

Bundesarbeitsgericht  
Sechster Senat

Urteil vom 25. Mai 2022  
- 6 AZR 224/21 -  
ECLI:DE:BAG:2022:250522.U.6AZR224.21.0

I. Arbeitsgericht Detmold

Urteil vom 15. Januar 2020  
- 3 Ca 612/19 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Zwischenurteil vom 5. März 2021  
- 16 Sa 100/20 -

---

Entscheidungsstichwort:

Wiedereinstellungsanspruch in der Insolvenz

Leitsatz:

In der Insolvenz besteht kein Wiedereinstellungsanspruch.

# BUNDESARBEITSGERICHT



6 AZR 224/21  
16 Sa 100/20  
Landesarbeitsgericht  
Hamm

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
25. Mai 2022

## URTEIL

Schuchardt, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Sechste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. Mai 2022 durch die Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht Spelge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Krumbiegel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Wemheuer sowie die ehrenamtlichen Richter Klapproth und Steinbrück für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Zwischenurteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 5. März 2021 - 16 Sa 100/20 - aufgehoben.

Das Verfahren ist nicht unterbrochen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten im Rahmen eines Zwischenstreits darüber, ob der Kläger den wegen Insolvenz unterbrochenen, über die Wirksamkeit einer Kündigung und das Bestehen eines Wiedereinstellungsanspruchs geführten Rechtsstreit wirksam aufgenommen hat. 1

Der Kläger war seit 1986 als Versandleiter bei der M GmbH beschäftigt. Diese produzierte mit mindestens 280 gewerblichen Arbeitnehmern zuzüglich Bürokräften in maschineller Massenfertigung Betten und Matratzen. Sie kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 18. Dezember 2018 zum 31. Juli 2019 wegen Betriebsstilllegung. Diese Kündigung wurde nach § 4 Satz 1, § 7 Halbs. 1 KSchG wirksam. 2

Mit seiner am 25. Juli 2019 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der T GmbH, der späteren Schuldnerin (künftig Schuldnerin), am 31. Juli 2019 zugestellten Klage hat der Kläger die Schuldnerin auf Wiedereinstellung in Anspruch genommen, weil bereits während des Laufs der Kündigungsfrist ein Betriebsübergang von der M GmbH auf die Schuldnerin beschlossen und zum 1. August 2019 vollzogen worden sei. Die Schuldnerin beschäftigte nicht wesentlich mehr als 30 Arbeitnehmer, von denen jedenfalls 24 zuvor bei der M GmbH beschäftigt waren. Die Schuldnerin kündigte mit Schreiben vom 26. August 2019 vorsorglich ein etwaig bestehendes Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 31. März 2020. Dagegen hat der Kläger fristgerecht Kündigungsschutzklage erhoben. 3

Das Arbeitsgericht hat die Schuldnerin mit Urteil vom 15. Januar 2020 4  
antragsgemäß verurteilt, das Angebot des Klägers auf Abschluss eines ab dem  
1. August 2019 gültigen Arbeitsvertrags zu den bis zum 31. Juli 2019 bestehen-  
den Bedingungen des Arbeitsverhältnisses mit der M GmbH anzunehmen. Es hat  
ferner festgestellt, dass ein etwaig damit begründetes Arbeitsverhältnis durch die  
Kündigung vom 26. August 2019 nicht aufgelöst werde. Dagegen legte die  
Schuldnerin, vertreten durch ihren bisherigen Prozessbevollmächtigten, am  
3. Februar 2020 Berufung ein.

Bereits am 22. Januar 2020 war der Beklagte zum vorläufigen Insolvenz- 5  
verwalter ohne Verwaltungsbefugnis bestellt worden. Mit Beschluss vom 2. März  
2020 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet  
und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Das Landesarbeitsgericht hat  
den Parteien mit Beschluss vom 6. März 2020 mitgeteilt, das Verfahren sei des-  
halb gemäß § 240 ZPO unterbrochen. Der Kläger hat das Verfahren gegenüber  
dem Beklagten mit Schriftsatz vom 29. Juni 2020 aufgenommen. Daraufhin kün-  
digte der Beklagte mit Schreiben vom 22. Juli 2020 vorsorglich ein etwaig zwi-  
schen der Schuldnerin und dem Kläger bestehendes Arbeitsverhältnis. Das Ar-  
beitsgericht hat die dagegen in einem weiteren Rechtsstreit erhobene Kündi-  
gungsschutzklage mit Urteil vom 16. Dezember 2020 (- 3 Ca 608/20 -) rechts-  
kräftig abgewiesen. Im Zeitpunkt der Kündigung des Beklagten habe nach eige-  
nem Vortrag des Klägers kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der  
Schuldnerin mehr bestanden. Er behaupte nämlich unter schlüssigem Tatsa-  
chenvortrag, dass das Arbeitsverhältnis bereits zum 1. Februar 2020 durch einen  
weiteren Betriebsübergang zurück auf die M GmbH übergegangen sei.

Der Beklagte hat beantragt, 6  
durch Zwischenurteil festzustellen, dass das anhängige  
Verfahren weiterhin gemäß § 240 ZPO unterbrochen ist.

Er ist der Auffassung, § 108 Abs. 1 InsO erfasse noch nicht begründete 7  
Arbeitsverhältnisse nicht. Deshalb stehe der Wiedereinstellungsanspruch im

Rang einer Insolvenzforderung und müsse mit seinem Schätzwert zur Insolvenztabelle angemeldet werden. Der Rechtsstreit könne daher nur nach §§ 87, 174 ff. InsO aufgenommen werden, deren Voraussetzungen nicht erfüllt seien.

Der Kläger nimmt an, der Wiedereinstellungsanspruch könne als Anspruch auf Vertragsfortsetzung Masseverbindlichkeiten begründen, so dass er den Rechtsstreit wirksam aufgenommen habe. 8

Das Landesarbeitsgericht hat durch Zwischenurteil erkannt, dass das Verfahren weiterhin nach § 240 ZPO unterbrochen ist. 9

Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger unter Vertiefung seiner rechtlichen Argumentation die Aufhebung des Zwischenurteils des Landesarbeitsgerichts. 10

## **Entscheidungsgründe**

I. Die Revision des Klägers ist statthaft. Das Landesarbeitsgericht hat den Streit der Parteien über eine Verfahrensfortsetzung nach einer Unterbrechung des Verfahrens gemäß § 240 ZPO zu Recht durch Zwischenurteil entschieden (*BGH 11. Februar 2010 - VII ZR 225/07 - Rn. 6 mwN; vgl. für die Unterbrechung nach § 352 InsO BAG 18. Juli 2013 - 6 AZR 882/11 (A) - Rn. 18*). Zwischenurteile in einem solchen Streit, mit denen die Aufnahme abgelehnt worden ist, dienen der abschließenden Klärung vorgreiflicher Zulässigkeitsfragen (*vgl. BGH 9. Juli 2009 - III ZR 46/08 - Rn. 18, BGHZ 182, 10*). Sie betreffen die Möglichkeit der Prozess(fort)führung und sind daher in entsprechender Anwendung des § 280 Abs. 2 ZPO unter denselben Voraussetzungen wie ein Endurteil selbständig anfechtbar (*vgl. BGH 25. Juni 2020 - IX ZR 47/19 - Rn. 13 mwN*). 11

II. Die Revision des Klägers ist auch begründet. Der Kläger hat das Verfahren mit Schriftsatz vom 29. Juni 2020 nicht nur bezüglich der Kündigungsschutzklage nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO wirksam aufgenommen, sondern auch bezüglich 12

lich der begehrten Wiedereinstellung. Der Rechtsstreit war insoweit nur unterbrochen, weil dieser Anspruch im Wege der objektiven Klagehäufung zusammen mit dem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit der Kündigung vom 26. August 2019 verfolgt wurde. Deshalb bewirkte die wirksame Aufnahme des Kündigungsschutzprozesses zugleich die Aufnahme des Verfahrens, soweit der Kläger seine Wiedereinstellung begehrt.

1. Es kann dahinstehen, ob der Beklagte auch hinsichtlich des Wiedereinstellungsanspruchs passivlegitimiert ist oder ob die am letzten Tag der Kündigungsfrist erhobene Klage, wie er erstmals in der Revisionsinstanz gerügt hat, noch gegen die M GmbH hätte gerichtet werden müssen. Der vorliegende Zwischenstreit wird ausschließlich zwischen den Parteien des Rechtsstreits geführt, auch wenn eine Partei materiell-rechtlich der falsche Prozessgegner sein sollte (*vgl. Zöller/Greger ZPO 34. Aufl. § 239 Rn. 12 für den Streit über die Rechtsnachfolge*).

2. Die Berufung ist noch vom Prozessbevollmächtigten der Schuldnerin während des Eröffnungsverfahrens eingelegt worden. Die auf diesen lautende Prozessvollmacht war zu diesem Zeitpunkt noch nicht nach § 117 Abs. 1 InsO erloschen. Zwar werden auch Prozessvollmachten von dieser Bestimmung erfasst (*BAG 18. Juli 2005 - 3 AZB 65/04 - zu B II der Gründe; für § 23 KO BGH 14. Mai 1998 - IX ZR 256/96 - zu II 1 der Gründe*), ihr Anwendungsbereich ist jedoch mangels Verweisung in § 22 Abs. 1 InsO auf das vorläufige Insolvenzverfahren in diesem noch nicht eröffnet (*BFH 24. Juni 2003 - I B 30/03 - zu II 2 b der Gründe; allg. Meinung Uhlenbruck/Sinz 15. Aufl. § 117 InsO Rn. 20 mwN*).

3. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass der Rechtsstreit auch bezüglich des Wiedereinstellungsanspruchs nach § 240 Satz 1 ZPO unterbrochen worden ist. Dafür genügt es, dass die im Wege der objektiven Klagehäufung verfolgte Kündigungsschutzklage den erforderlichen Massebezug aufweist.

a) Zwar fällt dem Rechtsmittelgericht nur der Zwischenstreit an, das daher ausschließlich über die Prozessvoraussetzung(en) zu entscheiden hat, auf die

sich das Zwischenurteil bezieht (*MüKoZPO/Prütting 6. Aufl. § 280 Rn. 8*). Notwendige, von Amts wegen zu prüfende (*BGH 11. Februar 2020 - VII ZR 225/07 - Rn. 10*) Vorfrage für eine solche Entscheidung ist jedoch, ob das Verfahren überhaupt unterbrochen worden ist.

b) Ausgehend vom Zweck des § 240 ZPO, dem weiter prozessfähigen, aber nicht mehr prozessführungsbefugten Schuldner nach Verlust seiner Verfügungsbefugnis über die Masse jede masseerhebliche Einwirkung auch im bereits rechtshängigen Prozess zu verwehren und dem Verwalter die für die Weiterführung des Prozesses erforderliche Überlegungs- und Einarbeitungszeit zu gewährleisten (*Windel in Jaeger InsO § 85 Rn. 2*), ist das Tatbestandsmerkmal des Massebezugs weit zu verstehen (*BeckOK ZPO/Jaspersen Stand 1. März 2022 ZPO § 240 Rn. 7*). Eine Unterbrechung erfolgt daher bereits dann, wenn der Streitgegenstand die Masse zumindest mittelbar betrifft (*BAG 18. Oktober 2006 - 2 AZR 563/05 - Rn. 19, BAGE 120, 27; BGH 10. Dezember 2014 - XII ZR 136/12 - Rn. 15*). Maßgeblich ist, ob das streitbefangene Recht oder Rechtsverhältnis der Kompetenz des Verwalters untersteht (*Windel aaO § 85 Rn. 20; HK-InsO/Kayser 10. Aufl. § 85 Rn. 22*). 17

c) Bei Feststellungsklagen wie der Kündigungsschutzklage wird der Rechtsstreit unterbrochen, wenn durch die Klage ein Rechtsverhältnis zur Masse begründet oder aufrechterhalten werden soll (*vgl. Windel in Jaeger InsO § 85 Rn. 28; HK-InsO/Kayser 10. Aufl. § 85 Rn. 26 [allerdings mit auf Aktivprozesse und nicht auf den hier vorliegenden Passivprozess zugeschnittenen Fallkonstellationen]*). In derartigen Prozessen besteht die Gefahr, dass die Masse belastet wird, weil der verfolgte Anspruch zu Insolvenz- oder Masseverbindlichkeiten führen kann, mit dem Rechtsstreit also der Weg für Insolvenzforderungen oder Masseverbindlichkeiten geebnet werden soll (*BAG 18. Oktober 2006 - 2 AZR 563/05 - Rn. 19, BAGE 120, 27*). Dagegen tritt keine Unterbrechung ein, wenn der Rechtsstreit höchstpersönliche Streitigkeiten betrifft (*BAG 5. November 2009 - 2 AZR 609/08 - Rn. 10*) oder wenn der gesamte streitige Anspruch nicht zur Insolvenzmasse gehört (*BAG 18. Oktober 2006 - 2 AZR 563/05 - Rn. 19, aaO*). 18

d) Nach diesen Grundsätzen weist der Rechtsstreit hinsichtlich der mit dem Antrag zu Ziff. 2 verfolgten Kündigungsschutzklage den erforderlichen Massebezug auf. Bei Obsiegen könnten daraus finanzielle Ansprüche entstehen, die vom Insolvenzverwalter nach den Grundsätzen der Insolvenzordnung zu befriedigen wären, die Masse belasteten und damit seiner Kompetenz unterstünden. Das hat zur Folge, dass der Rechtsstreit hinsichtlich aller damit verfolgten Streitgegenstände und darum auch hinsichtlich des Wiedereinstellungsanspruchs insgesamt unterbrochen worden ist (*BGH 20. Juni 2018 - XII ZB 285/17 - Rn. 38; Uhlenbruck/Mock 15. Aufl. § 85 InsO Rn. 27 mwN zum Streitstand bei mehreren Streitgegenständen mit und ohne Massebezug; differenzierend Windel in Jaeger InsO § 85 Rn. 26*). 19

4. Der Kläger hat den Rechtsstreit wirksam aufgenommen. Das Landesarbeitsgericht hat bei seiner Entscheidung zwar nicht berücksichtigt, dass ein etwaiger gegen die M GmbH entstandener Anspruch auf Wiedereinstellung mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin erloschen ist und daher keine Belastung der Masse bewirken kann. Weil der Rechtsstreit auch hinsichtlich des Wiedereinstellungsanspruchs wegen seiner Verbindung mit einem Anspruch, der Massebezug hat, insgesamt unterbrochen war, hatte jedoch die nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO wirksame Aufnahme des Rechtsstreits über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung vom 26. August 2019 zugleich die Beendigung der Unterbrechung des Rechtsstreits hinsichtlich des Wiedereinstellungsanspruchs zur Folge. 20

a) Der Kläger hat das Kündigungsschutzverfahren mit seiner Erklärung vom 29. Juni 2020 nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO wirksam aufgenommen. Dafür genügte es, dass bei Obsiegen mit dem Kündigungsschutzantrag Masseverbindlichkeiten entstehen können (*mittelbare Masseverbindlichkeiten, vgl. BAG 18. Oktober 2006 - 2 AZR 563/05 - Rn. 25 f., BAGE 120, 27*). 21

aa) Nach § 240 Satz 1 ZPO bestimmen sich die Voraussetzungen, unter denen ein unterbrochenes Verfahren wieder aufgenommen werden kann, nach den für das Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften. Bei Passivprozessen wie dem vorliegenden, die ein Recht zu Lasten der späteren Insolvenzmasse in Anspruch 22



nehmen (*HK-InsO/Kayser 10. Aufl. § 86 Rn. 6*), kann der Gläubiger gemäß § 86 Abs. 1 InsO ohne weiteres die Unterbrechung durch Aufnahmeerklärung beenden, wenn der Rechtsstreit die Aussonderung, die abgesonderte Befriedigung oder eine Masseverbindlichkeit betrifft. Handelt es sich dagegen um eine Insolvenzforderung, kann der Insolvenzgläubiger den Rechtsstreit gemäß §§ 87, 174 ff. InsO erst aufnehmen, wenn die Forderung wirksam zur Tabelle angemeldet, geprüft und bestritten worden ist, also das insolvenzrechtliche Feststellungsverfahren durchgeführt worden ist. Im wirksam aufgenommenen Rechtsstreit kann er dann nur noch das Ziel verfolgen, die Forderung zur Tabelle festzustellen (*BAG 15. Mai 2013 - 5 AZR 252/12 (A) - Rn. 10 f.*; *BGH 25. Juni 2020 - IX ZR 47/19 - Rn. 10 f.*; *3. Juli 2014 - IX ZR 261/12 - Rn. 9*).

bb) Das Arbeitsverhältnis als solches entzieht sich der Kategorisierung als „Masseverbindlichkeit“ oder „Insolvenzforderung“. Es ist mit einer Vielzahl damit verbundener, auch sozialversicherungsrechtlicher Rechte und Pflichten keine Masseverbindlichkeit oder Insolvenzforderung. Erst die daraus entstehenden Ansprüche sind einem insolvenzrechtlichen Rang zuzuweisen. 23

cc) Darum ist für die Frage, ob Bestandsschutzstreitigkeiten wie die Kündigungsschutz- oder Befristungskontrollklage nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO aufgenommen werden können, allein von Belang, ob und inwieweit durch eine solche Klage Masseverbindlichkeiten entstehen können (*BAG 18. Oktober 2006 - 2 AZR 563/05 - Rn. 25 ff.*, *BAGE 120, 27*). 24

(1) Anderenfalls wäre der Streit über die Wirksamkeit einer Kündigung durch den Schuldner, der im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch rechtshängig ist, stets als Insolvenzforderung einzuordnen, weil das Arbeitsverhältnis vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet und die Kündigung nicht vom Verwalter erklärt worden ist. Weil Kündigungsschutzklagen nach § 4 KSchG als Feststellungsklagen geführt werden müssen und darum nicht auf Geld gerichtet sind, müssten sie stets und ohne Ausnahme mit ihrem Schätzwert nach § 45 Satz 1 InsO zur Insolvenztabelle angemeldet werden. Bei Arbeitsverhältnissen, deren Bestand über den Zeitpunkt der Eröffnung der Insolvenz hinaus geltend gemacht 25

wird, lässt sich jedoch kein Schätzwert ermitteln, weil sich die künftige Entwicklung des Arbeitsverhältnisses und damit dessen Wert nicht prognostizieren lässt. Die begehrte Feststellung als prozessualer Anspruch lässt sich in diesen Fällen nicht allein durch Umrechnung in Geld realisieren, so dass derartige Bestandsstreitigkeiten als solche nicht in Geld umgerechnet zur Tabelle angemeldet werden müssen. Sie werden vielmehr von § 45 Satz 1 InsO nicht erfasst (vgl. *Henckel in Jaeger InsO § 45 Rn. 7; MüKoInsO/Bitter 4. Aufl. § 45 Rn. 8c; Uhlenbruck/Knof 15. Aufl. § 45 InsO Rn. 9*). Nur so kann der gesetzlichen Wertung des § 108 Abs. 1 InsO, wonach das Arbeitsverhältnis bei Obsiegen des Arbeitnehmers zu Lasten der Masse fortbesteht, Rechnung getragen werden. Darin liegt der Unterschied zu Insolvenzforderungen, die im Anwendungsbereich des § 103 InsO auf einen Leistungsaustausch gerichtet sind, deshalb als solche nicht zur Tabelle angemeldet werden können, nach Wahl des Insolvenzverwalters erfüllt werden können und sich bei Ablehnung der Erfüllung in einen Schadenersatzanspruch umwandeln (vgl. *für einen aktienrechtlichen Abfindungsanspruch BGH 17. März 2008 - II ZR 45/06 - Rn. 18, BGHZ 176, 43; für Zug-um-Zug-Leistungen BGH 23. Oktober 2003 - IX ZR 165/02 - zu II 2 der Gründe; für einen Unterlassungsanspruch BGH 10. Juli 2003 - IX ZR 119/02 - zu II 3 d aa der Gründe, BGHZ 155, 371; für einen nach §§ 87 ff. SachenRBerG durchsetzbaren Anspruch auf Abschluss eines Grundstückkaufvertrags zu einem bestimmbaren Preis BGH 18. April 2002 - IX ZR 161/01 - zu III 2 b der Gründe, BGHZ 150, 305*).

(2) Soweit das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung vom 18. Oktober 2006 (- 2 AZR 563/05 - Rn. 29 f., BAGE 120, 27) eine Umrechnung des Feststellungsanspruchs nach § 45 InsO für möglich gehalten hat, betraf dies eine Sonderkonstellation. Das Arbeitsverhältnis war unabhängig vom Ausgang der Klage bereits vor Eröffnung der Insolvenz beendet worden. Gestritten wurde nur darum, ob dies durch eine außerordentliche Kündigung oder erst später nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist geschehen war. Ansprüche, die gleichwohl Masseverbindlichkeiten hätten sein können, hatte der Kläger nicht dargelegt. Wirtschaftlich ging es bei der Kündigungsschutzklage darum nur noch um die Sicherung von Entgeltansprüchen, die ausnahmslos nur Insolvenzforderungen sein konnten. Auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 27. März

26

1995 (- II ZR 140/93 - zu I 1 der Gründe) betraf keinen Rechtsstreit, in dem um den Fortbestand des Rechtsverhältnisses zu Lasten der Masse gestritten wurde.

(3) Bestandsschutzstreitigkeiten im Arbeitsverhältnis können daher im Regelfall nach § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO aufgenommen werden, weil daraus Masseverbindlichkeiten entstehen können. Nur ausnahmsweise richtet sich die Aufnahme nach § 87 InsO, nämlich dann, wenn bei Obsiegen allein Insolvenzforderungen entstehen können, etwa weil das Arbeitsverhältnis unstreitig jedenfalls vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens beendet wurde. 27

dd) Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 29. Juni 2020 den Rechtsstreit bezüglich der Kündigungsschutzklage wirksam aufgenommen, mit der er den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist, die am 31. März 2020 endete, hinaus begehrt. Obsiegt er mit diesem Antrag, könnten daraus Masseverbindlichkeiten entstehen. Über die Erfolgsaussichten der Klage ist im Zwischenstreit nicht zu entscheiden. 28

b) Der Kläger hat den Rechtsstreit auch bezüglich des Wiedereinstellungsanspruchs wirksam aufgenommen. Dies gilt ungeachtet des Umstands, dass in der Insolvenz kein Wiedereinstellungsanspruch besteht. Ein im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits begründeter Anspruch auf Wiedereinstellung gegen den bisherigen Arbeitgeber oder einen Erwerber erlischt mit Insolvenzeröffnung, so dass daraus keine Masseverbindlichkeiten mehr entstehen können und kein Aufnahmegrund gemäß § 86 Abs. 1 Nr. 3 InsO vorliegt. Ein solcher Aufnahmegrund ist auch nicht erforderlich, wenn der Rechtsstreit isoliert nur bezüglich des erloschenen Wiedereinstellungsanspruchs geführt wird. Dann wird dieser Rechtsstreit nicht unterbrochen, weil der Zweck des § 240 ZPO (*dazu Rn. 17*) nicht erfüllt ist. Der Schuldner kann nicht mehr massewirksam über das erloschene Rechtsverhältnis verfügen, der Insolvenzverwalter benötigt keine Einarbeitungszeit, sondern der Prozess kann „nahtlos“ mit dem Verwalter weitergeführt werden. Ist das Verfahren jedoch wie vorliegend auch bezüglich des Wiedereinstellungsanspruchs nur deshalb unterbrochen worden, weil ein anderer Anspruch im Wege der objektiven Klagehäufung hinzutritt, der den erforderlichen 29

Massebezug aufweist (*dazu Rn. 19*), bewirkt dessen wirksame Aufnahme zugleich die Wiederaufnahme des Verfahrens bezüglich des Wiedereinstellungsanspruchs.

aa) In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ua. ein Wiedereinstellungsanspruch bei fehlerhafter Prognose über den Wegfall des Beschäftigungsbedarfs bei betriebsbedingten Kündigungen entwickelt worden. 30

(1) Erweist sich die einer betriebsbedingten Kündigung zugrundeliegende Prognose des Arbeitgebers, der Beschäftigungsbedarf werde entfallen, noch während der Kündigungsfrist als falsch, ist die Kündigung nicht sozialwidrig, weil deren Gestaltungswirkung aufgrund ihres Charakters als Gestaltungserklärung mit Zugang - zukunftsbezogen - eintritt und sich deren Wirksamkeit damit notwendig nach den Verhältnissen im Zeitpunkt ihres Zugangs bestimmt (*zur Gestaltungswirkung BAG 21. März 2013 - 6 AZR 618/11 - Rn. 15*). Insoweit ist dem Arbeitgeber die „überschießende Rechtsmacht“ eingeräumt, bereits wegen eines lediglich geplanten Wegfalls des Beschäftigungsbedarfs zu kündigen (*vgl. Niemann FS Preis 2021 S. 927, 933 f.; Preis Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen 2. Aufl. Rn. 822*). Die Rechtsprechung hat angenommen, dass es eines Korrektivs bedarf, wenn sich die der Kündigung zugrundeliegende Prognose im Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist - insbesondere wegen eines im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung noch nicht absehbaren Betriebsübergangs - als unzutreffend erweist. Dieses Korrektiv soll es auch dann noch bedürfen, wenn der Betriebsübergang schon während des Laufs der Kündigungsfrist „beschlossen“, aber noch nicht vollzogen worden ist (*BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 37*). In beiden Fällen hat die Rechtsprechung den Arbeitgeber für verpflichtet gehalten, den Arbeitnehmer wieder einzustellen, wenn der Arbeitgeber noch keine Dispositionen getroffen hat und ihm die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zuzumuten ist (*grundlegend BAG 27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - zu II 2 c und II 4 der Gründe, BAGE 85, 194*). Der Wiedereinstellungsanspruch ist damit ein richterrechtlich entwickelter Ausgleich des angenommenen Konflikts, der sich aus dem Charakter der Kündigung als Gestaltungsrecht einerseits und dem Ziel von § 1 KSchG, den Arbeitnehmer 31

vor dem Verlust des Arbeitsplatzes im Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist zu schützen, andererseits ergeben soll. In Auflösung dieses Konflikts hat es die Rechtsprechung als notwendig angesehen, das Risiko der Fehlprognose dem Arbeitgeber aufzuerlegen (*Preis aaO*).

(2) Rechtsdogmatisch findet der Wiedereinstellungsanspruch seine Grundlage in einer vertraglichen Nebenpflicht iSv. § 241 Abs. 2, § 242 BGB (*APS/Kiel 6. Aufl. KSchG § 1 Rn. 742 mwN; Preis Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen 2. Aufl. Rn. 822; aA: systemimmanente Rechtsfortbildung KR/Rachor 13. Aufl. § 1 KSchG Rn. 823; Krieger/Willemsen NZA 2011, 1128; mit umfangreicher Übersicht über die in allen denkbaren Konstellationen vertretenen Anspruchsgrundlagen Steinacker Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers S. 110 bis 160*). In einen solchen Wiedereinstellungsanspruch tritt ein Erwerber nach § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ein, so dass sich der Wiedereinstellungsanspruch ab dem Betriebsübergang gegen den Erwerber richtet (*vgl. BAG 15. Dezember 2011 - 8 AZR 197/11 - Rn. 37*). 32

(3) Der Wiedereinstellungsanspruch begründet einen Kontrahierungszwang (*BAG 25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - Rn. 21*). Rechtstechnisch umgesetzt wird dieser Zwang durch eine Klage auf Annahme des vom Arbeitnehmer mit der Klage erklärten Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrags. Obsiegt der Arbeitnehmer mit diesem Antrag, gilt die Annahmeerklärung des Beklagten nach § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben. Diese gesetzlich angeordnete Fiktion bewirkt sämtliche Rechtsfolgen, die eine im selben Zeitpunkt abgegebene wirksame Willenserklärung des Verpflichteten mit demselben Inhalt gehabt hätte, zu dem Zeitpunkt, zu dem der Arbeitnehmer berechtigt war, den Abschluss des neuen Arbeitsvertrags zu verlangen (*BAG 9. November 2006 - 2 AZR 509/05 - Rn. 69, BAGE 120, 115*). Seit Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB kann darum auch einem Antrag auf rückwirkende Wiedereinstellung stattgegeben werden, weil seitdem auch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung möglich ist, durch die rückwirkend ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll, auch wenn dieses 33

für die Vergangenheit tatsächlich nicht mehr durchgeführt werden kann und darum rückwirkend keine Annahmeverzugsansprüche entstehen können (vgl. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 19 f., 22 f., BAGE 152, 213).

bb) Jedenfalls in der Insolvenz besteht aber kein Wiedereinstellungsanspruch. Die Insolvenzordnung sieht keinen Kontrahierungszwang für den Verwalter zur Begründung von Rechtsverhältnissen vor, sondern bindet ihn über § 108 Abs. 1 InsO nur an bestimmte, bereits vom Schuldner begründete Rechtsverhältnisse, die der Verwalter wirksam kündigen muss, wenn er die Masse von den damit verbundenen Verbindlichkeiten befreien will (vgl. BAG 23. Februar 2017 - 6 AZR 665/15 - Rn. 30, BAGE 158, 214; vgl. für das Mietverhältnis BGH 11. Oktober 2018 - IX ZR 217/17 - Rn. 11 f.). Zu diesen besonders geschützten Rechtsverhältnissen gehört zwar auch das Arbeitsverhältnis. Das Oktroyieren von Arbeitsverhältnissen und den daraus resultierenden Masseverbindlichkeiten außerhalb des Anwendungsbereichs des § 108 Abs. 1 InsO ist der Insolvenzordnung jedoch fremd. In der Insolvenz kommt ein Wiedereinstellungsanspruch deshalb nicht zum Tragen. Das gilt nicht nur bei wirksamer Kündigung des Insolvenzverwalters in der Insolvenz des Betriebsveräußerers (BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 56; 28. Oktober 2004 - 8 AZR 199/04 - zu II 2 b dd (3) der Gründe; noch zur KO BAG 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260; aA ohne Begründung BAG 27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - zu II 4 der Gründe, BAGE 85, 194; zum Meinungsstand im Schrifttum Steinacker Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers S. 182 ff.), sondern auch bei wirksamer Kündigung durch den später insolventen Schuldner als Veräußerer sowie in der hier vorliegenden Konstellation der wirksamen Kündigung des Veräußerers bei späterer Insolvenz des Erwerbers.

34

(1) § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO ordnet an, dass bestimmte Dauerschuldverhältnisse, zu denen auch Arbeitsverhältnisse zählen, mit Wirkung für die Masse fortbestehen. Damit entzieht diese Bestimmung ua. das Arbeitsverhältnis dem Anwendungsbereich des § 103 InsO und ist insoweit *lex specialis*. Das Wahlrecht des Verwalters, ob er einen gegenseitigen Vertrag erfüllen will, wurde vom Ge-

35

setzgeber für den Anwendungsbereich des § 108 InsO als unangemessen angesehen (*HK-InsO/Marotzke 10. Aufl. § 108 Rn. 3*). Als Rechtsnachfolger des Schuldners tritt der Verwalter darum uneingeschränkt in dessen gegenüber den Arbeitnehmern bestehende Pflichten ein. Die Vorschrift dient dem Ausgleich der schutzwürdigen Interessen des Verwalters bzw. der Masse einerseits und des Vertragspartners andererseits (*KPB/Tintelnot InsO § 108 Stand Oktober 2019 Rn. 5, 129*). Bezogen auf Arbeitsverhältnisse sollen der Masse sowohl die zur Reorganisation bzw. geordneten Abwicklung benötigten Arbeitnehmer erhalten bleiben (*KPB/Tintelnot aaO Rn. 130; vgl. Uhlenbruck/Ries 15. Aufl. § 108 InsO Rn. 50*) als auch dem Kontinuitätsinteresse des Arbeitnehmers Rechnung getragen werden (*KPB/Tintelnot aaO Rn. 5, 130; MüKoInsO/Hoffmann 4. Aufl. § 108 Rn. 3*). In Fortsetzung dieses Konzepts sind bestimmte Verbindlichkeiten, die aus diesen Dauerschuldverhältnissen erwachsen, durch § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO zu Masseverbindlichkeiten aufgewertet, die der Verwalter nicht vermeiden kann, die der Masse also „oktroiert“ sind (*vgl. MüKoInsO/Hoffmann aaO Rn. 1, 7*).

(2) Nach dieser gesetzlichen Konzeption begründet die Insolvenzeröffnung bzw. das Insolvenzverfahren keine eigenständigen Kündigungsgründe. Sofern die Insolvenzordnung selbst nichts Abweichendes vorsieht, hat der Verwalter vielmehr die allg. Bestimmungen des Arbeitsrechts einzuhalten (*vgl. BAG 20. September 2012 - 6 AZR 253/11 - Rn. 20, BAGE 143, 129; Steinacker Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers S. 194*). Einen über die Verpflichtungen aus § 108 Abs. 1 InsO hinausgehenden, der Systematik der Insolvenzordnung widersprechenden Kontrahierungszwang des Verwalters zur Neubegründung wirksam gekündigter Arbeitsverhältnisse kann nur der Gesetzgeber und nicht die Rechtsprechung anordnen. Eine Wiederbegründung des Arbeitsverhältnisses als vertragliche Nebenpflicht hätte daher einer gesetzlichen Regelung bedurft. Anders als im Mietrecht, das in § 574 BGB einen gesetzlichen Fortsetzungsanspruch kennt, fehlt es im Arbeitsrecht an der erforderlichen gesetzlichen Regelung. Darum trägt in der Insolvenz der Arbeitnehmer das Risiko einer fehlerhaften Prognose des Kündigenden über den Wegfall des Beschäftigungsbedürfnisses zum Zeitpunkt des Ablaufs der Kündigungsfrist. Das gilt in allen denkbaren Fallgestaltungen und unabhängig davon, ob der Betriebsübergang

36

vor oder nach Ablauf der Kündigungsfrist erfolgt (*im Ergebnis ebenso Uhlenbruck/Zobel 15. Aufl. § 128 InsO Rn. 30c mwN*).

(a) Fällt wie im vorliegenden Rechtsstreit nach einer wirksamen Kündigung und einem späteren (behaupteten) Betriebsübergang der (vermeintliche) Erwerber in Insolvenz oder kündigt der spätere Schuldner wirksam und kommt es aus der dann folgenden Insolvenz doch noch zu einem Betriebsübergang, würde der Insolvenzverwalter bei Bestehen eines Wiedereinstellungsanspruchs gezwungen, zunächst das Angebot des Arbeitnehmers in seiner Eigenschaft als Rechtsnachfolger des zur Wiedereinstellung verpflichteten Schuldners anzunehmen, wodurch rückwirkend über die Fiktion des § 894 Satz 1 ZPO iVm. § 311a BGB ein Arbeitsverhältnis auf einen Zeitpunkt vor Eröffnung des Verfahrens fingiert würde, das dem Verwalter - jetzt in seiner Eigenschaft als Verwalter der Masse - über § 108 Abs. 1 InsO oktroyiert würde. 37

(aa) Aus dem Wortlaut des § 108 Abs. 1 InsO, wonach ua. Dienstverhältnisse „fortbestehen“, folgt nichts für die hier zu entscheidende Frage, ob die Bestimmung nur Dauerschuldverhältnisse erfasst, die bereits vom Schuldner begründet waren und dann nach Insolvenzeröffnung „fortbestehen“ iSv. „weiterbestehen“ oder „trotz veränderter Voraussetzungen nach wie vor bestehen“ (*vgl. zu dieser Wortbedeutung Duden Deutsches Universalwörterbuch 9. Aufl. Stichwort „fortbestehen“*). Mit dem Begriff des „Fortbestehens“ der in § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO genannten Dauerschuldverhältnisse sollte nur eine klare Abgrenzung zu der vom Bundesgerichtshof zu § 17 KO entwickelten Erlöschenstheorie erfolgen. Nach dieser Theorie sollte die Eröffnung nicht nur die Durchsetzbarkeit des Erfüllungsanspruchs beschränken, sondern die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erlöschen lassen (*zuletzt BGH 28. September 2000 - VII ZR 372/99 - zu II 2 a der Gründe, BGHZ 145, 245*). Der im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht erfüllte Vertrag wurde damit durch die Verfahrenseröffnung umgestaltet. An seine Stelle trat der einseitige Anspruch des anderen Teils auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach § 26 KO, der lediglich eine Konkursforderung nach § 3 KO darstellte. Allein die Willenserklärung des Konkursverwalters, den Vertrag zu erfüllen oder Erfüllung zu verlangen, sollte den untergegangenen Anspruch gegen den 38



Vertragspartner wieder erstehen lassen, indem sie ihn mit dem bisherigen Inhalt neu begründete (*BGH 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93 - zu II 1 a der Gründe, BGHZ 129, 336*). Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bleiben die Ansprüche beider Vertragsparteien der unter § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO fallenden Verträge demgegenüber bis zu ihrer Beendigung oder bis zum Eintritt von Leistungsverweigerungsrechten aufgrund von Leistungsstörungen auf Leistung und Gegenleistung bestehen (*vgl. BGH 1. März 2007 - IX ZR 81/05 - Rn. 11*). Das stellt die Wortwahl in § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO klar (*vgl. KPB/Tintelnot InsO § 108 Stand Oktober 2019 Rn. 3*). Weitergehende Bedeutung kommt ihr insoweit nicht zu.

(bb) Der Wille des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich des § 108 Abs. 1 InsO auf Dauerschuldverhältnisse zu begrenzen, die bereits vom Schuldner begründet worden sind und dann nach Insolvenzeröffnung „trotz veränderter Voraussetzungen nach wie vor bestehen“ sollen, folgt jedoch mit der erforderlichen Eindeutigkeit aus der der Bestimmung zugrundeliegenden Systematik der Insolvenzordnung. Ein Verständnis des § 108 Abs. 1 InsO, wonach bei entsprechendem Antrag des Arbeitnehmers aufgrund der von § 894 Satz 1 ZPO iVm. § 311a BGB angeordneten Fiktion der rückwirkenden Abgabe der eingeklagten Willenserklärung durch den Verwalter ein bereits vor Insolvenzeröffnung bestehendes Arbeitsverhältnis fingiert wird, das mit Wirkung für die Masse fortbesteht, ist mit der Systematik der Insolvenzordnung, wie ausgeführt, nicht vereinbar, weil es den Verwalter zwingen würde, zu Lasten der Masse neue Arbeitsverhältnisse zu begründen. Zudem birgt bereits die Notwendigkeit, eine Vielzahl von Wiedereinstellungsprozessen zu führen, die Gefahr der Aushöhlung der Masse, wie der vorliegende Rechtsstreit und zwei weitere im Senat anhängige Parallelverfahren bestätigen. Wenn von den mehr als 200 entlassenen Arbeitnehmern der M GmbH eine erhebliche Anzahl einen Wiedereinstellungsanspruch reklamiert, höhlen bereits diese Prozesse die Masse der Schuldnerin, die nur auf eine Betriebsgröße von etwa 30 Arbeitnehmern ausgelegt war, aus. Ein Wille, dem Kontinuitätsinteresse der Arbeitnehmer vor dem Interesse der Masse und damit der Gesamtheit der Gläubiger derart Vorrang einzuräumen, kann § 108 Abs. 1 InsO

39

nicht entnommen werden, sondern bedürfte einer gesonderten gesetzlichen Anordnung. An dieser fehlt es.

(b) Kündigt der Insolvenzverwalter ein nach § 108 Abs. 1 InsO mit Wirkung für die Masse fortbestehendes Arbeitsverhältnis nach Maßgabe der bei Zugang der Kündigung vorliegenden Verhältnisse wirksam, hat es damit auch dann sein Bewenden, wenn es später doch noch zu einem Betriebsübergang kommt. Ein erneutes Oktroyieren des Arbeitsverhältnisses zur Korrektur einer Fehlprognose bedürfte ebenfalls einer gesetzlichen Anordnung, die das Risiko der Fehlprognose der Masse auferlegt. Auch daran fehlt es. Darum hält der Senat an der Rechtsprechung des Achten Senats des Bundesarbeitsgerichts fest, wonach bei einer wirksamen Kündigung des Verwalters ungeachtet eines nach Ablauf der Kündigungsfrist erfolgenden Betriebsübergangs kein - zukunftsgerichteter - Wiedereinstellungsanspruch besteht (*vgl. BAG 16. Februar 2012 - 8 AZR 693/10 - Rn. 56; 28. Oktober 2004 - 8 AZR 199/04 - zu II 2 b dd (3) der Gründe; noch zur KO BAG 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260*). Er stellt zudem klar, dass ein Wiedereinstellungsanspruch auch dann nicht besteht, wenn die rechtlichen Voraussetzungen für den Betriebsübergang noch vor Ablauf der Kündigungsfrist geschaffen worden sind oder der Betriebsübergang vor Fristablauf bereits erfolgt ist und die Wiedereinstellung zu einem Zeitpunkt vor Insolvenzeröffnung vorgenommen werden soll oder nur gegenüber dem Erwerber verfolgt wird (*aA für einen vor Ablauf der Kündigungsfrist erfolgten Betriebsübergang ArbG Düsseldorf 3. Dezember 2020 - 10 Ca 3223/20 - zu III 2 der Gründe mwN zum Meinungsstand*). Insoweit gilt nichts anderes als für die in Rn. 37 ff. dargestellten Kündigungen. Vorausgesetzt ist stets ein zunächst gegen den Verwalter und damit die Masse bestehender Wiedereinstellungsanspruch, der auf den Erwerber übergehen soll. Mangels gesetzlicher Anordnung fehlt es jedoch an einem solchen übergangsfähigen Anspruch. Dem steht die Rechtsprechung des Zweiten Senats, der noch zur Konkursordnung einen Anspruch gegenüber dem wirksam kündigenden Konkursverwalter „auf Wiederbegründung der vertraglichen Pflichten“ ohne weiteres und ohne jede Problematisierung der Konkursituation bejaht hat (*BAG 27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - zu II 4 der Gründe,*

40

*BAGE 85, 194*), nicht entgegen. Die Insolvenzordnung hat insoweit eine neue Rechtslage geschaffen.

(3) Dieses insolvenzrechtliche Verständnis steht im Einklang mit der Betriebsübergangsrichtlinie 2001/23/EG. Gemäß Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie sind von ihr nur die Ansprüche der Arbeitnehmer aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis geschützt, nicht aber Rechte aus einem erst noch zu begründenden Arbeitsverhältnis. Welche Arbeitsverhältnisse bestehen, bestimmt sich ausschließlich nach dem nationalen Recht (*EuGH 7. August 2018 - C-472/16 - [Colino Si-güenza] Rn. 50*). Ein Anspruch auf Wiederbegründung eines wirksam beendeten Arbeitsverhältnisses lässt sich daher aus der Richtlinie 2001/23/EG nicht herleiten (*vgl. Uhlenbruck/Zobel 15. Aufl. § 128 InsO Rn. 30b*). 41

III. Für die Fortsetzung des Rechtsstreits weist der Senat darauf hin, dass der Beklagte die Berufung bisher nicht begründet, sondern sich nur auf die fortbestehende Unterbrechung berufen hat. Gleichwohl ist die Berufung nicht deshalb zurückzuweisen, weil infolge der Beendigung der Unterbrechung durch die Aufnahmeerklärung des Klägers vom 29. Juni 2020 die Berufungsbegründungsfrist zwischenzeitlich verstrichen wäre. Vielmehr beginnt aufgrund des Aufnahmestreits die Rechtsmittelfrist erst mit Zustellung des Urteils, mit dem dieser Zwischenstreit beendet wird, zu laufen (*vgl. Zöller/Greger ZPO 34. Aufl. § 249 Rn. 2*). 42

IV. Einer Kostenentscheidung bedurfte es nicht. Die Kosten des Revisionsverfahrens sind Teil der Kosten der Hauptsache (*vgl. BGH 21. April 2005 - IX ZR 281/03 - zu IV der Gründe mwN, BGHZ 163, 32*). 43

Spelge

Krumbiegel

Wemheuer

Steinbrück

Klapproth