



*Professor Dr. Richard Giesen – Direktor,
Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht*

„Arbeitsbedingungen in der Krise und in der Insolvenz“

Vortrag am 24. Oktober 2019

Professor Giesen sprach von den „drei Phasen“ der Krise und den drei Quellen der Arbeitsbedingungsflexibilisierung, namentlich Individualarbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht und Sozialrecht.

Die Phase vom geringsten Ausmaß bezeichnete Professor Giesen als die „Krise ohne Antrag“. Während die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtssicher zu gestalten sei, gelte dies weniger für die bevorzugte Lösung der Flexibilisierung: An eine Änderungskündigung zum Zwecke der Entgeltreduzierung stelle das BAG hohe Anforderungen. Optional biete sich auch die Kurzarbeit an, §§ 95 ff. SGB III. Oft übersehen werde in diesem Zusammenhang aber, dass hier eine Reduzierung des Arbeitsentgelts vorgeschaltet werden müsse, um die sozialrechtlichen Anforderungen zu erfüllen. In puncto Flexibilisierungsanliegen nannte der Referent noch den Sozialplan-Tarifvertrag, der auch erkämpft werden könne. Als Zwischenergebnis hielt Professor Giesen fest, dass Flexibilisierungsspielraum in der ersten Phase nur geringfügig eröffnet sei.

Bei Vorliegen eines Insolvenzgrundes gehe die Krise in die zweite Phase über, der Phase des Eröffnungsantrags. In dieser Phase werde ein vorläufiger Insolvenzverwalter vom Insolvenzgericht benannt. Ab diesem Zeitpunkt spätestens müsse stets die Situation antizipiert werden, die sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergebe und in der die Durchsetzung von Ansprüchen zu besorgen sei. Für die Schwebezeit zwischen Beantragung und der Eröffnung Insolvenzverfahrens treffe § 55 Abs. 2 InSO eine Sonderregelung: Entgeltansprüche, die in dieser Phase entstehen würden, seien kraft Fiktion als Masseverbindlichkeiten anzusehen und damit, in Abgrenzung zu den Insolvenzverbindlichkeiten, für den Arbeitnehmer eher realisierbar. Eine weitere Möglichkeit der Absicherung von Arbeitnehmeransprüchen sei die Vorfinanzierung von Insolvenzgeld, §§ 165 SGB III. In der Praxis warte der Insolvenzverwalter in der Regel drei Monate, bis er dem Gericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens empfehle. In dieser Zeit führe er das Unternehmen, gemeinsam mit dem Schuldner, weiter, zahle das Arbeitsentgelt aber nicht aus. Erst dann, wenn das Insolvenzverfahren eröffnet werde, entstehe der Anspruch auf Insolvenzgeld und die Arbeitnehmer erhielten ihren Lohn rückwirkend. Die Möglichkeit der Vorfinanzierung, §§ 170 ff SGB III, erlaube die antizipierte Abtretung (bzw. Verpfändung) des Insolvenzgeldanspruchs an einen Dritten (häufig die Bank), der für die drei Monate vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Lohn anstelle des Arbeitgebers zahle. Abhängig sei dieses Vorgehen aber von der Genehmigung durch die Bundesagentur für Arbeit.

Die letzte und intensivste Phase der Krise sei die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Hier finde sich ein „wohldosiertes“ System der Arbeitsbedingungsflexibilisierung. Im Gesetz zu finden sei ein „Mittelweg“ zwischen dem Gedanken des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses zu unveränderten Bedingungen und dem Gedanken der insolvenzbedingten Flexibilisierung. So sei z.B. in § 108 Abs.1 InsO der Grundsatz des unveränderten Fortbestands der Arbeitsverhältnisse normiert. Die arbeitsvertraglichen Befugnisse gingen auf den Verwalter über. Einen Flexibilisierungshebel biete § 13 InSO. Hiernach könne das Arbeitsverhältnis durch den Verwalter oder den Arbeitnehmer mit einer Frist von drei Monaten gekündigt werden und zwar ungeachtet abweichender Vereinbarungen. Hieraus folge der Fortbestand des gesetzlichen Kündigungsschutzes, weil sich der Vorbehalt lediglich auf vertragliche Ausschlüsse beziehe. Nach dem BAG könnten auch Wiederholungskündigungen auf § 113 InsO gestützt werden. Der Referent verwies auf die Möglichkeit, diese Frist während des Verfahrens vertraglich abweichend zu vereinbaren, weil § 119 InsO lediglich Vereinbarungen im Voraus betreffen würden.

Ungeklärt sei die Frage, wie sich § 113 InsO zu Kündigungsfristen und vereinbarten Ausschlüssen in Tarifregelungen verhalte: Bei Erlass der Insolvenzordnung habe man bewusst von der alten Regelung in der Konkursordnung abgesehen, die den Tarifvertrag als Norm insolvenzfest gemacht habe. Vielmehr sei die Gleichstellung mit individualvertraglichen Vereinbarungen Trendlinie bei Erlass des § 113 InsO gewesen. In einer aktuellen Entscheidung habe das BAG hieraus gefolgert, dass der Tarifvertrag als nicht insolvenzfest anzusehen sei. Eine Tarifregelung hingegen, welche die Wirksamkeit der Kündigung von der Zustimmung des Betriebsrats abhängig mache, wurde vom BAG – in einer anderen Entscheidung – nicht als tarifvertragliche Erschwernis der Kündigung angesehen, sondern lediglich als eine verfahrensrechtliche Absicherung, die wiederum insolvenzfest sei.

Bezogen auf den Sonderkündigungsschutz sei zu beachten, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens einen Grund für etwaige Sondergenehmigung biete.

Ansprüche, die aus der Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstehen würden, könne der Arbeitnehmer nur als Insolvenzgläubiger geltend machen, die Ausnahme sei der bereits erwähnte § 55 Abs. 2 InsO. Das Schicksal von Betriebsvereinbarungen regle § 120 InsO, für Betriebsänderungen, Interessenausgleiche und Sozialpläne seien die §§ 121 ff. einschlägig.

Die anschließende Diskussion behandelte Fragen rund um die Kurzarbeit, besonders thematisiert wurde die Rolle des Betriebsrats.

Laura Herbst
Wissenschaftliche Mitarbeiterin