

**Nick Marquardt\***

## **Das Insolvenzgeld außerhalb eines Insolvenzverfahrens**

### **Abstract**

In jüngerer Vergangenheit sorgten die Insolvenzen von Branchenriesen wie Schlecker oder Karstadt für Aufsehen. Schlecker beschäftigte vor dem Insolvenzverfahren rund 47000 Mitarbeiter. 13000 Arbeitnehmer verloren ihre Arbeitsplätze, was bedrohliche Auswirkungen auf ihre Existenzgrundlage hatte. Dieses Risiko hat auch der Gesetzgeber längst erkannt und mit dem Insolvenzgeld ein soziales Sicherungsnetz geschaffen. Insolvenzgeld spielt aber nicht nur im Regelinsolvenzverfahren eine Rolle, sondern sorgt auch außerhalb desselben für ein Mindestmaß an Arbeitnehmerschutz. Insbesondere bei Unternehmensbeendigungen besteht für die Arbeitnehmer kaum Hoffnung, Ansprüche auf Arbeitsentgelt zu realisieren. Der folgende Beitrag setzt sich mit dieser Problematik auseinander und zeigt wesentliche Problemfelder des Insolvenzgeldes außerhalb von Insolvenzverfahren auf.

---

\* Der Autor studierte an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und ist derzeit Referendar im OLG-Bezirk Naumburg.

## I. Einleitung

Verschwinden die Geschäftsführer eines Unternehmens unauffindbar, weil ihnen Strafverfolgung oder private Haftung droht, dann sind die Leidtragenden zumeist die Gläubiger. Insbesondere Arbeitnehmer bestreiten ihren Lebensunterhalt aus dem Arbeitsentgelt. Trotzdem erhalten sie in der Insolvenz regelmäßig nur die Insolvenzquote. Damit sich der Schaden für die Arbeitnehmer trotzdem in Grenzen hält, wurde das Insolvenzgeld eingeführt. Der Anspruch auf Insolvenzgeld besteht nicht nur bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern auch wenn der Antrag mangels Masse abgewiesen wird oder der Betrieb bereits beendet ist. Letzteres führt in der Praxis zu den größten Schwierigkeiten und soll daher nachfolgend genauer untersucht werden.

## II. Der Anspruch auf Insolvenzgeld gem. § 165 Abs. 1 SGB III

### 1. Allgemeine Voraussetzungen

Jeder Anspruch auf Insolvenzgeld setzt unabhängig vom Insolvenzereignis ein Arbeitsverhältnis mit einer Inlandsbeschäftigung voraus. Außerdem muss ein Antrag auf Insolvenzgeld bei der Bundesagentur für Arbeit gestellt werden.

Zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer muss ein Arbeitsverhältnis bestehen. Umstritten ist, welcher Arbeitnehmerbegriff in § 165 SGB III heranzuziehen ist, zumal die Regelungen zum Insolvenzgeld keine eigene Begriffsdefinition enthalten.

Einerseits stellt man auf den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff ab.<sup>1</sup> Andererseits könnte man auch den sozialversicherungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff heranziehen.<sup>2</sup> Beiden gemeinsam ist die Frage danach, ob die Erwerbstätigkeit in persönlicher Abhängigkeit zum Arbeitgeber ausgeübt wird.<sup>3</sup> Eine solche Abhängigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert ist und einem Weisungsrecht hinsichtlich Zeit, Ort und Dauer seiner Arbeitstätigkeit unterliegt.<sup>4</sup> Es ergeben sich nur in den Randbereichen geringfügige Abweichungen. Eine Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts kann beispielsweise unabhängig vom Arbeitsverhältnis vorliegen.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> *Mutschler*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Sozialrecht, 3. Aufl. 2013, SGB III § 165 Rn. 3; *Kühl*, in: Brand, 6. Aufl. 2012, SGB III § 165 Rn. 13; *Schmid*, in: NK-SGB III, 2. Aufl. 2004, § 183 Rn. 6.

<sup>2</sup> *BSG*, SozR 3-4100 § 141 b Nr. 17; *Koch*, in: ArbR-HdB Schaub, 15. Aufl. 2013, § 94 Rn. 3.

<sup>3</sup> *BSG*, SozR 2100 § 7 Nr. 7; *Mutschler* (Fn. 1), § 165 Rn. 4; *Schmid* (Fn. 1), § 165 Rn. 7.

<sup>4</sup> *BSG*, SozR 2100 § 7 Nr. 7; *Lakies*, Der Anspruch auf Insolvenzgeld, NZA 2000, 565 ff.; *Kühl* (Fn. 1), § 165 Rn. 14.

<sup>5</sup> *BSGE* 80, 250 (251 f.); *Reiserer*, in: MAH Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 6 Rn. 75 f.

Davon werden also insbesondere arbeitnehmerähnliche Tätigkeiten erfasst sowie die Tätigkeit eines GmbH-Geschäftsführers.<sup>6</sup>

Problematischer ist die Abgrenzung zwischen einer selbstständigen und einer abhängigen Tätigkeit. Diese Schwierigkeit tritt nicht nur beim Insolvenzgeld auf. Vielmehr beschäftigt sie die Sozialgerichte schon seit dem Beginn ihrer Tätigkeit.<sup>7</sup> Eine detaillierte Darstellung der Kasuistik soll der entsprechenden Literatur überlassen und hier nicht weiter vertieft werden.<sup>8</sup> Zusammengefasst kommt es stets auf diverse Indizien an, die für oder gegen eine Selbstständigkeit sprechen können. Diese geben dann im jeweiligen Einzelfall den Ausschlag. So kann beispielsweise der Geschäftsführer einer GmbH den tatsächlichen Umständen nach eher abhängig sein oder eher selbstständig. Hält er die Mehrzahl der Gesellschafteranteile, spricht das eher für eine Selbstständigkeit, während eine geringe Beteiligung eher für eine Abhängigkeit spricht.<sup>9</sup>

Bei der Bestimmung des Arbeitgebers kommt es darauf an, mit wem der Arbeitsvertrag geschlossen wurde und wem gegenüber die Arbeitsleistung im Sinne des § 611 BGB geschuldet wird.<sup>10</sup> Maßgeblich ist, wer das Direktionsrecht aus dem Arbeitsvertrag ausübt.<sup>11</sup>

Bei dem Beschäftigungsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer muss es sich um eine Inlandsbeschäftigung handeln. Zur Bestimmung des Begriffs der Inlandsbeschäftigung soll es darauf ankommen, wo der Schwerpunkt des Beschäftigungsverhältnisses liegt.<sup>12</sup> Jedoch ist der Begriff des Schwerpunkts wenig aussagekräftig, um die Voraussetzungen einer Inlandsbeschäftigung zu beschreiben. Inhaltlich ist der Begriff zwar zutreffend, aber terminologisch genauer wäre es, auf das Zentrum des Beschäftigungsverhältnisses abzustellen. Durch diese veränderte Terminologie werden zugleich die diversen Indizien angedeutet, die für ein inländisches Beschäftigungsverhältnis sprechen, wie beispielsweise ein Arbeitsvertrag mit einem deutschen Unternehmen oder die Vereinbarung des deutschen Gerichtsstandes. Bei der Frage, ob eine Inlandsbeschäftigung vorliegt, sind zudem die Vorschriften über die Aus- und

<sup>6</sup> BSGE 80, 250 (251 f.); *Reiserer* (Fn. 5), § 6 Rn. 75 f.

<sup>7</sup> Vgl. BSGE 3, 30 ff; 10, 41 ff.

<sup>8</sup> Umfassend *Brand*, Die Behandlung des Problems „Scheinselbstständigkeit“ durch die Sozialgerichte, NZS 1997, 552 ff.; *Peters-Lange*, in: Spellbrink/Eicher, SGB III, 3. Aufl. 2013, § 8 Rn. 44.

<sup>9</sup> Vgl. *Brand* (Fn. 8.), 553.

<sup>10</sup> BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 27.

<sup>11</sup> *Schmidt*, in: Mutschler/Schmidt-De Caluwe/Coseriu, SGB III, 5. Aufl. 2013, § 165 Rn. 18.

<sup>12</sup> BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 28.

Einstrahlung (§§ 4 und 5 SGB Abs. 5) zu berücksichtigen.<sup>13</sup> Demnach können sowohl ins Ausland entsendete Arbeitnehmer erfasst sein als auch im Inland beschäftigte Arbeitnehmer eines ausländischen Arbeitgebers.<sup>14</sup>

Zu diesen allgemeinen Voraussetzungen des Insolvenzgeldanspruchs muss noch eines der in § 165 Abs. 1 S. 2 SGB III aufgeführten Insolvenzereignisse treten. Die Insolvenzereignisse in § 165 Abs. I S. 2 Nr. 1-3 SGB III sind abschließend, sodass beispielsweise die Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung gem. § 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO nicht als Insolvenzereignis zu qualifizieren ist.<sup>15</sup>

## 2. Formelle Insolvenzereignisse

### a) Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem. § 165 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 SGB III

Das erste in § 165 Abs. 1 S. 2 SGB III genannte Insolvenzereignis ist die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch das Gericht. Hierbei sind die Regeln des Insolvenzrechts entscheidend. Demnach muss gem. § 13 InsO ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens entweder durch den Gläubiger oder durch den Schuldner schriftlich gestellt werden.

Der Gläubiger muss gem. § 14 InsO ein rechtliches Interesse darlegen; weiterhin, dass ihm eine Insolvenzforderung zusteht und ein Eröffnungsgrund vorliegt.<sup>16</sup> Eröffnungsgründe sind in diesem Fall die allgemeine Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO und bei juristischen Personen die Überschuldung gem. § 19 InsO.

Bei einem Antrag durch den Schuldner, dem sogenannten Eigenantrag, kommt als Eröffnungsgrund noch die drohende Zahlungsunfähigkeit gem. § 18 InsO hinzu. Es besteht nur bei haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaften eine gesetzliche Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages. Hier schreibt § 15a Abs. I InsO vor, dass spätestens drei Wochen nach Eintritt von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein Eröffnungsantrag gestellt werden muss.

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Antrages richten sich nach § 4 InsO in Verbindung mit den allgemeinen Vorschriften der ZPO.

---

<sup>13</sup> *Mutschler* (Fn. 1), § 165 Rn. 10.

<sup>14</sup> Vgl. *ebd.*

<sup>15</sup> *Sartorius*, in: MAH Sozialrecht, 4. Aufl. 2013, § 15 Rn. 21.

<sup>16</sup> Ausführlich *Schmahl/Vuia*, in: MüKo-InsO, 3. Aufl. 2013, § 14 Rn. 17.

*b) Abweisung mangels Masse gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III*

Als weiteres Insolvenzereignis normiert § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III die Abweisung des Insolvenzantrages mangels Masse. Ein Insolvenzantrag wird gem. § 26 Abs. 1 S. 1 InsO vom Insolvenzgericht mangels Masse abgewiesen, wenn die Vermögensmasse des Schuldners voraussichtlich nicht einmal ausreicht, um die Kosten für ein Insolvenzverfahren zu decken. Das Gericht muss alle dafür relevanten Tatsachen von Amts wegen ermitteln. Häufig wird es dafür einen Sachverständigen hinzuziehen. Kommt das Gericht nach eingehender Prüfung der Finanzlage zu dem Ergebnis, dass das Insolvenzverfahren nicht eröffnet werden kann, muss die Ablehnung gem. § 26 Abs. 1 S. 3 InsO öffentlich bekannt gemacht werden.<sup>17</sup> Für den Arbeitnehmer ist die Ermittlungsarbeit des Gerichts von Vorteil. Schließlich kann er so beim Stellen eines Insolvenzgeldantrages beweisen, dass der Insolvenzantrag mangels Masse abgewiesen wurde.

**III. Beendigung des Betriebes ohne Insolvenzverfahren gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III****1. Rechtsnatur der Vorschrift**

Neben den beiden formellen Insolvenzereignissen, die ihrer Natur nach eine Feststellung des Gerichts, einen formellen Akt, voraussetzen, existiert noch ein materielles Insolvenzereignis, nämlich die Beendigung des Betriebes ohne Insolvenzverfahren. Diese ist deshalb als materiell zu qualifizieren, weil es an einer Sachprüfung des Gerichts fehlt, es allein auf den Eintritt der materiellen Insolvenz ankommt. Die Beendigung des Betriebes knüpft dabei nicht an eine rechtliche Entscheidung an, sondern an tatsächliche Umstände außerhalb der Regelinsolvenz. Dadurch wird verhindert, dass allein das Insolvenzgericht einen Anspruch auf Insolvenzgeld mittels Abweisung oder Eröffnung des Verfahrens auslösen kann. Die Vorschrift ist für Betriebe gedacht, in welchen es mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht zur Eröffnung eines Verfahrens kommen wird und schon ein Insolvenzantrag zu aufwändig wäre.

Demzufolge ist § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III ein Auffangtatbestand für alle Betriebseinstellungen außerhalb des eigentlichen Insolvenzrechts, die auf Zahlungsunfähigkeit beruhen.<sup>18</sup> Dem liegt der Gedanke zugrunde, den Arbeitnehmerschutz nicht von einem Insolvenzantrag abhängig zu machen. Die Arbeitnehmer werden davor bewahrt, selbst aussichtslos und mit Kosten

<sup>17</sup> Vgl. *Peters-Lange*, in: Gagel, 24. EL 2014, SGB III § 165 Rn. 38; *Voelzke*, in: Hauck/Noftz, SGB III, 2. Aufl. 2014, § 165 Rn. 68.

<sup>18</sup> BSGE 53, 1, (3); *Voelzke* (Fn. 17), § 165 Rn. 72.

verbundene Insolvenzanträge gegen den Arbeitgeber zu stellen, obwohl keinerlei Chance besteht, eine Befriedigung der Forderungen zu erlangen.<sup>19</sup> Außerdem werden die Gerichte entlastet, weil sie nicht über eine Vielzahl von aussichtslosen Anträgen entscheiden müssen.

Genau diese Vereinfachung ist zugleich die Schwäche der Vorschrift, denn ohne eine förmliche Überprüfung durch ein Gericht treten auf tatsächlicher Ebene Probleme auf. Ohne geregeltes Verfahren ist die praktische Handhabung des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III schwierig.<sup>20</sup> Die Voraussetzungen für das Insolvenzereignis gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III darzulegen, ohne Einblick in dementsprechende Unterlagen des Betriebes zu haben, kann heikel sein. Die Ermittlung kann nicht mithilfe von Betriebsunterlagen stattfinden, sondern nur aufgrund äußerer Betrachtung.

## 2. Voraussetzungen des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III

Der § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III normiert die drei Voraussetzungen, die nötig sind, um eine vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland anzunehmen. Erstens bedarf es der vollständigen Einstellung der Betriebstätigkeit, ohne dass zweitens bereits ein Insolvenzantrag gestellt wurde und drittens muss die antizipierte Insolvenzmasse offensichtlich unzulänglich sein.

### a) Vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit

#### aa) Grundsatz

Das BSG nimmt die Beendigung im Grundsatz zunächst an, wenn keine dem Betriebszweck dienenden Arbeiten mehr verrichtet werden.<sup>21</sup> Weitergehend tritt neben die Beendigung des Betriebszweckes zumindest formal die Abwicklung. Gleichwohl dürfte die praktische Relevanz einer derartigen Abwicklung verschwindend gering sein, da es in den meisten Fällen kaum verteilbares Vermögen mehr gibt.

Im Ergebnis erkennt auch das BSG, dass Tätigkeiten, die allein der Auflösung dienen, einer vollständigen Beendigung im Sinne des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III nicht entgegenstehen.<sup>22</sup> Das ist zutreffend, denn der Betrieb muss rechtlich trotz Vermögenslosigkeit je nach Rechtspersönlichkeit liquidiert werden. Das Liquidationsverfahren selbst ist ein allein auf Abwicklung

<sup>19</sup> BSGE 70, 9 (12); BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 30.

<sup>20</sup> Eisenbeis/Mues, in: Handbuch des Fachanwalts InsR, 5. Aufl. 2012, Rn. 451.

<sup>21</sup> BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 19.

<sup>22</sup> BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 19; SG Detmold, BeckRS 2013, 73809.

zielender Schwebezustand.<sup>23</sup> Die Liquidation dient bei juristischen Personen der Gläubigerbefriedigung.<sup>24</sup> Alle weiteren Geschäfte, die diesem Zweck noch dienen, können einer vollständigen Beendigung nicht entgegenstehen. Die abschließende Abwicklung von Aufträgen, wie beispielsweise Restverkäufen, müssen daher möglich sein, ohne dass das Insolvenzereignis gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III ausgeschlossen wird. Die Liquidatoren behalten – jedenfalls theoretisch – einen Ermessensspielraum, denn sie tragen die alleinige Verantwortung für die Abwicklung.<sup>25</sup> Es gibt ansonsten niemanden, der außerhalb des Insolvenzverfahrens diese Aufgabe übernimmt. Bei einem zu engen Verständnis der Betriebsbeendigung müsste der Liquidator wirtschaftlich vorteilhafte Geschäfte unterlassen, um sich und den Arbeitnehmern den Insolvenzgeldanspruch zu sichern, obwohl er im Interesse aller Gläubiger und der Gesellschafter ein möglichst hohes Endvermögen erreichen muss.<sup>26</sup> Hierbei geht es nicht nur um die Sicherung der Arbeitnehmeransprüche, sondern auch um alle anderen Gläubiger, die von einer wirtschaftlich günstigen Abwicklung profitieren. Für eine weite Auslegung der vollständigen Beendigung spricht letztlich auch der Auffangcharakter des Merkmals, weshalb an die Beendigung keine überhöhten Anforderungen zu stellen sind.

#### bb) Mischbetriebe

Das bedeutet aber auch, dass bei einem Mischbetrieb, in dem sowohl produziert als auch verkauft wird, verbleibende Verkäufe allein nicht die vollständige Einstellung der Betriebstätigkeit hindern.

Das BSG hingegen meint, dass bei einem Mischbetrieb die Beendigung der Produktion nicht maßgebend sei, wenn produzierte Güter noch verkauft werden müssen.<sup>27</sup> Das heißt, die Betriebstätigkeit kann erst dann eingestellt sein, wenn auch der Verkauf abgeschlossen ist. Ein Betrieb, der mehrere Zwecke verfolgt, ist nur eingestellt, wenn keiner der Zwecke mehr verfolgt wird.<sup>28</sup>

Grundsätzlich trifft das zwar zu, aber es muss genauer differenziert werden, denn es kann für eine bestmögliche wirtschaftliche Abwicklung gerade nötig sein, noch zu produzieren und zu verkaufen, ohne aber den Betriebszweck im

---

<sup>23</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage 2002, § 11 S. 315.

<sup>24</sup> Schmidt in: MüKo-HGB II, 2. Aufl. 2006, § 145 Rn. 30; Windbichler, Gesellschaftsrecht, 23. Auflage 2013, § 24 Rn. 4.

<sup>25</sup> Vgl. Windbichler (Fn. 24), § 24 Rn. 4; Weitbrecht in: MAH Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2009, § 63 Rn. 1.

<sup>26</sup> Weitbrecht (Fn. 25), § 63 Rn. 23.

<sup>27</sup> BSGE 52, 40 (41); zust. Schneider (Fn. 27), § 165 Rn 47.

<sup>28</sup> Ebd., § 165 Rn. 47.

eigentlichen Sinn zu verfolgen. Die Abwicklung von Gesellschaften soll gerade verhindern, dass es zu einem überstürzten Produktionsabbruch kommt und wirtschaftliche Werte ungenutzt bleiben.<sup>29</sup> Die verbleibenden Gläubiger haben bei Zahlungsunfähigkeit ein berechtigtes Interesse daran, dass der Betrieb so ökonomisch wie möglich abgewickelt wird.<sup>30</sup> Stellt man darauf ab, dass der Betrieb erst beendet sein kann, wenn auch der Verkauf abgeschlossen ist, kann das diesem Interesse entgegenstehen. Die Arbeitnehmer haben dann keinen Grund Leistungen, die der Abwicklung dienen, zu erbringen, weil sie ja auch keinen Anspruch auf Insolvenzgeld erhalten. Das führt dazu, dass schon vorhandene Ressourcen nicht mehr genutzt werden dürfen, um den Anspruch auf Insolvenzgeld nicht zu verzögern. Die Zwecke eines Liquidationsverfahrens werden dadurch gänzlich unbeachtet gelassen. Die Liquidation muss aber nicht nur in der Zerschlagung und Einzelverwertung des Vermögens bestehen.<sup>31</sup> Im Gegenteil, sogar die Eingehung neuer Geschäfte ist möglich, solange diese ausschließlich dem Liquidationszweck dienen.<sup>32</sup> Stünde anstelle der Liquidatoren ein Insolvenzverwalter, könnte man diesem eine jedenfalls einstweilige Fortführung des Unternehmens ebenfalls nicht verwehren, solange diese der Gläubigerbefriedigung dient.

Aus diesen Gründen ist das Verständnis des *BSG* von der Beendigung von Mischbetrieben teilweise zu eng. Es ist schon an sich zweifelhaft, einerseits Abwicklungstätigkeiten für möglich zu halten,<sup>33</sup> während andererseits Verkäufe bei Mischbetrieben, die im weitesten Sinn ebenfalls einem Abwicklungszweck dienen können, einer Beendigung des Betriebes entgegenstehen sollen.<sup>34</sup> Wenn die Abwicklung aber allein im Verkauf besteht, führt das zu einer erklärungsbedürftigen Schlechterstellung von Mischbetrieben. Es ist zudem fragwürdig, ob und wie die Abgrenzung verbleibender „Verkaufsabwicklung“ und der Abwicklung infolge der Liquidation stattfinden soll. Es handelt sich dabei um eine künstliche Aufspaltung eines wirtschaftlich einheitlichen Vorgangs. Ein Betrieb, der produziert und verkauft, kann dadurch schwerer wirtschaftlich vorteilhaft abgewickelt werden, als ein Betrieb, der nur produziert. Gerade der Schutz der übrigen Gläubiger darf in dem vergleichsweise weitgehenden Schutz der Arbeitnehmer nicht ausgeklammert werden.

---

<sup>29</sup> *Windbichler* (Fn. 24), § 20 Rn. 25.

<sup>30</sup> *Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 70 Rn. 15 f.

<sup>31</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Auflage 2007, Rn. 28; *Stürmer*, in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 44 f.

<sup>32</sup> *Weitbrecht* (Fn. 25), § 63 Rn. 28; vgl. *Schmidt* (Fn. 30), § 70 Rn. 16.

<sup>33</sup> *BSG*, SozR 4100 § 141 b Nr. 19.

<sup>34</sup> BSGE 52, 40 (41); vgl. *Schneider* (Fn. 27), § 165 Rn. 47.

Wird allein ein alter oder neuer Betriebszweck verfolgt, spricht das freilich gegen eine vollständige Einstellung der Betriebstätigkeit. Alle Geschäfte, die über den Abwicklungszweck hinausgehen, hindern den Anspruch auf Insolvenzgeld ohnehin. Sie sind geprägt von einem über die Gläubigerbefriedigung hinausgehenden Gewinnstreben.<sup>35</sup>

cc) Abgrenzung zur Betriebsstillegung § 111 S. 3 Nr. 1 BetrVG

Die Betriebsbeendigung ist von der Betriebsstillegung zu unterscheiden, obwohl sowohl das *BSG* als auch das *BAG* ähnliche Begriffsbestimmungen vornehmen.<sup>36</sup> Tatsächlich wird man wohl eine gegenseitige Beeinflussung bei der Begriffsbildung nicht gänzlich von der Hand weisen können. Gemeinsam ist beiden Begriffen, dass der Betriebszweck eingestellt sein muss.<sup>37</sup>

Die Betriebsstillegung setzt darüber hinaus aber noch die bewusste Auflösung der dem Betriebszweck dienenden Organisation voraus.<sup>38</sup> Genau diese Auflösungstätigkeit erfordert die Beendigung des Betriebes nicht. Es genügt die schlichte Untätigkeit. Beide Begriffe, wenn auch ähnlichen Wortlautes, verfolgen einen unterschiedlichen Zweck. Die Betriebsstillegung hat vor allem den Fortbestand des Betriebes als organisatorische Einheit im Blick; die Betriebsbeendigung hingegen die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers.<sup>39</sup>

Allein der Inhaberwechsel ist daher zwar regelmäßig keine Stilllegung, kann aber mit Blick auf den konkreten Arbeitgeber eine Beendigung der Betriebstätigkeit sein.<sup>40</sup> Andererseits genügt es für eine Stilllegung, dass der Betriebszweck für eine ihrer Dauer nach unbestimmte, wirtschaftlich nicht unerhebliche Zeitspanne nicht weiterverfolgt wird.<sup>41</sup> Hingegen wird man bei der Beendigung, wenn man den Wortlaut ernst nimmt, eine nur vorübergehende Einstellung durch den Arbeitgeber nicht ausreichen lassen können. Das Wort Beendigung verlangt eine gewisse Endgültigkeit. Letztlich unterscheiden sich beide Begriffe nur in den Randbereichen, weil hier den unterschiedlichen Regelungsbereichen der Vorschriften Rechnung getragen werden muss.

<sup>35</sup> Vgl. *Schneider* (Fn. 27), § 165 Rn. 47.

<sup>36</sup> Vgl. *BAG*, NZA 1991, 894; *BSG*, SozR 4100 § 141 b Nr. 19.

<sup>37</sup> Vgl. *Annuß*, in: *Richardi*, BetrVG, 15. Aufl. 2015, § 111 Rn. 56; *Kübl* (Fn. 1), § 165 Rn. 25.

<sup>38</sup> *Annuß* (Fn. 37), § 111 Rn. 60.

<sup>39</sup> Vgl. *Peters-Lange* (Fn. 17), § 165 Rn. 39 f.

<sup>40</sup> *Peters-Lange* (Fn. 17), § 165 Rn. 40 f.

<sup>41</sup> *Linck* (Fn. 2), § 143 Rn. 41.

*b) Fehlender Insolvenzantrag*

Eine weitere Voraussetzung für den Eintritt des dritten Insolvenzereignisses ist das Fehlen eines Insolvenzantrages. Zum Zeitpunkt der vollständigen Beendigung der Betriebstätigkeit darf noch kein Eröffnungsantrag beim Insolvenzgericht gestellt worden sein. Dadurch wird die Auffangfunktion des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III deutlich, da das Stellen eines Insolvenzantrages zu einer vollständigen Sachprüfung durch das Gericht führt.<sup>42</sup> Das ist nur konsequent. Für die Betriebsbeendigung ist in der Regel kein Platz mehr, weil das Gericht den Antrag entweder mangels Masse ablehnt oder aber das Insolvenzverfahren eröffnet.

Probleme können sich ergeben, wenn der gestellte Insolvenzantrag unzulässig ist und das Gericht in der Sache überhaupt nicht entscheidet oder noch nicht entschieden hat. Hier stellt sich die Frage, ob nur der zulässige Insolvenzantrag das Insolvenzereignis aus § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III sperrt oder ob auch ein unzulässiger Insolvenzantrag Sperrwirkung entfaltet.

Das BSG geht davon aus, dass unzulässige Insolvenzanträge keinerlei Sperrwirkung entfalten.<sup>43</sup> Wird der Antrag aus anderen Gründen als der Masselosigkeit rechtskräftig abgewiesen, gilt er als nicht gestellt.<sup>44</sup> Andernfalls könnte das Insolvenzereignis aus § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III nicht eintreten und der Schutz durch die Insolvenzgeldversicherung würde zulasten der Arbeitnehmer umgangen.<sup>45</sup> Deshalb gebiete es der Zweck des Insolvenzgeldes, unzulässigen Anträgen keinerlei Sperrwirkung beizumessen.<sup>46</sup>

Diese Auffassung überzeugt nur auf den ersten Blick. Vielmehr muss auch ein unzulässiger Insolvenzantrag jedenfalls Sperrwirkung entfalten, solange das Insolvenzgericht darüber noch nicht entschieden hat. Der Wortlaut des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III sagt nämlich nichts über die Zulässigkeit des gestellten Insolvenzantrages aus. Dort steht wörtlich: „*wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch nicht gestellt worden ist*“. Eine teleologische Reduktion der Vorschrift kommt aber nicht in Betracht, weil in folgedessen die Sozialgerichte über die Zulässigkeit von Insolvenzanträgen entscheiden könnten, solange das Insolvenzgericht noch keine Entscheidung getroffen hat.<sup>47</sup> Die Sperrwirkung durch den Insolvenzantrag wird dadurch funktionslos. Sinn der

---

<sup>42</sup> Voelzke (Fn. 17), § 165 Rn. 77.

<sup>43</sup> BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 3; Nr. 7; Kühn (Fn. 1), § 165 Rn. 28.

<sup>44</sup> Estelmann, in: Eicher/Schlegel (Fn. 8), § 183 Rn. 75.

<sup>45</sup> BSGE 70, 9 (11); Peters-Lange (Fn. 17), § 165 Rn. 51.

<sup>46</sup> Vgl. BSGE 70, 9 (11).

<sup>47</sup> Schmidt (Fn. 1), § 183 Rn. 52.

Sperrwirkung ist es ja gerade, der Prüfung durch das Insolvenzgericht den Vorrang einzuräumen. Außerdem ist der Wortlaut des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III nicht erkennbar so weit gefasst, dass er völlig zweckwidrig wäre. Im Gegenteil trägt er doch dazu bei, dass Rechtssicherheit solange besteht, wie ein Insolvenzantrag gestellt wurde. Schon daher bedarf es einer wertungsmäßig gebotenen Differenzierung nicht.<sup>48</sup>

Befürwortet man eine teleologische Reduktion durch die Gerichte, erlaubt man den Sozialgerichten eine faktische Ausdehnung ihrer Prüfungskompetenz auf Insolvenzanträge. Zudem kann es zu kaum aufzulösenden Konfusionen zwischen den einzelnen Gerichten kommen, wenn das Insolvenzgericht den Antrag für zulässig hält, während das Sozialgericht zuvor wegen eines vermeintlich unzulässigen Insolvenzantrags vom Eintritt des Insolvenzereignisses der Betriebsbeendigung ausgeht. Zwangsläufig muss eine der beiden Entscheidungen dann unrichtig sein. Es wird unklar, welches Insolvenzereignis das Ausschlaggebende sein soll, zumal beide einander widersprechende Voraussetzungen aufweisen. Dieser Konflikt beeinträchtigt nicht nur die Rechtssicherheit, sondern kann auch vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen sein. Der anhängige Insolvenzantrag schließt daher die Beendigung der Betriebstätigkeit aus. Das Insolvenzgericht kann den Antragsteller ohnehin gem. § 139 ZPO zur Ergänzung des Antrags auffordern, wenn nach seiner Auffassung behebbare Mängel bestehen. So kann auch ein anfänglich unzulässiger Antrag noch zulässig werden.

Die Sperrwirkung darf daher erst mit einer rechtskräftigen Entscheidung des Insolvenzgerichts enden. Hat das Insolvenzgericht den Antrag einmal rechtskräftig als unzulässig zurückgewiesen, bedarf es der Sperrwirkung nicht mehr, weil das Insolvenzgericht den Antrag bereits geprüft hat. Hat das Insolvenzgericht aber noch nicht endgültig über die Zulässigkeit entschieden, muss das Sozialgericht die Sperrwirkung des Antrags auch bei dessen späterer Unzulässigkeit beachten. Demnach lässt sich die Aussage, dass unzulässige Insolvenzanträge keinerlei Sperrwirkung entfalten, jedenfalls nicht pauschal beurteilen.<sup>49</sup>

In der Praxis stellte sich dieses Problem bisher kaum, weil die Bearbeitungszeiten zwischen Insolvenzgericht und Sozialgericht zu weit auseinander liegen. Es ist unwahrscheinlich, dass ein Sozialgericht früher über einen Insolvenz-

---

<sup>48</sup> Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage 1995, S. 369 f.

<sup>49</sup> So aber *BVG*, SozR 4100 § 141 b Nr. 3; Nr. 7; *Kühl* (Fn. 1), § 165 Rn. 28; *Mutschler* (Fn. 1), § 165 Rn. 21.

geldantrag entscheidet als ein Insolvenzgericht über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

*c) Offensichtlicher Mangel der Masse*

Eine weitere Voraussetzung für die Beendigung des Betriebes ohne Insolvenzverfahren ist ein offensichtlicher Mangel der Insolvenzmasse. Hierfür muss ermittelt werden, ob die Aktivmasse die entstandenen und noch gem. § 54 InsO entstehenden Kosten für das Verfahren voraussichtlich decken wird.<sup>50</sup>

Das ist streng zu unterscheiden vom Begriff der Masseunzulänglichkeit. Bei dieser werden zwar die Kosten des Verfahrens gedeckt, aber nicht darüber hinausgehende Masseverbindlichkeiten. Es kommt also darauf an, ob ein Insolvenzgericht den Antrag mangels Masse abweisen würde, und nicht, ob ein Insolvenzverwalter verpflichtet wäre die Masseunzulänglichkeit anzuzeigen.<sup>51</sup>

An die Überprüfung dürfen jedoch keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.<sup>52</sup> Wie bereits angedeutet ist die Arbeitsagentur gegenüber dem Betrieb ein außenstehender Dritter. Sie besitzt zur Überprüfung weniger Sachkunde als das Insolvenzgericht und ist auf leicht zugängliche Erkenntnisquellen beschränkt.<sup>53</sup> Diese Beweiserleichterung ergibt sich zum einen aus der Funktion des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III als Auffangtatbestand und zum anderen aus dem Wort „offensichtlich“. Trotz dieser Erleichterung kann der Nachweis eines offensichtlichen Mangels der Masse schwierig für den Arbeitnehmer sein. Er trägt aber grundsätzlich die Feststellungslast.<sup>54</sup> Dem könnte mit einer Antragstellung vor Eintritt des Insolvenzereignisses Abhilfe geschaffen werden.

### **3. Antragserfordernis gem. § 323 SGB III**

Die Notwendigkeit eines Antrages ergibt sich aus §§ 323 f. SGB III. Problematisch ist aber, ob ein Antrag bereits vor Eintritt des Insolvenzereignisses möglich ist.

Eine Ansicht führt an, dass nur bei Existenz der Insolvenzgeldvoraussetzungen ein Antrag erfolgen kann, und beruft sich dabei auf den Wortlaut des § 324 Abs. 3 S. 1 SGB III, wo deutlich klargelegt wird, dass der Antrag innerhalb

<sup>50</sup> Häsemeyer (Fn. 31), Rn. 7; vgl. Keller, in: Schmidt, InsO, 18. Aufl. 2015, § 26 Rn. 9 ff.

<sup>51</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Begriffen Wittig/Tetzlaff (Fn. 16), § 285 Rn. 5; Frege/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, 7. Auflage 2008, Rn. 719.

<sup>52</sup> LSG Bayern, Urteil v. 29.01.2015 – L 9AL/12/12.

<sup>53</sup> BSG, SoZR 4100 § 141 b Nr. 21; Jabraus (Fn. 1), § 165 Rn. 56.

<sup>54</sup> BSG, SoZR 4100 § 141 b Nr. 7; vgl. Peters-Lange (Fn. 17), § 165 Rn. 48 f.; LSG Bayern, Urteil v. 06.08.2014 – L 10 AL 50/14; LSG Berlin Brandenburg, Urteil v. 08.12.2005 – L 28 AL 75/04.

einer Ausschlussfrist von zwei Monaten nach dem Eintritt gestellt werden muss.<sup>55</sup> Dafür lässt sich in systematischer Hinsicht auch anführen, dass § 324 Abs. 3 SGB III als Ausnahme von § 324 Abs. 2 SGB III konzipiert ist.

Diese Auslegung nahe am Wortlaut widerspricht aber dem Schutzzweck des Insolvenzgeldes. Dagegen spricht nämlich, dass der Nachweis des offensichtlichen Masse mangels durch den Arbeitnehmer insbesondere in zweifelhaften Fällen nicht oder nur eingeschränkt zu erbringen ist. Deshalb muss Abhilfe geschaffen werden, indem man Anträge bei ungewisser Vermögenslage des Arbeitgebers zunächst zulässt und die Feststellungslast dann auf die Arbeitsagentur überträgt.<sup>56</sup> In der Folge trifft diese dann gem. § 20 SGB X eine Pflicht zur Amtsermittlung; nötigenfalls unter Zuhilfenahme von Sachverständigen oder anderen Auskunftspersonen.<sup>57</sup> Kann kein offensichtlicher Mangel der Masse nachgewiesen werden oder führt der Arbeitgeber trotz eines Insolvenzereignisses den Betrieb fort, fallen die Arbeitnehmer aus dem Schutzzeitraum des Insolvenzgeldes. Arbeitnehmer arbeiten ohne Aussicht auf Arbeitsentgelt.

Damit die Absicherung durch § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III trotzdem gelingt, ist die Arbeitsagentur deshalb verpflichtet, selbst ein Insolvenzereignis durch Stellung eines Insolvenzantrags herbeizuführen.<sup>58</sup> Die Möglichkeit dazu besteht aufgrund von § 169 SGB III, wonach die Ansprüche auf Arbeitsentgelt auf die Bundesagentur übergehen, sobald der Antrag auf Insolvenzgeld gestellt wurde. Aus diesem Grund ist es auch praktisch sinnvoll, Insolvenzgeldanträge vor dem Insolvenzereignis des § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III zuzulassen. Die Bundesagentur ist dann in der Pflicht, die Lohnforderungen zu verfolgen, um den Schutz der Arbeitnehmer vor Lohnausfall zu gewährleisten.<sup>59</sup> Andernfalls kann die Absicherung mangels Beweisbarkeit einer Betriebsbeendigung gefährdet sein. Dagegen spricht auch nicht, dass der Grund für das dritte Insolvenzereignis die Vermeidung eines mit Kosten verbundenen formellen Insolvenzverfahrens war. Schließlich betrifft dieser Schutz in erster Linie die Arbeitnehmer, nicht aber staatliche Gläubiger.<sup>60</sup> Gegen dieses Verständnis spricht auch nicht der Ausnahmecharakter des § 324 Abs. 3 SGB III zu § 323 Abs. I SGB III, weil die Folgeprobleme bei der Schaffung der Ausnahme

---

<sup>55</sup> Kaminski, in: BeckOK-SGB III, 31. Edition 2015, § 324 Rn. 14 f.; Hassel (Fn. 1), § 324 Rn. 15 f.

<sup>56</sup> Vgl. Peters-Lange (Fn. 8), § 8 Rn. 72.

<sup>57</sup> BSGE 53, 1 ff.; Peters-Lange (Fn. 17), § 165 Rn. 57 f.

<sup>58</sup> Offen gelassen von BSGE 53, 1 ff.; BSG, SozR 4100 § 141 b Nr. 5; vgl. LG Bonn, ZIP 1985, 1342 ff.

<sup>59</sup> Peters-Lange (Fn. 17), § 165 Rn. 58 f.

<sup>60</sup> Vgl. dazu Wegener, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, § 13 Rn. 105.

vermutlich gar keine Beachtung gefunden haben.<sup>61</sup> Vielmehr ist es wahrscheinlicher, dass man die beiden formellen Insolvenzereignisse als Regelfälle vor Augen hatte, bei denen eine vorherige Antragstellung tatsächlich unnötig ist.<sup>62</sup> Letztlich ist es auch im Interesse aller Beteiligten, wenn die Bundesagentur so früh wie möglich eingebunden wird.

#### **IV. Fazit**

Das Insolvenzgeld wird nicht nur bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder Abweisung mangels Masse gewährt, sondern ebenfalls, wenn die Betriebstätigkeit vollständig beendet wird. Die beiden formellen Insolvenzereignisse sind dabei weniger problembelastet als die Beendigung des Betriebes ohne Insolvenzverfahren. Bei Letzterem muss dem Zweck der Liquidation hinreichend Rechnung getragen werden, sodass Verkäufe auch bei Mischbetrieben nicht allgemein ausgeschlossen sind. Ebenfalls muss im Hinblick auf die Sperrwirkung eines unzulässigen Insolvenzantrages zeitlich differenziert werden. Letztlich ist aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes eine Antragstellung entgegen § 324 Abs. 3 SGB vor der Betriebsbeendigung zuzulassen.

---

<sup>61</sup> Vgl. BT Drucks. 13/4941 S. 212.

<sup>62</sup> Vgl. BT Drucks. 13/4941 S. 212.