



Sachstand

Arbeitnehmerrechte in der Regelinsolvenz

Arbeitnehmerrechte in der Regelinsolvenz

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 008/18
Abschluss der Arbeit: Datum: 15. März 2018
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales
WD 7: Zivil-, Straf- und Verfahrensrecht, Umweltschutzrecht, Bau und Stadtentwicklung (Abschnitt 2: Ablauf des Regelinsolvenzverfahrens)

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Ablauf des Regelinsolvenzverfahrens	4
3.	Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen im Rahmen des Regelinsolvenzverfahrens	5
3.1.	Fortbestand des Arbeitsverhältnisses	5
3.2.	Schutz von Lohnforderungen	6
3.3.	Rechte des Betriebsrats	7
4.	Freistellung von Beschäftigten im Regelinsolvenzverfahren	8
4.1.	Freistellung	8
4.2.	Auswirkungen einer Freistellung	9
4.2.1.	Unwiderrufliche Freistellung	10
4.2.2.	Widerrufliche Freistellung	11
	Exkurs: Kritikpunkte und Handlungsvorschläge	12

1. Einleitung

Dieses Gutachten gibt einen Überblick über den Ablauf eines Regelinsolvenzverfahrens und stellt insbesondere dar, wie die Interessen von Beschäftigten bei der Durchführung eines solchen Verfahrens berücksichtigt werden. Ferner geht es auf einzelne Aspekte zu arbeitsrechtlichen Freistellungen in diesem Zusammenhang ein.

2. Ablauf des Regelinsolvenzverfahrens

Ziel eines Insolvenzverfahrens ist gemäß § 1 Satz 1 Insolvenzordnung (InsO) die gemeinschaftliche und anteilige Befriedigung der Gläubiger eines Schuldners, dessen Vermögen nicht mehr zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger ausreicht. Ein „Wettlauf der Gläubiger“ soll vermieden werden. Geht es um die Zahlungsunfähigkeit von Unternehmen, so ist das sogenannte Regelinsolvenzverfahren einschlägig.

Das Insolvenzverfahren beginnt mit der schriftlichen Antragstellung durch den Schuldner oder durch einen Gläubiger (§ 13 InsO). Dieser Antrag leitet das Eröffnungsverfahren ein. Hierbei prüft das Insolvenzgericht, ob die beiden Eröffnungsvoraussetzungen vorliegen. Es muss ein Eröffnungsgrund im Sinne der §§ 16 ff. InsO gegeben sein, nämlich Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Ferner muss genügend Masse vorhanden sein, um die Kosten des Insolvenzverfahrens zu decken (§ 26 InsO). In dieser Phase kann das Gericht vorläufige Maßnahmen zur Sicherung der Insolvenzmasse anordnen, beispielsweise einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellen und Verfügungsbeschränkungen gegenüber dem Schuldner erlassen, sodass dessen Verfügungen allein mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 InsO).

Sofern die Eröffnungsvoraussetzungen vorliegen, wird das Insolvenzverfahren durch einen Eröffnungsbeschluss des Gerichts im Sinne der §§ 27 ff. InsO eingeleitet. In ihm ernennt das Gericht den Insolvenzverwalter, bestimmt den Berichtstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 156 ff. InsO) sowie den Prüfungstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 2, 176 InsO) und fordert die Gläubiger auf, ihre Forderungen innerhalb einer bestimmten Frist beim Insolvenzverwalter anzumelden. Im Berichtstermin hat der Insolvenzverwalter über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und ihre Ursachen zu berichten. Die Gläubigerversammlung beschließt hier insbesondere, ob im weiteren Verfahren das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll. Im Rahmen des Prüfungstermins gibt der Insolvenzverwalter Tabellenerklärungen zu den angemeldeten Forderungen gegenüber dem Insolvenzgericht ab. Hierbei wird geklärt, welche Gläubiger mit welcher Forderung und welchem Rang an der Erlösverteilung teilnehmen.

Mit dem Eröffnungsbeschluss geht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Insolvenzmasse auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 InsO). Dieser nimmt die Masse in Besitz, um sie zu sichten und zu verwalten (§ 148 InsO). Zu seinen Aufgaben gehört es, gemäß §§ 103 ff. InsO über die Fortsetzung oder Beendigung schwebender Verträge zu entscheiden. Sofern im Berichtstermin die Gläubigerversammlung die Liquidation beschlossen hat, hat der Insolvenzverwalter das Schuldnervermögen zu verwerten gemäß §§ 159 ff. InsO. Hierzu werden bestehende Forderungen des insolventen Unternehmens eingezogen und die übrigen Vermögensgegenstände veräußert.

In einem Verfahren zur Feststellung der Forderungen müssen gemäß §§ 174 ff. InsO die am Erlös berechtigten Insolvenzgläubiger ermittelt werden, damit dieser anschließend verteilt werden kann. Hierzu muss der Gläubiger seine Forderung zur Eintragung in eine Tabelle beim Insolvenzverwalter anmelden (§ 174 Abs. 1 Satz 1 InsO). Wird dieser Anmeldung im Prüfungstermin nicht vom Insolvenzverwalter oder einem anderen Insolvenzgläubiger widersprochen, so gilt die Forderung als festgestellt (§ 178 Abs. 1 InsO). Dies vermerkt das Gericht in der Tabelle, sodass die Forderung wie ein rechtskräftiges Urteil wirkt, also titulierte ist (§ 178 Abs. 3 InsO). Sollte hingegen ein Widerspruch erhoben worden sein, so bleibt dem Gläubiger die Erhebung der Feststellungsklage, um die Richtigkeit der angemeldeten Forderung feststellen zu lassen (§ 179 Abs. 1 InsO).

Nach dem Feststellungsverfahren erfolgt die Erlösverteilung entsprechend der §§ 187 ff. InsO. Hierzu fertigt der Insolvenzverwalter ein Verteilungsverzeichnis an und zeigt dem Gericht die Summe der Forderungen und den für die Verteilung verfügbaren Betrag aus der Insolvenzmasse an (§ 188 Satz 2 InsO).

Ist die Masse verteilt worden, wird ein Schlusstermin für eine abschließende Gläubigerversammlung abgehalten (§ 197 InsO). Dieser Termin dient der Erörterung der Schlussrechnung des Insolvenzverwalters, der Erhebung von Einwendungen gegen diese und der Entscheidung der Gläubiger über die nicht verwertbaren Gegenstände der Insolvenzmasse. Sobald die Schlussverteilung vollzogen ist, beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens (§ 200 InsO).

3. Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen im Rahmen des Regelin Insolvenzverfahrens

Auf die Interessen der Arbeitnehmer des Schuldners, deren Arbeitsplätze in Gefahr sind, nimmt das Insolvenzrecht an verschiedenen Stellen besondere Rücksicht. Das Gesetz versucht, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Beschäftigten einerseits und dem Interesse des Insolvenzverwalters andererseits, der das Unternehmen möglichst schnell liquidieren oder sanieren muss, zu finden.¹

3.1. Fortbestand des Arbeitsverhältnisses

Die Dienstverhältnisse der Beschäftigten bestehen trotz Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO unverändert fort. Zu ihrer Beendigung bedarf es einer Kündigung. Der Insolvenzverwalter tritt nach § 80 Abs. 1 InsO an die Stelle des Arbeitgebers. Auf ihn gehen sämtliche Rechte und Pflichten des Arbeitgebers über. So stehen ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens das arbeitgeberseitige Direktions- und das Kündigungsrecht ausschließlich dem

1 Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 8. Auflage 2017, Rn. 208.

Insolvenzverwalter zu.² Während des Insolvenzverfahrens finden grundsätzlich alle arbeitsrechtlichen Regelungen Anwendung. Insbesondere der allgemeine Kündigungsschutz nach dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) und die im Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) normierten Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind zu beachten. Wird ein Betrieb oder Betriebsteil im Verlauf des Insolvenzverfahrens veräußert, so tritt der Erwerber nach § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in die Rechte und Pflichten aus den bestehenden Arbeitsverhältnissen ein.³

Das Gesetz enthält allerdings einige Regelungen, um auf die durch das Insolvenzverfahren geänderten Interessen zu reagieren. Nach § 113 InsO können sowohl der Insolvenzverwalter als auch die Beschäftigten die Arbeitsverhältnisse innerhalb von höchstens drei Monaten durch Kündigung beenden, unabhängig davon, ob aufgrund von Gesetz, Arbeits- oder Tarifvertrag längere Kündigungsfristen zu beachten wären. Kündigt der Insolvenzverwalter, so kann der Beschäftigte wegen der vorzeitigen Beendigung seines Dienstverhältnisses als Insolvenzgläubiger Schadensersatz verlangen (§ 113 Satz 3 InsO). Dem Arbeitnehmer ist dann der Verdienst zu ersetzen, den er bis zum Ablauf der regulären Vertragslaufzeit erhalten hätte.⁴ Da die Eröffnung beziehungsweise die Durchführung eines Insolvenzverfahrens für sich gesehen keinen eigenständigen Kündigungsgrund darstellt, muss die Kündigung des Insolvenzverwalters auf einem regulären Kündigungsgrund im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG beruhen. Außerdem ist sie nur dann zulässig, wenn sie nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Regelungen sozial gerechtfertigt ist.⁵

3.2. Schutz von Lohnforderungen

Auch im Hinblick auf die Lohnforderungen der Beschäftigten enthält das Gesetz einige Sonderregelungen, die den Interessen der von einer Insolvenz betroffenen Beschäftigten Rechnung tragen sollen. Ob und in welchem Umfang der Entgeltanspruch eines Arbeitnehmers im Verhältnis zu Ansprüchen anderer Insolvenzgläubiger besonders geschützt ist, wird durch den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestimmt.⁶

Nicht beglichene Lohnforderungen, die bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, sind reguläre Insolvenzforderungen und stehen damit den Forderungen anderer Gläubiger gleich. Sie müssen beim Insolvenzverwalter zur Tabelle angemeldet werden. Hat ein Arbeitnehmer für die vorausgegangenen drei Arbeitsmonate noch offene Ansprüche auf Arbeitsentgelt, kann er diese im vollen Umfang und bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen von der

2 *Kania* in Küttner, Personalbuch, 24. Auflage 2017, Insolvenz des Arbeitgebers, Rn. 3; *Plössner* in Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) Arbeitsrecht, 46. Edition, Stand: 1. Dezember 2017, § 113 InsO, Rn. 1 f.

3 *Künzl* in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Auflage 2017, InsO Vorbemerkungen, Rn. 2.

4 *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar, 18. Auflage 2018, § 113 InsO, Rn. 14 ff; *Plössner* in Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) Arbeitsrecht, 46. Edition, Stand: 1. Dezember 2017, § 113 InsO Rn. 54 ff.

5 *Künzl* in Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 5. Auflage 2017, InsO Vorbemerkungen, Rn. 2; Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 24. Januar 2013 - 2 AZR 453/11 -, Rn. 23 (zitiert nach juris).

6 Vgl. ausführlich dazu *Lakies*, Die Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer in der Insolvenz, NZA 2001, S. 521.

Agentur für Arbeit gemäß §§ 165 ff. Drittes Buch Sozialgesetzbuch - Arbeitsförderung - (SGB III) als sogenanntes Insolvenzgeld erhalten.⁷

Entgeltansprüche für die Zeit nach Verfahrenseröffnung sind dagegen Masseverbindlichkeiten im Sinne des § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO und als solche nach § 53 InsO unabhängig von einem Verteilungsverfahren vor den übrigen Insolvenzforderungen aus der Insolvenzmasse vorweg zu befriedigen.

3.3. Rechte des Betriebsrats

Der Betriebsrat kann die Interessen der Beschäftigten im Verlauf einer Regelinsolvenz an verschiedenen Stellen einbringen.

Insolvenzverwalter und Betriebsrat sollen über eine einvernehmliche Herabsetzung von Leistungen, die in Betriebsvereinbarungen vorgesehen sind und die Insolvenzmasse belasten, beraten und können bestehende Betriebsvereinbarungen mit einer verkürzten Kündigungsfrist von drei Monaten kündigen (§ 120 InsO). Kommt es während des Insolvenzverfahrens zu Betriebsänderungen, die wesentliche Nachteile für die Belegschaft zur Folge haben können, muss der Betriebsrat umfassend unterrichtet und die geplante Betriebsänderung mit ihm beraten werden (§ 111 BetrVG). Entstehen den Arbeitnehmern durch die geplante Betriebsänderung wirtschaftliche Nachteile, so soll mit dem Betriebsrat ein Sozialplan vereinbart werden, um diese Nachteile auszugleichen oder abzumildern (§ 112 BetrVG). Ist eine Betriebsänderung geplant und kommt zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat innerhalb von drei Wochen keine Einigung zustande, so kann der Insolvenzverwalter ohne Durchführung eines Einigungsstellenverfahrens die gerichtliche Zustimmung zur Durchführung der Betriebsänderung beantragen (§ 122 InsO). Einigen sich die Parteien auf einen Interessensausgleich, der die Kündigung von namentlich bezeichneten Arbeitnehmern vorsieht, so können diese zwar weiterhin Kündigungsschutzklage erheben. Es wird aber nach § 125 Abs. 1 Nr. 1 InsO vermutet, dass die Kündigungen auf dringenden betrieblichen Erfordernissen beruhen. Die im Sozialplan durchgeführte Sozialauswahl ist nur eingeschränkt gerichtlich nachprüfbar (vgl. § 125 Abs. 1 Nr. 2 InsO).⁸ Für die von einer Entlassung betroffenen Arbeitnehmer kann nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in einem Sozialplan ein Ausgleich von bis zu zweieinhalb Monatsverdiensten vereinbart werden (§ 123 Abs. 1 InsO).⁹ Im Berichtstermin hat der Betriebsrat nach § 156 Abs. 2 InsO Gelegenheit zu dem Bericht des Insolvenzverwalters über die wirtschaftliche Lage des Schuldners und ihre Ursachen Stellung zu nehmen. Bei der Aufstellung eines Insolvenzplans wirkt er beratend mit (§ 218 Abs. 3 InsO).

7 Vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen und dem Anspruchsumfang des Insolvenzgeldes *Müller-Glöge* in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 18. Auflage 2018, InsO Einführung, Rn. 51 ff. und *Voelzke* in *Küttner, Personalbuch*, 24. Auflage 2017, Insolvenz des Arbeitgebers, Rn. 51 ff.

8 Vgl. *Hamacher* in *Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung*, 33. EL September 2017, § 125 InsO, Rn 44.

9 Nach § 123 Abs. 2 Satz 1 InsO sind Verbindlichkeiten aus einem Sozialplan Masseverbindlichkeiten.

4. Freistellung von Beschäftigten im Regelinsolvenzverfahren

Im Verlauf eines Regelinsolvenzverfahrens werden häufig große Teile der Belegschaft durch den Insolvenzverwalter mit sofortiger Wirkung von ihrer Arbeitspflicht freigestellt.¹⁰ Die endgültige Beendigung ihrer Arbeitsverhältnisse erfolgt in der Regel erst später durch Ausspruch von Kündigungen.¹¹

4.1. Freistellung

In einem bestehenden Arbeitsverhältnis hat der Arbeitnehmer einerseits die Pflicht zur Erbringung seiner Arbeitsleistung. Der Arbeitgeber hat andererseits die Pflicht, die Arbeitsleistung mit dem vereinbarten Arbeitsentgelt zu vergüten (§ 611 BGB). Aus dem Arbeitsverhältnis ergibt sich für den Arbeitnehmer aber nicht nur die Pflicht zu arbeiten, er hat vielmehr auch ein Recht auf Erbringung seiner Arbeitsleistung. Der Arbeitgeber muss ihm einen geeigneten Arbeitsplatz bereitstellen und vertragsgerechte Aufgaben zuweisen. Dieser Beschäftigungsanspruch ist Ausfluss des im Grundgesetz garantierten allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Arbeitnehmers.¹² Durch eine sogenannte Freistellung wird allein die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers vorübergehend oder dauerhaft aufgehoben. Der Arbeitgeber ist weiterhin verpflichtet, das vereinbarte Arbeitsentgelt zu zahlen. Das Arbeitsverhältnis besteht unverändert fort.

Einige Freistellungsarten, wie beispielsweise die Freistellung des Arbeitnehmers während der Eltern- oder Pflegezeit, sind gesetzlich geregelt. Die Voraussetzungen und Folgen einer Freistellung von Beschäftigten im Verlauf eines Regelinsolvenzverfahrens sind dagegen nicht ausdrücklich normiert. Da die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers dispositiv ist, können sich Insolvenzverwalter und Arbeitnehmer jedenfalls einvernehmlich darauf einigen, dass keine Arbeit zu leisten ist, der Lohn aber weiterhin bezahlt werden soll.¹³ Ob dem Insolvenzverwalter darüber hinaus ein insolvenzspezifisches Recht auf Freistellung zusteht, das er gegebenenfalls auch gegen den

10 Häufig wird von „Freistellung“, „Suspendierung“ oder „Beurlaubung“ gesprochen, ohne dass ein Unterschied zwischen den verwendeten Begriffen erkennbar wäre. Darauf weist *Bauer*, „Spielregeln“ für die Freistellung von Arbeitnehmern, NZA 2007, S. 409, hin.

11 Ausführlich *Wroblewski*, „Recht auf Arbeit“ in der Insolvenz Freistellung, Beschäftigung und die Folgen, NJW 2011, S. 347.

12 *Preis* in Erfurter Kommentar, 18. Auflage 2018, § 611a, Rn. 563 ff.; *Wroblewski*, „Recht auf Arbeit“ in der Insolvenz Freistellung, Beschäftigung und die Folgen, NJW 2011, S. 347.

13 *Preis* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage 2018, § 611a BGB, Rn. 568.

Willen des Arbeitnehmers durchsetzen kann, ist umstritten.¹⁴ Es wird vertreten, dass ein derartiges Recht jedenfalls dann bestehe, wenn eine sinnvolle Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht mehr möglich ist oder die Masseunzulänglichkeit eingetreten ist.¹⁵

4.2. Auswirkungen einer Freistellung

Die Freistellung hat für die Beschäftigten je nach Art der Freistellung verschiedene Auswirkungen. Ob sich diese für den einzelnen Beschäftigten als positiv oder als negativ darstellen, ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Auch die Frage, welche Freistellungsart für den insolventen Arbeitgeber mehr Vor- als Nachteile bietet, lässt sich nicht pauschal beantworten.

Insbesondere in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ergeben sich je nach Freistellungsart Unterschiede. Diese Unterschiede sind darauf zurückzuführen, dass das sozialversicherungsrechtliche „Beschäftigungsverhältnis“ nicht mit dem arbeitsrechtlichen „Arbeitsverhältnis“ gleichzusetzen ist. Zwar begründet in der Regel ein Arbeitsverhältnis auch ein sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis. Allerdings können sie sich auch unabhängig voneinander entwickeln, sodass die Begriffe des Arbeitnehmers und des Beschäftigten auch getrennt voneinander zu betrachten sind.

Der Begriff des Arbeitnehmers wird in § 611a BGB definiert. Danach ist Arbeitnehmer, wer durch einen Arbeitsvertrag im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (§ 611a Abs. 1 Satz 1 BGB). Der sozialversicherungsrechtliche Beschäftigungsbegriff ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Viertes Buch Sozialgesetzbuch - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - (SGB IV). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Bei dem Beschäftigungsbegriff wird jedoch noch einmal zwischen beitragsrechtlichem und leistungsrechtlichem Beschäftigungsbegriff unterschieden. Der beitragsrechtliche Beschäftigungsbegriff bezieht sich auf das Vorliegen der im SGB IV geregelten Versicherungs- und Beitragsverpflichtungen. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses auch ein beitragsrechtliches Beschäftigungsverhältnis besteht.

Der leistungsrechtliche Beschäftigungsbegriff dient insbesondere der Feststellung, ob eine Beschäftigungslosigkeit als erforderliche Voraussetzung für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld nach den Bestimmungen des SGB III besteht. Dabei knüpft das SGB III insoweit nicht an den

14 Dagegen mit ausführlicher Begründung *Wroblewski*, „Recht auf Arbeit“ in der Insolvenz Freistellung, Beschäftigung und die Folgen, NJW 2011, S. 347, 348 ff.

15 *Koch*, Kündigungsrecht, 5. Auflage 2017, Rn. 232a; *Müller-Glöge* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, InsO Einführung, Rn. 38; Landesarbeitsgericht (LAG) Hamm, Urteil vom 27. September 2000 - 2 Sa 1178/00 -, Rn. 29 f. (zitiert nach juris); LAG Nürnberg, Urteil vom 30. August 2005 - 6 Sa 273/05 -, Rn. 4 f. (zitiert nach juris).

rechtlichen Bestand eines Arbeitsverhältnisses an, sondern vielmehr an die tatsächlichen Verhältnisse. Wird ein Beschäftigter vom Insolvenzverwalter von der Erbringung seiner Arbeitsleistung freigestellt, besteht sein Arbeitsverhältnis in jedem Fall fort, da eine Freistellung als solche das Arbeitsverhältnis nicht beendet. Ob der Arbeitnehmer während seiner Freistellung weiterhin in einem leistungsrechtlichen Beschäftigungsverhältnis steht, ist damit von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles abhängig.¹⁶

4.2.1. Unwiderrufliche Freistellung

Bei einer unwiderruflichen Freistellung verzichtet der Insolvenzverwalter dauerhaft auf die Arbeitsleistung der freigestellten Beschäftigten. Diese können völlig frei über ihre Zeit verfügen, da ihre Arbeitspflicht nur mit ihrer Zustimmung neu begründet werden kann. Das Beschäftigungsverhältnis in leistungsrechtlicher Hinsicht endet, sobald der Insolvenzverwalter die Freistellung gegenüber dem Beschäftigten ausspricht. Der Arbeitnehmer ist in leistungsrechtlicher Hinsicht beschäftigungslos und erfüllt somit eine Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeld (§ 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III).¹⁷ Nach § 157 Abs. 1 SGB III ruht der Anspruch auf Arbeitslosengeld, solange ein Entgeltanspruch besteht. Wird aber tatsächlich kein Lohn gezahlt, wird dem freigestellten Beschäftigten gemäß § 157 Abs. 3 Satz 1 SGB III Arbeitslosengeld gleichwohl gewährt. In dieser Konstellation geht der vom insolventen Arbeitgeber nicht ausgezahlte Lohnanspruch bis zur Höhe der erbrachten Sozialleistung auf die Bundesagentur über (§ 115 Abs. 1 SGB X). Die Anspruchsdauer für den Bezug von Arbeitslosengeld verkürzt sich entsprechend (§ 148 Abs. 1 Nr. 1 SGB III). Wird später Arbeitsentgelt an die Bundesagentur nachgeleistet, erhöht sich die Anspruchsdauer für den Bezug von Arbeitslosengeld um die mit der Zahlung ausgeglichenen Arbeitslosengeld-Tage.¹⁸

Die unwiderrufliche Freistellung von großen Teilen der Belegschaft kann bereits eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG darstellen, sofern der Insolvenzverwalter unumkehrbare Maßnahmen zur Auflösung der betrieblichen Organisation schafft. Die entsprechenden Rechte des Betriebsrats sind dann zu beachten.¹⁹

16 *Panzer*, Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, NJW 2010, S. 11, 12.

17 *Müller* in Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) Sozialrecht, 47. Edition, Stand: 1. Dezember 2017, § 138 SGB III, Rn. 16; *Panzer*, Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, NJW 2010, S. 11, 13.

18 Vgl. ausführlich zu den Voraussetzungen und Einzelheiten der sogenannten Gleichwohlgewährung Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Die sogenannte Gleichwohlgewährung, Sachstand vom 22. Februar 2018 (WD 6 – 004/18).

19 *Bertram* in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Auflage 2015, § 104, Rn. 38; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 2. März 2012 - 13 Sa 2187/11 -, Rn. 27 ff. (zitiert nach juris).

4.2.2. Widerrufliche Freistellung

Bei einer widerruflichen Freistellung behält sich der Insolvenzverwalter vor, die Suspendierung der Arbeitspflicht einseitig aufzuheben. Der freigestellte Beschäftigte muss auf Aufforderung des Insolvenzverwalters seine Arbeit wieder aufnehmen. Da der Insolvenzverwalter nicht vollständig und endgültig auf die arbeitgeberseitige Verfügungsbefugnis verzichtet, besteht das Beschäftigungsverhältnis in leistungsrechtlicher Hinsicht grundsätzlich fort. Allerdings dürfte der freigestellte Beschäftigte seinerseits das leistungsrechtliche Beschäftigungsverhältnis dadurch beenden können, dass er sich bei der Agentur für Arbeit meldet und den Bezug von Arbeitslosengeld beansprucht. Durch dieses Verhalten bringt er in der Regel zum Ausdruck, dass er nicht mehr dienstbereit, mithin beschäftigungslos ist.²⁰ Damit stünde ihm bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen ebenso ein Anspruch auf Arbeitslosengeld nach § 157 Abs. 3 Satz 1 SGB III zu.

20 *Baldschun* in Gagel, Kommentar zum SGB II/SGB III, 68. EL, Stand: Dezember 2017, § 138 SGB III, Rn. 45; *Schweiger*, Arbeitsförderungsrechtliche Folgen der Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeitsleistung, NZS 2013, S. 767, 768; Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 28. September 1993 – 11 Rar 69/92 -, Rn. 14 (zitiert nach juris).

Exkurs: Kritikpunkte und Handlungsvorschläge

Im Folgenden soll ein kurzer Überblick über Kritikpunkte am Insolvenzrecht im Hinblick auf Arbeitnehmerrechte und vorgeschlagene Lösungsmöglichkeiten gegeben werden. Soweit hier ersichtlich, wird derzeit keine breite Debatte im Hinblick auf konkrete Rechte von Beschäftigten im Insolvenzrecht geführt.

Gleichwohl gab und gibt es verschiedene Kritikpunkte und Lösungsvorschläge in diesem Zusammenhang.

Ein Kritikpunkt betrifft dabei etwa die Anfechtung von Arbeitnehmerentgelten. Nach § 179 Abs. 1 InsO kann der Insolvenzverwalter Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die die Insolvenzgläubiger benachteiligen, nach Maßgabe der §§ 130 ff. InsO anfechten. Demnach kann der Insolvenzverwalter prinzipiell auch Lohnzahlungen herausverlangen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens an Arbeitnehmer geleistet wurden. In dem Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 29. März 2017 (BGBl. I 2017, 654) ging es insbesondere um die Beseitigung von bestehenden Rechtsunsicherheiten in Bezug auf die Anfechtbarkeit von Arbeitnehmerforderungen. Allerdings wird in diesem Zusammenhang kritisiert, dass die Gesetzesänderung nicht weitgehend genug sei. Dazu wird etwa vorgeschlagen, die Arbeitnehmerentgelte generell von einer Anfechtung nach der Insolvenzordnung auszunehmen.²¹

Ein weiterer Bereich, zu dem Kritik geäußert wird, ist die Zusammensetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses. Hier ist umstritten, ob Gewerkschaftsvertreter in den vorläufigen Gläubigerausschuss berufen werden können. Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, im Gesetz klarzustellen, dass dies möglich sei.²²

21 Siehe dazu BT-Drucksache 18/11199, Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (BT-Drucksache 18/7054), S. 10 f., abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/111/1811199.pdf> (zuletzt abgerufen am 14. März 2018); Stellungnahme des DGB vom 22. Februar 2016, S. 2, 9 zu dem genannten Gesetzentwurf anlässlich der am 24. Februar 2016 vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz durchgeführten öffentlichen Anhörung, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/blob/409766/03b9c0b0c9a2d8beae8d9a878a9632bf/hayen_dgb-data.pdf (zuletzt abgerufen am 14. März 2018); sowie Stellungnahme der IG Metall vom 23. Februar 2017 ebenfalls anlässlich der genannten Anhörung, S. 2, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/blob/409772/42e91847f349233da439835db42b1715/wroblewski-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 14. März 2018); Stenografischer Bericht, 218. Sitzung am 16. Februar 2017 zu Zusatzpunkt 7 (Zweite und Dritte Beratung des oben genannten Gesetzentwurfs), S. 21905, 21907 ff. abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btp/18/18218.pdf> (zuletzt abgerufen am 15. März 2018); Informationen zum Recht vom DGB Bundesvorstand vom 9. März 2018 zur Reform des Insolvenzanfechtungs- und Konzerninsolvenzrechts, S. 2, abrufbar unter <http://www.dgb.de/themen/++co++c5ca0f70-26cb-11e8-a33d-52540088cada> (zuletzt abgerufen am 14. März 2018).

22 Vgl. Informationen zum Recht vom DGB Bundesvorstand vom 9. März 2018 zur Reform des Insolvenzanfechtungs- und Konzerninsolvenzrechts, S. 4 f. mit weiteren Nachweisen aus der Literatur; *Radomsky* in *Süddeutsche Zeitung* vom 30. November 2017, Letzte Hilfe.

Im Zusammenhang mit dem Insolvenzrecht gibt es ferner auch Kritik an den Regelungen zum Insolvenzgeld. Dabei wird etwa der beschränkte Zeitraum der Zahlung von Insolvenzgeld genannt. Insoweit wird eine entsprechende Anpassung der gesetzlichen Regelungen gefordert.²³

Zu einer ausführlichen Darstellung zu gewerkschaftlichen Positionen kann auf die Publikation „Die Rolle der Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz: interdisziplinäre Betrachtungen zwischen Insolvenzrecht, Arbeitsrecht und Verfassungsrecht“ hingewiesen werden.²⁴ Insoweit wird auch hier auf das „Positionspapier und Forderungskatalog zur Weiterentwicklung des Insolvenzrechts“ (Beschluss des DGB Bundesvorstandes vom 1. Juni 2010) Bezug genommen, das eine Reihe von Vorschlägen beinhaltet, die die Stärkung von Arbeitnehmerrechten in der Insolvenz betreffen. Zum Teil sind die im „Positionspapier und Forderungskatalog zur Weiterentwicklung des Insolvenzrechts“ genannten Forderungen allerdings bereits umgesetzt worden.

23 Vgl. dazu *Radomsky* in *Süddeutsche Zeitung* vom 30. November 2017, Letzte Hilfe; „Positionspapier und Forderungskatalog zur Weiterentwicklung des Insolvenzrechts“ (Beschluss des DGB Bundesvorstandes vom 1. Juni 2010), abrufbar unter <http://www.dgb.de/themen/++co++a67be63e-a346-11e1-59e0-00188b4dc422> (zuletzt abgerufen am 14. März 2018); im Ergebnis ebenso Stellungnahme des Verbandes der Insolvenzverwalter Deutschlands e.V. vom 22. Februar 2017.

24 Hoffmann, *Die Rolle der Gewerkschaften in der Unternehmensinsolvenz: Interdisziplinäre Betrachtungen zwischen Insolvenzrecht, Arbeitsrecht und Verfassungsrecht*, Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2016 (Schriftenreihe *Insolvenzrecht in Forschung und Praxis*, Band 101).