

I. Einführung

Deutsch-polnische Geschäftsverbindungen gehören seit Langem zum täglichen Bild der globalisierten Wirtschaft. Eine der – für die betroffenen Unternehmen unangenehmen – Folgen der wirtschaftlichen Verknüpfungen ist das Aufkommen deutsch-polnischer Unternehmensinsolvenzen, die eine Fülle von wirtschaftlichen und rechtlichen Fragen aufwerfen. Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Frage nach dem Schutz der Arbeitnehmer vor Lohnausfall, wenn in Polen Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Als Einführung in die Rechtsmaterie des polnischen Lohnausfallschutzes wird zunächst aufgezeigt, wann in Fällen einer Unternehmensinsolvenz die polnischen Vorschriften zum Zuge kommen. Sodann wird ein Überblick über das polnische Recht verschafft, der durch einen rechtsvergleichenden Blick auf das deutsche Insolvenzgeldrecht bereichert werden soll. Auf die Darstellung der historischen Entwicklung des polnischen Rechts wird verzichtet.² Es geht vielmehr darum, eine Bestandsaufnahme des geltenden Rechts vorzunehmen, da dies bislang in der deutschen Rechtswissenschaft nicht erfolgt ist.³

II. Anwendbares Recht

Deutsch-polnische Unternehmensinsolvenzen treten auf, sobald eine Insolvenz über das Vermögen eines Unternehmens im Raum steht, welches sowohl in Polen als auch in Deutschland geschäftlich tätig ist. Insolvenzgeldrechtlich relevant wird diese grenzüberschreitende Unternehmensinsolvenz dann, wenn zumindest in einem der Staaten Arbeitnehmer beschäftigt werden.

Gem. Art. 9 InsG-RL⁴ findet bei einer grenzüberschreitenden Tätigkeit eines Unternehmens das Insolvenzgeldrecht desjenigen Staates Anwendung, in dessen Hoheitsgebiet der gewöhnliche Beschäftigungsort der Arbeitnehmer liegt. Eine grenzüberschreitende Tätigkeit in diesem Sinn liegt bereits vor, wenn ein in einem Mitgliedsstaat ansässiges Unternehmen zumindest in einem anderen Mitgliedsstaat eine feste wirtschaftliche Prä-

¹ Die Verfasserin arbeitet derzeit an einer Dissertation zu diesem Thema.

² Zum kurzen historischen Rückblick, vgl. *J. Schürmeyer*, Polen: Gesetz über den Schutz der Arbeitnehmeransprüche bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, WiRO 2015, S. 1 ff.; ausführlich dazu in polnischer Sprache, *M. Gersdorf*, Niewypłacalność pracodawcy w prawie pracy, Warschau 2002, S. 10 ff.

³ Zum früher geltenden Recht vgl. *F. Zoll/A. Kraft/M. Thurner*, Polnisches Insolvenzrecht, S. 148 ff., Wien 2002; zur Übersetzung des Gesetzes v. 29.12.1993 in der Fassung v. 9.1.2002 vgl. *A. Kraft/M. Thurner/T. Paintner*, Polen: Gesetz über den Schutz der Arbeitnehmeransprüche im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers, WiRO 2002, S. 370–375.

⁴ Richtlinie 2008/94/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Diese Richtlinie stellt eine Änderung der Richtlinie des Rates Nr. 80/987/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers dar. In Anbetracht der unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedsstaaten hat sie jedoch nur in den Grundlagen zu einer Harmonisierung geführt (*M. Brinkmann*, KTS 2014, 381, 382, Fn. 2).

senz hat, die durch das Vorhandensein von Personal gekennzeichnet ist. Eine Zweigniederlassung oder eine feste Niederlassung ist nicht erforderlich.⁵

Liegt der gewöhnliche Beschäftigungsort der Arbeitnehmer in Polen, ist damit gem. Art. 9 Abs. 2 InsG-RL das polnische Insolvenzgeldrecht anzuwenden. Hat der Arbeitgeber den Mittelpunkt seiner hauptsächlichen Interessen⁶ demgegenüber in Deutschland, findet im Falle seiner Insolvenz gem. Art. 4 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO⁷ das deutsche Insolvenzrecht Anwendung.⁸ Hier zeigt sich somit eine Überschneidung des deutschen Insolvenzrechts mit dem polnischen Insolvenzgeldrecht. Beschäftigt dieser Arbeitgeber regelmäßig sowohl in dem einen als auch in dem anderen Staat Arbeitnehmer, ist die Folge des Art. 9 InsG-RL, dass er für die Beschäftigten im Inland das deutsche und für diejenigen in Polen das polnische Insolvenzgeldrecht zu beachten hat.

III. Der polnische Lohnausfallschutz

Das polnische Gesetz über den Schutz der Arbeitnehmeransprüche bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers⁹ findet auf unterschiedliche Ereignisse der Zahlungsunfähigkeit Anwendung, die über die Fälle, in denen ein Insolvenzverfahren im Raum steht, hinausgehen. Darüber hinaus werden weitere Fälle inländischer förmlicher Verfahren bei Arbeitsentgeltausfall wegen Fehlens entsprechender Vermögensmasse erfasst (Vgl. Art. 8 Abs. 1 Nr. 2 bis Nr. 6 u. o. r. p.¹⁰). Zu nennen sind hier das Liquidationsverfahren gegenüber staatlichen Unternehmen, das Auflösungsverfahren gegenüber Handelsgesellschaften durch ein Gericht gem. dem polnischen Gesetzbuch über Handelsgesellschaften¹¹, das Gewerbeausübungsverbotsverfahren auf Grundlage der Vorschriften über die Wirtschaftsbetätigungsfreiheit¹² gegenüber ausländischen Unternehmen oder das Registerlöschungsverfahren gegenüber einer natürlichen Person wegen Beendigung der Unternehmenstätigkeit. Diese Ereignisse können sich teilweise mit dem deutschen Insolvenzereignis der vollständigen Beendigung der Betriebstätigkeit decken, wenn zugleich die in § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III genannten Voraussetzungen (kein Insolvenzantrag und offensichtliche Unmöglichkeit der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens mangels Masse) vorliegen. Generell lässt sich jedoch sagen, dass das polnische Fondsgesetz einen weit aus größeren sachlichen Anwendungsbereich als die deutschen Insolvenzgeldvorschriften der §§ 165 ff. SGB III aufweist.

⁵ EuGH vom 16.10.2008 – Rs. C-310/07 *Holmqvist*, Rn. 26-28 (juris); K. *Riesenhuber*, Europäisches Arbeitsrecht, Heidelberg 2009, § 25, Rn. 14; A. *Weber*, in: EAS, B 3300, 141. Aktualisierung Nov. 2008, S. 25, Rn. 60.

⁶ In Anlehnung an englischen Begriff „centre of main interests“ auch mit der Abkürzung COMI bezeichnet.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29.05.2000 über Insolvenzverfahren (im Folgenden: EuInsVO).

⁸ Gem. Art. 9 Abs. 3 InsG-RL sowie Art. 16 Abs. 1 EuInsVO wird die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in einem anderen EU-Mitgliedsstaat als demjenigen, in dem sich der gewöhnliche Beschäftigungsort befindet, auch in diesem Mitgliedsstaat anerkannt.

⁹ Ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (Dz.U.2014, Pos. 272) im Folgenden als u.o.r.p. abgekürzt oder als Fondsgesetz bezeichnet. Zur Übersetzung des Gesetzes, vgl. J. *Schürmeyer*, s. Fn. 2, S. 1 ff. (Teil 1), S. 54 ff. (Teil 2).

¹⁰ Die folgenden Artikel ohne Gesetzesangabe sind solche des Fondsgesetzes.

¹¹ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U.2013.1030).

¹² Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. Nr 173, poz. 1807, im Folgenden auch als u.s.d.g. abgekürzt.

Eine weitere Besonderheit des polnischen Gesetzes im Vergleich zu den deutschen Insolvenzgeldvorschriften liegt darin, dass die im Fonds für garantierte Arbeitnehmeransprüche¹³ gesammelten Finanzmittel auch bei Entgeltausfall wegen anderer, nicht im Fondsgesetz genannter Krisenfälle verwendet werden können (Art. 21 a i. V. m. Art. 27 Abs. 1 a S. 1). Es handelt sich dabei um Leistungen in Unternehmenskrisen, die den deutschen Vorschriften über das Kurzarbeitergeld gem. §§ 95 ff. SGB III ähnlich sind.

Regelungsinhalt des polnischen Fondsgesetzes ist die Erfüllung bestimmter, im Gesetz näher definierter Entgeltansprüche von Arbeitnehmern (bzw. ihnen gleichgestellten Personen) aus den im Fonds gesammelten Finanzmitteln, wenn sie in einem näher definierten Schutzzeitraum wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht erfüllt werden konnten. Nachstehend werden die einzelnen Voraussetzungen für die Anspruchserfüllung dargestellt und Parallelen sowie Unterschiede zum deutschen Insolvenzgeldrecht aufgezeigt.

1. Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst die Personen des Arbeitnehmers und Arbeitgebers. Es enthält jedoch – anders als die deutschen Insolvenzgeldvorschriften – eigenständige Definitionen der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbegriffe, die von den im polnischen Arbeitsgesetzbuch (Art. 2 und 3 des Arbeitsgesetzbuchs¹⁴) generell definierten Begriffen abweichen.¹⁵ Dies ist in Bezug auf die Insolvenzgeldrichtlinie insofern problematisch, als der dortige Verweis auf die Begriffsbestimmung im nationalen Recht (Art. 2 Abs. 2 S. 1 InsG-RL) dahingehend ausgelegt wird, dass der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie den im nationalen Recht bereits bestehenden generellen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbegriff verwenden soll.¹⁶ Dadurch soll verhindert werden, dass der nationale Gesetzgeber durch eigenständige Definitionen einen geringeren Insolvenzschutz bietet, als er bei der Verwendung der bestehenden Definitionen bieten müsste.

a) Arbeitnehmer

Anspruchsberechtigt sind gem. Art. 11 Arbeitnehmer, ehemalige Arbeitnehmer sowie im Fall ihres Versterbens deren Familienangehörige, wenn sie zur Familienrente berechtigt sind. Die deutschen Vorschriften erfassen neben Arbeitnehmern (§ 165 Abs. 1 SGB III) und deren Erben (§ 165 Abs. 4 SGB III) auch Dritte, wenn der Arbeitnehmer ihnen vor der Antragstellung auf Insolvenzgeld Ansprüche auf Arbeitsentgelt übertragen hatte (§ 170 Abs. 1 SGB III). Das polnische Gesetz schützt unmittelbar weder Erben noch

¹³ Im Weiteren als FGSP (Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych) oder Fonds bezeichnet.

¹⁴ Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks Pracy, Dz. U. Nr. 24, poz. 141 z późn. zmianami, im Folgenden mit k.p. abgekürzt.

¹⁵ *M. Latos-Milkowska*, Zakres podmiotowy ustawy o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy, PiZS 2009, S. 22 ff. (22).

¹⁶ *M. Gersdorf*, Nowe reguły ochrony roszczeń pracowniczych (wybrane zagadnienia), Gdańskie Studia Prawnicze, Tom XVII, 2007, S. 78; *M. Latos-Milkowska*, vgl. Fn. 15, S. 27; *A. Weber*, s. Fn. 5, S. 9, Rn. 18 (z.T. unter Verweis auf den unveröffentlichten Bericht für die Kommission der EG von *Rolf Birk*: „Die Umsetzung der Richtlinie des Rates 80/987/EWG vom 20. Oktober 1980 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Schutz der Arbeitnehmer bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, 1990); *K. Riesenhuber*, vgl. Fn. 5, S. 451, Rn. 8.

nennt es Dritte im vorgenannten Sinn. Erben können jedoch dann anspruchsberechtigt sein, wenn sie zugleich zur Familienrente berechnigte Familienangehörige sind. Dritte im oben genannten Sinn sind jedoch nicht erfasst, weil eine Übertragung von Ansprüchen auf Arbeitsentgelt in Polen rechtlich nicht möglich ist. Eine Übertragung scheitert an dem in Art. 84 k. p. formulierten Verzichts- und Verfügungsverbot.

Der Arbeitnehmerbegriff ist in Art. 10 en détail definiert. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass grundsätzlich alle Personen erfasst werden, die der Altersrenten- und der sonstigen Rentenversicherungspflicht unterfallen. In erster Linie geschützt sind daher Arbeitnehmer i. S. d. Art. 2 k.p. sowie arbeitnehmerähnliche Personen, die eine Tätigkeit auf Grundlage bestimmter privatrechtlicher Verträge ausführen. Dabei geht es um folgende Verträge: Heimarbeitsverträge,¹⁷ Agenturverträge (Art. 758 k. c.), Auftragsverträge (Art. 734 k. c.)¹⁸ sowie andere Dienstverträge, wenn das polnische Zivilgesetzbuch die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Auftrag vorsieht; ferner Verträge über eine sonstige Erwerbstätigkeit zugunsten einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft, einer Genossenschaft der Landwirtschaftskreise oder einer anderen Genossenschaft, die sich mit der landwirtschaftlichen Produktion befasst. Da Auszubildende nach dem polnischen Arbeitsrecht (Art. 194 ff. k.p.) Arbeitnehmer sind, fallen sie unproblematisch ebenfalls in den Schutzbereich.

Im Vergleich dazu ist nach überwiegender Ansicht in Deutschland der Arbeitnehmerbegriff mit dem sozialversicherungsrechtlichen Begriff i. S. d. § 25 Abs. 1 SGB III i. V. m. § 7 Abs. 1 SGB IV („Beschäftigte“) identisch.¹⁹ Der deutsche Gesetzgeber stellt damit anders als in Polen auf eine bereits bestehende Definition ab, die durch Rechtsprechung und Literatur konkretisiert wurde. Kennzeichnend für den Arbeitnehmer ist danach die persönliche Abhängigkeit (Tätigkeit nach Weisung und die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation des Weisungsgebers). Dazu gehören insbesondere auch Auszubildende (§§ 14, 25 SGB IV) und Heimarbeiter (§§ 13 SGB III, 12 Abs. 2 SGB IV i. V. m. dem Heimarbeitsgesetz).

Der polnische Gesetzgeber schränkt im zweiten Zug den oben genannten Schutz wieder ein. Der erfolgte Ausschluss von Hausangestellten ist wegen Art. 1 Abs. 2 und 3 InsG-RL unproblematisch, der die Richtlinie hierfür eine Ausnahmemöglichkeit vom Insolvenzschutz vorsieht. Von dieser Ausschlussmöglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber demgegenüber keinen Gebrauch gemacht.²⁰

Äußerst zweifelhaft in Bezug auf die Vereinbarkeit mit der Insolvenzgeldrichtlinie ist jedoch der generelle Ausschluss bestimmter Personen, die in einem Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis zum Arbeitgeber stehen. Nicht geschützt sind danach der Ehegatte des Arbeitgebers und seine leiblichen Kinder, ferner die Kinder seines zweiten Ehegatten und seine Adoptivkinder, seine Eltern, seine Stief- und Adoptiveltern, seine Geschwister, Enkel, Großeltern, Schwiegersöhne, Schwiegertöchter, Schwägerinnen und Schwager.

¹⁷ Vgl. Art. 303 k.p. i. V. m. der Rechtsverordnung des Ministerrates vom 31.12.1975 über die Arbeitnehmerrechte von Personen, die Heimarbeit leisten m. Ä. (Rozporządzenie Rady Ministrów z 31.12.1975 r. w sprawie uprawnień pracowniczych osób wykonujących pracę nakładczą z późn. zm.).

¹⁸ Nach dem polnischen Recht handelt es sich dabei um entgeltliche Verträge.

¹⁹ BSG, Urteil vom 27.09.1988, Az. 10 Rar 13/87, Rn. 16 (zit. nach juris); BSG, Urteil vom 30.01.1997, Az. Rar 6/95, Rn. 15-16 (zit. nach juris); BSG, Urteil vom 04.07.2007, Az. B 11a AL 5/06, Rn. 14-16 (zit. nach juris); T. Voelzke, in: *Hauck/Noftz*, § 165, Rn. 36; S. Peters-Lange/Gagel, SGB III, § 165, Rn. 10.

²⁰ Vgl. auch A. Weber, s. Fn. 5, Rn. 76.

Der polnische Gesetzgeber stellt damit bestimmte Familienangehörige des Arbeitgebers per se unter einen Generalverdacht. Er begründet dies damit, einem eventuellen Missbrauch der Leistungen aus dem Fonds vorbeugen zu wollen.²¹

Aus Art. 12 lit. a–c InsG-RL folgt zwar, dass die Mitgliedsstaaten befugt sind, Maßnahmen zur Vermeidung von Missbräuchen treffen zu können. Diese Befugnis ist jedoch im Licht der sozialen Zweckbestimmung der Insolvenzgeldrichtlinie zu beurteilen, wonach allen Arbeitnehmern ein gemeinschaftsrechtlicher Mindestschutz zu garantieren ist.²² Alle in Art. 12 InsG-RL aufgeführten Varianten setzen eine missbräuchliche Verhaltensweise voraus. Der Ausschluss der Familienangehörigen im Art. 10 nimmt demgegenüber auf keine bestimmte missbräuchliche Verhaltensweise Bezug. Die Vorschrift schließt Familienangehörige per se und verhaltensunabhängig aus. Der EuGH hat aus dem Gemeinschaftsgrundrecht des „allgemeinen Grundsatzes der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung“ abgeleitet, dass für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bei der Gestaltung des persönlichen Anwendungsbereiches ein Diskriminierungsverbot gilt.²³ Der in Art. 10 in fine geregelte Ausschluss bestimmter Familienangehöriger vom Insolvenzschutz verstößt daher sowohl gegen die Insolvenzgeldrichtlinie als auch gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot.

Vorstehende Erörterungen zeigen, dass der polnische Gesetzgeber einerseits den Lohnausfallschutz weit versteht, in dem er diesen auf Agenten, die als Unternehmer²⁴ gelten, ausweitet, andererseits aber den Schutz in europarechtswidriger Weise einschränkt, indem bestimmte Familienangehörige ohne Grund vom Insolvenzschutz herausgenommen werden.

b) Inlandbeschäftigung gemäß den Vorschriften des polnischen Rechts

Die Arbeitnehmer müssen ferner im Rahmen der in Polen geführten selbständigen gewerblichen Tätigkeit bzw. im Rahmen der in Polen befindlichen Vertretung ihres Arbeitgebers gem. den polnischen Vorschriften beschäftigt sein, Art. 2 Abs. 1 in fine. § 165 Abs. 1 S. 1, 2 SGB III formuliert im Vergleich dazu lediglich, dass der Arbeitnehmer im Inland beschäftigt sein muss.²⁵ Maßgeblich für den Leistungsanspruch ist in beiden Staaten zunächst, dass ein inländisches Beschäftigungsverhältnis vorliegt. Die Anknüpfung daran ist in beiden Staaten unabhängig davon, ob ein inländisches oder ausländisches Ereignis der Zahlungsunfähigkeit bzw. Insolvenzereignis vorliegt.²⁶ Das Abstellen auf die Inlandbeschäftigung entspricht dem Art. 9 Abs. 1 InsG-RL. Das polnische Fondsgesetz verlangt darüber hinaus, dass die inländische Beschäftigung dem polnischen Recht unterliegen muss. Das in Deutschland auf das Beschäftigungsverhältnis anwendbare Recht stellt hingegen nur eine Hilfstatsache zur Bestimmung einer Inlandbeschäftigung

²¹ Drucksache des Sejm Nr. 52 vom 3. November 1993, S. 6 (Druk nr 52 z dnia 3 listopada 1993 r.).

²² Erwägungsgrund Nr. 7 und 3 der InsG-RL; EuGH, Urt. v. 11.09.2003, *Walcher*, C-201/01, Rn. 38 (juris) und die dort angeführte Rechtsprechung; EuGH, Urt. v. 10.02.2011, C-30/10 (juris).

²³ *K. Riesenhuber*, s. Fn. 5, S. 451, Rn. 8 unter Verweis auf EuGH vom 07.09.2006 – Rs. C-81/05 *Alonso*, Slg. 2006, I-7569 Rn. 35–37; EuGH vom 13.12.2005 – Rs. C-177/05 *Guerrero Pecino*, Slg. 2005, I-10887, Rn. 26–30; EuGH vom 16.12.2004 – Rs. C-520/03 *Valero*, Slg. 2004, I-12065 Rn. 34; EuGH vom 27.07.2002 – Rs. C 442/00 *Caballero*, Slg. 2002, I-11915, Rn. 32 (juris).

²⁴ Agenten i. S. d. Art. 758 ff. KC sind sowohl im Sinne des polnischen Zivilgesetzbuchs (Art. 43¹ k.c.) als auch im Sinne des Gesetzes über wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (Art. 4) Unternehmer, vgl. *M. Gersdorf*, s. Fn. 16, S. 79; *M. Latos-Milkowska*, s. Fn. 15, S. 27.

²⁵ Dies ergibt sich auch aus der allgemeinen Regelung des § 3 Nr. 1 SGB IV.

²⁶ Für das deutsche Recht vgl. auch *T. Voelzke*, in: *Hauck/Noftz* § 165, Rn. 196.

dar. Entscheidend soll in Zweifelsfällen sein, ob die Beschäftigung der Versicherungspflicht nach dem deutschen Recht unterliegt.²⁷

c) Arbeitgeber

Die im Fondsgesetz enthaltene Arbeitgeberdefinition ist enger als im polnischen Arbeitsgesetzbuch (Ar. 3 k.p.). Ein Abweichen von dieser Definition ist für das polnische Arbeitsrecht zwar nicht unüblich.²⁸ Dies ist jedoch wegen Art. 2 Abs. 2 InsG-RL nicht unproblematisch und ist jedenfalls dann europarechtswidrig, wenn dadurch der in der Richtlinie bestimmte Mindeststandard unterschritten wird. Insofern ist der im Fondsgesetz enthaltene Begriff darauf hin zu untersuchen, ob er diese Mindeststandards erfüllt.

Für die Arbeitgeberbereiensechaft wird zunächst verlangt, dass die Eröffnung eines Verfahrens zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger möglich sein muss.²⁹ Art. 2 listet abschließend die einschlägigen Gesamtverfahren auf. Abs. 1 dieser Vorschrift nennt drei Personengruppen, den der Arbeitgeberstatus zugeschrieben wird, wobei Abs. 2 wieder Einschränkungen dazu enthält. Arbeitgeber sind danach erstens Unternehmer i. S. d. Art. 4 Abs. 1 des Gesetzes über die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit (u. s. d. g.). Dies sind natürliche und juristische Personen sowie organisatorische Einheiten, denen, ohne dass sie eine juristische Person sind, ein besonderes Gesetz Rechtsfähigkeit verleiht, und die eine gewerbliche³⁰ Tätigkeit in eigenem Namen ausüben. Erforderlich sind also Rechtsfähigkeit und selbständige gewerbliche Tätigkeit.³¹ Art. 3 k.p. verlangt im Vergleich dazu keine dieser Voraussetzungen.

Eine so enge Definition des Arbeitgebers führt dazu, dass Betriebe, die zwar Arbeitnehmer beschäftigen, aber keiner gewerblichen Tätigkeit i. S. d. Gesetzes über Wirtschaftsbetätigungsfreiheit nachgehen, ausgeklammert werden. Dazu gehören Vereinigungen mit non-profit-Charakter,³² gemeinnützige Gesellschaften in Form einer GmbH (sp. z o. o.) oder AG (s. a.) sowie Personen, die einer landwirtschaftlichen Tätigkeit i. S. d. Art. 3 u. s. d. g. nachgehen.³³ Ferner sind die im polnischen Arbeitsrecht beheimat-

²⁷ T. Voelzke, in: *Hauck/Noftz*-, § 165, Rn. 197.

²⁸ J. Iwulski, in: *Iwulski/Sanetra*, Art. 3, Ziff. 2.

²⁹ Im Gesetz aus dem Jahr 1993 war die Voraussetzung der Konkurs- bzw. Liquidationsfähigkeit in Art. 2 Abs. 2 formuliert (vgl. auch Urteil des Appellationsgerichts in Katowice vom 27.05.1999, Az. III AUa 194/99). Heute ergibt sich aus der Gesamtschau der Vorschriften über die Arbeitgeberbereiensechaft und der Zahlungsunfähigkeit sowie aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des Gesetzes eine Aufhebung dieser Voraussetzung nicht bezweckt hatte, dass der Arbeitgeber konkursfähig sein muss.

³⁰ Das polnische Wort „działalność gospodarcza“ wird hier bewusst als „gewerbliche“ und nicht wie in den meisten Übersetzungen als „wirtschaftliche“ Tätigkeit übersetzt, da nach dem deutschen Sprachgebrauch keine „wirtschaftliche“, sondern eine „gewerbliche“ Tätigkeit ausgeübt wird.

³¹ Der Begriff des Unternehmers i. S. d. Art. 4 Abs. 1 u. s. d. g. stimmt inhaltlich mit der Definition des Unternehmers i. S. d. Art. 43¹ k.c. überein, auch wenn in den gegenständlichen Vorschriften der Begriff der gewerblichen Tätigkeit nicht einheitlich verwendet wird. Gem. Art. 2 u. s. d. g. umfasst der Begriff der gewerblichen Tätigkeit auch die sog. selbständige berufliche Tätigkeit („działalność zawodowa“), wohingegen Art. 43¹ k.c. die gewerbliche und die selbständige berufliche Tätigkeit voneinander trennt. Die unterschiedliche Verwendung der Begriffe hat keinen sachlichen Grund, zumal die Definitionen fast zeitgleich formuliert wurden, vgl. *Pietrzykowski/Popiolek*, kodeks cywilny, komentarz, art. 43 (1), Ziff. 5.

³² M. Latos-Milkowska, s. Fn. 15, S. 22 ff. (23).

³³ Sie sind gem. Art. 3 u. s. d. g. aus dem Geltungsbereich des Gesetzes über wirtschaftliche Betätigungsfreiheit ausgenommen.

teten internen Arbeitgeber (wewnętrzni pracodawcy)³⁴ nicht erfasst, da sie keine allgemeingültige Rechtsfähigkeit besitzen und regelmäßig keiner gewerblichen Tätigkeit nachgehen.

Schließlich sind auch Gesellschaften des Zivilrechts, die in der Praxis eine große Relevanz haben, mangels Rechtsfähigkeit³⁵ aus dem Anwendungsbereich ausgenommen. Die Praxis behilft sich damit, dass einer der Gesellschafter als Arbeitgeber i. S. d. Fondsgesetzes fungiert, obwohl gem. Art. 3 k.p. die Gesellschaft und nicht die Gesellschafter Arbeitgeber ist. Dieses Verfahren widerspricht auch dem Inhalt des Art. 2 Abs. 1. Gesellschafter einer Gesellschaft des Zivilrechts sind zwar gem. Art. 4 Abs. 2 u. s. d. g. Unternehmer. Art. 2 Abs. 1 verweist jedoch nur auf den Absatz 1 des Art. 4 u. s. d. g., so dass das Fondsgesetz den Gesellschaftern gerade keine Arbeitgeberfunktion zuweisen will.

Zu der zweiten Personengruppe gehören die im Inland ansässigen Zweigniederlassungen ausländischer Banken i. S. d. Art. 4 Abs. 1 Nr. 20 des Gesetzes über das Bankenrecht.³⁶

In der letzten Personengruppe werden Unternehmen aus den EU- und EWR-Mitgliedsstaaten erfasst, die im Inland eine Zweigniederlassung oder eine Vertretung zu Werbezwecken i. S. d. Art. 85–102a u. s. d. g. unterhalten. Die Eingrenzung der ausländischen Arbeitgeber auf Unternehmen mit einer Zweigstelle oder einer Repräsentanz in der Republik Polen, ist europarechtlich problematisch, da Art. 9 Abs. 1 InsG-RL gerade nicht verlangt, dass eine Zweigniederlassung oder eine feste Niederlassung vorliegen muss.³⁷

Ausgeklammert werden gem. Art. 2 Abs. 2 juristische Personen, die gem. Art. 49 ff. des Gesetzes über das Zentrale Gerichtsregister³⁸ der Eintragungspflicht im Register für Vereine, andere gesellschaftliche und berufsständische Vereinigungen, Stiftungen sowie öffentliche Anstalten der Gesundheitsfürsorge unterliegen und aufgrund gewerblicher Tätigkeit zugleich im Unternehmensregister eingetragen sind.³⁹ Ferner sind Anstalten des öffentlichen Finanzsektors sowie Personen ausgeschlossen, die im Privathaushalt Hausangestellte⁴⁰ beschäftigen.

Vergleicht man Vorstehendes mit dem deutschen Insolvenzgeldrecht, so ist zunächst festzustellen, dass auch in Deutschland generell die Meinung herrscht, dass der Arbeitgeber insolvenzfähig sein muss. Auch nach der Insolvenzgeldrichtlinie wird Insolvenzfähigkeit verlangt.⁴¹ Eine gesetzliche Definition des Arbeitgeberbegriffs gibt es in Deutschland jedoch weder im Sozial- noch im Arbeitsrecht. Gemäß der Rechtsprechung und Literatur wird der im Arbeitsrecht entwickelte Arbeitgeberbegriff verwendet.⁴² Danach ist derjenige Arbeitgeber, der die Arbeitsleistung kraft Arbeitsvertrages fordern

³⁴ Zum Begriff vgl. T. Liszcz, Prawo pracy.

³⁵ SN, Beschluss durch 7 Richter vom 26.01.1996, Az. III CZP 111/95; K. Pietrzykowski/Pietrzykowski, Art. 860, Rn. 40; Lic, S. 585; A. Gacka-Asiewicz, S. 18.

³⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe, Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm. Diese Regelung dürfte bereits seit der Reform des Konkursrechts im Jahr 2009 überholt sein.

³⁷ EuGH vom 16.10.2008 – Rs. C-310/07 *Holmqvist*, Rn. 26–28 (juris); A. Weber, s. Fn. 5, Rn. 60, S. 25.

³⁸ Ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, Dz.U. Nr 121, poz. 769.

³⁹ Dieser Ausschluss ist nicht nachvollziehbar.

⁴⁰ Sie fallen schon aus dem Unternehmerbegriff des Art. 4 Abs. 1 u. s. d. g. heraus und hätten daher nicht gesondert aufgeführt werden müssen.

⁴¹ A. Weber, s. Fn. 5, Rn. 32, S. 15.

⁴² T. Voelzke, in: *Hauck/Noftz*, § 165, Rn. 47; *Kühl/Brand*, SGB III, § 165, Rn. 16;

kann und der das Arbeitsentgelt schuldet.⁴³ Dies können alle natürlichen oder juristischen Personen oder Personenhandelsgesellschaften sowie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein.⁴⁴ Der deutsche Gesetzgeber unterscheidet ferner nicht zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen, sondern sagt in § 165 Abs. 1 S. 3 SGB III lediglich, dass der Insolvenzgeldanspruch auch bei einem ausländischen Insolvenzereignis für Beschäftigte im Inland besteht.

2. Ereignis der Zahlungsunfähigkeit

Die schutzauslösenden Ereignisse der Zahlungsunfähigkeit werden umfangreich in sechs Vorschriften (Art. 3 bis 6 und 8 bis 8a) geregelt, wobei die Fälle ausländischer Arbeitgeber in Art. 4 bis 6 und die der inländischen in Art. 3, 8 und 8a enthalten sind. Ereignisse der Zahlungsunfähigkeit i. S. d. Fondsgesetzes lassen sich in zwei Grundfälle unterteilen: Der erste Fall betrifft die Inangasetzung eines bestimmten förmlichen Verfahrens. Dies sind vor allem die hier interessierenden Konkurs- und Restrukturierungsverfahren. Von den zukünftigen vier Varianten des Restrukturierungsverfahrens⁴⁵ nicht erfasst ist das Verfahren zur Bestätigung eines Vergleichs i. S. d. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 p. r. Der zweite Fall betrifft die faktische und dauerhafte Einstellung der selbständigen gewerblichen Tätigkeit.⁴⁶

Die Fondsleistungen können de lege ferenda bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit i. S. d. des Restrukturierungsrechts⁴⁷ beantragt werden. De lege lata⁴⁸ ist die Fondsleistung nicht für Fälle drohender Zahlungsunfähigkeit i. S. d. Art. 492 Abs. 2 p. u. n. vorgesehen, da gem. Art. 500 p. u. n. das Fondsgesetz bei einem Sanierungsverfahren nicht anwendbar ist.

In den deutschen Insolvenzgeldvorschriften werden die Ereignisse der Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzereignisse bezeichnet. § 165 Abs. 1 Nr. 1–3 SGB III bestimmt alternativ drei Insolvenzereignisse. Dabei geht es um die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens i. S. d. § 27 InsO, die Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse i. S. d. § 26 Abs. 1 S. 1 InsO sowie die vollständige Beendigung der Betriebstätigkeit im Inland, wenn ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens nicht gestellt wurde und ein Insolvenzverfahren offensichtlich mangels Masse nicht in Betracht kommt. Auch hier lassen sich zwei Grundfälle unterscheiden: die Inangasetzung eines Insolvenzverfahrens sowie die faktische und dauerhafte Betriebsstilllegung. Da ein Insolvenzverfahren auch schon bei drohender Zahlungsunfähigkeit i. S. d. § 18 InsO beantragt werden kann, sind die Fälle drohender Zahlungsunfähigkeit vom Insolvenzgeld erfasst. Ferner finden die Insolvenzgeldvorschriften auch auf das Insolvenzplanverfahren (§§ 217 ff. InsO) als

⁴³ BAG, Urteil vom 09.09.1982, Az. 2 AZR 253/80, Rn. 18–19 (juris).

⁴⁴ P. Schrader/G. Straube, Arbeitsrecht in der Insolvenz, 2008, S. 17, Rn. 3.

⁴⁵ Vgl. ustawa z dnia 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (im Folgenden mit p. r. abgekürzt). Das Gesetz tritt gem. Art. 456 p. r. erst (von ein paar Ausnahmen abgesehen) am 01.01.2016 in Kraft. Bis dahin gilt das Gesetz über das Konkurs- und Sanierungsrecht, (ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz. 2015.233), so dass de lege lata als förmliche Verfahren das Konkursliquidations- sowie das Konkursvergleichsverfahren in Betracht kommen. Das polnische Insolvenzrecht befindet sich derzeit im Umbruch. Im Folgenden wird das ab dem 01.01.2016 geltende Insolvenzrecht berücksichtigt.

⁴⁶ Vgl. SN, Urteil v. 04.09.2012, Az. I PK 72/2012, das explizit feststellt, dass Art. 8a u.o.r.p. einen weiteren Fall der Zahlungsunfähigkeit darstellt.

⁴⁷ Vgl. Art. 6 p.r.

⁴⁸ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, Dz. 2015.233 (Gesetz über das Konkurs- und Sanierungsrecht vom 28.02.2003) – im Folgenden mit p. u. n. abgekürzt.

Sonderinsolvenzverfahren sowie bei der Eigenverwaltung, die sowohl im Regel- als auch in Sonderinsolvenzverfahren stattfinden kann, Anwendung.

a) Inländische Ereignisse der Zahlungsunfähigkeit

Art. 3 erfasst de lege ferenda⁴⁹ Fälle, in denen ein polnisches Konkurs- oder Restrukturierungsgericht die Eröffnung eines Konkurs-, Sekundärinsolvenz- oder Restrukturierungsverfahrens beschlossen hat, oder in denen ein Konkursgericht einen Antrag auf Eröffnung eines Konkursverfahrens durch Beschluss abgewiesen hat, weil die Finanzmittel nicht bzw. nur zur Deckung von Verfahrenskosten reichen. Das Datum des Eintritts des Ereignisses der Zahlungsunfähigkeit ist das Datum des Erlasses des jeweiligen Beschlusses, Art. 3 Abs. 2. Das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit wird damit der Eröffnung eines der oben genannten Verfahren bzw. der Abweisung des oben genannten Antrags mangels ausreichender Finanzmittel gleichgesetzt.

Auch die deutsche Regelung sieht in § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und die Ablehnung des Antrags auf Eröffnung mangels Masse als Insolvenzergebnisse an. Die Zahlungsunfähigkeit des Insolvenzschuldners wird in beiden Fällen unwiderleglich vermutet⁵⁰ bzw. indiziert.⁵¹ Hintergrund dessen ist, dass die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sowie die Abweisung eines Insolvenzantrags mangels Masse eine gerichtliche Prüfung der materiellen Zahlungsfähigkeit erfordert. Dies dürfte auch im polnischen Recht der Grund für die oben genannte Gleichsetzung sein.

Als Zeitpunkt des Eintritts des Insolvenzergebnisses gilt auch hier das auf dem Beschluss befindliche Datum über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. über die Abweisung des Insolvenzantrags mangels Masse.

Weitere Fälle der inländischen Zahlungsunfähigkeit in Polen sind, wie bereits angedeutet, in der Vorschrift des Art. 8 aufgeführt. Absatz 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 HS 1 dieser Vorschrift bestimmen, dass auch die Einstellung eines bereits eröffneten Konkursverfahrens (Art. 361 p. u. n.) ein Ereignis der Zahlungsunfähigkeit darstellt. Danach stellt das Konkursgericht das Verfahren ein, wenn die Vermögensmasse nach Abzug des mit bestimmten Hypotheken und Pfandrechten belasteten Vermögens nicht oder nur zur Deckung der Verfahrenskosten ausreicht (Nr. 1), oder wenn die dazu verpflichteten Gläubiger keine Vorschüsse für die Verfahrenskosten geleistet haben und in der Masse flüssige Mittel für diese Kosten fehlen (Nr. 2). Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ist der Eintritt der Rechtskraft des Einstellungsbeschlusses. Art. 8 Abs. 1 Nr. 2 bis 6 nennt sonstige förmliche Verfahren außerhalb des Konkurs- und Restrukturierungsrechts, die hier deshalb nicht weiter erörtert werden.

Nach deutschem Recht stellt die Einstellung eines Insolvenzverfahrens demgegenüber kein neues Insolvenzergebnis dar.

Art. 8 a erweitert⁵² die Fälle der Zahlungsunfähigkeit und damit den Schutz der Arbeitnehmer auf den Fall der faktischen, über zwei Monate andauernden Betriebseinstellung (so gen. faktyczne zaprzestanie działalności). Auch der deutsche Gesetzgeber hat mit § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III den Schutz auf Fälle faktischer Zahlungsunfähigkeit ausgedehnt.

⁴⁹ Die durch das neue Insolvenzrecht ausgelösten Änderungen des Fondsgesetzes sind in den Novellierungsvorschriften des Restrukturierungsgesetzes, Art. 438 p. r., aufgeführt.

⁵⁰ T. Voelzke, in: W. Küttner, Personalhandbuch 2014, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, München 2014, Nr. 226, Rn. 47.

⁵¹ Für das zweite Insolvenzergebnis vgl. BSG, Urteil vom 17.12.1975, 7 RA 17/75, Rn. 25; T. Voelzke, in: Hauck/Noftz, § 165, Rn. 72.

⁵² SN, Urteil vom 04.09.2012, Az. I PK 72/2012; SN, Urteil vom 12.06.2013, Az. I PK 12/2013.

Neben der über zwei Monate andauernden tatsächlichen Betriebseinstellung und der Nichterfüllung von Arbeitnehmeransprüchen wegen fehlender Finanzmittel werden nach den polnischen Vorschriften keine weiteren Voraussetzungen verlangt.

§ 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III verlangt demgegenüber, dass neben einer Betriebsstilllegung (allerdings ohne eine zeitliche Vorgabe) zur gleichen Zeit kein Insolvenzantrag gestellt wurde und die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens wegen offensichtlicher Masselosigkeit⁵³ nicht in Betracht kommt (so gen. „negative“ Merkmale). Letztere Voraussetzung führt in der Praxis dazu, dass bei einem späteren Eintritt der Masselosigkeit (z. B. erst nach Eintritt der Betriebseinstellung) der Insolvenzgeldanspruch nicht mehr ausgelöst werden kann. Insoweit besteht eine Schutzlücke,⁵⁴ die es in Polen nicht gibt.

b) Ausländische Ereignisse der Zahlungsunfähigkeit

Art. 4 betrifft Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, die in den EU- oder EWR-Mitgliedsstaaten ihren Sitz haben. Art. 5 regelt die Zahlungsunfähigkeit von Unternehmen aus Dänemark und den EWR-Staaten.

Art. 6 regelt schließlich die Zahlungsunfähigkeit in den hier interessierenden Fällen, in denen die EuInsVO Anwendung findet. Zahlungsunfähigkeit liegt danach in drei Fällen vor. Der erste Fall ist gegeben, wenn ein Insolvenz- oder Liquidationsverfahren i. S. d. Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 a) oder b) EuInsVO im EU-Ausland (außer Dänemark, vgl. Erwägungsgrund 33 der EuInsVO) eröffnet (Abs. 1 Nr. 1) und ein Verwalter bestellt wird. Der zweite Fall betrifft die Nichteröffnung eines oben genannten Verfahrens, entweder weil eine endgültige Betriebsstilllegung festgestellt wurde oder weil das Vermögen für die Deckung der Verfahrenskosten nicht ausreicht hat (Abs. 1 Nr. 2). Schließlich wird Zahlungsunfähigkeit bejaht, wenn über das Vermögen eines ausländischen Unternehmens durch ein polnisches Konkursgericht ein Sekundär- oder Partikularinsolvenzverfahren i. S. d. Art. 3 Abs. 2 und 4 EuInsVO eröffnet wurde (Abs. 1 Nr. 3). Da dieser Fall die Eröffnung eines Sekundär- oder Partikularinsolvenzverfahrens gegenüber einem ausländischen Unternehmen und damit nicht (auch) gegenüber einem inländischen Unternehmen erfasst, entstand zunächst eine Schutzlücke in Bezug auf polnische Unternehmen, über deren Vermögen im EU-Ausland ein Hauptinsolvenzverfahren i. S. d. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO eröffnet wurde. Diese Lücke wurde inzwischen durch Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 HS 2 geschlossen.⁵⁵

Das deutsche Recht erfasst alle ausländischen Insolvenzereignisse in § 165 Abs. 1 S. 2 SGB III. Erfasst sind damit auch Insolvenzereignisse außerhalb der EU.⁵⁶ Insoweit geht die deutsche Regelung weiter als die polnischen Vorschriften.

In Bezug auf die hier interessierenden deutsch-polnischen Unternehmensinsolvenzen kann festgehalten werden, dass in Deutschland eröffnete Insolvenzverfahren unproblematisch

⁵³ Masselosigkeit liegt vor, wenn das Vermögen des Arbeitgebers voraussichtlich nicht ausreichen wird, um die Verfahrenskosten zu decken, vgl. T. Voelzke, in: Hauck/Nofitz, § 165, Rn. 81. Ausgangspunkt für die Feststellung der Masselosigkeit sind die Regelungen des § 26 InsO.

⁵⁴ T. Voelzke, in: Hauck/Nofitz, § 165, Rn. 83.

⁵⁵ Der Einführung dieser Variante der Zahlungsunfähigkeit liegt ein Fall aus dem Jahr 2013 zugrunde. Über das Vermögen des polnischen Unternehmens *Christianapol Sp. z o. o.* wurde am 28.1.2013 in Frankreich das Primärinsolvenzverfahren und am 16.5.2013 das Sekundärinsolvenzverfahren in Polen eröffnet. Der Antrag des polnischen Konkursverwalters vom 18.6.2013 auf Auszahlung der Leistungen aus dem Fonds wurde durch das woiwodschafliche Arbeitsamt in Posen mit der Begründung abgelehnt, dass die Zahlungsunfähigkeit bereits am 28.1.2013 eingetreten ist, so dass der Referenzzeitraum für Leistungen aus dem FGSP gem. Art. 12 Abs. 3-6 u.o.r.p. bereits verstrichen war.

⁵⁶ Braun/Wierzioch, ZIP 2003, 2001 (2002); T. Voelzke, in: Hauck/Nofitz, § 165, Rn. 201.

matisch von Art. 6 Abs. 1 Nr. 1 erfasst werden. Ein darüber hinaus in Polen eröffnetes Sekundär- bzw. Partikularinsolvenzverfahren über dasselbe Unternehmen begründet gem. Art. 6 Abs. 1 Nr. 3 (bei ausländischen Unternehmen) bzw. gem. Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 (bei polnischen Unternehmen) den erneuten Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Insoweit stellt sich die Frage nach dem Rangverhältnis der Ereignisse zueinander.

c) Rangverhältnis der Ereignisse zueinander

Das Fondsgesetz selbst bestimmt keine Rangfolge. Art. 13 bestimmt lediglich, dass im Fall des wiederholten Eintritts von Zahlungsunfähigkeit keine erneuten Fondsleistungen zur Erfüllung derselben Ansprüche von denselben Arbeitnehmern erbracht werden, wobei die in Art. 12 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 lit. a–c, g sowie Abs. 3 genannten Ansprüche insgesamt für maximal drei Monate erfüllt werden können. Diese Vorschrift soll vordergründig eine doppelte Inanspruchnahme der Fondsleistungen verhindern.

Das Oberste Gericht hat zum Fondsgesetz aus dem Jahr 1993 zur Frage der Bestimmung einer Rangfolge von Ereignissen im Sinne des damaligen Artikels 3 entschieden, dass alle in Art. 3 aufgeführten Fälle der Zahlungsunfähigkeit gleichrangig nebeneinander stehen.⁵⁷ Begründet wurde dies mit der grammatikalisch-logischen Auslegung der Absätze 1, 2 und 2a zueinander, aus den sich eine Subsidiarität der einzelnen Ereignisse nicht herleiten ließ.⁵⁸ Gleichrangig waren damit die konkursrechtlichen Ereignisse untereinander⁵⁹ sowie zu den Ereignissen, in den es sonst an Finanzmitteln zur Erfüllung der Arbeitnehmeransprüche fehlte.⁶⁰

Zum bis zum Jahresende geltenden Konkursrecht entschied das Oberste Gericht des Weiteren, dass die Beschlüsse über die Eröffnung eines Konkursvergleichs- oder eines Konkursliquidationsverfahrens sowie über die Änderung der beiden Verfahrensarten jeweils für sich allein den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gleichrangig kennzeichnen. Dieser Entscheidung lag u. a. die Überlegung zugrunde, dass es wegen der Privilegierung von Arbeitnehmeransprüchen gem. Art. 342 Abs. 1 p. u. n. dazu kommen kann, dass die Fondsleistungen erst nach Änderung des Konkursverfahrens beansprucht werden oder entsprechend der Regelung des Art. 273 Abs. 2 p. u. n. im Konkursvergleichsverfahren vorab befriedigt werden. Deshalb musste jede der Verfahrensarten selbst als gleichrangiges Ereignis der Zahlungsunfähigkeit angesehen werden.⁶¹

Der Gedanke der Privilegierung von Arbeitnehmeransprüchen ist im neuen ab dem 1.01.2016 geltenden Konkurs- und Restrukturierungsrecht erhalten geblieben.⁶² Insofern

⁵⁷ SN, Beschluss v. 20.11.1996, Az. III ZP 6/96; *M. Gersdorf*, Anmerkung zum Beschluss, OSP 1997, Heft 9, S. 430.

⁵⁸ SN, Beschluss v. 20.11.1996, Az. III ZP 6/96.

⁵⁹ Diese waren die Eröffnung eines Konkursverfahrens, die Zurückweisung des Antrags mangels Zahlung eines Verfahrenskostenzuschusses durch den Gläubiger, die Abweisung des Antrags mangels genügender Masse für die Verfahrenskosten, die Einstellung eines Konkursverfahrens mangels Masse für die Verfahrenskosten oder mangels Zahlung des Verfahrenskostenzuschusses durch den Gläubiger, wobei keine flüssigen Finanzmittel für die Verfahrenskosten zur Verfügung stehen durften.

⁶⁰ Dies waren die Ereignisse der faktischen Einstellung der Betriebstätigkeit, des Liquidationsverfahrens sowie Fälle, in denen die Löschung aus dem Gewerberegister oder die Rücknahme einer Konzession gerechtfertigt war.

⁶¹ SN, Beschluss v. 12.07.2006, Az. II PZP 4/2006.

⁶² Art. 342 wird de lege ferenda vorsehen, dass Arbeitnehmeransprüche, die auf die Zeit vor der Eröffnung des Konkursverfahrens entfallen, in der ersten Kategorie beglichen werden, wobei vor der ersten Kategorie die Verfahrenskosten, zu denen u. a. auch die Arbeitnehmeransprüche gehören, die auf die Zeit nach der Konkurseröffnung entfallen, aus der Masse vorab zu begleichen sind (vgl. Art. 343

ist das oben genannte Argument des Obersten Gerichts auch für die Zukunft aktuell. Auch sind die im Fondsgesetz aus dem Jahr 1993 in Art. 3 genannten Ereignisse mit den zukünftigen vergleichbar. Da der Gesetzgeber den Gesetzeszweck mit den danach folgenden Gesetzesänderungen nicht ändern wollte und ein möglichst breiter Schutz der Arbeitnehmer vor Lohnausfall bezweckt ist, sind auch die zukünftigen Ereignisse der Zahlungsunfähigkeit gleichrangig zu behandeln. Auch nach dem deutschen Recht stehen die Insolvenzereignisse gleichwertig nebeneinander.⁶³ Der Insolvenzgeldanspruch wird nach der Rechtsprechung jedoch durch das zeitlich früheste Ereignis ausgelöst.⁶⁴ Nach dem so gen. Prioritätsgrundsatz⁶⁵ löst der Eintritt des ersten Insolvenzereignisses eine Sperrwirkung für weitere danach folgende Insolvenzereignisse aus.

Nach dem polnischen Recht erfüllt Art. 13 HS 2, wonach die dort genannten Ansprüche maximal für drei Monate erfüllt werden können, die Aufgabe einer solchen Sperrwirkung. Es sind generell nur Ansprüche für drei Monate geschützt, egal ab welchem Ereignis der Zeitraum zu laufen beginnt. Bei den in Art. 13 nicht aufgeführten Ansprüchen des Art. 12 Abs. 2 lit. d) bis f) handelt es sich um Ansprüche, die aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses resultieren, so dass sie bereits unter den ersten Halbsatz des Art. 13 fallen und nur einmalig erfüllt werden können.

3. Geschützte Ansprüche

Die geschützten Ansprüche sind in Art. 12 enumerativ⁶⁶ aufgeführt. Der Gesetzgeber teilt die zu schützenden Ansprüche auf in Ansprüche auf Arbeitsvergütung (Art. 12 Abs. 2 Nr. 1), in Ansprüche, die dem Arbeitnehmer auf Grundlage allgemein gültiger Vorschriften des Arbeitsrechts zustehen (Art. 12 Abs. 2 Nr. 2) sowie in die arbeitgeberseits zu zahlenden Sozialversicherungsbeiträge (Art. 12 Abs. 2 Nr. 3).

Die deutliche gesetzssystematische Trennung zwischen „Arbeitsvergütungsansprüchen“ in Abs. 2 Nr. 1 der Vorschrift und den sonstigen Vergütungsansprüchen in Abs. 1 Nr. 2 lit. a), b), c) (Ansprüche auf Vergütung für Zeiten des arbeitnehmerseits unverschuldeten Stillstands, der Nichtleistung und anderer entschuldigter Abwesenheit von der Arbeit, ferner für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit i. S. d. Art. 92 k. p. sowie für Zeiten des Erholungsurlaubs) lässt den Schluss zu, dass es sich im ersten Fall um Bezüge handeln muss, die als Gegenleistung für verrichtete Arbeit erbracht werden,⁶⁷ wohingegen es sich bei den anderen Ansprüchen um Entgeltfortzahlungsansprüche handelt, die darauf beruhen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung aus bestimmten Gründen nicht erbringen konnte. Damit lässt sich eine Parallele zu den in Deutschland geschützten Ansprüchen ziehen. Gem. § 165 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 SGB III gehören zu den geschützten Ansprüchen Ansprüche auf Arbeitsentgelt, die als Ansprüche auf Bezüge aus dem Arbeitsverhältnis bezeichnet werden. Der Begriff des Arbeitsentgelts ist

i. V. m. Art. 230 des neuen Gesetzes). Art. 273 Abs. 2 p. u. n. wird zukünftig zwar aufgehoben, ist dann jedoch fast inhaltsgleich in Art. 150 Abs. 1 p. r. enthalten.

⁶³ T. Voelzke, in: *Hauck/Noftz*, § 165, Rn. 60.

⁶⁴ BSG, Urteil vom 17.12.1975, Az. 7 RAr 17/75, Rn. 28; BSG, Urteil vom 05.06.1981, Az. 10/8b RAr 3/80, Rn. 31; BSG, Urteil vom 17.05.1989, Az. 10 RAr 10/88, Rn. 13; BSG, Urteil vom 30.10.1991, Az. 10 RAr 3/91, Rn. 13; BSG, Urteil vom 08.02.2001, Az. B 11 AL 27/00 R (juris); T. Lakies, Der Anspruch auf Insolvenzgeld, NZA 2000, 565 ff. (565).

⁶⁵ T. Voelzke, in: *Hauck/Noftz*, § 165, Rn. 91.

⁶⁶ D. Calka, Bericht zu u. o. r. p., www.lexis.pl.

⁶⁷ So ähnlich auch M. Gersdorf, s. Fn. 2, S. 154.

umfassend⁶⁸ und beinhaltet alle Arten von „Bezügen aus dem Arbeitsverhältnis“, die als Gegenleistung für die geleistete Arbeit oder für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft angesehen werden.⁶⁹ Darüber hinaus werden auch Entgeltfortzahlungsansprüche im weiteren Sinne erfasst, die darauf beruhen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung aus bestimmten Gründen (Urlaub, Krankheit, Feiertage, Freistellung) nicht erbringen konnte.⁷⁰

Zu den geschützten Ansprüchen zählen weiter Ansprüche wegen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses (Art. 12 Abs. 2 Nr. 2 d) bis f)). Dazu gehören Urlaubsabgeltungsansprüche i. S. d. Art. 171 § 1 k. p., Geldabfindungsansprüche aufgrund des Gesetzes über besondere Grundsätze betreffend die Auflösung von Arbeitsverhältnissen aus arbeitnehmerunabhängigen Gründen⁷¹ sowie Entschädigungsansprüche gem. Art. 36¹ § 1 k. p. Der Schutz der deutschen Vorschriften geht nicht so weit. § 166 Abs. 1 Nr. 1 SGB III schließt Arbeitsentgeltansprüche, die wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses oder für die Zeit danach erworben wurden, aus. Insbesondere werden damit zu zahlende Abfindungs- und Urlaubsabgeltungsansprüche ausgeschlossen.⁷² Zweifelhaft ist insoweit, ob der Ausschluss der Abfindungsansprüche mit Art. 3 Unterabsatz 1 a. E. InsG-RL vereinbar ist.⁷³

Geschützt sind nach polnischem Recht ferner Ausgleichsansprüche wegen einer (entstehenden) Berufskrankheit bzw. eines Berufsunfalls (Art. 12 Abs. 2 Nr. 2 g.) i. S. d. Art. 230 § 2, 231 S. 2 k. p. Das deutsche Recht kennt solche Ansprüche nicht.

Schließlich sind auch arbeitgeberseits zu zahlende Sozialversicherungsbeiträge vom Schutz erfasst (Art. 12 Abs. 2 Nr. 3).

4. Schutzzeitraum

Der Schutzzeitraum (okres gwarancyjny) ist in Art. 12 Abs. 3–6 und damit systematisch nach der Darstellung der zu schützenden Vergütungsansprüche geregelt. Diesem gesetzlichen Aufbau folgend, werden drei Schutzzeiträume anhand der Art der Vergütungsansprüche bestimmt. Jeder Schutzzeitraum orientiert sich am Tag des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit sowie am Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Auf diese Weise wird bestimmt, dass die in Art. 12 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 Buchstaben a) bis c) und Buchstabe g) sowie in Nr. 3 genannten Ansprüche erfüllt werden, wenn sie im Zeitraum von bis zu drei Monaten, die dem Tag des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit vorgehen, angefallen sind (vgl. Art. 12 Abs. 3 HS 1). Dabei muss der Dreimonatszeitraum vor dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nicht zusammenhängen.⁷⁴

Bei bereits vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit beendeten Arbeitsverhältnissen sind die oben genannten Ansprüche für den oben genannten Bezugszeitraum nur geschützt, wenn das Ende des Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Referenzrahmens von neun

⁶⁸ T. Voelzke, in: *Hauck/Noftz*, § 165, Rn. 98.

⁶⁹ St. Rsp.: BSG, Urteil vom 30.11.1977, Az. 12 RAr 99/76, Rn. 12; BSG, Urteil vom 18.01.1990, Az. 10 RAr 10/89, Rn. 17; BSG 2.11.2000, Az. B 11 AL 23/00 R, Rn. 21 (juris); R. Schmidt, in: *Mutschler*, Sozialgesetzbuch III, § 165, Rn. 67.

⁷⁰ T. Voelzke, in: *Hauck/Noftz*, § 165, Rn. 98.

⁷¹ Ustawa z dnia 13 marca 2003 r. o szczególnych zasadach rozwiązywania z pracownikami stosunków pracy z przyczyn niedotyczących pracowników, Dz.U. 2003 nr 90, poz. 844.

⁷² BSG, Urteil vom 20.02.2002, Az. B 11 AL 71/01, Rn. 14 (juris); B. Schmidt, in: *Mutschler*, SGB III, § 165, Rn. 85.

⁷³ Vgl. dazu A. Weber, s. Fn. 5, S. 33 f., Rn. 77.

⁷⁴ SN, Beschluss vom 17.01.1995, Az. I PZP 55/94.

Monaten (okres referencyjny) vor dem Tag des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit eintritt, Art. 12 Abs. 3 HS. Demzufolge müssen die Ansprüche spätestens zwölf Monate vor dem Tag des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit angefallen sein. Endet das Arbeitsverhältnis vor diesem Referenzzeitraum, besteht kein Anspruch.⁷⁵

Urlaubsabgeltungsansprüche (Art. 171 § 1 k. p. i. V. m. Art. 12 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe e) u. o. r. p.) werden geschützt, wenn das Ende des Arbeitsverhältnisses wie im ersten Fall in einen Referenzzeitraum von neun Monaten vor dem Tag des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit fällt, Art. 12 Abs. 4.

Geldabfindungsansprüche im oben genannten Sinne sowie Schadensersatzansprüche i. S. d. Art. 36¹ § 1 k. p. (Art. 12 Abs. 2 Nr. 2 Buchstaben d) und f) werden geschützt, wenn das Ende des Arbeitsverhältnisses entweder in den oben genannten neunmonatigen Referenzzeitraum oder aber in einen Referenzzeitraum von vier Monaten nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit fällt (Art. 12 Abs. 5). Damit sind dies die einzigen Ansprüche, die auch für die Zeit nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geschützt werden.

Art. 12 Abs. 6 bestimmt, dass alle vorgenannten Ansprüche auch dann erfüllt werden, wenn das Recht dazu erst an dem Tag entsteht, an dem die Zahlungsunfähigkeit oder das Ende des Arbeitsverhältnisses eintreten.

Im Vergleich dazu besteht der Insolvenzzgeldzeitraum grundsätzlich in den letzten drei Monaten des Arbeitsverhältnisses vor dem Insolvenzereignis. Die Drei-Monats-Frist wird gem. § 26 Abs. 1 SGB X nach den §§ 187, 188 BGB berechnet, so dass der Tag des Insolvenzereignisses – anders als in Polen – nicht mitgezählt wird.⁷⁶

Da anders als in Polen kein Referenzzeitraum festgelegt wurde, innerhalb dessen der Drei-Monats-Zeitraum liegen muss,⁷⁷ kann der Insolvenzzgeldzeitraum sogar eine längere Zeit zurückliegen.⁷⁸ Eine zeitliche Grenze setzen nur Verjährungsfristen oder (tarifliche) Ausschlussfristen, wenn sie erhoben werden.⁷⁹

Auch in Deutschland können drei Insolvenzzgeldzeiträume unterschieden werden, die jedoch unabhängig von der Art der Vergütungsansprüche bestimmt werden. Die erste Variante liegt vor, wenn das Arbeitsverhältnis am Tag des Eintritts des Insolvenzereignisses noch fortbesteht (bestehendes Arbeitsverhältnis), die zweite, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Eintritt des Insolvenzereignisses beendet wurde (beendete Arbeitsverhältnis) und schließlich, wenn der Arbeitnehmer in Unkenntnis des Insolvenzereignisses arbeitet (§ 165 Abs. 3 SGB III). Der dreimonatige Insolvenzzgeldzeitraum muss auch nach deutschem Recht nicht zusammenhängend verlaufen.

Im Fall des § 165 Abs. 3 SGB III geht der dreimonatige Garantiezeitraum dem Tag der Kenntnisnahme vom Insolvenzereignis voraus und kann sich damit auf einen Zeitraum nach dem eigentlichen Insolvenzereignis erstrecken. Diese Regelung ist hilfreich in Fällen, in denen der inländische Arbeitnehmer keine Kenntnis vom Insolvenzverfahren im Ausland hatte und gutgläubig weitergearbeitet oder die Arbeit aufgenommen hat.

Im Fondsgesetz findet sich keine entsprechende Regelung für den Fall, dass der Arbeitnehmer in Unkenntnis des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit weiterarbeitet oder die Arbeit aufnimmt. Insofern besteht eine Schutzlücke, weil es Fondsleistungen (bis auf die

⁷⁵ Vgl. dazu SN, Urteil vom 05.08.2014, Az. I PK 4/2014.

⁷⁶ BSG, Urteil vom 22.03.1995, Az. 10 RA 1/94, Rn. 50-52 (juris). Der nunmehr zuständige 10. Senat hat mit dieser Entscheidung die bisherige Rechtsprechung des 12. Senats u. a. aus Gründen der Praktikabilität aufgegeben (vgl. BSG, Urteil vom 08.03.1979, Az. 12 RA 54/77, Rn. 14 (juris); *M. Kühl*, in: *Brand*, SGB III, § 165, Rn. 43).

⁷⁷ Die Festlegung eines Bezugszeitraums wäre gem. Art. 4 Abs. 2 S. 3 InsG-RL unproblematisch zulässig.

⁷⁸ Vgl. auch *T. Voelzke*, in: *Hauck/Nofitz*, § 165, Rn. 84.

⁷⁹ *T. Voelzke*, in: *Hauck/Nofitz*, § 165, Rn. 84.

oben Genannten) nur für den Zeitraum vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gibt. Hier hilft nur noch, wenn ein polnisches Konkursgericht ein Sekundär- oder Partikularverfahren gem. Art. 6 Abs. 1 Nr. 3 gegenüber einem ausländischen Unternehmen bzw. gem. Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 u. o. r. p. gegenüber einem polnischen Unternehmen einleitet, weil es dann zu einem neuen Ereignis der Zahlungsunfähigkeit kommt, so dass Fondsleistungen beantragt werden können.

5. Vorschusszahlungen

Das Fondsgesetz sieht für den Fall der faktischen Einstellung der gewerblichen Tätigkeit (Art. 8a i. V. m. Art. 12 a) sowie für den Fall der Stellung eines Konkursantrages (Art. 14 a) die Möglichkeit vor, einen Vorschuss auf die nicht erfüllten Vergütungszahlungen zu beantragen. Die Höhe der Vorschusszahlungen ist auf den Betrag der Mindestarbeitsvergütung begrenzt, die jährlich durch Verordnung des Ministerrates festgesetzt wird.⁸⁰ Für das Jahr 2015 beträgt die minimale Arbeitsvergütung 1.750,00 PLN.⁸¹ Dies sind umgerechnet ca. 427,59 Euro.⁸²

Nach deutschem Recht kann ein Vorschuss gewährt werden, wenn ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt wurde und weitere Voraussetzungen kumulativ vorliegen, § 168 SGB III. Für den Fall der endgültigen Betriebsstilllegung ist eine Vorschussgewährung nur auf Grundlage der allgemeinen Vorschriften der § 328 SGB III und § 42 SGB I möglich. Die Höhe der Vorschüsse liegt im Ermessen der zuständigen Behörde.

a) Vorschuss bei Stellung eines Konkursantrags

Art. 14 a setzt voraus, dass ein formal zulässiger Antrag auf Eröffnung eines Konkursverfahrens i. S. d. Art. 2–25 p. u. n gestellt wurde, darüber noch keine gerichtliche Entscheidung ergangen ist und nicht erfüllte Arbeitnehmeransprüche i. S. d. Art. 12 Abs. 2 vorliegen. Aus der Formulierung des Abs. 3 ergibt sich ferner, dass ein bestehendes Arbeitsverhältnis vorliegen muss. Der Antrag ist vom Arbeitgeber beim Vorsitzenden der Woiwodschaftsselbstverwaltung am Sitz des Arbeitgebers⁸³ zu stellen. Die Leistung selbst wird direkt an die Arbeitnehmer ausgezahlt.

Nach § 168 SGB III kann ein Arbeitnehmer bei der Bundesagentur für Arbeit, in deren Bezirk die für den Arbeitgeber zuständige Lohnabrechnungsstelle liegt (§ 327 Abs. 3

⁸⁰ Auf Grundlage des Gesetzes über die minimale Arbeitsvergütung vom 10. Oktober 2002 (Ustawa z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Dz. U. Nr 200, poz. 1679), veröffentlicht im Gesetzbl. 2002, Nr. 200, Pos. 1679. Zum Mindestlohn in Polen vgl. *Aumann*, ZIAS 2013, S. 18-31.

⁸¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r., Dz.U. z dnia 15 września 2014, poz. 1220, (Verordnung des Ministerrates vom 11.9.2013 über die Höhe der minimalen Arbeitsvergütung im Jahr 2015, Gesetzblatt vom 15.9.2013, Pos. 1220).

⁸² Vgl. die Währungsumrechnung der Polnischen Nationalbank, wonach der durchschnittliche Währungskurs bei 1 EUR = 4,0927 PLN liegt, vgl. <http://www.nbp.pl> (26.3.2015).

⁸³ Vgl. § 4 Abs. 1 der Rechtsverordnung des Ministers für Arbeit und Sozialpolitik vom 17.11.2011 über Anträge auf Auszahlung eines Vorschusses durch den Fonds für garantierte Arbeitnehmeransprüche, Gesetzbl. Nr. 261, Pos. 1560 mit Änd. (§ 4 ust. 1 rozporządzenia ministra pracy i polityki społecznej z dnia 17 listopada 2011 r. w sprawie wniosków o wypłatę zaliczki z Funduszu Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych, Dz. U. Nr 261, poz. 1560 ze zm.), im Weiteren mit Rechtsverordnung vom 17.11.2011 abgekürzt.

SGB III), einen Vorschuss auf das Insolvenzgeld vor Eintritt des Insolvenzereignisses beantragen, wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beantragt wurde, das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist und die Voraussetzungen für den Anspruch auf Insolvenzgeld mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erfüllt werden. Die Pflicht zur Antragstellung ergibt sich aus §§ 323, 324 Abs. 3 SGB III.

Anders als in Polen muss nach deutschem Recht das Arbeitsverhältnis beendet sein. Hintergrund dieser Voraussetzung ist, dass dadurch der Insolvenzgeldzeitraum genau bestimmt werden kann und die Bundesagentur nicht Gefahr läuft, Vorschüsse für Zeiträume zu leisten, die nicht in den Insolvenzgeldzeitraum fallen. Dies könnte etwa der Fall sein, wenn das Insolvenzverfahren erst nach über drei Monaten seit der Antragstellung eröffnet wird. Dieses Problem besteht nach polnischem Recht nicht, da der Schutzzeitraum anders als in Deutschland definiert ist. Während § 165 SGB III bestimmt, dass die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt des Insolvenzereignisses geschützt sind, verlangt das polnische Recht nicht, dass der Schutzzeitraum bei bestehenden Arbeitsverhältnissen die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit erfassen muss. Art. 12 Abs. 3 HS 1 bestimmt für bestehende Arbeitsverhältnisse lediglich, dass der Schutzzeitraum nicht länger als drei Monate sein darf, die dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit vorgehen. Der polnische Gesetzgeber stellt also nicht auf das Erfordernis der letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses ab, so dass es dem Wortlaut nach ausreicht, dass es beliebig liegende drei Monate vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sein können.

Die nach deutschem Recht verlangte hinreichende Wahrscheinlichkeit des Bestehens des Insolvenzgeldanspruchs gem. § 168 S. 1 Nr. 3 SGB III wird in Art. 14 a zwar nicht zur Voraussetzung gemacht. Die Pflichten zur Vorlage diverser Unterlagen,⁸⁴ die die Rechtsverordnung vom 17.11.2011 formuliert, verfolgen jedoch m. E. denselben Zweck, so dass sich auf dieser Ebene eine Parallele ziehen lässt.

Die Zulässigkeit des Insolvenzantrags wird nach deutschem Recht zwar nicht verlangt. Im Rahmen der Prüfung der hinreichenden Wahrscheinlichkeit des Entstehens des Insolvenzgeldanspruchs gem. § 168 S. 1 Nr. 3 SGB III wird die Bundesagentur für Arbeit den Insolvenzantrag jedoch inzident untersuchen müssen.

Ein gravierender Unterschied zwischen den beiden Regelungen besteht darin, dass die Vorschussleistung nach § 168 SGB III auch beim Insolvenzeröffnungsverfahren im Ausland beantragt werden kann. Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Inland beschäftigte Arbeitnehmer eines im Ausland ansässigen Arbeitgebers zwar gem. § 165 Abs. 1 S. 2 SGB III einen Insolvenzgeldanspruch haben, nicht aber bei Vorliegen aller Voraussetzungen einen Insolvenzgeldvorschuss beantragen könnten. Problematisch ist in Art. 14 a demgegenüber, dass die Vorschrift verlangt, dass der Antrag die Voraussetzungen der Art. 22-25 p. u. n. erfüllen muss. Damit wird ein Antrag nach polnischem Recht zur Voraussetzung gemacht. Dies bedeutet, dass in Polen beschäftigte Arbeitnehmer eines in Deutschland ansässigen Arbeitgebers, über dessen Vermögen die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens in Deutschland beantragt wurde, keinen Vorschuss beantragen können. Die dadurch entstehende Ungleichbehandlung zwischen inländischen Arbeitnehmern kann vom Gesetzgeber allerdings nicht gewollt sein und dürfte mit der polnischen Verfassung und dem EU-Recht nicht vereinbar sein.

Nicht nachvollziehbar ist des Weiteren, dass die Vorschussregelung des Art. 14 a de lege ferenda nicht auf Restrukturierungsverfahren ausgeweitet wurde. Obwohl die Eröffnung eines Restrukturierungsverfahrens i. S. d. Art. 3 Abs. 1 Nr. 2-4 p. r. ein Ereignis der Zahlungsunfähigkeit gem. Art. 3 Abs. 1 Nr. 3 darstellt, so dass die Arbeitnehmer zu

⁸⁴ Insbesondere die Vorlage der Aufstellung der nicht erfüllten Arbeitnehmeransprüche gem. § 4 Abs. 2 Nr. 1 der Rechtsverordnung v. 17.11.2011.

Fondsleistungen berechtigt sind, hat es der Gesetzgeber bewusst⁸⁵ als nicht für erforderlich erachtet, in solchen Fällen Vorschüsse auf Fondsleistungen zu gewähren. Diese gesetzgeberische Entscheidung wird nicht dadurch gerechtfertigt, dass der Zeitraum zwischen dem Restrukturierungsantrag und der gerichtlichen Entscheidung vergleichsweise kurz ist, so dass man meinen könnte, dass eine Vorschussgewährung nicht erforderlich sei. Richtig ist zwar, dass das Restrukturierungsgericht über entsprechende Restrukturierungsanträge innerhalb eines Zeitraums von einer bis zu sechs Wochen entscheiden,⁸⁶ wohingegen über Konkursanträge gem. Art. 27 Abs. 3 p.u.n. sowie de lege ferenda innerhalb von zwei Monaten entschieden werden soll. Es handelt sich dabei jedoch nur um gesetzlich bestimmte verfahrensrechtliche Anweisungsfristen, die den ordnungsgemäßen Verfahrensgang regeln und das Verfahren beschleunigen soll (termin instrukcyjny⁸⁷).⁸⁸ Ein Verstoß gegen diese Fristen kann zwar die Einleitung eines Beschwerdeverfahrens nach sich ziehen.⁸⁹ Sanktionen bei Nichteinhaltung sind jedoch nicht vorgesehen.⁹⁰ Durch die Nichtgewährung des Vorschusses werden auch nicht die Ressourcen des Fonds geschont, da die Fondsleistungen mit Eröffnung des Restrukturierungsverfahrens ohnehin beantragt werden können.

b) Vorschuss bei faktischer Betriebseinstellung

Art. 12 a Abs. 1 i. V. m. Art. 8a bestimmt, dass ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis weiter fortbesteht, die Zahlung eines Vorschusses auf die nicht erfüllten Vergütungsansprüche beantragen kann, wenn sein Arbeitgeber die gewerbliche Tätigkeit über einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten faktisch eingestellt hat und seine Ansprüche wegen fehlender Finanzmittel nicht erfüllt wurden. Die Vorschrift gibt damit dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, in Ergänzung⁹¹ des bereits bestehenden Anspruchs auf Fondsleistungen nach Art. 12 i. V. m. Art. 8a die Auszahlung eines Vorschusses zu verlangen.

Beim Insolvenzereignis der vollständigen Einstellung der Betriebstätigkeit ist § 168 SGB III nach dem eindeutigen Wortlaut nicht anzuwenden, so dass in diesem Fall § 42 SGB I oder § 328 SGB III Anwendung finden. § 42 SGB I setzt voraus, dass der Anspruch dem Grunde nach vorliegt, die Voraussetzungen des Insolvenzgeldanspruchs also gegeben sind und für die Feststellung der Leistungshöhe eine längere Zeit beansprucht wird. Die Anwendung der Vorschrift kommt daher nach Eintritt eines der drei Insolvenzereignisse in Betracht. Sie ähnelt dem polnischen Art. 12 a insoweit, als dass dieser

⁸⁵ Wie oben in der Fn. 49 erwähnt, werden mit Reformierung des polnischen Konkursrechts zugleich die Vorschriften des Fondsgesetzes dem neuen Recht angepasst. Der Gesetzgeber hat dabei insbesondere das Restrukturierungsverfahren als einen weiteren Fall der Zahlungsunfähigkeit in Art. 3 aufgenommen und diverse andere Vorschriften angepasst. Konsequenterweise hätte er in diesem Zuge auch die Vorschussvorschriften um den Restrukturierungsfall erweitern können, die er jedoch unverändert gelassen hat.

⁸⁶ Eine Woche beim beschleunigten Vergleichsverfahren gem. Art. 228 Abs. 2 p.r. sowie zwei bis sechs Wochen beim Vergleichs- (Art. 265 Abs. 2 p.r.) und beim Sanierungsverfahren (Art. 283 Abs. 1 i. V. m. Art. 265 Abs. 2 p.r.).

⁸⁷ Zur Bedeutung vgl. Z. *Swieboda*, Art. 27, Pkt. 3; I. *Gil*, Abschnitt II, Ziff. 2.2.4.

⁸⁸ Vgl. Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf des Restrukturierungsrechts, Druck Nr. 2824 vom 9.10.2014, Ziff. II.11.4 Nr. 1).

⁸⁹ I. *Gil*, s. Fn. 87, die auf das Gesetz „Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 r. o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki“ hinweist.

⁹⁰ Vgl. Gesetzesbegründung zum Regierungsentwurf des Restrukturierungsrechts, s. Fn. 88.

⁹¹ SN, Urteil vom 12.06.2013, Az. I PK 12/2013.

ebenfalls den Eintritt eines Ereignisses der Zahlungsunfähigkeit, allerdings nur der faktischen Betriebseinstellung, voraussetzt. § 328 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB III findet Anwendung, wenn hinreichend wahrscheinlich ist, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Geldleistungen bereits eingetreten sind⁹² und der Arbeitnehmer die Umstände, die einer sofortigen abschließenden Entscheidung entgegenstehen, nicht zu vertreten hat. Da diese Vorschrift nur die hinreichende Wahrscheinlichkeit darüber verlangt, dass der Anspruch auf Geldleistungen, hier also auf Insolvenzgeld, eingetreten ist, ist sie mit dem Art. 12 a, der das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit voraussetzt, nicht vergleichbar und wird daher nicht weiter erörtert.

Sowohl Art. 12 a als auch § 42 SGB I geben dem Arbeitnehmer bei Antragstellung und beim Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf die beantragten Geldleistungen.

Anders als die deutsche Vorschrift verlangt Art. 12 a, dass das Arbeitsverhältnis noch fortbestehen muss. Der eindeutige Wortlaut des Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 6 zeigt, dass ehemalige Arbeitnehmer sowie zur Familienrente berechnete Angehörige der (ehemaligen) verstorbenen Arbeitnehmer von der Vorschussleistung ausgeschlossen sind. Andernfalls wäre die Regelung in Abs. 6 obsolet. Der Grund der Ungleichbehandlung dürfte m. E. darin liegen, dass die im Arbeitsverhältnis verbleibenden Arbeitnehmer zum Fortbestehen des zahlungsunfähigen Unternehmens beitragen, da sie ihre Arbeitsleistung weiterhin zur Verfügung stellen, was durch den Vorschussanspruch honoriert werden soll. Darüber hinaus dürften Personen, deren Arbeitsverhältnisse bereits beendet sind, aus faktischen Gründen in der Regel nicht in der Lage sein, die Voraussetzungen der Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit bzw. des Nachweises der Konkursantragstellung zu erfüllen.

6. Verfahren zur Auszahlung der Fondsleistungen

Für die Erbringung der Fondsleistungen an die jeweiligen Antragsteller ist gem. Art. 15 Abs. 3, 4 der Vorsitzende der Woiwodschaftsselbstverwaltung am Sitz des Arbeitgebers zuständig. Antragsteller ist grundsätzlich der Arbeitgeber, Gerichtsaufseher, Verwalter, Konkursverwalter, Liquidator oder eine andere Person, die das Vermögen des Arbeitgebers verwaltet, Art. 15. Bei Verzögerung der Antragstellung durch die vorgenannte Person (Art. 16) sowie bei ausländischen Insolvenzverfahren (Art. 17) ist der Arbeitnehmer bzw. ihm gleichgestellte Personen antragsbefugt.

Auf Grundlage des Art. 31 Abs. 1 delegiert der oben genannte Vorsitzende (in seiner Funktion als Dienstvorgesetzter der Arbeitsämter der Woiwodschaften) die Aufgaben an das jeweilige Arbeitsamt am Sitz des Arbeitgebers und entscheidet über die Auszahlung der Geldbeträge.⁹³ Für die Erfüllung der Aufgaben nach dem Fondsgesetz verfügen die Arbeitsämter der Woiwodschaften über eigene FGSP-Abteilungen als Dienststellen. Das jeweilige Arbeitsamt leitet die Geldleistungen, die der Verfügungsberechtigte gem. Art. 27 Abs. 3 auf Bankkonten der Woiwodschaften überweist, gem. Art. 31 Abs. 1, Art. 15 Abs. 3, Art. 16 Abs. 3 i. V. m. §§ 5 Abs. 1, 8 Abs. 1 der FGSP-Verordnung vom 7.12.2011 an die Antragsteller weiter.

Für das Auszahlungsverfahren (sowie auch für das Antragsverfahren) findet in Polen das Gesetz über das Verwaltungsverfahren (k. p. a.)⁹⁴ mit Ausnahme der Vorschriften

⁹² Niesel, in: *Brand*, SGB III, § 168, Rn. 3.

⁹³ Vgl. BIP unter www.fgsp.gov.pl („załatwianie spraw“).

⁹⁴ Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego, Dz.U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, zzm.

über den Erlass von Verwaltungsakten und Beschlüssen entsprechende Anwendung (vgl. Art. 18). Danach ist entsprechend des Art. 35 § 3 k. p. a. die Fondsleistung grundsätzlich innerhalb eines Monats bzw. in besonders komplizierten Fällen innerhalb von zwei Monaten auszuzahlen. Die Frist beginnt mit der Antragstellung (Art. 61 § 3 k. p. a.).⁹⁵ Die gleiche Auszahlungsfrist gilt für die Fondsvorschüsse. Diese lange Verfahrensdauer ist ungünstig. Insbesondere wird dadurch der Zweck der Vorschusszahlungen, eine schnelle Abhilfe für die betroffenen Arbeitnehmer zu schaffen,⁹⁶ nicht erreicht.

⁹⁵ Zur Fristberechnung vgl. Art. 57 § 3 k. p. a.; näher zu Fristen im Verwaltungshandeln, vgl. *P. Przybysz*, *Kodeks postępowania administracyjnego, komentarz*, Art. 35.

⁹⁶ Für Art. 12 a vgl.: Begründung des Gesetzesentwurfs durch den Sejm der Republik Polen, VI. Legislaturperiode, Drucks. Nr. 2023 vom 25.03.2009 (Sejm VI kadencja, druk nr 2023); für Art. 14 vgl.: Begründung des Gesetzesentwurfs durch den Sejm der Republik Polen, VI. Legislaturperiode, Drucks. Nr. 2044 vom 05.06.2009, (Sejm VI kadencja, druk nr 2044).