang kann es auch eine Rolle spielen, ob der Geschädigte in ausreichender Weise anderweitig abgesichert ist. Schließlich ist auch darauf zu achten, ob ein durch ein Schutzgesetz geschaffener Schadensersatzanspruch im Widerspruch zu allgemeinen Rechtsprinzipien stünde, und zu fragen, ob dieser Widerspruch wirklich gewollt ist<sup>16</sup>.

Angesichts des Umstandes, dass es – wie dargestellt – in Anlehnung an die in den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens zum Ausdruck gekommene Überzeugung des Gesetzgebers ganz herrschender Auffassung entspricht, dass die in § 7d Abs. 1 SGB IV statuierte Insolvenzschutzverpflichtung sanktionslos sei, spricht nicht eben viel dafür, dass die Norm als Schutzgesetz zu interpretieren ist<sup>17</sup>.

- (b) Hinzu kommt, dass die aus § 823 Abs. 2 BGB resultierende Ersatzpflicht vorbehaltlich abweichender Bestimmungen der verletzten Schutznorm nur denjenigen trifft, der das Schutzgesetz verletzt hat, also denjenigen, von dem das verletzte Gesetz ein anderes Handeln verlangt hat<sup>18</sup>.

Dies ist in erster Linie der Arbeitgeber, der für den Insolvenzschutz Sorge zu tragen hat. Die ihn treffende Schadensersatzpflicht ist für den Arbeitnehmer freilich wirtschaftlich wertlos, weil der aus der Schutzgesetzverletzung resultierende Schaden sich erst in der Insolvenz manifestiert, die Schadensersatzforderung aber einfache Insolvenzforderung (§ 38 InsO) ist. Die Schadensersatzverpflichtung ist daher bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers genauso wenig zu realisieren wie die Insolvenzsicherung.

In Betracht zu ziehen wäre freilich eine Haftung der Tarifvertragsparteien, wenn und soweit die flexible Arbeitszeitgestaltung auf eine tarifliche Regelung zurückgeht und die Tarifvertragsparteien keine Regelung zum Insolvenzschutz der Wertguthaben getroffen haben. § 7d Abs. 1 SGB IV ver-

15 BGH, Urteil vom 27. November 1963 – V ZR 201/61, BGHZ 40, S. 306 (306); Urteil vom 29. Juni 1982 – VI ZR 33/81, BGHZ 84, S. 312 (314); Urteil vom 3. Februar 1987 – VI ZR 32/86, BGHZ 100, S. 13 (14 f.); Urteil vom 2. Februar 1988 – VI ZR 133/87, BGHZ 103, S. 197 (199); Urteil vom 13. Dezember 1988 – VI ZR 235/87, BGHZ 106, S. 204 (206); Urteil vom 21. Oktober 1991 – II ZR 204/90, BGHZ 116, S. 7 (13).

16 BGH, Urteil vom 13. April 1994 – II ZR 16/93, BGHZ 125, S. 366 (374); Hk-BGB/Staudinger (2. Aufl. 2002), § 823 RdNr. 147; Palandt/Thomas, BGB (62. Aufl. 2003), § 823 RdNr. 141; ähnlich schon BGH, Urteil vom 8. Juni 1976 – VI ZR 50/75, BGHZ 66, S. 388 (390).

17 Hanau, ZIP 2002, S. 2028 (2032).

18 Staudinger/Hager, BGB (13. Bearb. 1999), § 823 RdNr. G 32.

pflichtet nämlich keineswegs allein, u.U. nicht einmal in erster Linie den Arbeitgeber, für den Insolvenzschutz Sorge zu tragen. Vielmehr ist dies Aufgabe der „Vertragsparteien“, also derjenigen Parteien, die eine Vereinbarung über flexible Arbeitszeiten schließen, mit der die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1a SGB IV erfüllt werden. Dies können neben den Arbeitsvertragsparteien auch die Betriebsparteien (Arbeitgeber und Betriebsrat) und die Tarifvertragsparteien (Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband einerseits, Gewerkschaft andererseits) sein<sup>19</sup>.

Während eine Haftung des Betriebsrats im Falle unterbliebener Insolvenzschutzvereinbarungen in einer Betriebsvereinbarung von vornherein daran scheitert, dass dieser weder rechts- noch vermögensfähig ist<sup>20</sup>, erscheint eine Haftung der Tarifvertragsparteien – den Schutzgesetzcharakter des § 7d Abs. 1 SGB IV unterstellt – jedenfalls nicht per se ausgeschlossen. Kommen sie nämlich im Rahmen des von ihnen geschlossenen Tarifvertrages nicht der ihnen sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtung nach, Vorkehrungen für die Erfüllung der Wertguthaben bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zu treffen, verletzen (auch) sie das (Schutz)Gesetz und verwirklichen daher den Tatbestand des § 823 Abs. 2 BGB.

Die von *Schlegel* erwogene und von *Diller* befürchtete Haftung der „Repräsentanten“ des Arbeitgebers kommt dagegen unmittelbar aus der Verletzung des § 7d Abs. 1 SGB IV nicht in Betracht. Die Insolvenzsicherungspflicht trifft allein die „Vertragsparteien“, nur sie können daher pflichtwidrig handeln und sich einer Schadensersatzpflicht ausgesetzt sehen. Eine deliktische Haftung der gesetzlichen oder satzungsgemäßen Vertreter des Arbeitgebers, noch weniger der von ihm mit Personal- bzw. Sozialversicherungsangelegenheiten betrauten Mitarbeiter, kommt daher – hier – nicht in Betracht.

## **bb) Strafbewehrung der Insolvenzschutzpflicht?**

### **(1) Der Tatbestand des Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 2 StGB)**

*Eine Schadensersatzhaftung des zuletzt genannten Personenkreises, also namentlich der Geschäftsführer und der Personalleiter, kann sich jedoch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 266a Abs. 2, 14 StGB ergeben, wenn die Verletzung der Insolvenzsicherungspflicht eine Veruntreuung des Arbeitsentgelts im Sinne der genannten Strafvorschrift darstellt. § 266a Abs. 2 StGB bestimmt:*

#### **§ 266a. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt**

(1)...

(2) Ebenso wird bestraft, wer als Arbeitgeber sonst Teile des Arbeitsentgelts, die er für den Arbeitnehmer an einen anderen zu zahlen hat, dem Arbeitnehmer einbehält, sie jedoch an den anderen nicht zahlt und es unterlässt, den Arbeitnehmer spätestens im Zeitpunkt der Fälligkeit oder unverzüglich danach über das Unterlassen der Zahlung an den anderen zu unterrichten. Satz 1 gilt nicht für die Teile des Arbeitsentgelts, die als Lohnsteuer einbehalten werden.

(3) bis (6) ...

Der Tatbestand setzt dreierlei voraus: Erstens muss der Arbeitgeber verpflichtet sein, Teile des Arbeitsentgelts an einen anderen als den Arbeitnehmer auszuzahlen, zweitens muss der Arbeitge-

19 Seewald in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht (Stand: Mai 2003), § 7d SGB IV RdNr. 2.

20 BAG, Urteil vom 24. April 1986 – 6 AZR 607/83, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtung; *Fitting*, BetrVG (21. Aufl. 2002), § 1 RdNr. 199; von *Hoyningen-Huene*, Betriebsverfassungsrecht (5. Aufl. 2002), § 4 II 1c (S. 52); teilweise a.A. *Richardi*, BetrVG (8. Aufl. 2002), Einl. RdNr. 109 ff.

ber diese Pflicht verletzen und drittens darf er dem Arbeitnehmer nicht mitgeteilt haben, dass er das Arbeitsentgelt nicht an den Dritten gezahlt hat. In den Fällen des § 7d SGB IV kommt eine Strafbarkeit und damit über §§ 823 Abs. 2 BGB, 14 StGB eine Schadensersatzpflicht daher allenfalls dann in Betracht, wenn eine Insolvenzschutzvereinbarung kraft Arbeits- oder Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung tatsächlich besteht und der Arbeitgeber ihr zuwider handelt. Solange aber die Vertragsparteien der Verpflichtung des § 7d Abs. 1 SGB IV, eine entsprechende Abrede zu treffen, gar nicht nachgekommen sind, scheidet auch eine Verwirklichung des Tatbestandes von § 266a Abs. 2 StGB aus.

Im Übrigen kann sich der Arbeitgeber der Strafbarkeit und damit der Schadensersatzpflicht aus § 823 Abs. 2 BGB stets leicht dadurch entziehen, dass er dem Arbeitnehmer – formlos, also ggf. durch einfachen Aushang am schwarzen Brett<sup>21</sup> – schlicht mitteilt, dass er seiner Insolvenzschutzpflicht nicht nachkommt.

## **(2) Der Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB)**

- (a) Schadensersatz könnte vom Arbeitnehmer auch dann verlangt werden, wenn die Insolvenzschutzpflicht als Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestandes interpretiert wird. § 266 StGB lautet:

### **§ 266. Untreue**

(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 243 Abs. 2 und die §§ 247, 248a und 263 Abs. 3 gelten entsprechend.

- (b) Tatbestandlich kommt, da sich das vom Arbeitnehmer bereits erdiente, aber noch nicht an ihn ausgekehrte Wertguthaben noch im Vermögen des Arbeitgebers befindet, nur die zweite Alternative des § 266 Abs. 1 StGB, der sog. „Treubruchtatbestand“ in Betracht. Dieser knüpft an die tatsächliche Einwirkungsmacht des Täters an, wenn dieser ein besonderes, schützenswertes Vertrauen in die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen zugrunde liegt<sup>22</sup>.

Um aus Art. 103 Abs. 2 GG resultierenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Unbestimmtheit der Vorschrift zu begegnen, muss die vorausgesetzte Vermögensbetreuungspflicht auf einer besonders qualifizierten Pflichtenstellung zu dem fremden Vermögen beruhen, die über allgemeine vertragliche Sorgfalts- und Rücksichtnahmepflichten ebenso wie über eine allein tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit deutlich hinausgeht<sup>23</sup>.

- (c) Dementsprechend kommt eine Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB nur dann in Betracht, wenn den Täter eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht trifft, die Vermögensinteressen eines Dritten zu betreuen, d.h. diesem drohende Vermögensnachteile abzuwenden. Er muss innerhalb eines nicht ganz unbedeutenden Pflichtenkreises im Interesse des Vermögensinhabers tätig und zur fremdnützigen Vermögensfürsorge verpflichtet sein. Allgemeine schuldrechtliche Ver-

21 Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, StGB (26. Aufl. 2001), § 266a RdNr. 14; Tröndle/Fischer, StGB (51. Aufl. 2003), § 266a RdNr. 20.

22 BGH, Urteil vom 10. Juli 1996 – 3 StR 50/96, NSTZ 1996, S. 540; Urteil vom 14. Juli 1999 – 3 StR 188/99, NSTZ 1999, S. 558.

23 BGH, Urteil vom 8. Mai 1951 – 1 StR 171/51, BGHSt 1, S. 186 (188); Urteil vom 13. Juni 1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, S. 244 (251); Tröndle/Fischer, StGB (51. Aufl. 2003), § 266 RdNr. 28.

pflichtungen, insbesondere solche in Austauschverhältnissen, reichen dafür auch dann nicht aus, wenn sich aus der Vertragsbeziehung Rücksichtnahme- und Sorgfaltspflichten ergeben<sup>24</sup>.

Nach einer in der Rechtsprechung vielfach verwendeten Formel muss sich die Vermögensbetreuungspflicht als Hauptpflicht, d.h. als das Vertragsverhältnis zumindest mitbestimmende – und nicht nur „beiläufige“ – Pflicht darstellen<sup>25</sup>. Maßgeblich sind in jedem Falle Inhalt und Umfang der den Täter nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis treffenden Verpflichtungen; eine Treuepflicht ergibt sich in aller Regel<sup>26</sup> nur aus einem fremdnützig typisierten Schuldverhältnis, in welchem der Verpflichtung des Täters Geschäftsbesorgungscharakter zukommt<sup>27</sup>.

Dementsprechend ist anerkannt, dass dem Arbeitgeber – ebenso wie dem Arbeitnehmer – grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht hinsichtlich der Lohnzahlung und sonstigen Leistungen im Austauschverhältnis zukommt, dies gilt (unbeschadet des § 266a StGB, dazu unter cc) auch gegenüber den Finanzbehörden und Sozialversicherungsträgern hinsichtlich der Abführung der Lohnsteuer und der Sozialversicherungsbeiträge<sup>28</sup>.

- (d)** Aus der Insolvenzsicherungspflicht des § 7d Abs. 1 SGB IV lässt sich kaum ein anderes Ergebnis herleiten. Das Gesetz verpflichtet die Vertragsparteien (beide!, also bei tarifvertraglichen Mobilzeitvereinbarungen auch die tarifschließende Gewerkschaft!) lediglich dazu, Vorkehrungen zu treffen, die der Erfüllung der Wertguthaben einschließlich des auf sie entfallenden Arbeitgeberanteils zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag dienen. Es bestimmt nicht, dass dem Arbeitgeber eine (Haupt-) Pflicht auferlegt wird, die Vermögensinteressen des Arbeitnehmers hinsichtlich der genannten Beträge wahrzunehmen. Im Gegenteil: Die Insolvenzschutzvereinbarung soll vielmehr dafür Sorge tragen, dass die Wertguthaben gerade nicht im Vermögen des Arbeitgebers verbleiben, sondern aus ihm ausgegliedert werden, damit sie im Falle der Insolvenz vor Zugriffen der (übrigen) Gläubiger geschützt sind. Dazu reicht es z.B. nicht aus, dass auf dem Geschäftskonto des Arbeitgebers ein Unterkonto als Treuhandkonto geführt wird, über das der Arbeitgeber und der Betriebsratsvorsitzende nur gemeinsam verfügen können, weil auch ein solches Konto im Insolvenzfall in die Masse (§ 35 InsO) fällt und die Arbeitnehmer nicht zur Aussonderung nach § 47 InsO berechtigt<sup>29</sup>.
- (e)** Im Übrigen ist anerkannt, dass § 266 StGB ohnehin gegenüber § 266a Abs. 2 StGB subsidiär ist<sup>30</sup>. Eine Strafbarkeit des Arbeitgebers gem. § 266 StGB kommt damit im Ergebnis nicht in Betracht, sodass auch eine Schadensersatzhaftung der in § 14 StGB genannten Personen wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB) ausscheidet.

24 BGH, Urteil vom 22. Januar 1988 – 2 StR 133/87, NJW 1988, S. 2483; Urteil vom 30. Oktober 1990 – 1 StR 544/90, NJW 1991, S. 1069; Beschluss vom 11. August 1993 – 2 StR 309/93, NStZ 1994, S. 35; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. November 1997 – 5 Ss 342/97 – 96/971, NJW 1998, S. 690 (691); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juli 1999 – 2b Ss 182/99 – 66/99 I, NJW 2000, S. 529 (530).

25 BGH, Urteil vom 8. Mai 1951 – 1 StR 171/51, BGHSt 1, S. 186 (188); Urteil vom 11. Dezember 1957 – 2 StR 481/57, BGHSt 13, S. 315; Urteil vom 13. Juni 1985 – 4 StR 213/85, BGHSt 33, S. 244 (250); Beschluss vom 23. August 1995 – 5 StR 371/95, BGHSt 41, S. 229 (227 f.).

26 A.A. Lackner/Kühl, StGB (24. Aufl. 2001), § 266 RdNr. 11: stets.

27 BGH, Urteil vom 11. November 1982 – 4 StR 406/82, NJW 1983, S. 461; Urteil vom 22. Mai 1991 – 3 StR 87/91, NJW 1991, S. 2574; Urteil vom 4. November 1988 – 1 StR 480/88, NStZ 1989, S. 72; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, StGB (26. Aufl. 2001), § 266 RdNr. 23a; Tröndle/Fischer, StGB (51. Aufl. 2003), § 266 RdNr. 29.

28 BGH, Urteil vom 3. April 1952 – 3 StR 630/51, BGHSt 2, S. 339 (343); Urteil vom 5. Oktober 1954 – 2 StR 447/53, BGHSt 6, S. 317; BayObLG, Urteil vom 24. September 1957 – RevReg. 2 St 457/57, NJW 1957, S. 1683; OLG Köln, Urteil vom 13. Januar 1967 – Ss 345/66, NJW 1967, S. 836; OLG Braunschweig, Urteil vom 12. Juli 1976 – Ss 82/76, NJW 1976, S. 1903; Tröndle/Fischer, StGB (51. Aufl. 2003), § 266 RdNr. 37.

29 Vgl. LAG Niedersachsen, Urteil vom 23. September 2002 – 17 Sa 609/02, ZIP 2003, S. 448 (449 ff.) = LAGE § 47 InsO Nr. 1.

30 Lackner/Kühl, StGB (24. Aufl. 2001), § 266a RdNr. 20; Tröndle/Fischer, StGB (51. Aufl. 2003), § 266a RdNr. 37.

## **cc) Strafbewehrung der Insolvenzschutzpflicht hinsichtlich der Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung?**

### **(1) Der Tatbestand des Vorenthalten von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 1 StGB)**

Eine Schadensersatzhaftung kann sich jedoch auch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit §§ 266a, 14 StGB ergeben, soweit die auf das pflichtwidrig nicht insolvenzgeschützte Arbeitsentgelt entfallenden Arbeitnehmer-anteile zur Sozialversicherung betroffen sind. Als Ersatzberechtigte kommen insoweit freilich nicht die Arbeitnehmer, sondern allein die Sozialversicherungsträger in Betracht. § 266a StGB bestimmt:

#### **§ 266a. Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt**

(1) Wer als Arbeitgeber der Einzugstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) bis (6) ...

Die Verantwortlichkeit der Repräsentanten des Arbeitgebers resultiert aus § 14 StGB, der folgenden Wortlaut hat:

#### **§ 14. Handeln für einen anderen**

(1) Handelt jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder
3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.

(2) Ist jemand von dem Inhaber eines Betriebs oder einem sonst dazu Befugten

1. beauftragt, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten, oder
2. ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebs obliegen,

und handelt er auf Grund dieses Auftrags, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Beauftragten anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebs vorliegen. Dem Betrieb im Sinne des Satzes 1 steht das Unternehmen gleich. Handelt jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrags für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so ist Satz 1 sinngemäß anzuwenden.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind auch dann anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist.

## **(2) Die Tatbestandsmerkmale des § 266a Abs. 1 StGB im Einzelnen**

Der Straftatbestand des § 266a StGB ist im Falle fehlender Insolvenzversicherung regelmäßig erfüllt. Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung werden dann im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB vor-enthalten, wenn sie bei Fälligkeit nicht an die zuständige Einzugsstelle abgeführt werden<sup>31</sup>.

- (a) Dabei kommt es, wie die Neufassung des Gesetzes<sup>32</sup> im Anschluss an die Rechtsprechung des BGH nunmehr ausdrücklich klarstellt, nicht darauf an, ob der Arbeitgeber für den fraglichen Zeitraum Lohn tatsächlich ausbezahlt hat, sofern er nur zur Lohnzahlung aufgrund des bestehenden Arbeitsverhältnisses rechtlich verpflichtet gewesen ist<sup>33</sup>.

Diese Verpflichtung wird jedoch weder durch die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers noch durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgehoben. Für die bloße Zahlungsunfähigkeit resultiert dies schon aus dem früher in § 279 BGB a.F. zum Ausdruck gelangten Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung, nach dem jedermann für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einzustehen hat<sup>34</sup>.

Hinsichtlich der Insolvenz resultiert die Aufrechterhaltung der Zahlungspflicht daraus, dass der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses – wie sich unmittelbar aus § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO und mittelbar aus § 113 InsO ergibt – durch die Eröffnung des Verfahrens nicht berührt wird<sup>35</sup>.

Darüber hinaus hat das BAG mit Urteil vom 5. Dezember 2002 sogar die Kündigungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters begrenzt und entschieden, dass die Stilllegung des Betriebes kein dringendes betriebliches Erfordernis darstelle, das nach § 1 Abs. 2 KSchG die Kündigung eines Arbeitnehmers, mit dem Block-Altersteilzeit vereinbart ist und der sich bereits in der Freistellungsphase befindet, sozial rechtfertigen könne. Nach dem Gesetzeswortlaut seien zur sozialen Rechtfertigung der Kündigung nämlich dringende betriebliche Erfordernisse nötig, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in dem Betrieb entgegenstehen. Diese müssten darüber hinaus die Kündigung bedingen. Wenn nach der Rechtsprechung die unternehmerische Entscheidung, den Betrieb stillzulegen, als eine der wesentlichen Fallgestaltungen einer betriebsbedingten Kündigung angesehen werde, so habe dies seinen Grund allein darin, dass der Arbeitgeber im laufenden Arbeitsverhältnis regelmäßig zur Beschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet sei und durch die Betriebsstilllegung diese Möglichkeit, den Arbeitnehmer im Betrieb weiterzubeschäftigen, weg falle. Die Rechtsprechung prüfe deshalb stets, ob nach dem unternehmerischen Konzept der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für den gekündigten Arbeitnehmer spätestens mit dem Ablauf der für ihn einschlägigen Kündigungsfrist absehbar war. Der mit einer Betriebsstilllegung verbundene Wegfall aller Beschäftigungsmöglichkeiten im Betrieb habe für das Arbeitsverhältnis eines in Block-Altersteilzeit bereits in der Freistellungsphase befindlichen Arbeitnehmers jedoch ersichtlich keine Bedeutung mehr. Der Arbeitnehmer habe hier seine volle, vertraglich geschuldete Arbeitsleistung bereits erbracht. Insoweit reiche es aus, dass bis zum Beginn der Freistellungsphase im Betrieb genügend Beschäftigungsmöglichkeiten vorhanden waren. Während der Freistellungsphase brauche der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Die vom Arbeitgeber während der

31 BGH, Urteil vom 21. Januar 1997 – VI ZR 338/95, BGHZ 134, S. 304 (307); Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 327/95, NJW 1997, S. 133 (134); Urteil vom 16. Mai 2000 – VI ZR 90/99, BGHZ 144, S. 311 (314).

32 Durch das Gesetz zur Erleichterung der Bekämpfung von illegaler Beschäftigung und Schwarzarbeit vom 23. Juli 2002, BGBl. I, S. 2787.

33 BGH, Urteil vom 16. Mai 2000 – VI ZR 90/99, BGHZ 144, S. 311 (316 f.); Urteil vom 14. November 2000 – VI ZR 149/99, NJW 2001, S. 967 (969); Urteil vom 9. Januar 2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, S. 969 (970); Beschluss vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02, NJW 2002, S. 2480.

34 BGH, Urteil vom 14. Juli 1958 – VII ZR 99/57, BGHZ 28, S. 123 (128); Urteil vom 30. Oktober 1974 – VIII ZR 69/73, BGHZ 63, S. 132 (139); Urteil vom 25. März 1982 – VII ZR 60/81, BGHZ 83, S. 293 (300); Urteil vom 28. Februar 1989 – IX ZR 130/88, BGHZ 107, S. 92 (102).

35 *Braun/Kroth*, InsO (2002), § 108 RdNr. 1; *Foerste*, Insolvenzrecht (2003), RdNr. 251; *Nerlich/Römermann/Hamacher*, InsO (Stand: März 2003), Vor § 113 RdNr. 14.

Freistellungsphase zu erbringende Leistung bestehe allein noch in der Gehaltszahlung. Für die Erfüllung dieser Verpflichtung spiele es keine Rolle, ob der Betrieb weiter laufe oder stillgelegt werde. Das Fehlen hinreichender finanzieller Mittel könne den Schuldner grundsätzlich nicht entlasten. Allein die rein theoretische Überlegung, ob der Arbeitnehmer, wenn er während der Freistellungsphase beschäftigt werden müsste, auch beschäftigt werden könnte, stelle nach § 1 Abs. 2 KSchG kein dringendes betriebliches Erfordernis dar, das eine Kündigung bedingen könne. Es wäre auch nicht interessengerecht, in der Betriebsstillegung einen betriebsbedingten Grund zu sehen, das Arbeitsverhältnis noch in der Freistellungsphase zu kündigen. Dabei sei nicht einmal zu entscheiden, ob eine wirksame betriebsbedingte Kündigung den Arbeitgeber überhaupt von der restlichen Lohnzahlungspflicht entlasten könnte. Bleibe der Arbeitgeber, da der Arbeitnehmer seine volle Arbeitsleistung bereits erbracht habe, nach Ablauf der Kündigungsfrist jedenfalls zur Lohnzahlung verpflichtet, sei kein berechtigtes Arbeitgeberinteresse an einer vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses erkennbar, das eine betriebsbedingte Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial rechtfertigen könnte. Könnte sich der Arbeitgeber durch eine wirksame Kündigung von der vollen Lohnzahlungspflicht entlasten, würde spätestens bei der Interessenabwägung sich eine derartige Kündigung als rechtsunwirksam erweisen, da das Interesse des Arbeitnehmers an der Zahlung des Restlohns, für den er bereits seine Arbeitsleistung erbracht hat, jedenfalls höher einzuschätzen sei als das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers<sup>36</sup>.

- (b)** Besteht folglich das Arbeitsverhältnis auch in der Insolvenz des Arbeitgebers fort und ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, die daraus resultierenden Entgeltansprüche aus der Masse (als Masseschulden, § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO) zu befriedigen<sup>37</sup>, muss er auch die auf das Arbeitsentgelt entfallenden Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung abführen. Dabei ist auch hinsichtlich der Interpretation des § 266a StGB das Verständnis der entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen maßgebend (sog. „Sozialrechts-Akzessorietät“, da sie von § 266a StGB in Bezug genommen werden<sup>38</sup>).

Die Beiträge zur gesetzlichen Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung sowie zur Bundesanstalt für Arbeit sind nach Maßgabe der §§ 28d ff. SGB IV an die Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (die Krankenkasse, § 28h Abs. 1 SGB IV) abführen. Diese Pflicht besteht, wie bereits dargelegt, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt tatsächlich bezahlt wird, also selbst wenn im Falle der Massearmut die Lohn- und Gehaltsansprüche nicht mehr befriedigt werden können. Die Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger entstehen, sobald ihre im Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Einer Konkretisierung durch einen Beitragsbescheid (§ 28 h Abs. 2 Satz 1 SGB IV) bedarf es folglich nicht, dieser hat nur feststellenden Charakter. Bei abhängig Beschäftigten entsteht der Beitragsanspruch – ebenso wie der Anspruch auf Arbeitsentgelt – kontinuierlich mit Erbringung der Arbeitsleistung<sup>39</sup>.

Dabei ist es auch sozialversicherungsrechtlich nicht erforderlich, dass das Arbeitsentgelt dem Arbeitnehmer tatsächlich zugeflossen ist. Nach der vom BSG heute vertretenen sog. kombinierten Anspruchs- und Zuflusstheorie ist es ausreichend, dass der Beschäftigte entweder Anspruch auf Arbeitsentgelt hat oder ihm dieses tatsächlich zugeflossen ist<sup>40</sup>.

36 BAG, Urteil vom 5. Dezember 2002 – 2 AZR 571/00, DB 2003, S. 1334 = ZIP 2003, S. 1169.

37 *Braun/Bäuerle*, InsO (2002), § 55 RdNr. 27; *Foerste*, Insolvenzrecht (2003), RdNr. 82; *Nerlich/Römermann/Andres*, InsO (Stand: März 2003), § 55 RdNr. 97 ff., 103.

38 BGH, Urteil vom 18. November 1997 – VI ZR 11/97, NJW 1998, S. 1306 (1307); *Tröndle/Fischer*, StGB (51. Aufl. 2003), § 266a RdNr. 9.

39 BSG, Urteil vom 30. August 1994 – 12 RK 59/92, BSGE 75, S. 61 (66 ff.); *Seewald* in *Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht* (Stand: Mai 2003), § 22 SGB IV RdNr. 4.

40 BSG, Urteil vom 28. Juni 1995 – 7 RAr 102/94, BSGE 76, S. 162 (164 ff.) unter Aufgabe von BSG, Urteil vom 18. April 1991 – 7 RAr 52/90, SozR 3–4100 § 112 Nr. 10; dazu *Arens/Alf*, NZS 1996, S. 158 ff.; *Breidenbach*, BB 2002, S. 1910 ff.; *Peters-Lange*, NZA 1996, S. 512 ff.; *Marx*, NZS 2002, S. 126 ff.

Die Fälligkeit der Beiträge ergibt sich aus § 23 SGB IV. Nach Abs. 1 Satz 2 dieser Vorschrift sind Beiträge, die nach dem Arbeitsentgelt zu bemessen sind, spätestens am Fünfzehnten des Monats fällig, der dem Monat folgt, in dem die Beschäftigung, mit der das Arbeitsentgelt erzielt wird, ausgeübt worden ist oder als ausgeübt gilt. Diese Vorschrift ist nach § 23b Abs. 1 Satz 1 SGB IV auch bei flexiblen Arbeitszeitvereinbarungen anzuwenden, und zwar sowohl für Zeiten der tatsächlichen Arbeitsleistung als auch für Zeiten der Freistellung<sup>41</sup>.

Die Haftung des Insolvenzverwalters entfällt freilich, wenn aus der vorhandenen Masse nicht einmal mehr die Forderungen der Sozialversicherungsträger beglichen werden können, weil § 266a Abs. 1 StGB voraussetzt, dass der Arbeitgeber zur Zahlung der geschuldeten Beiträge im Fälligkeitszeitpunkt imstande war<sup>42</sup>.

- (c) Der Arbeitgeber, der in der Insolvenz ohnehin nicht mehr befugt ist, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, wird dadurch jedoch nicht entlastet. Nach § 266a Abs. 1 StGB macht sich nämlich nicht nur derjenige strafbar, der im Fälligkeitszeitpunkt die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung nicht zahlt, obwohl er zahlungsfähig wäre, sondern auch derjenige, der sich durch anderweitige Zahlungen seiner Zahlungsfähigkeit im Fälligkeitszeitpunkt begeben hat.

So hat der VI. Zivilsenat des BGH erkannt, dass ein Arbeitgeber rechtzeitig, jedenfalls in dem kurzen und regelmäßig überschaubaren Zeitraum, der zwischen Fälligkeit des Arbeitsentgelts und der Fälligkeit der Arbeitnehmerbeiträge liegt, dafür sorgen muss, dass er die erforderlichen Zahlungsmittel zur Verfügung hat. Dies werde im Normalfall eines Unternehmens mit geregelten wirtschaftlichen und organisatorischen Verhältnissen keine außergewöhnlichen Vorkehrungen erfordern. Drängten sich jedoch aufgrund der konkreten finanziellen Situation, vor allem bei einer erkennbar verzweifelten Wirtschaftslage, deutliche Bedenken auf, ob am Fälligkeitstage ausreichende Mittel vorhanden sein werden, so sei der Arbeitgeber verpflichtet, durch besondere Maßnahmen, etwa die Aufstellung eines Liquiditätsplans und die Bildung ausreichender Rücklagen unter Zurückstellung anderweitiger Zahlungspflichten, notfalls sogar durch Kürzung der auszahlenden Löhne, seine Fähigkeit zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung soweit wie möglich sicherzustellen. Die auf diese Weise bereitzustellenden Mittel dürften nicht anderweit, auch nicht zur Befriedigung bestehender Verbindlichkeiten des Arbeitgebers, eingesetzt werden, sondern hätten ausschließlich der fristgerechten Entrichtung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung zu dienen<sup>43</sup>.

Dieser Auffassung hat sich der 5. Strafsenat des Gerichts angeschlossen. Der Vorrang der in § 266a Abs. 1 StGB genannten Ansprüche werde nicht nur durch den strafbewehrten Normbefehl deutlich, der schon die nicht fristgerechte Erfüllung dieser Verbindlichkeiten erfasse. Durch ihren besonderen strafrechtlichen Schutz seien diese Ansprüche vielmehr besonders hervorgehoben. Das besondere Sicherheitsbedürfnis dieser Ansprüche erschließe sich auch aus der Regelung des § 266a Abs. 6 StGB, die von dem Arbeitgeber im Falle wirtschaftlicher Schwierigkeiten verlange, seine Bemühungen um die Begleichung der sozialversicherungsrechtlichen Verbindlichkeiten darzutun, um selbst im Falle einer späteren Zahlung Straffreiheit zu erlangen<sup>44</sup>.

41 Vgl. Rolfs in *Spellbrink/Eicher*, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts (2003), § 30 RdNr. 76 ff.

42 BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, S. 370 (379 f.); Urteil vom 21. Januar 1997 – VI ZR 338/95, BGHZ 134, S. 304 (307); Urteil vom 18. November 1997 – VI ZR 11/97, NJW 1998, S. 1306 (1306).

43 BGH, Urteil vom 21. Januar 1997 – VI ZR 338/95, BGHZ 134, S. 304 (309); ebenso BGH, Urteil vom 14. November 2000 – VI ZR 149/99, NJW 2001, S. 967 (968); Urteil vom 9. Januar 2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, S. 969 (970).

44 BGH, Beschluss vom 28. Mai 2002 – 5 StR 16/02, NJW 2002, S. 2480; ebenso OLG Celle, Beschluss vom 22. Februar 2001 – 32 Ss 9/01, NJW 2001, S. 2985 (2986).

Da § 7d Abs. 1 SGB IV die Vertragsparteien verpflichtet, im Rahmen ihrer Mobilzeitvereinbarung Vorkehrungen zu treffen, die der Erfüllung der Wertguthaben einschließlich des auf sie entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers dienen, ist klargelegt, dass die (auch strafrechtliche) Verantwortung des Arbeitgebers insoweit zeitlich vorverlagert ist.

- (d)** Die sozialversicherungsrechtliche (§ 28e SGB IV), strafrechtliche (§ 266a StGB) und damit haftungsrechtliche Verantwortung für das rechtzeitige Abführen der Sozialversicherungsbeiträge von Arbeitnehmern trifft zwar grundsätzlich den Arbeitgeber, erstreckt sich nach § 14 Abs. 1 und 2 StGB aber auch auf die dort genannten Personen. Davon betroffen sind insbesondere die Geschäftsführer einer GmbH. Da juristische Personen nämlich nicht selbst, sondern nur durch ihre Vertreter handeln können, obliegt die Pflicht zur Abführung dieser Beiträge den Geschäftsführern der Gesellschaft. Dies ergibt sich aus ihrer gesetzlichen Funktion als vertretungsberechtigtes Organ der Gesellschaft. Zu den Aufgaben eines Geschäftsführers einer GmbH gehört es, dafür Sorge zu tragen, dass sich die Gesellschaft nach außen rechtmäßig verhält und insbesondere die ihr auferlegten öffentlichrechtlichen Pflichten erfüllt. Zu diesen öffentlichrechtlichen Pflichten gehören vor allem die Erfüllung der der Gesellschaft obliegenden steuerlichen Pflichten<sup>45</sup> sowie die Abführung der Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungsbeiträge. Kommt der Geschäftsführer diesen Pflichten nicht nach, so ist er, was die Sozialversicherungsbeiträge angeht, selbst dafür gem. §§ 266a, 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafrechtlich und auch haftungsrechtlich verantwortlich<sup>46</sup>.

Wenn mehrere Personen zu Geschäftsführern einer GmbH bestellt sind, trifft jede von ihnen die Pflicht zur Geschäftsführung. Der sich aus dieser „Allzuständigkeit“ ergebenden Verantwortung jedes Geschäftsführers für die Erfüllung der öffentlichrechtlichen Pflichten der Gesellschaft, zu denen die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge gehört, können sich die Geschäftsführer weder durch interne Zuständigkeitsverteilung noch durch Delegation auf andere Personen entledigen. Interne Zuständigkeitsregelungen lassen ebenso wie eine Delegation der Aufgaben die Eigenverantwortlichkeit nicht erlöschen. Es bleiben stets Überwachungspflichten, die Veranlassung zum Eingreifen geben, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erfüllung von der Gesellschaft obliegenden Aufgaben durch den (intern) zuständigen Geschäftsführer oder den mit der Erledigung beauftragten Arbeitnehmer nicht mehr gewährleistet ist<sup>47</sup>.

- (e)** Da schließlich § 266a StGB als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB anerkannt ist und diejenigen Personen, die strafrechtlich die Verantwortung für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge tragen, auch haftungsrechtlich verantwortlich sind<sup>48</sup>, besteht unter den genannten Voraussetzungen der §§ 266a, 14 StGB eine Schadensersatzpflicht, die sich freilich auf die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung beschränkt und nicht gegenüber den Arbeitnehmern selbst, sondern der Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag besteht.

45 BFH, Urteil vom 21. Juli 1972 – VII R 187/68, BFHE 104, S. 294 (297).

46 BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, S. 370 (375).

47 BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, S. 370 (375); Urteil vom 9. Januar 2001 – VI ZR 407/99, NJW 2001, S. 969 (971).

48 BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 – VI ZR 319/95, BGHZ 133, S. 370 (375); Urteil vom 21. Januar 1997 – VI ZR 338/95, BGHZ 134, S. 304 (313); Urteil vom 1. Oktober 1991 – VI ZR 374/90, NJW 1992, S. 177 (178); Urteil vom 21. Januar 1997 – VI ZR 338/95, NJW 1997, S. 1237 (1239); Urteil vom 15. September 1997 – II ZR 170/96, BGHZ 136, S. 332 (333 ff.); Urteil vom 13. Januar 1998 – VI ZR 58/97, NJW 1998, S. 1484 (1485); *Staudinger/Hager*, BGB (13. Bearb. 1999), § 823 RdNr. G 33.

## **b) Umfang der Insolvenzschutzpflicht (Wertguthaben)**

Die Insolvenzschutzpflicht des § 7d Abs. 1 SGB IV bezieht sich auf alle Wertguthaben. Dabei handelt es sich nach der Legaldefinition des § 7 Abs. 1a SGB IV um dasjenige Arbeitsentgelt, das für Zeiten einer Freistellung von der Arbeitsleistung fällig ist und mit einer vor (oder nach) diesen Zeiten erbrachten Arbeitsleistung erzielt worden ist. Wertguthaben entstehen also, wenn Arbeitnehmer Arbeitsleistungen erbringen und einen Teil des ihnen dafür zustehenden Entgelts nicht ausgezahlt bekommen, sondern die Arbeitszeiten stattdessen auf einem Arbeitszeitkonto in Geld oder Zeit angesammelt werden. In Einzelfällen sind auch negative Wertguthaben („Minusstunden“) denkbar, die aber naturgemäß keine Sicherungspflicht des Arbeitgebers auslösen.

Hinsichtlich des Umfangs der Wertguthaben ist zunächst der sozialversicherungsrechtliche Arbeitsentgeltbegriff maßgebend, wie er in § 14 Abs. 1 SGB IV definiert ist und sich im Einzelnen aus der auf der Basis von § 17 SGB IV erlassenen Arbeitsentgeltverordnung<sup>49</sup> ergibt. Dazu gehen neben dem laufenden Arbeitsentgelt u.a. vermögenswirksame Leistungen, Anwesenheitsprämien, Leistungs- und Erschwerniszulagen, pauschale Vergütungen für Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft, einmalige und wiederkehrende Zuwendungen wie Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld sowie Jubiläumszuwendungen, rückwirkende Lohnerhöhungen sowie Sachbezüge und sonstige geldwerte Vorteile wie Jahreswagenrabatte etc.<sup>50</sup>.

Im praktisch bedeutsamsten Sonderfall einer Mobilzeitvereinbarung, nämlich der Altersteilzeitarbeit, werden vom Arbeitgeber neben dem laufenden Arbeitsentgelt zusätzlich sog. Aufstockungsbeträge (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ATG) gewährt, mit denen das Altersteilzeitarbeitsentgelt um mindestens 20 % brutto auf mindestens 70 % des bisherigen Nettoeinkommens aufgestockt wird.

Beispiel (mit Werten von 2003): Bisheriges Brutto (Steuerklasse III): 2200 €; Altersteilzeitbrutto: 1100 €. Das bisherige Nettoeinkommen beträgt 1622,14 €, davon 70 % sind 1135,50 €. Bei 1100 € brutto bleiben aber nur 870,66 € netto, sodass die Aufstockung um 20 % = 220 € nicht ausreicht, um 70 % des bisherigen Nettos zu erreichen, vielmehr muss der Arbeitgeber um insgesamt 264,84 € brutto = netto (§ 3 Nr. 28 EStG) aufstocken.

Hochgradig zweifelhaft ist dabei, welcher Betrag in derartigen Fallgestaltungen als Wertguthaben anzusehen ist und dementsprechend der Insolvenzschutzpflicht nach § 7d Abs. 1 SGB IV unterliegt. In der betrieblichen Praxis wird gemeinhin nur die Differenz zwischen dem tatsächlich ausgezahlten, also dem um die Aufstockungsbeträge erhöhten Arbeitsentgelt und dem verdienten Entgelt als sicherungspflichtig angesehen<sup>51</sup>. Dadurch wird allenfalls ein Betrag von 30 % des Arbeitsentgelts gesichert, häufig sogar noch weniger, weil viele Altersteilzeitvereinbarungen eine über die gesetzliche Mindestgrenze von 70 % netto hinausgehende Aufstockungspflicht des Arbeitgebers vorsehen<sup>52</sup>.

49 Verordnung über die Bestimmung des Arbeitsentgelts in der Sozialversicherung (Arbeitsentgeltverordnung – ArEV) vom 18. Dezember 1984, BGBl. I, S. 1642; zuletzt geändert durch Verordnung vom 18. September 2002 (BGBl. I, S. 3667)

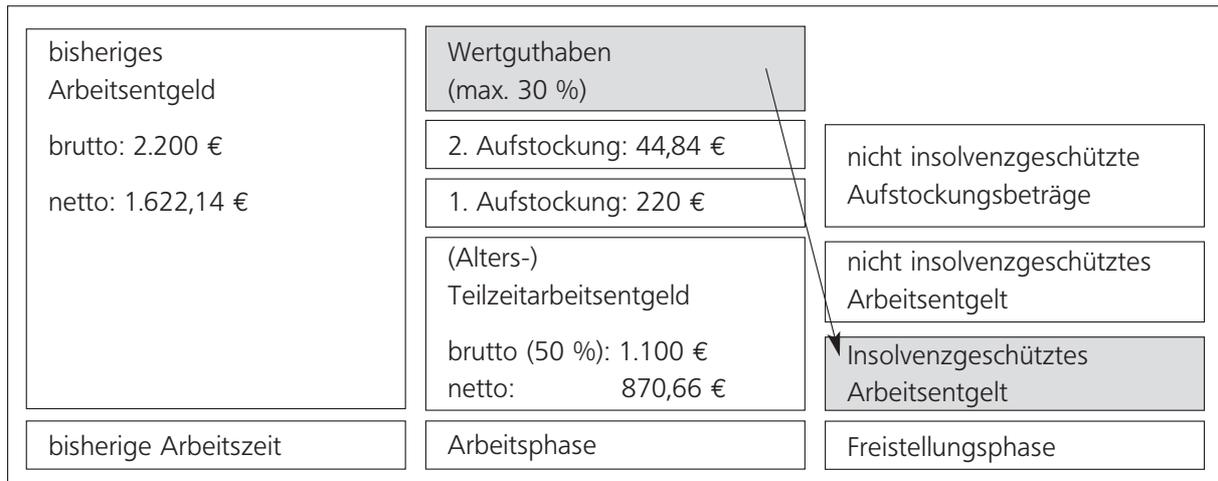
50 Einzelheiten bei Rolfs in: *Spellbrink/Eicher*, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts (2003), § 30 RdNr. 21 ff.

51 Vgl. *Langohr-Plato/Morisse*, BB 2002, S. 2330 (2330).

52 Vgl. *ErfK/Rolfs* (3. Aufl. 2003), § 3 ATG RdNr. 1.

### Abbildung 1

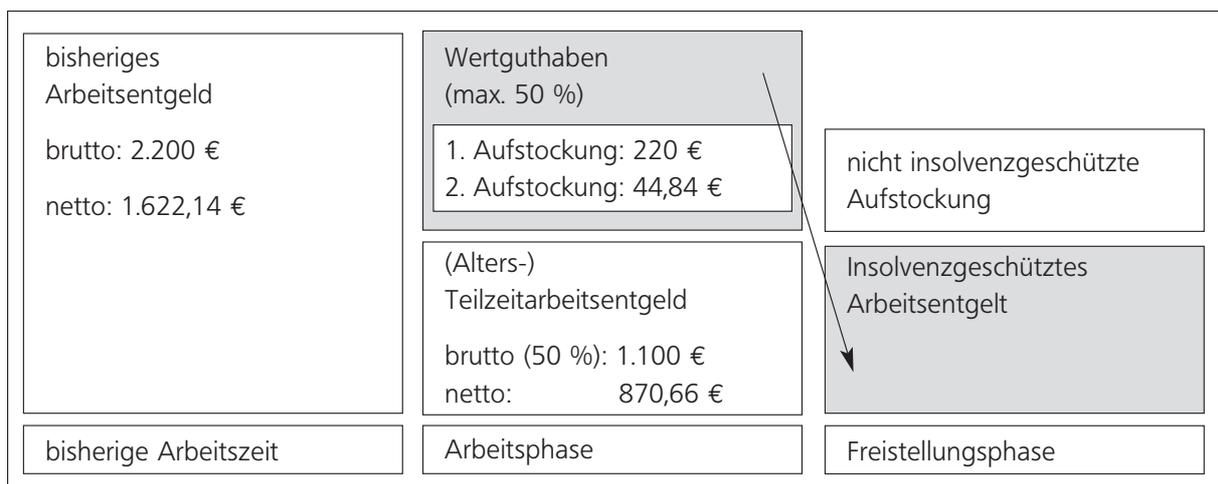
Wertguthaben bei Altersteilzeitarbeit nach derzeitiger Praxis



Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob diese Interpretation des geltenden Rechts sachgerecht ist. Die Aufstockungsbeträge erhält der Arbeitgeber nämlich, soweit sie den gesetzliche Mindestbetrag (20 % brutto auf 70 % netto) nicht übersteigen, gem. § 4 Abs. 1 Nr. 1 ATG von der Bundesanstalt für Arbeit erstattet. Sie werden im wirtschaftlichen Ergebnis also nicht von ihm, sondern von der Versicherungsgemeinschaft getragen. Daher erscheint es sachgerecht, jedenfalls *de lege ferenda* zu bestimmen, dass die Zahlung der Aufstockungsbeträge das Wertguthaben nicht vermindert. Es besteht dann folglich in der Höhe der Differenz zwischen dem bisherigen (Brutto-)Arbeitsentgelt und dem (Brutto-)Teilzeitarbeitsentgelt und beträgt damit bei einer Halbierung der Arbeitszeit 50 % des bisherigen Arbeitsentgelts. Damit wäre zumindest der gesamte Entgeltanspruch des Arbeitnehmers in der Freizeitphase insolvenzgesichert.

### Abbildung 2

Wertguthaben bei Altersteilzeitarbeit *de lege ferenda*



### c) Grenzen der Insolvenzsicherungspflicht (§ 7d Abs. 1 Hs. 2 SGB IV)

Die Insolvenzsicherungspflicht des § 7d Abs. 1 SGB IV besteht ausweislich des zweiten Halbsatzes der genannten Vorschrift nur, soweit

1. ein Anspruch auf Insolvenzgeld nicht besteht und

2. das Wertguthaben des Beschäftigten einschließlich des darauf entfallenden Arbeitgeberanteils zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag einen Betrag in Höhe des Dreifachen der monatlichen Bezugsgröße und der vereinbarte Zeitraum, in dem das Wertguthaben auszugleichen ist, 27 Kalendermonate nach der ersten Gutschrift übersteigt; in einem Tarifvertrag oder aufgrund eines Tarifvertrages in einer Betriebsvereinbarung kann ein von 27 Kalendermonaten abweichender Zeitraum vereinbart werden.

### **aa) Vorrang des Insolvenzgeldes**

Eines Insolvenzschutzes bedarf es nicht, soweit die Ansprüche der Beschäftigten auf Arbeitsentgelt durch den Insolvenzgeldanspruch gegenüber der Bundesanstalt für Arbeit abgesichert sind. Nach § 183 Abs. 1 SGB III haben Arbeitnehmer Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn sie im Inland beschäftigt waren und bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen ihres Arbeitgebers, der Abweisung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse oder vollständiger Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht gestellt worden ist und ein Insolvenzverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt, für die vorausgehenden drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt haben.

- (1) Unsicherheit besteht darüber, in welchem Umfang das Arbeitsentgelt bei Mobilzeitvereinbarungen durch das Insolvenzgeld gesichert ist. Der durch das Job-AQTIV-Gesetz<sup>53</sup> neu in das Gesetz eingefügte Satz 4 des § 183 Abs. 1 SGB III bestimmt insoweit:

Als Arbeitsentgelt für Zeiten, in denen auch während der Freistellung eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt besteht (§ 7 Abs. 1a Viertes Buch), gilt der auf Grund der schriftlichen Vereinbarung zur Bestreitung des Lebensunterhalts im jeweiligen Zeitraum bestimmte Betrag.

Die Vorschrift sieht für die Freistellungsphase vor, dass das durch das Insolvenzgeld gesicherte Arbeitsentgelt sich auf das durch die Aufstockungsbeträge erhöhte Teilzeitarbeitsentgelt erstreckt, also auch die Aufstockungsbeträge in die Berechnung des Insolvenzgeldes einfließen. Ihr liegt die Erwägung zugrunde, dass die Rechtsprechung des BSG zum Konkursausfall- bzw. Insolvenzgeld für die zeitliche Zuordnung des Arbeitsentgeltes teilweise an den Zeitraum angeknüpft hat, in dem das Arbeitsentgelt erarbeitet wurde, teilweise an den Zeitraum, für den es zum Lebensunterhalt bestimmt war. Zuletzt ging das BSG<sup>54</sup> entgegen der bisherigen Praxis der Bundesanstalt für Arbeit davon aus, dass Arbeitsentgelt grundsätzlich dem Zeitraum zuzuordnen ist, in dem es erarbeitet worden ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit erschien es dem Gesetzgeber demgegenüber geboten, für Zeiten der Freistellung im Rahmen einer flexiblen Arbeitszeitregelung klarzustellen, dass ebenso wie bei Zeiten, in denen das Wertguthaben angespart wird, von dem Zeitraum auszugehen ist, für den das Arbeitsentgelt zum Lebensunterhalt bestimmt ist. Für Zeiten einer Freistellung von der Arbeitsleistung sei daher das verstetigte Arbeitsentgelt nach § 23b Abs. 1 Satz 1 SGB IV maßgebend<sup>55</sup>.

- (2) Aus dieser Vorschrift wird in Praxis der Praxis der Bundesanstalt für Arbeit<sup>56</sup>, die in der Literatur z.T. auf Zustimmung gestoßen ist<sup>57</sup>, der Schluss gezogen, dass auch in der Arbeitsphase nicht das gesamte tatsächlich erdiente Arbeitsentgelt (also 100 %), sondern lediglich das um die Aufstockungsbeträge erhöhte Teilzeitentgelt (also 70 % bzw. nach Maßgabe der jeweiligen Mobilzeitvereinbarung ein davon abweichender höherer Betrag) durch das Insolvenzgeld geschützt sei.

53 Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente (Job-AQTIV-Gesetz) vom 10. Dezember 2001, BGBl. I, S. 343.

54 BSG, Urteil vom 2. November 2000 – B 11 AL 87/99 R, SozR 3–4100 § 141b Nr. 21; Urteil vom 25. Juni 2002 – B 11 AL 90/01 R, SozR 3–4100 § 141b Nr. 24.

55 Bundestags-Drucks. 14/7347, S. 74.

56 DA-InsG § 183 Ziff. 4.2 Abs. 13.

57 Niesel/Roeder, SGB III (2. Aufl. 2002), § 183 RdNr. 61; Wissing/Mutschler/Bartz/Schmidt-DeCaluwe, SGB III (Stand: Dezember 2002), § 183 RdNr. 10.

Demgegenüber wird von anderer Seite vertreten, dass die durch § 183 Abs. 1 Satz 4 SGB III bewirkte Orientierung des Insolvenzgeldes am Lebensunterhaltssprinzip eine enge Ausnahme darstelle, der einer über den Wortlaut der Vorschrift hinausreichenden Interpretation nicht zugänglich sei. Dementsprechend müsse es für die Arbeitsphase beim *Erarbeitungsprinzip* verbleiben<sup>58</sup>.

### **bb) Nichterreicherung des Dreifachen der Bezugsgröße**

Ein Sicherungsbedürfnis besteht nach Auffassung des Gesetzgebers ferner nur, soweit das Wertguthaben das Dreifache der monatlichen Bezugsgröße übersteigt. Dies hat zur Folge, dass nur Wertguthaben, die im Jahre 2003 einen Betrag von 7.140 € (West) bzw. 5.985 € (Ost) übersteigen, insolvenzgeschützt werden müssen.

### **cc) Unterschreiten des 27-Monats-Zeitraums**

- (1) Drittens sieht § 7d Abs. 1 SGB IV vor, dass das Wertguthaben – auch soweit es das Dreifache der Bezugsgröße überschreitet – nur dann der Insolvenzversicherung bedarf, wenn der Zeitraum, in dem das Wertguthaben auszugleichen ist, 27 Kalendermonate nach der ersten Gutschrift übersteigt. Der Zeitraum von 27 Kalendermonaten soll den in der Praxis entwickelten Regelungen Rechnung tragen, die in der Regel einen Ausgleich innerhalb von 24 Kalendermonaten mit einem zusätzlichen Zeitpuffer von 3 Monaten vorsehen<sup>59</sup>.

Aus dieser Regelung wird z.T. der Schluss gezogen, dass Altersteilzeitregelungen, die einen Zeitraum von insgesamt fünf Jahren (je zweieinhalb Jahre = 30 Monate Arbeits- und Freistellungsphase) nicht übersteigen, einer Insolvenzschutzvereinbarung nicht bedürfen. Die von § 7d Abs. 1 SGB IV freigestellten Zeiträume (drei Monate Insolvenzgeld und 27 Monate nach Nr. 2) würden in diesen Fällen nicht überschritten<sup>60</sup>.

Dem kann indessen nicht beigetreten werden. Die „erste Gutschrift“ des Wertguthabens erfolgt bereits am Ende des ersten Monats der Arbeitsphase, bei einer Blockphase von insgesamt fünf Jahren (60 Monaten) ist dementsprechend der sicherungsfreie Ausgleichszeitraum um beinahe das Doppelte überschritten. Nur Mobilzeitvereinbarungen mit einer Laufzeit von weniger als 30 Monaten bleiben ungeschützt.

- (2) § 7d Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 SGB IV ermöglicht es den Tarifvertragsparteien oder den Betriebsparteien aufgrund eines Tarifvertrages, den Sicherungszeitraum gegenüber der gesetzlichen Regel von 27 Monaten zu verkürzen oder zu verlängern. Dadurch können sie die gesetzliche Grenze von 27 Kalendermonaten flexibel an besondere Verhältnisse in den jeweiligen Tarifbereichen anpassen<sup>61</sup>. Entscheiden die Tarif- oder Betriebsparteien sich für einen längeren Zeitraum, ist das Wertguthaben des Arbeitnehmers u.U. in noch erheblicherem Maße als nach der gesetzlichen Grundregel ungesichert.

## **3. Modelle zur Absicherung von Wertguthaben**

Hinsichtlich der in der Praxis verbreiteten Modelle der Absicherung von Wertguthaben wird auf den Forschungsbericht von Prof. Dr. *Hanau* Bezug genommen<sup>62</sup>.

58 *Gagel/Peters-Lange*, SGB III (Loseblatt, Stand: Oktober 2002), § 183 RdNr. 118 ff.; unklar jetzt *dies*, in: *Spellbrink/Eicher*, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts (2003), § 9 RdNr. 159 f.

59 Bundestags-Drucks. 13/9818, S. 11.

60 *Rittweger*, NZS 1999, S. 126 (128).

61 Bundestags-Drucks. 14/4375, S. 47.

62 Teil A. V. des Gutachtens. Siehe auch *Hanau/Arteaga*, BB 1998, S. 2054 ff.; *Langohr-Plato/Morisse*, BB 2002, S. 2330 ff.; *Rittweger*, NZS 1999, S. 126 ff.

### III. Empfehlungen für einen Insolvenzschutz von Wertguthaben de lege ferenda

#### 1. Umfang der Insolvenzsicherungspflicht

##### a) Wertguthaben und darauf entfallende Arbeitgeberanteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag

aa) Vom Arbeitgeber zu sichern sind – im Grundsatz wie bisher – die Wertguthaben, die die Arbeitnehmer durch ihre Arbeitsleistung erzielt haben, die ihnen aber nicht in Form von Arbeitsentgelt ausgekehrt worden sind. Dabei ist jedoch zu erwägen, das bislang herrschende Begriffsverständnis zu überdenken: Soweit der Arbeitnehmer (wie bei der Altersteilzeit) neben dem Teilzeitarbeitsentgelt zusätzliche Aufstockungsbeträge erhält, sollten diese bei der Berechnung des Wertguthabens außer Ansatz bleiben. Diese Aufstockungsbeträge werden zwar vom Arbeitgeber vorfinanziert, ihm aber bei Vorliegen der übrigen Erstattungsvoraussetzungen (in der gesetzlichen Mindesthöhe) von der Bundesanstalt für Arbeit ersetzt. Letztlich handelt es sich also um eine von der in der Arbeitslosenversicherung zusammengeschlossenen Versichertengemeinschaft gezahlte „Prämie“ an den Arbeitnehmer dafür, dass er durch den Übergang in die Altersteilzeitarbeit einen Arbeitsplatz freimacht und damit zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit beiträgt. Es erscheint nicht gerechtfertigt, den daraus resultierenden Vorteil auf den Arbeitgeber durch Reduzierung des Schutzzumfangs zu übertragen. Es ist vielmehr sicher zu stellen, dass der Arbeitnehmer auch im Insolvenzfall das gesamte erdiente Arbeitsentgelt erhält, ohne dass ihm bereits gewährte Aufstockungsbeträge darauf angerechnet würden.

bb) Im Ergebnis nicht gerechtfertigt erscheint demgegenüber eine noch weitergehende Insolvenzsicherungspflicht dahingehend, dass auch die in der Freistellungsphase zu gewährenden Aufstockungsbeträge gesichert werden müssten.

Zum einen nämlich genießt der Arbeitnehmer im Blockmodell ohnehin gegenüber allen anderen Beschäftigten den großen Vorteil, dass sein Arbeitsverhältnis in der Insolvenz des Arbeitgebers nicht aus dringenden betrieblichen Bedürfnissen (§ 1 Abs. 2 KSchG) gekündigt werden kann<sup>63</sup>.

Daraus folgt, dass er gegenüber den noch aktiven Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnis nach Maßgabe des § 113 Abs. 1 InsO sogar mit einer verkürzten Frist gekündigt werden kann, er erheblich im Vorteil ist.

Hinzu tritt, dass die Aufstockungsbeträge nicht nur in seinem Interesse, sondern auch im Interesse des Arbeitgebers und der Versichertengemeinschaft gewährt werden. Ihre Erstattung setzt nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 ATG nämlich voraus, dass der Arbeitgeber einen beim Arbeitsamt arbeitslos gemeldeten Arbeitnehmer oder einen Arbeitnehmer nach Abschluss der Ausbildung auf dem freigegebenen oder auf einem in diesem Zusammenhang durch Umsetzung freigewordenen Arbeitsplatz versicherungspflichtig im Sinne des SGB III beschäftigt, nur wenn der Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als fünfzig Arbeitnehmer beschäftigt, genügt auch die versicherungspflichtige Einstellung eines Auszubildenden. Nur durch die Wiederbesetzung des Arbeitsplatzes nämlich kann Altersteilzeitarbeit beschäftigungspolitisch von Vorteil sein.

63 BAG, Urteil vom 5. Dezember 2002 – 2 AZR 571/00, DB 2003, S. 1334 = ZIP 2003, S. 1169.

- cc)** Sicherungspflichtig sollte – wie schon bisher – auch der auf das Wertguthaben entfallende Arbeitgeberanteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag sein. Erhält nämlich der Arbeitnehmer Arbeitseigentum durch die Abschmelzung der Wertguthaben, muss zur Gewährleistung des Äquivalenzverhältnisses von Beitrag und Leistung (und damit letztlich zur Vermeidung einer Quersubventionierung der Aufwendungen durch die übrigen Versicherten und ihre Arbeitgeber) sichergestellt sein, dass auch die Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger befriedigt werden können.

### **b) Vorrang des Insolvenzgeldes**

Kaum gerechtfertigt erscheint die bisherige Begrenzung des § 7d Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, die den durch das Insolvenzgeld gesicherten Zeitraum der letzten drei Monate vor dem Insolvenzereignis von der Sicherungspflicht ausnimmt.

Das Insolvenzgeld wird nicht durch Beiträge, sondern durch eine allein von den Arbeitgebern aufzubringende Umlage finanziert. Dies beruht im Wesentlichen auf der Überlegung, dass die Arbeitnehmer wegen § 614 BGB regelmäßig vorleistungspflichtig sind und das Insolvenzgeld dem Ausgleich einer objektiven Verletzung der Lohnzahlungspflicht durch die Arbeitgeber dient. Die Leistungen werden von der BA vorfinanziert und sind ihr zum 30. Juni des jeweiligen Folgejahres von den Unfallversicherungsträgern zu erstatten (§ 358 Abs. 1 Satz 1 SGB III). Die verschiedenen Träger der gesetzlichen Unfallversicherung werden anteilmäßig zur Umlagefinanzierung herangezogen (§ 359 Abs. 2 SGB III), sie legen die zu zahlenden Beträge wiederum anteilmäßig nach dem Entgelt der Versicherten auf die Unternehmer (Arbeitgeber, vgl. § 136 Abs. 3 SGB VII), nicht aber die Arbeitnehmer, um (§ 360 SGB III). Auf das Insolvenzrisiko der einzelnen Unternehmen kommt es dabei grundsätzlich nicht an; nur die Entgeltsummen des Bundes, der Länder, der Gemeinden sowie der Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren nicht zulässig ist (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 InsO), und solcher juristischer Personen des öffentlichen Rechts, bei denen der Bund, ein Land oder eine Gemeinde kraft Gesetzes die Zahlungsfähigkeit sichert (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO), werden nicht berücksichtigt, § 359 Abs. 2 SGB III. Arbeitnehmer der letztgenannten juristischen Personen können nämlich im Insolvenzfall ihres Arbeitgebers die dem Insolvenzgeld entsprechenden Leistungen vom Gewährträger verlangen, § 12 Abs. 2 InsO<sup>64</sup>.

Der fehlende Insolvenzschutz für Arbeitsentgelte, die durch das Insolvenzgeld der Bundesanstalt für Arbeit abgesichert sind, führt damit zu einer erhöhten Umlagebelastung aller Arbeitgeber, die die entsprechenden Aufwendungen zu finanzieren haben. Hierfür ist eine Legitimation nicht ersichtlich. Diejenigen Unternehmen, die Mobilzeitvereinbarungen nutzen und die daraus resultierenden betriebswirtschaftlichen Vorteile ziehen, sollten nicht in die Lage versetzt werden, die aus der Ansammlung von Wertguthaben resultierenden Risiken auf Dritte abzuwälzen. Letztlich hat die derzeitige Regelung zur Folge, dass die Vorteile flexibler Arbeitszeitregelungen von dem einzelnen Arbeitgeber genutzt werden, die Nachteile aber vergemeinschaftet werden<sup>65</sup>.

### **c) Kein Sicherungsbedürfnis für Bagatellbeträge**

- aa)** Nach der derzeitige Regelung sind Wertguthaben, die das Dreifache der monatlichen Bezugsgröße (das sind im Jahre 2003 7.140 €/West bzw. 5.985 €/Ost) nicht übersteigen, von der Insolvenzversicherungspflicht ausgenommen.

<sup>64</sup> Vgl. Rofls in: *Spellbrink/Eicher*, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts (2003), § 30 RdNr. 123 ff.

<sup>65</sup> Ebenso *Glaubitz/von Maydell/Schoden*, Gutachten (zit. in Bundestags-Drucks. 14/7944, S. 14; Zusammenfassung der Ergebnisse auch in Teil I. 4. des Gutachtens von Prof. Dr. Hanau).

Diese Bestimmung ist von dem zutreffenden Grundgedanken getragen, dass ein Insolvenzschutz von Bagatellbeträgen nicht erforderlich ist, weil der Aufwand in keinem sinnvollen Verhältnis zu dem aus ihm resultierenden Nutzen steht. So besteht z.B. für einfache Überstunden, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums (z.B. 6 oder 12 Monate) im Wege des Freizeitausgleichs wieder abzubauen sind, grundsätzlich kein Sicherheitsbedürfnis.

Andererseits erscheint der derzeitige Betrag unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen beider Vertragsparteien als zu hoch. Das Dreifache der monatlichen Bezugsgröße überschreitet eine anerkennenswerte Bagatellgrenze deutlich. Angemessen erschiene entweder eine individuelle Lösung, die beispielsweise auf die Höhe eines Brutto-Monatsgehalts abstellen könnte, oder – wie bisher – eine pauschalierte Betrachtung, die dann für Arbeitnehmer, deren Einkommen die monatliche Bezugsgröße nicht übersteigt, das Einfache dieses Betrages und für Arbeitnehmer, deren Arbeitsentgelt über diesem Betrag liegt, das Doppelte der Bezugsgröße betragen könnte.

**bb)** Erwogen werden könnte, entsprechend der bisherigen Regelung in § 7d Abs. 1 Nr. 2 Halbs. 2 SGB IV den Tarifvertragsparteien Möglichkeiten zur abweichenden Regelung der Bagatellgrenze zu geben. Soweit die Insolvenzschutzpflicht allein privatrechtlichen Charakter hat, wäre eine solche Bestimmung systemimmanent und entspräche dem in Art. 9 Abs. 3 GG zum Ausdruck kommenden Vorrang der Tarifautonomie bei der Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Sollte jedoch die Verletzung der Insolvenzschutzpflicht (auch) sozialrechtlich sanktioniert werden (dazu unter III. 2.), würde sich aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung zugunsten Sozialversicherungsträger einschließlich der Bundesanstalt für Arbeit eher eine gesetzlich zwingend fixierte Größe empfehlen.

#### **d) Sicherheitsbedürfnis unabhängig vom Ausgleichszeitraum**

§ 7d Abs. 1 Nr. 2 SGB IV sieht derzeit – vorbehaltlich abweichender tarifvertraglicher Regelungen – vor, dass ein Insolvenzschutz nur erforderlich ist, wenn der vereinbarte Zeitraum, in dem das Wertguthaben auszugleichen ist, 27 Kalendermonate nach der ersten Gutschrift übersteigt.

Der Zweck dieser Regelung ist unklar, auch der Gesetzgeber bezieht sich zur Begründung allein auf die „bisherige Praxis“<sup>66</sup>. Die Dauer des Ausgleichszeitraums ist kein geeigneter Maßstab für das Sicherheitsbedürfnis des Arbeitnehmers. Die wirtschaftliche Lage selbst eines scheinbar kerngesunden Unternehmens kann sich durch interne oder externe Einflüsse – man denke etwa an die katastrophalen Auswirkungen der Attentate vom 11. September 2001 auf das Geschäftsergebnis vieler Fluggesellschaften – auch kurzfristig dramatisch verschlechtern.

Aus diesem Grunde empfiehlt es sich, als Bagatellgrenze allein auf die *Höhe* des zu sichernden Wertguthabens abzustellen. Die Dauer des Ausgleichszeitraums ist kein geeigneter Maßstab, die entsprechende Voraussetzung sollte ersatzlos entfallen.

#### **e) Kein Sicherheitsbedürfnis bei nicht insolvenzfähigen Arbeitgebern**

Wie bisher (§ 7d Abs. 2 SGB IV) besteht ein Sicherheitsbedürfnis gegenüber dem Bund, einem Land oder einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, bei der das Insolvenzverfahren nicht zulässig ist, nicht.

66 Bundestags-Drucks. 13/9818, S. 11.

## 2. Sozialrechtliche Konsequenzen der Verletzung der Insolvenzsicherungspflicht

Aus sozialrechtlicher Sicht sollten sich aus der Verletzung der Insolvenzsicherungspflicht verschiedene Konsequenzen ergeben.

### a) Sofortige Verbeitragung der Wertguthaben

Zu erwägen ist, den Arbeitgeber, der seiner Insolvenzsicherungspflicht nicht nachkommt, zu verpflichten, sofort die auf das gesamte erdiente Arbeitsentgelt entfallenden Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten.

Die Mobilzeitvereinbarung bewirkt, dass der Arbeitnehmer einen Teil des von ihm durch seine Arbeitsleistung erdienten Arbeitsentgelts nicht ausgekehrt erhält, sondern insofern der Fälligkeitszeitpunkt in die Zukunft verschoben wird. Die Abrede hat daher insoweit die Wirkung einer Stundung. Solche Vereinbarungen sind grundsätzlich zulässig und haben zur Folge, dass auch der Beitragsanspruch der Sozialversicherungsträger erst fällig wird, wenn das Arbeitsentgelt (etwa in der Freistellungsphase) tatsächlich gezahlt wird<sup>67</sup>.

Andererseits hat die Rechtsprechung stets auch auf die Grenzen privatrechtlicher Verfügungen über das Arbeitsentgelt hingewiesen. Da das Schicksal des Beitragsanspruchs hinsichtlich Entstehung, Fälligkeit und Verjährung im Sozialrecht eigenständig geregelt ist, erfassen z.B. tarifvertragliche Ausschlussklauseln zwar den arbeitsrechtlichen Entgeltanspruch, nicht jedoch den Beitragsanspruch der Einzugsstelle, sodass der Sozialversicherungsbeitrag selbst auf solche Entgeltansprüche zu zahlen ist, die infolge einer Ausschlussfrist verfallen sind<sup>68</sup>.

Dasselbe gilt, wenn der Arbeitnehmer in einem – gerichtlichen oder außergerichtlichen – Vergleich einen unstreitigen Anspruch zur Abwehr einer umstrittenen Gegenforderung des Arbeitgebers aufgibt. Auch hier bleibt die Beitragspflicht durch den Vergleich unberührt<sup>69</sup>. Der dahinter stehende Grundgedanke, dass privatrechtliche Vereinbarungen nur begrenzte Auswirkungen auf den öffentlichrechtlichen Beitragsanspruch der Sozialversicherungsträger haben können, weil dessen Schicksal hinsichtlich Entstehung, Fälligkeit und Verjährung im Sozialrecht eigenständig geregelt ist<sup>70</sup>, lässt sich auf Mobilzeitvereinbarungen übertragen:

Da die Insolvenzsicherungspflicht – wie ihre Erstreckung auf die Arbeitgeberanteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag und die aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 266a Abs. 1, 14 StGB resultierende Schadensersatzhaftung (oben II 2. a cc) belegt – nicht allein im Interesse des Arbeitnehmers, sondern auch der Sozialversicherungsträger besteht, darf der Arbeitnehmer auf Arbeitsentgelt hinsichtlich der Beitragsansprüche nicht wirksam verzichten. Er kann es zwar unterlassen, seinen Erfüllungsanspruch durchzusetzen, dies aber darf dann keine Wirkung zu Lasten der Sozialversicherung haben. Sie wird, wenn der Arbeitgeber ihr gegenüber den Insolvenzschutz der Wertguthaben nicht belegt, in die Lage versetzt, ihre Ansprüche sofort geltend machen. Der Arbeitgeber muss dann also nicht nur auf das tatsächlich gezahlte Teilzeitarbeitsentgelt, sondern auch auf die Wertguthaben Sozialversicherungsbeiträge (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) entrichten, die Aufstockungsbeträge zur Altersteilzeit bleiben – wie bisher (§§ 3 Nr. 28 EStG, 1 ArEV) – steuer- und damit beitragsfrei.

67 Vgl. zur sog. „kombinierten Anspruchs- und Zuflusstheorie“ BSG, Urteil vom 28. Juni 1995 – 7 RAr 102/94, BSGE 76, S. 162 (164 ff.); Urteil vom 28. Juni 1995 – 7 RAr 20/94, SozR 3–4100 § 249e Nr. 7.

68 BSG, Urteil vom 18. November 1980 – 12 RK 47/79, SozR 2100 § 14 Nr. 7.

69 BSG, Urteil vom 25. September 1981 – 12 RK 58/80, BSGE 52, S. 152 (157 ff.).

70 Vgl. *Rolfs in Spellbrink/Eicher*, Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts (2003), § 30 RdNr. 84.

Werden die Wertguthaben (in der Freistellungsphase) vereinbarungsgemäß wieder abgeschmolzen, ohne dass der Insolvenzfall eingetreten wäre, werden die fälligen Sozialversicherungsbeiträge mit den bereits in der Ansparphase erfüllten Beitragsansprüchen verrechnet, insoweit vermindert sich – wie bisher – auch der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber um die von ihm zu tragenden Anteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag.

### **b) Verbeitragung der Arbeitsentgeltansprüche in der Insolvenz**

- aa)** Soweit der Arbeitgeber eine Insolvenzschutzsicherung getroffen hat, bedarf es einer veränderten Regelung über die Verbeitragung des Arbeitsentgelts in sog. „Störfällen“. Bislang bestimmt § 23b Abs. 2 SGB IV:

Soweit das Wertguthaben nicht gemäß einer Vereinbarung nach § 7 Abs. 1a verwendet wird, insbesondere nicht laufend für eine Zeit der Freistellung gezahlt wird oder wegen vorzeitiger Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht mehr gezahlt werden kann, gilt auch als beitragspflichtiges Arbeitsentgelt der positive Betrag, der sich ergibt, wenn die Summe der ab dem Abrechnungsmonat der ersten Gutschrift auf einem Wertguthaben für die Zeit der Arbeitsleistung maßgebenden Beträge der jeweiligen Beitragsbemessungsgrenze um die Summe der in dieser Zeit der Arbeitsleistung abgerechneten beitragspflichtigen Arbeitsentgelte gemindert wird, höchstens der Betrag des Wertguthabens im Zeitpunkt der nicht zweckentsprechenden Verwendung des Arbeitsentgelts. [...]

Durch die Verbeitragung des verbleibenden Wertguthabens im „Störfall“ wird das Arbeitsverhältnis sozialrechtlich letztlich so abgerechnet, als hätte es ohne Mobilzeitvereinbarung im Zeitpunkt des Störfalls geendet.

Ist jedoch die Erfüllung des Arbeitsentgeltanspruchs einschließlich des auf ihn entfallenden Arbeitgeberanteils am Gesamtsozialversicherungsbeitrag durch die Insolvenzversicherung gewährleistet, bedarf es der sofortigen beitragsrechtlichen Abwicklung des Beschäftigungsverhältnisses nicht. Ein „Störfall“ tritt nicht ein. Dies muss das Gesetz ebenso klarstellen wie die Tatsache, dass die Leistung des Trägers der Insolvenzversicherung in der Gewährung von Arbeitsentgelt i.S. von § 14 SGB IV besteht, damit sowohl versicherungs- als auch beitragsrechtlich das Beschäftigungsverhältnis als fortbestehend gilt (§ 7 Abs. 1a SGB IV).

- bb)** Besteht ein Insolvenzschutz dagegen nicht, bedarf es keiner (weitere) gesonderten Regelung über die Verbeitragung der Arbeitsentgeltansprüche in der Insolvenz des Arbeitgebers mehr. Sind nämlich – wie soeben unter III. 2. a vorgeschlagen – schon wegen der fehlenden Insolvenzschutzregelung Beiträge auf das angesparte Wertguthaben zu entrichten, ist ein Ausfall der Beitragsansprüche bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr zu besorgen.

### **c) Verweigerung der Erstattung der Aufstockungsbeträge nach dem ATG**

Schließlich erscheint es geboten, die Gewährung sozialer Leistungen an den Arbeitgeber im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis davon abhängig zu machen, dass dieser seiner Insolvenzschutzpflicht nachkommt. Dies betrifft vor allem die Erstattung der Aufstockungsbeträge nach dem ATG. § 3 ATG sollte dahingehend ergänzt werden, dass Voraussetzung für eine Erstattung der Aufstockungsbeträge durch die Bundesanstalt für Arbeit (auch) ist, dass eine dem Gesetz entsprechende Sicherung der Arbeitsentgeltansprüche des Arbeitnehmers gegen die Insolvenz des Arbeitgebers nachgewiesen worden ist .

71 So auch *Glaubitz/von Maydell/Schoden*, Gutachten (zit. in Bundestags-Drucks. 14/7944, S. 14; Zusammenfassung der Ergebnisse auch in Teil I. 4. des Gutachtens von Prof. Dr. Hanau).

### 3. Sonstiges

- a) Die Begründung einer Mitteilungspflicht des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern über die von ihm getroffenen Maßnahmen zur Insolvenzsicherung hätte für die Beschäftigten den Vorteil, dass sie Gewissheit darüber hätten, ob der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen nachkommt. Die Erfüllung dieser Mitteilungspflicht hätte für den Arbeitgeber und seine Repräsentanten (§ 14 StGB) zugleich zur Folge, dass eine Strafbarkeit (§ 266a Abs. 2 StGB) und damit zugleich eine persönliche Schadensersatzhaftung entfielen.
- b) Eine sachgerechte Übergangsvorschrift müsste sicherstellen, dass im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Neuregelung bereits angesparte Wertguthaben gleichfalls nach Maßgabe des neuen Rechts sicherungspflichtig werden. Dabei muss den Arbeitgebern aber durch Einräumung einer angemessenen Übergangsfrist ausreichend Gelegenheit gegeben werden, die zusätzlich erforderlichen Mittel aufzubringen.

## IV. Zusammenfassung

### 1. Der Insolvenzschutz von Wertguthaben nach geltendem Recht

- a) Die in § 7d Abs. 1 SGB IV statuierte Pflicht der Vertragsparteien zur Insolvenzsicherung ist eine echte Rechtspflicht. Sie trifft nicht nur den Arbeitgeber, sondern auch die Tarif- und Betriebsparteien im Rahmen der von ihnen geschlossenen Mobilzeitvereinbarungen.
- b) Eine Verletzung der Insolvenzsicherungspflicht ist jedoch bislang nicht ausreichend sanktioniert. Dass die Vorschrift Schutzgesetz i.S. von § 823 Abs. 2 BGB ist, erscheint mehr als zweifelhaft. Selbst wenn sie es wäre, träfe die Haftung in erster Linie den – insolventen – Arbeitgeber.
- c) Eine Schadenersatzhaftung der Geschäftsführer, Personalleiter etc. lässt sich gegenüber den Arbeitnehmern allein aus einer Verletzung des § 266a Abs. 2 StGB (Veruntreuen von Arbeitsentgelt) i.V. mit §§ 14 StGB, 823 Abs. 2 StGB begründen. Die Haftung setzt aber voraus, dass eine Insolvenzschutzregelung bereits getroffen worden ist, sie entfällt im Übrigen schon dann, wenn den Arbeitnehmern mitgeteilt worden ist, dass ihre Wertguthaben nicht gesichert werden. Die Haftung nach § 266a Abs. 1 StGB (Vorenthalten von Arbeitsentgelt) i.V. mit §§ 14 StGB, 823 Abs. 2 BGB besteht nur gegenüber den Sozialversicherungsträgern.
- d) Inhaltlich ist die Insolvenzsicherungspflicht bislang eng begrenzt: Sie erstreckt sich nur auf Wertguthaben, das sind nach herrschender Auffassung im Falle der Altersteilzeit nur die Differenzbeträge zwischen dem bisherigen Arbeitsentgelt und dem um die Aufstockungsbeträge erhöhten Teilzeitarbeitsentgelt, also maximal 30 % des bisherigen Entgelts. Sie besteht nicht für die jeweils letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses (Insolvenzgeld-Zeitraum), ferner nicht für Beträge, die 7.140 € (im Beitrittsgebiet 5.985 €) nicht übersteigen und nicht für Wertguthaben, die innerhalb eines Zeitraums von 27 Monaten auszugleichen sind.

### 2. Empfehlungen für einen Insolvenzschutz von Wertguthaben de lege ferenda

- a) In § 7 Abs. 1a SGB IV ist der Begriff des Wertguthabens exakter als bislang zu definieren. Insbesondere ist – abweichend von der bisherigen Praxis – klarzustellen, dass die Höhe des Wertguthabens durch die Gewährung von Aufstockungsbeträgen nicht gemindert wird.
- b) Die Insolvenzsicherungspflicht des § 7d SGB IV ist – wie bisher – auf Wertguthaben und die darauf entfallenden Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu beschränken. Ein Schutz der Aufstockungsbeträge ist demgegenüber nicht angezeigt.
- c) § 7d Abs. 1 Nr. 1 SGB IV, der die Insolvenzsicherung nicht für erforderlich erklärt, soweit die Ansprüche der Arbeitnehmer durch das Insolvenzgeld der Bundesanstalt für Arbeit gesichert sind, ist im Interesse der umlagepflichtigen Arbeitgeber ersatzlos zu streichen.
- d) In § 7d Abs. 1 Nr. 2 SGB IV ist die Bagatellgrenze, bis zu der eine Sicherung nicht erforderlich ist, deutlich herabzusetzen. Für Arbeitnehmer, deren monatliches Arbeitsentgelt nicht mehr als die Bezugsgröße beträgt, sollte der einfache Betrag der Bezugsgröße, für Arbeitnehmer, deren Einkommen die Bezugsgröße übersteigt, das Doppelte der Bezugsgröße als Bagatellgrenze festgelegt werden. Im Interesse der Verwaltungsvereinfachung ist von einer Öffnungsklausel zugunsten der Tarifvertragsparteien abzusehen.
- e) Die bisherige Zeitgrenze von 27 Monaten (§ 7d Abs. 1 Nr. 2 SGB IV) sollte ersatzlos entfallen.

- f) Kommt der Arbeitgeber seiner Insolvenzsicherungspflicht ordnungsgemäß nach, begründet seine Zahlungsunfähigkeit keinen „Störfall“ mehr, der eine sofortige Abrechnung der Beitragsansprüche rechtfertigt. § 23b Abs. 2 SGB IV ist entsprechend zu ändern. Vielmehr ist zu fingieren, dass die Gewährung der Leistungen durch die Insolvenzversicherung das Beschäftigungsverhältnis fortbestehen lässt (§ 7 Abs. 1a SGB IV) und dass deren Leistungen Arbeitsentgelt i.S. von § 14 SGB IV und anderer sozialrechtlicher Bestimmungen (z.B. des § 134 SGB III) darstellen.
- g) Erfüllt der Arbeitgeber die Insolvenzsicherungspflicht nicht, hat er die auf das gesamte vom Arbeitnehmer erdiente Arbeitsentgelt (erzieltes Arbeitsentgelt zuzüglich erzielter Wertguthaben) entfallenden Beiträge zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag (Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteil) sofort zu entrichten (§ 23c SGB IV – neu –). Spätere Beitragsansprüche der Sozialversicherungsträger bei vereinbarungsgemäßer Verwendung des Wertguthabens sind mit den bereits getilgten Ansprüchen zu verrechnen. Der Abzug des Arbeitnehmeranteils vom Arbeitsentgelt erfolgt erst bei der Auflösung des Wertguthabens (Änderung von § 28g SGB IV).
- h) Die Gewährung sozialer Leistungen an den Arbeitgeber im Zusammenhang mit dem Beschäftigungsverhältnis ist davon abhängig zu machen, dass dieser seiner Insolvenzsicherungspflicht nachkommt. Zu diesem Zweck ist insbesondere § 3 ATG entsprechend zu ergänzen.
- i) Eine Information der Arbeitnehmer darüber, ob und welche Sicherungsmaßnahmen getroffen worden sind, liegt angesichts der Strafandrohung des § 266a Abs. 2 StGB im ureigensten Interesse der Arbeitgeber und ihrer Repräsentanten. Soweit eine zusätzliche Informationspflicht für nützlich gehalten wird, sollte diese in § 108 GewO ihren Standort finden.
- k) Eine Übergangsvorschrift muss sicherstellen, dass im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Neuregelung bereits angesparte Wertguthaben gleichfalls nach Maßgabe des neuen Rechts sicherungspflichtig werden. Dabei muss den Arbeitgebern durch Einräumung einer angemessenen Übergangsfrist ausreichend Gelegenheit gegeben werden, die zusätzlich erforderlichen Mittel aufzubringen.

# Literaturverzeichnis

- Ahsen, Bernd / Nölle, Jens-Uwe, Risiko Altersteilzeit? – Insolvenzschutz der Wertguthaben bei Altersteilzeitvereinbarungen, DB 2003, S. 1384 ff.
- Arens, Wolfgang / Ali, Aynur Boz, Der Begriff des „erzielten Arbeitsentgelts“ im Sinne von § 112 I 1 AFG, NZS 1996, S. 158 ff.
- Bichlmeier, Wilhelm, Anmerkung zum Urteil des LG Stuttgart vom 26. 4. 2001 – 10 O 326/00, DZWir 2002, S. 81
- Braun, Eberhard, Insolvenzordnung, Kommentar, 2002
- Bode, Christoph / Bergt, Volker H. / Oberberger, Thomas, Doppelseitige Treuhand als Instrument der privatrechtlichen Insolvenzversicherung im Bereich der betrieblichen Altersversorgung, DB 2000, S. 1864 ff.
- Breidenbach, Wolfgang, Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen auf Tariflohn und Vertrauensschutz, BB 2002, S. 1910 ff.
- Diefenbach, Willi, Einflüsse der neueren Rechtsprechung auf die Angebots- und Verwaltungspraxis eines Lebensversicherers, BB 1993, S. 1445 ff.
- Dieterich, Thomas / Hanau Peter / Schaub, Günter (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2003 (zit.: *ErfK/Bearbeiter*)
- Diller, Martin, Das neue Gesetz zur Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen („Flexi-Gesetz“), NZA 1998, S. 792 ff.
- Dörner, Heinrich / Ebert, Ina / Eckert, Jörn u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 2. Aufl. 2002 (zit.: *Hk-BGB/Bearbeiter*)
- Fischer, Gerhard / Thoms-Meyer, Dirk, Privatrechtlicher Insolvenzschutz für Arbeitnehmeransprüche aus deferred compensation, DB 2000, S. 1861 ff.
- Fitting, Karl / Kaiser, Heinrich / Heither, Friedrich / Engels, Gerd / Schmidt, Ingrid, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 21. Aufl. 2002
- Foerste, Ulrich, Insolvenzrecht, 2003
- Förster, Wolfgang, Ausgliederung von Pensionsverpflichtungen auf eine Pensionsgesellschaft, BetrAV 2001, S. 183 ff.
- Gagel, Alexander (Hrsg.), SGB III Arbeitsförderung, Kommentar, Loseblatt, Stand: Oktober 2002
- Gerke, Wolfgang / Heubeck, Klaus, Gutachten zur künftigen Funktionsfähigkeit der Insolvenzversicherung durch den Pensions-Sicherungs-Verein VVaG, BetrAV 2002, S. 433 ff.
- Göhner, Reinhard, Das Spannungsverhältnis von Tarifautonomie und Betriebspraxis im Arbeitsleben, in: Bernd Rütters (Hrsg.), Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, 2002, S. 49 ff.
- Grabmaier, Sebastian J., Insolvenzschutz von Arbeitszeitkonten durch Anlage der Wertguthaben in Investmentfonds, 2003
- Hanau, Peter, Entgeltverzicht, Entgeltstundung, Arbeitszeitkonten und Altersteilzeit in der Insolvenz, ZIP 2002, S. 2028 ff.
- Hanau, Peter / Arteaga, Marco S., Insolvenzversicherung und Lohnbesteuerung von Arbeitszeitkonten, BB 1998, S. 2054 ff.
- Hanau, Peter / Arteaga, Marco S., Gehaltsumwandlung, 1999
- Hanau, Peter / Reitze, Serge, Insolvenzversicherung durch betriebliche Pensionsfonds, in: Insolvenzrecht in Wissenschaft und Praxis, Festschrift für Wilhelm Uhlenbruck, 2000, S. 783 ff.
- Hauck, Karl / Noftz, Wolfgang, SGB IV, Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, Kommentar, Loseblatt, Stand: März 2003

- Hollich, Markus, Die Absicherung von Arbeitszeitguthaben für den Fall der Insolvenz des Arbeitgebers, 2003
- von Hoyningen-Huene, Gerrick, Betriebsverfassungsrecht, 5. Aufl. 2002
- Krauskopf, Dieter (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, Loseblatt, Stand: September 2002
- Küttner, Wolfdieter (Hrsg.), Personalbuch 2003, 10. Aufl. 2003
- Lackner, Karl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl. 2001
- Langohr-Plato, Uwe, Die Direktversicherung in der aktuellen Entwicklung des Insolvenzrechts, DB 1994, S. 325 ff.
- Langohr-Plato, Uwe / Morisse, Torsten, Insolvenzschutz von Wertguthaben aus Altersteilzeit, BB 2002, S. 2330 ff.
- Langohr-Plato, Uwe / Teslau, Johannes, Die Beitragszusage mit Mindestleistung – Die neue große Unbekannte in der betrieblichen Altersversorgung, DB 2003, S. 661 ff.
- Leisbrock, Thorsten, Altersteilzeitarbeit, 2001
- Marx, Stefan, Das Entstehungsprinzip in der Sozialversicherung – eine Rechtfertigung des Abweichens von steuerrechtlichen Regelungen, NZS 2002, S. 126 ff.
- Nerlich, Jörg / Römermann, Volker (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, Loseblatt, Stand: März 2003
- Niesel, Klaus (Red.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, Kommentar, Loseblatt, Stand: 1. Mai 2003
- Niesel, Klaus (Hrsg.), SGB III. Sozialgesetzbuch, Arbeitsförderung, Kommentar, 2. Aufl. 2002
- Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 62. Aufl. 2003
- Peters-Lange, Susanne, Abkehr vom arbeitsförderungsrechtlichen Zuflussprinzip – Auswirkungen auf die arbeitsgerichtliche Vergleichspraxis, NZA 1996, S. 512 ff.
- Richardi, Reinhard, Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 8. Aufl. 2002
- Rittweger, Stephan, Sonderfragen der tariflichen Altersteilzeit, NZS 1999, S. 126 ff.
- Rößler, Norbert / Doetsch, Peter A. / Heger, Heinz-Josef, Auslagerung von Pensionsverpflichtungen im Rahmen einer Bilanzierung gemäß SFAS bzw. IAS, BB 1999, S. 2498 ff.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl. 2001
- Spellbrink, Wolfgang / Eicher, Wolfgang (Hrsg.), Kasseler Handbuch des Arbeitsförderungsrechts, 2003
- Staudinger, Julius v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen §§ 823 – 825 BGB, 13. Bearbeitung 1999
- Stöhr, Jens-Peter, Betrieblicher Pensionsfonds in Form einer Treuhand findet Anerkennung als „funded pension plan“ nach US-GAAP, DB 1998, S. 2223 ff.
- Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 51. Aufl. 2003
- Wissing, Gerhard / Mutschler, Bernd / Bartz, Ralf / Schmidt-DeCaluwe, Reimund, SGB III – Arbeitsförderung, Kommentar, Loseblatt, Stand: Dezember 2002

## **Hans-Böckler-Stiftung**

Die Hans-Böckler-Stiftung ist das Mitbestimmungs-, Forschungs- und Studienförderungswerk des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Gegründet wurde sie 1977 aus der Stiftung Mitbestimmung und der Hans-Böckler-Gesellschaft. Die Stiftung wirbt für Mitbestimmung als Gestaltungsprinzip einer demokratischen Gesellschaft und setzt sich dafür ein, die Möglichkeiten der Mitbestimmung zu erweitern.

## **Mitbestimmungsförderung und -beratung**

Die Stiftung informiert und berät Mitglieder von Betriebs- und Personalräten sowie Vertreterinnen und Vertreter von Beschäftigten in Aufsichtsräten. Diese können sich mit Fragen zu Wirtschaft und Recht, Personal- und Sozialwesen, Aus- und Weiterbildung an die Stiftung wenden. Die Expertinnen und Experten beraten auch, wenn es um neue Techniken oder den betrieblichen Arbeits- und Umweltschutz geht.

## **Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI)**

Das Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Institut (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung forscht zu Themen, die für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Bedeutung sind. Globalisierung, Beschäftigung und institutioneller Wandel, Arbeit, Verteilung und soziale Sicherung sowie Arbeitsbeziehungen und Tarifpolitik sind die Schwerpunkte. Das WSI-Tarifarchiv bietet umfangreiche Dokumentationen und fundierte Auswertungen zu allen Aspekten der Tarifpolitik.

## **Forschungsförderung**

Die Stiftung vergibt Forschungsaufträge zu Strukturpolitik, Mitbestimmung, Erwerbsarbeit, Kooperativer Staat und Sozialpolitik. Im Mittelpunkt stehen Themen, die für Beschäftigte von Interesse sind.

## **Studienförderung**

Als zweitgrößtes Studienförderungswerk der Bundesrepublik trägt die Stiftung dazu bei, soziale Ungleichheit im Bildungswesen zu überwinden. Sie fördert gewerkschaftlich und gesellschaftspolitisch engagierte Studierende und Promovierende mit Stipendien, Bildungsangeboten und der Vermittlung von Praktika. Insbesondere unterstützt sie Absolventinnen und Absolventen des zweiten Bildungsweges.

## **Öffentlichkeitsarbeit**

Im Magazin „Mitbestimmung“ und den „WSI-Mitteilungen“ informiert die Stiftung monatlich über Themen aus Arbeitswelt und Wissenschaft. Mit der homepage [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de) bietet sie einen schnellen Zugang zu ihren Veranstaltungen, Publikationen, Beratungsangeboten und Forschungsergebnissen.

Hans-Böckler-Stiftung  
Abteilung Öffentlichkeitsarbeit  
Hans-Böckler-Straße 39  
40476 Düsseldorf  
Telefax: 0211/7778 - 225  
[www.boeckler.de](http://www.boeckler.de)

**Hans Böckler  
Stiftung** 

Fakten für eine faire Arbeitswelt.

