

Insolvenzarbeitsrecht

Röger

2. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-77770-7
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Den Vorgaben dieser Richtlinie entsprechend⁷⁸ sieht das nationale Recht mit den §§ 165 ff. SGB III das Insolvenzgeld vor, das eine **Entgeltersatzleistung** im Sozialversicherungsrecht gemäß § 3 Abs. 4 Nr. 5 SGB III ist. Vor der Insolvenzrechtsreform Anfang 1999 sah das Sozialversicherungsrecht als Vorgänger des Insolvenzgelds das Konkursausfallgeld vor. Mit der Reform der Insolvenzordnung war das Insolvenzgeld zunächst noch unter §§ 183 ff. SGB III geregelt, bis es dann mit dem 1.4.2012 seine heutige Stellung im Vierten Kapitel des SGB III, dort im Zweiten Abschnitt unter §§ 165 ff. SGB III fand. In diesem Abschnitt finden sich folgende zentrale Vorschriften zum Insolvenzgeld:

- Anspruchsvoraussetzungen und -ausschlüsse (§§ 165, 166 SGB III),
- Höhe des Insolvenzgelds (§ 167 SGB III),
- Vorschuss auf Insolvenzgeld (§ 168 SGB III),
- Anspruchsübergang auf die Bundesagentur für Arbeit (§ 169 SGB III),
- Verfügungen der Arbeitnehmer über das Arbeitsentgelt (§ 170 SGB III), was vor allem für die Insolvenzgeldvorfinanzierung große Bedeutung hat,
- Verfügungen über das Insolvenzgeld (§ 171 SGB III) und
- Datenaustausch bzw. die Datenübermittlung (§ 172 SGB III).

Eng mit den zentralen Insolvenzgeld-Vorschriften des Zweiten Abschnitts verknüpft ist noch die im Dritten Abschnitt unter § 175 SGB III zu findende Verpflichtung der Bundesagentur für Arbeit, den **Gesamtsozialversicherungsbeitrag** für den Insolvenzgeldzeitraum zu übernehmen und auf Antrag an die Einzugsstelle zu zahlen. Nicht zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag zählen und deshalb auch nicht nach § 175 SGB III geschützt sind Beiträge, die nicht zu den Pflichtbeiträgen des Gesamtsozialversicherungsbeitrags gehören, dh Beiträge zu freiwilligen Versicherungen, selbst wenn der Arbeitgeber einen Zuschuss zu leisten hat, Beiträge zu einer berufsständigen Versorgungseinrichtung für von der gesetzlichen Rentenversicherung befreite Arbeitnehmer (Beiträge zu Versorgungswerken) und Beiträge privat Krankenversicherter.⁷⁹

Das Insolvenzgeld schützt demnach im Ergebnis Arbeitnehmer für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten vor dem Ausfall ihres Arbeitsentgelts nebst der darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge (Pflichtbeiträge) wegen der Insolvenz ihres Arbeitgebers (§ 165 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 SGB III) oder wegen einer zwar insolvenzbedingten, aber ohne förmliches Insolvenzverfahren durchgeführten vollständigen Beendigung der Betriebstätigkeit (§ 165 Abs. 1 Nr. 3 SGB III).

Neben den gesetzlichen Grundlagen sind für die Praxis und die Anwendung der Vorschriften die Publikationen der Bundesagentur für Arbeit als Sozialversicherungsträger von Bedeutung. Das Merkblatt 10 der Agentur für Arbeit zum „Insolvenzgeld für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ und die **Fachlichen Weisungen** Insolvenzgeld⁸⁰ enthalten wichtige Leitlinien und Verwaltungsvorschriften bei der Gewährung von Insolvenzgeld. Schließlich hat die Bundesagentur für Arbeit Vordrucke entwickelt, insbesondere für den Antrag auf Insolvenzgeld (§ 324 Abs. 3 SGB III, § 323 Abs. 1 S. 1 SGB III), den Antrag auf Zustimmung zur Vorfinanzierung (§ 170 Abs. 4 SGB III) und die Insolvenzgeldbescheinigung (§ 314 SGB III).

Die Bundesagentur für Arbeit hält in ihrem Internet-Angebot (www.arbeitsagentur.de) die wichtigsten Merkblätter und Formulare zum Thema Insolvenzgeld zum Download bereit.

⁷⁸ Während für die Vorgängerrichtlinie 80/987/EWG streitig war, ob die §§ 183 ff. SGB III aF die Richtlinie ausreichend umgesetzt hatten, entsprechen die §§ 165 ff. SGB III nunmehr den Vorgaben der Richtlinie in ihrer Neufassung (2008/94/EG), vgl. Peters-Lange ZIP 2003, 1877; Gagel/Peters-Lange SGB III § 165 Rn. 88.

⁷⁹ Brand/Kühl SGB III § 175 Rn. 5; Geißler ZInsO 2013, 531 (532).

⁸⁰ Abgekürzt FW-InsG (in der Fassung vom 20.12.2018).

b) Finanzierung**aa) Umlagenfinanzierung**

- 50** Das Insolvenzgeld ist umlagefinanziert. Es wird zwar von der Bundesagentur für Arbeit an die Arbeitnehmer ausgezahlt, die dafür erforderlichen Mittel (einschließlich Verwaltungskosten sowie Kosten für Einzug und Prüfung, § 358 Abs. 3 SGB III)⁸¹ werden aber über eine monatliche Umlage von der Gesamtheit der Arbeitgeber aufgebracht, § 358 Abs. 1 SGB III.⁸² Nach § 358 Abs. 1 S. 2 SGB III sind nur insolvenzunfähige Arbeitgeber, wie der Bund, die Länder, die Gemeinden sowie Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren nicht zulässig ist und solche juristischen Personen des öffentlichen Rechts, bei denen der Bund, ein Land oder eine Gemeinde kraft Gesetzes die Zahlungsfähigkeit sichert, von der Umlagepflicht ausgenommen; auch private Haushalte müssen keine Umlage zahlen.
- 51** Die Umlage wird von der Einzugsstelle nach Maßgabe von §§ 358 ff. SGB III zusammen mit dem Gesamtsozialversicherungsbeitrag bei den umlagepflichtigen Arbeitgebern eingezogen (§ 359 Abs. 1 S. 1 SGB III), die die Umlage ihrerseits an die Bundesagentur für Arbeit weiterleitet (§ 359 Abs. 2 SGB III).
- 52** Die Höhe der Umlage bestimmt sich nach der Summe der Arbeitsentgelte der in einem Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer. Bemessungsgrundlage ist nach § 358 Abs. 2 SGB III das Arbeitsentgelt, nach dem die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung für die im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer bemessen werden. Von dieser Bemessungsgrundlage ist ein bestimmter Prozentsatz als Umlage an die Einzugsstelle zu zahlen. Der Umlagesatz ist in § 360 SGB III gesetzlich auf 0,15% festgelegt, wobei jedoch aufgrund einer Verordnung gemäß § 361 SGB III ein anderer Satz festgelegt werden kann. Während im Kalenderjahr 2021 dieser Umlagesatz durch das BeschSiG⁸³ coronabedingt kurzfristig auf 0,12% reduziert war, beträgt der gesetzliche Umlagesatz ab dem Kalenderjahr 2022 wieder 0,15% und soll für das Kalenderjahr 2023 auf 0,06% reduziert werden.⁸⁴

bb) Anspruchsübergang, § 169 S. 1 SGB III

- 53** Mit der Stellung des Antrags auf Insolvenzgeld geht der entsprechende Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt gemäß § 169 S. 1 SGB III auf die Bundesagentur für Arbeit über. Der **Anspruchsübergang** erfasst, begrenzt auf die Höhe der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze (§ 167 Abs. 1 SGB III, § 341 Abs. 4 SGB III), das Bruttoentgelt, einschließlich des auf den Anspruch entfallenden Lohnsteuer-Anteils.⁸⁵ Wenn, wie in der Praxis häufig, der Antrag auf Insolvenzgeld nicht näher konkretisiert ist, geht der Entgeltanspruch über, solange eine wenigstens „entfernte Möglichkeit“ besteht, dass Ansprüche auf Arbeitsentgelt in noch ungeklärter Höhe bestehen, für die eine Leistungspflicht der Bundesagentur für Arbeit in Betracht kommt.⁸⁶ Letztlich erfolgt der Anspruchsübergang aber nur in der Höhe, in der am Ende durch bestandskräftigen Verwaltungsakt Insolvenzgeld gewährt wird. Die Ablehnung des Insolvenzgeldantrags ist **auflösende Be-**

⁸¹ Die Kosten für Einzug und Prüfung durch die Krankenkassen als Einzugsstellen bzw. die Deutsche Rentenversicherung Bund als Prüfer werden von der Bundesagentur für Arbeit mit einer Pauschale abgegolten, die durch die Umlage refinanziert ist, siehe die Verordnung zur Höhe der Pauschale für die Kosten des Einzugs der Umlage für das Insolvenzgeld und die Prüfung der Arbeitgeber vom 2.1.2009 (BGBl. 2009 I 4).

⁸² Die Vorschrift ist verfassungsgemäß, BVerfG 2.2.2009 – 1 BvR 2553/08, NZS 2009, 565.

⁸³ Gesetz zur Beschäftigungssicherung infolge der COVID-19-Pandemie (Beschäftigungssicherungsgesetz – BeschSiG) vom 3.12.2020 (BGBl. 2020 I 2691).

⁸⁴ Verordnung zur Festsetzung des Umlagesatzes für das Insolvenzgeld für das Kalenderjahr 2023 (InsoGeld-FestV 2023), BR-Drs. 537/22.

⁸⁵ BAG 27.7.2017 – 6 AZR 801/16, BeckRS 2017, 126346; 25.6.2014 – 5 AZR 283/12, NZA 2015, 486; BSG 20.6.2001 – B 11 AL 97/00 R, BeckRS 2001, 41406; aA (nur Übergang des Nettoanspruchs ohne Lohnsteuer-Anteil) Gagel/Peters-Lange SGB III § 169 Rn. 8 ff.

⁸⁶ BAG 27.7.2017 – 6 AZR 801/16, BeckRS 2017, 126346.

dingung für den Forderungsübergang; bei nur teilweiser Stattgabe des Antrags fällt der zunächst übergegangene Anspruch wieder an den Arbeitnehmer zurück.⁸⁷

Mit dem übergegangenen Anspruch kann die Agentur für Arbeit Regress beim betroffenen Arbeitgeber nehmen. Diese Ansprüche können von der Bundesagentur für Arbeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur als **Insolvenzforderung** (§ 38 InsO) zur Insolvenztabelle angemeldet werden, denn im Falle eines Anspruchsübergangs auf einen Rechtsnachfolger bleibt die insolvenzrechtliche Qualität des übergegangenen Anspruchs, dh der Status als Insolvenzforderung, an sich unverändert (§ 412, § 401 Abs. 2 BGB).⁸⁸ Diesen Status als Insolvenzgläubiger hat die Bundesagentur für Arbeit gemäß § 55 Abs. 3 S. 1 InsO aber selbst dann, wenn die Entgeltansprüche der Arbeitnehmer aus dem Insolvenzgeldzeitraum wegen der Bestellung eines starken vorläufigen Insolvenzverwalters oder wegen des mit einer Einzelermächtigung ausgestatteten Insolvenzschuldners im auf eine Eigenverwaltung ausgerichteten Insolvenzöffnungsverfahren (§§ 270b, 270d InsO) eigentlich **Masseverbindlichkeiten** nach § 55 Abs. 2 InsO sind.⁸⁹ Mit dieser gesetzlich angeordneten Degradierung der auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangenen Entgeltansprüche von Masseverbindlichkeiten zu Insolvenzforderungen wollte der Gesetzgeber die Sanierungschancen erhaltenswerter Unternehmen verbessern, ohne dabei die Arbeitnehmer zu belasten.⁹⁰

Die Bundesagentur für Arbeit nimmt in der Praxis **Betriebsübernehmer** eines Betriebs nach § 613a BGB auf Erstattung des gezahlten Insolvenzgelds in Anspruch, wenn der Betriebsübergang vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgt ist und deshalb aufgrund eines **verfrühten Betriebsübergangs** die Haftungsbeschränkung des neuen Betriebsinhabers (→ § 8 Rn. 83) nicht greift. Die Agentur für Arbeit achtet bei ihrer Prüfung auf Indizien, die auf die vorzeitige Übernahme der Betriebsinhaberschaft hindeuten, insbesondere durch eine Ansprache von Kunden, die Nutzung der Immobilien und Geschäftsräume, die Kommunikation gegenüber der Öffentlichkeit und vor allem durch etwaige Weisungen an Arbeitnehmer.⁹¹

Da in der Praxis auf Insolvenzforderungen nur geringe Quotenzahlungen entfallen, entlastet der Anspruchsübergang auf die Bundesagentur für Arbeit die Umlagefinanzierung im Ergebnis nur sehr geringfügig. Bei **Insolvenzverschleppung** kann die Bundesagentur für Arbeit jedoch Schadensersatzansprüche gegen die Leitungsorgane aus § 826 BGB geltend machen, muss dazu aber darlegen und beweisen, dass eine rechtzeitige Antragstellung dazu geführt hätte, dass Insolvenzgeld insgesamt nicht oder nur in geringerem Umfang hätte gezahlt werden müssen.⁹²

c) Anspruchsvoraussetzungen

Nach § 165 Abs. 1 S. 1 und S. 2 SGB III haben Arbeitnehmer Anspruch auf Insolvenzgeld, wenn sie im Inland beschäftigt waren und bei einem Insolvenzereignis für die vorausgegangenen drei Monate des Arbeitsverhältnisses noch Ansprüche auf Arbeitsentgelt haben.⁹³ Als Insolvenzereignis gilt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Arbeitgebers (§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III), die Abweisung des Antrags auf Eröff-

⁸⁷ BAG 27.7.2017 – 6 AZR 801/16, BeckRS 2017, 126346; 12.1.2005 – 5 AZR 279/01, NJOZ 2005, 2325.

⁸⁸ Uhlenbruck/Sinz InsO § 55 Rn. 102; Geißler ZInsO 2013, 531 (532).

⁸⁹ Zur Eigenverwaltung siehe jüngst BGH 16.6.2016 – IX ZR 114/15, NJW 2016, 2572 mAnm Undritz BB 2016, 1806 (1810).

⁹⁰ BT-Drs. 14/5680, 25; Uhlenbruck/Sinz InsO § 55 Rn. 103; MüKoInsO/Hefermehl § 55 Rn. 236. Zur Parallelproblematik im Sozialversicherungsrecht → § 6 Rn. 17a.

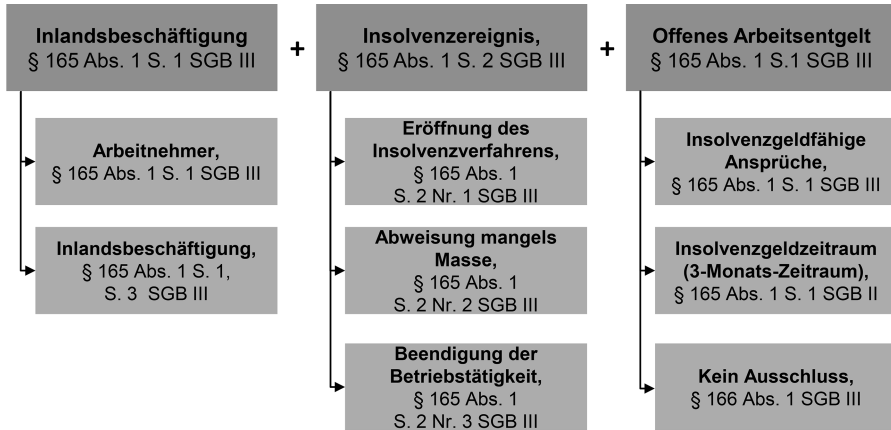
⁹¹ FW-InsG SGB III § 169 Rn. 169.18 ff. und dazugehörige Schaubilder.

⁹² BGH 20.6.2017 – VI ZR 629/16, BeckRS 2017, 118551; 18.12.2007 – VI ZR 231/06, BeckRS 2008, 2449; OLG Frankfurt a. M. 26.10.2017 – 1 U 20/16, BeckRS 2017, 132364.

⁹³ Ausführlich zu den Anspruchsvoraussetzungen (noch zu § 183 SGB III aF) Lakies NZA 2000, 565.

nung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III) oder die vollständige 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 (§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III).

- 57 Die Voraussetzungen für den Anspruch auf Insolvenzgeld lassen sich wie folgt zusammenfassend darstellen:



aa) Inlandsbeschäftigung, § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III

- 58 (1) **Arbeitnehmer, § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III.** Da der Begriff des Arbeitnehmers im Zusammenhang mit dem Begriff der Beschäftigung in den Vorschriften über das Insolvenzgeld nicht speziell festgelegt ist, hatte die bisherige Rechtsprechung des BSG den Begriff des Arbeitnehmers bei § 165 SGB III (früher § 183 SGB III) speziell „arbeitsförderungsrechtlich“ definiert und die Abgrenzungsmerkmale angewendet, wie sie in §§ 24 ff. SGB III und § 7 Abs. 1 SGB IV verwendet werden. Diese Rechtsprechung hat das BSG erst kürzlich ausdrücklich aufgegeben.⁹⁴ Der insolvenzgeldrechtliche Arbeitnehmerbegriff ist demnach fortan rein arbeitsrechtlich zu verstehen.⁹⁵ Entscheidend für die Anspruchsberechtigung nach § 165 SGB III ist demnach gemäß § 611a Abs. 1 BGB, dass es sich um einen Arbeitnehmer handelt, der im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.
- 59 Für die Gewährung von Insolvenzgeld kommt es nicht darauf an, ob die Beschäftigung des Arbeitnehmers der Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung unterlegen hat.⁹⁶ Auch **andere Beschäftigtengruppen** wie geringfügig Beschäftigte⁹⁷, Praktikanten, Studenten und Rentner können demnach einen Anspruch auf Insolvenzgeld haben. Gleiches gilt für Heimarbeiter (§ 25 Abs. 1, § 13 SGB III) und Auszubildende (§ 25 Abs. 1, § 14 SGB III). Hausgewerbetreibende sind jedoch keine Arbeitnehmer iSd § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III.⁹⁸
- 60 Um als Arbeitnehmer Anspruch auf Insolvenzgeld zu haben, ist nicht erforderlich, dass das Arbeitsverhältnis schon bei Stellung des Insolvenzantrags bestanden haben muss. Auch wenn das Arbeitsverhältnis erst nach Beginn des Insolvenzeröffnungsverfahrens, aber noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet wurde (**Neueinstellungen während**

⁹⁴ BSG 3.11.2021 – B 11 AL 4/20 R, DStR 2022, 849, dazu Neumair jurisPR-SozR 7/2022 Anm. 2.

⁹⁵ BSG 3.11.2021 – B 11 AL 4/20 R, DStR 2022, 849 Rn. 15.

⁹⁶ Brand/Kühl SGB III § 165 Rn. 13.

⁹⁷ K. Schmidt InsO/Ahrens § 113 Rn. 14.

⁹⁸ FW-InsG SGB III § 165 Rn. 165.5.

des Insolvenzgeldzeitraums), sind die daraus entstehenden Ansprüche insolvenzgeldfähig.⁹⁹ Die Agentur für Arbeit schließt gemäß ihren aktualisierten Fachlichen Weisungen zum Insolvenzgeld¹⁰⁰ einen Anspruch nur dann aus, wenn die Neueinstellung eine sittenwidrige Schädigung (§ 138 BGB) der Umlagezahler darstellt und ist deshalb großzügiger als nach den vormals geltenden Durchführungsanweisungen (neueingestellte Arbeitnehmer mussten **Schlüsselfunktionen** besetzen und ihre Einstellung musste zwingend notwendig gewesen sein, um die unmittelbare Betriebsschließung zu verhindern¹⁰¹).

Nach der neuen Praxis der Agentur für Arbeit besteht demnach ein Anspruch auf Insolvenzgeld auch bei Neueinstellungen, wenn die neueingestellten Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung erbringen und diese Arbeitsleistung auch entgegengenommen wird. Keine **Sittenwidrigkeit** nach § 138 SGB III besteht demnach, wenn die Arbeitnehmer für Zwecke der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs, zur Abarbeitung von Aufträgen/Projekten, zur Unterstützung der Sanierung, zu Abwicklungsarbeiten oder zur allgemeinen Unterstützung der Ziele der Insolvenzordnung eingestellt und eingesetzt werden.

Weil die Entscheidung über eine etwaige Sittenwidrigkeit beim Bezug von Insolvenzgeld eine Einzelfallentscheidung ist und um die Entgeltansprüche von im Insolvenzverfahren neu eingestellten Arbeitnehmern abzusichern, sollte der Insolvenzsachwalter bzw. der vorläufige Insolvenzverwalter nach der geänderten Praxis jede Neueinstellung mehr denn je vorab mit der zuständigen **Agentur für Arbeit** abstimmen und dabei die **Zustimmung einholen**, dass die neuen Arbeitnehmer insolvenzgeldberechtigt sind; vor der Auszahlung des Insolvenzgelds verlangt die Agentur für Arbeit eine erneute Bestätigung, dass das Arbeitsverhältnis gemäß den bei der Einholung der Zustimmung gemachten Angaben in der Praxis auch gelebt worden ist.¹⁰²

Von der Eigenschaft als Arbeitnehmer abzugrenzen und demnach nicht insolvenzgeldberechtigt sind hingegen die **Organmitglieder** des Insolvenzschuldners, die in aller Regel keine Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne sind. Das gilt insbesondere für Vorstandsmitglieder einer **Aktiengesellschaft**. Sie genießen eine unternehmerähnliche, unabhängige Stellung im Unternehmen und sind deshalb grundsätzlich keine Arbeitnehmer iSd § 165 SGB III. Nur in Ausnahmekonstellationen, etwa wenn das Vorstandsmitglied ungeachtet seiner Organstellung als Vorstand in einem Arbeitsverhältnis zur Aktiengesellschaft steht, ist das Vorstandsmitglied ausnahmsweise Arbeitnehmer iSd § 165 SGB III und kann Insolvenzgeld beziehen.¹⁰³ Organmitglieder **anderer juristischer Personen**, beispielsweise der eingetragenen Genossenschaft oder des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit, sind nach der geänderten Rechtsprechung des BSG künftig zum Bezug von Insolvenzgeld nur dann berechtigt, wenn sie neben ihrem Amt (Organstellung) in einem Arbeitsverhältnis iSd § 611a BGB stehen.¹⁰⁴

Eine besondere Stellung nehmen die **Geschäftsführer der GmbH** ein: Sie sind nach der geänderten Rechtsprechung anspruchsberechtigt für Insolvenzgeld, wenn sie Arbeit-

⁹⁹ LSG Schleswig-Holstein 17.6.2022 – L 3 AL 24/20, BeckRS 2022, 28592; LSG Baden-Württemberg 24.5.2016 – L 13 AL 1503/15, NZI 2016, 647 in Fortführung der eigenen Rechtsprechung (LSG Baden-Württemberg 6.2.2009 – L 8 AL 4096/06, BeckRS 2009, 54804) und der des LSG Sachsen 18.12.2014 – L 3 AL 13/13, BeckRS 2015, 67405; Zobel/Verkhovych, ArbRAktuell 2023, 303 (305).

¹⁰⁰ FW-InsG SGB III § 165 Rn. 165.6.

¹⁰¹ In Anwendung des Rechtsgedankens des § 98 Abs. 1 Nr. 1 lit. b SGB III und aus § 165 Abs. 3 SGB III, so frühere Insolvenzgeld-DA zu § 165 SGB III Ziff. 2.2 (14); nach LSG Schleswig-Holstein 17.6.2022 – L 3 AL 24/20, BeckRS 2022, 28592 und LSG Sachsen 18.12.2014 – L 3 AL 13/13, BeckRS 2015, 67405 war diese Praxis nicht mit § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III vereinbar.

¹⁰² FW-InsG SGB III § 165 Rn. 165.7.

¹⁰³ BSG 3.11.2021 – B 11 AL 4/20 R, DStR 2022, 849; zur früheren Rechtslage vgl. BSG 14.12.1999 – B 2 U 38/98 R, NZA-RR 2000, 434; HambKommInsR/Ahrendt Anhang zu § 113 InsO Rn. 3.

¹⁰⁴ Hauptamtliche Vorstandsmitglieder einer eingetragenen Genossenschaft sind insolvenzgeldberechtigt, vgl. Bauer/Bauer Genossenschafts-HdB § 24 Rn. 169 und 346 und SG Altenburg 29.8.2000 – S 7 AL 1023/99, DZWiR 2002, 242; bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (VVaG) ist zwischen großen VVaG (kein Insolvenzgeldanspruch) und kleinen VVaG (Insolvenzgeldanspruch) zu unterscheiden, vgl. BSG 27.3.1980 – 12 RA 1/79, BB 1980, 1473 und Hauck/Noftz/Fichte SGB VI § 1 Rn. 42.

nehmer im Sinne von § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III sind, also in einem Arbeitsverhältnis zum Insolvenzschuldner stehen. Die geänderte Rechtsprechung des BSG wird in der Praxis aller Voraussicht nach dazu führen, dass GmbH-Geschäftsführer seltener als bisher zum Bezug von Insolvenzgeld berechtigt sind. Nur wenige GmbH-Geschäftsführer sind Arbeitnehmer, die im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit stehen. Nur in Einzelfällen wird abhängig von der konkreten Vertragsgestaltung noch ein zur Qualifizierung als Arbeitnehmer hinreichender Grad persönlicher Abhängigkeit bestehen.

- 64 Ob der GmbH-Geschäftsführer in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zur GmbH steht, dh ob er funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozess der GmbH teilnimmt, für seine Beschäftigung ein entsprechendes Arbeitsentgelt erhält und keinen maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft, insbesondere kraft einer etwaigen **Beteiligung am Stammkapital**, geltend machen kann¹⁰⁵, spielt künftig keine Rolle mehr. Das dazu bisher für die Praxis der Agentur für Arbeit maßgebliche Kriterium, ob und inwieweit der Geschäftsführer einen Anteil am Stammkapital der GmbH hält (sog. Gesellschafter-Geschäftsführer) oder ob er keine Beteiligung an der GmbH hält (sog. Fremd-Geschäftsführer), wird deshalb nach der neuen Rechtsprechung des BSG nur noch eine untergeordnete Rolle spielen.
- 65 Recht einfach fällt nur noch die Bewertung der eindeutig gelagert Konstellation, dass der GmbH-Geschäftsführer sämtliche Anteile an der GmbH hält (sog. **Alleingesellschafter-Geschäftsführer**). Er ist kein Arbeitnehmer und deshalb auch nicht insolvenzgeldberechtigt. Aber auch in den anderen Fällen, wenn der GmbH-Geschäftsführer eine **Mehrheitsbeteiligung** hat, oder auch dann, wenn er nur eine **Minderheitsbeteiligung** oder gar keinen Anteil am Stammkapital (**Fremd-Geschäftsführer**) hält, hat er in der Regel keinen Anspruch auf Insolvenzgeld. Regelmäßig ist ein GmbH-Geschäftsführer, selbst der Fremd-Geschäftsführer, nämlich kein Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinne.¹⁰⁶
- 66 Der Anspruch auf Insolvenzgeld kann nur ausnahmsweise begründet sein, wenn der Geschäftsführer im arbeitsrechtlichen Sinne in hinreichender persönlicher Abhängigkeit zur Gesellschaft steht. Dies ist etwa nur dann der Fall, wenn Gesellschafter oder Aufsichtsrat dem Geschäftsführer umfassende Anweisungen bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeitsausführung erteilen können. Da dieses umfassende Weisungsrecht in der Regel jedoch nicht besteht, ist auch der Fremd-Geschäftsführer künftig selbst dann nicht mehr ohne weiteres insolvenzgeldberechtigt, wenn er bei der GmbH im sozialversicherungsrechtlichen Sinne beschäftigt ist.¹⁰⁷
- 67 Es bleibt jedoch noch abzuwarten, wie die Agentur für Arbeit in ihrer Praxis bei Fremd-Geschäftsführern die neuen Vorgaben der Rechtsprechung umsetzen wird. Womöglich werden eine mangelnde maßgebliche Beteiligung am Stammkapital und die dazu entwickelten Leitlinien der Rechtsprechung zum **Grad der Möglichkeit einer Einflussnahme** des Geschäftsführers auf die Geschicke der GmbH mittelbar doch eine Rolle bei der Bestimmung der erforderlichen, arbeitsrechtlich zu wertenden Abhängigkeit spielen.¹⁰⁸ In der bisherigen Praxis hatten sich dazu folgende **Leitlinien** für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft bei GmbH-Geschäftsführern herausgebildet, bei denen jedoch nicht mehr gesichert ist, ob sie nach der Rechtsprechungsänderung weiterhin für die Bewertung der Insolvenzgeldberechtigung maßgeblich sein werden:
- Hält ein Geschäftsführer 50 % oder mehr der Anteile an der GmbH, ist er selbständig und kein Arbeitnehmer. Die 50 %- oder Mehrheitsbeteiligung des Geschäftsführers schließt die Insolvenzgeldberechtigung aus.

¹⁰⁵ FW-InsG SGB III § 165 Rn. 165.78; BSG 11.11.2015 – B 12 R 2/14 R, BeckRS 2016, 67680; 31.3.2015 – B 12 KR 17/13 R, BeckRS 2015, 70638; 5.2.1998 – B 11 AL 71/97 R, NZA-RR 1998, 467.

¹⁰⁶ Küttner Personalbuch 2023/Röller Arbeitnehmer (Begriff) Rn. 30 f.

¹⁰⁷ Freudenberg B+P 2022, 199.

¹⁰⁸ In diese Richtung Eicher/Schlegel/Kadorg SGB III § 165 Rn. 34a.

- Eine Beteiligung von weniger als 50 % (Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer) kann mit einer persönlichen Abhängigkeit des Geschäftsführers verbunden sein.
- Trotz der in rechtlicher Hinsicht wegen der Minderheitsbeteiligung fehlenden Einflussmöglichkeit auf die Entscheidungsfindung bei der GmbH ist der Gesellschafter-Geschäftsführer, dessen Beteiligung an der GmbH unter 50 % liegt, dann doch nicht hinreichend abhängig und somit kein Arbeitnehmer iSd § 165 SGB III, wenn er die Gesellschaft faktisch beherrscht.¹⁰⁹
- Sieht der Gesellschaftsvertrag der GmbH Einstimmigkeit oder eine qualifizierte Mehrheit für die Beschlussfassung der Gesellschafter über Gesellschaftsangelegenheiten vor, kann auch ein Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer selbständig und nicht insolvenzgeldberechtigter sein.
- Verwandtschaftliche Beziehungen zwischen den Gesellschaftern bzw. zu dem Geschäftsführer sprechen in der Regel gegen ein Abhängigkeitsverhältnis und für eine die Insolvenzberechtigung ausschließende Selbständigkeit.

Die Beantwortung der Frage, ob ein Geschäftsführer in Zukunft noch zum Bezug von Insolvenzberechtigt ist oder nicht, wird weiterhin die Aufklärung der rechtlichen Bedingungen beim Insolvenzschuldner im **Einzelfall**, insbesondere die Prüfung des Gesellschaftsvertrages, des Anstellungsvertrages und etwaiger Stimmbindungsvereinbarungen oder ähnlicher Abreden, die mit den tatsächlichen Verhältnissen („gelebte Praxis“) abzugleichen ist, erfordern. Ein besonderes Augenmerk wird aber auf die Fortentwicklung der neuen **Fachlichen Weisungen zum Insolvenzberechtigt** der Agentur für Arbeit zu richten sein.

68

(2) Inlandsbeschäftigung, § 165 Abs. 1 S. 1, S. 3 SGB III. Ein Arbeitnehmer muss, um einen Anspruch auf Insolvenzberechtigt zu haben, im Inland beschäftigt sein, dh im **Inland** einer **nichtselbständigen Tätigkeit** nachgehen (§§ 3, 7 SGB IV). Eine Entsendung, bei der Arbeitnehmer im Rahmen eines inländischen Beschäftigungsverhältnisses infolge der Eigenart der Beschäftigung oder vertraglich im Voraus zeitlich begrenzt im Ausland tätig sind, hindert die Insolvenzberechtigt nicht. Davon abzugrenzen sind **Ortskräfte**, die für inländische Arbeitgeber im Ausland tätig sind, ohne dass der Schwerpunkt des Arbeitsverhältnisses im Inland liegt und die daher auch nicht dem deutschen Sozialversicherungsrecht unterliegen. Sie haben keinen Anspruch auf Insolvenzberechtigt.¹¹⁰

69

Im Inland beschäftigt und damit nach § 165 Abs. 1 S. 3 SGB III insolvenzberechtigt sind auch solche in Deutschland beschäftigten Arbeitnehmer, deren **Arbeitgeber im Ausland einem Insolvenzereignis unterliegt**. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist dazu nicht erforderlich, dass ein in einem europäischen Mitgliedstaat ansässiges Unternehmen über eine Zweigniederlassung oder eine feste Niederlassung in Deutschland verfügt. Eine feste wirtschaftliche Präsenz, die durch das Vorhandensein von Personal gekennzeichnet ist und ihm ermöglicht, in Deutschland Tätigkeiten zu entfalten, reicht aus.¹¹¹

70

bb) Insolvenzereignis

Insolvenzberechtigt wird nur gewährt, wenn ein Insolvenzereignis im Sinne von § 165 Abs. 1 S. 2 SGB III vorliegt. Außerdem markiert das Insolvenzereignis den Zeitpunkt, von dem an zurückgerechnet für die vorausgegangenen drei Monate des Arbeitsverhältnisses ausstehendes Arbeitsentgelt gesichert ist. Das **Insolvenzereignis** ist somit auch für die Bestimmung des Insolvenzberechtigtzeitraums wesentlich.

71

§ 165 Abs. 1 S. 2 SGB III erkennt abschließend drei Konstellationen als Insolvenzereignis an:

72

¹⁰⁹ BSG 7.9.1988 – 10 RAr 10/87, BeckRS 1988, 30727700.

¹¹⁰ FW-InsG SGB III § 165 Rn. 165.3.

¹¹¹ EuGH 16.10.2008 – C-310/07, NZI 2008, 760.

- Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens** über das Vermögen des Arbeitgebers (§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III)
 - Die **Abweisung** des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens **mangels Masse** (§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III)
 - Die vollständige **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 (§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III).
- 73 Allen drei Fällen ist gemein, dass die reguläre Zahlung von Arbeitsentgelt gefährdet ist. Während der Ausfall in den Fällen des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 SGB III in Zusammenhang mit einem gestellten Insolvenzantrag steht, trägt § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III dem Umstand Rechnung, dass im Fall einer offensichtlichen Masselosigkeit häufig die Betriebstätigkeit ohne formellen Insolvenzantrag eingestellt wird und ein Insolvenzverfahren von vornherein aussichtslos ist.
- 74 Der Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (**Insolvenzantrag**) selbst ist kein Insolvenzereignis. Wird der Antrag wegen Unzulässigkeit des Antrags zurückgewiesen oder erfolgt die Abweisung, weil das Gericht keine Zahlungsunfähigkeit feststellen konnte, liegt ebenfalls kein Insolvenzereignis vor. Auch eine Rücknahme des Insolvenzantrags begründet kein Insolvenzereignis.
- 75 (1) **Eröffnung des Insolvenzverfahrens, § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III.** Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist gewissermaßen der Regelfall für die Gewährung von Insolvenzgeld. Zu dem Zeitpunkt, zu dem der **Eröffnungsbeschluss** (§ 27 InsO) durch den Insolvenzrichter unterzeichnet und in den Postausgang gegeben wird, kommt es zum Insolvenzereignis nach § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III, nämlich der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, und zum Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter (§ 80 Abs. 1 InsO). Für die Bundesagentur für Arbeit ist der Tag maßgeblich, an dem gemäß dem Eröffnungsbeschluss des Insolvenzgerichts das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.¹¹²
- 76 (2) **Abweisung mangels Masse, § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III.** Ebenfalls Insolvenzereignis ist nach § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III die Abweisung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse (§ 26 InsO). Auch hier ist der **Beschluss** des Insolvenzgerichts (§ 26 Abs. 1 InsO) der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung des Insolvenzereignisses.
- 77 (3) **Beendigung der Betriebstätigkeit, § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III.** Auch wenn der Begriff Insolvenzereignis einen Zusammenhang mit einem formellen Insolvenzverfahren suggeriert – wie es in den beiden vorhergehenden Alternativen auch der Fall ist –, knüpft die dritte Alternative eines Insolvenzereignisses gemäß § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III **nicht** an einen **Fall einer förmlichen Insolvenz** an. Insolvenzereignis ist in diesem Fall die vollständige 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 zeitliche Bestimmung des Insolvenzereignisses ist in dieser Alternative maßgeblich, wann die **vollständige Beendigung** der Betriebstätigkeit erfolgt. Dies ist der Tag, an dem die letzte dem Betriebszweck dienende Tätigkeit tatsächlich stattgefunden hat und die Betriebstätigkeit mit der Absicht der dauernden Beendigung eingestellt worden ist.
- 78 (4) **Weiterarbeit in Unkenntnis von Insolvenzereignis.** Ausnahmsweise kann der Insolvenzgeldzeitraum auch einige Zeit nach dem Insolvenzereignis liegen. Hat ein Arbeitnehmer nämlich **in Unkenntnis eines Insolvenzereignisses weitergearbeitet** oder die Arbeit aufgenommen, endet der Insolvenzgeldzeitraum erst mit dem letzten Arbeitstag des Arbeitnehmers, der dem Tag der Kenntnisnahme des maßgebenden Insolvenzereignisses

¹¹² FW-InsG SGB III § 165 Rn. 165.8.