

**Nach der Insolvenz ist der Job futsch**

Werden allen Arbeitnehmern eines Betriebes, der Insolvenz angemeldet hat, vom Insolvenzverwalter Kündigungen ausgesprochen, so können die Beschäftigten nicht verlangen, wieder eingestellt zu werden, wenn nach Abschluss des Insolvenzverfahrens ein Unternehmer den Betrieb kauft und am Leben erhält. Nur im Fall eines Betriebsübergangs gehen bestehende Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber über.

Quelle: Wolfgang Büser

**Wiedereinstellungsanspruch bei Kündigung nach Betriebsübergang im Insolvenzverfahren sowie nach der Konkursordnung; Anspruch auf einen rückwirkend geltenden Arbeitsvertrag nach höchstrichterlicher Rechtsprechung; Voraussetzungen für einen Wiedereinstellungsanspruch nach betriebsbedingter Kündigung; Wiedereinstellungsanspruch bei Änderung der Betriebsprognose nach Ablauf der Kündigungsfrist; Auslegung des § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) unter Anwendung der Richtlinie 98/50/EG; Schicksal betrieblicher Fürsorgepflichten sowie Ansprüche aus Treu und Glauben des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Kündigungsfrist einer wirksamen Kündigung; Wirkungen der Richtlinie 2001/23/EG bei Vollzug des Betriebsübergangs**

**Gericht:** BAG

**Datum:** 13.05.2004

**Aktenzeichen:** 8 AZR 198/03

**Entscheidungsform:** Urteil

**Referenz:** JurionRS 2004, 16255

**ECLI:** [keine Angabe]

**Rechtsgrundlagen:**

§ 613a BGB

§ 1 KSchG

**Fundstellen:**

BAGE 110, 336 - 351

AA 2004, 214

AiB 2007, 244 (amtl. Leitsatz)

ArbRB 2004, 165 (Kurzinformation)

ArbRB 2004, 264 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

ARST 2004, 191 (Pressemitteilung)

AuA 2004, 40 (Kurzinformation)

AuA 2005, 117 (Volltext mit amtl. LS u. Anm.)

AuR 2004, 230 (Kurzinformation)

AuR 2004, 356

AUR 2004, 230 (Kurzinformation)

AUR 2004, 356 (Volltext mit amtl. LS)

BAGReport 2004, 286-290

BB 2005, 383-388 (Volltext mit amtl. LS)

DB 2004, IX Heft 33 (amtl. Leitsatz)

DB 2004, XVI Heft 21 (Pressemitteilung)

DB 2004, 2107-2110 (Volltext mit amtl. LS)

DStR 2004, XVI Heft 24 (Kurzinformation)

DZWIR 2004, 373-374 (Volltext mit amtl. LS)

EBE/BAG 2004, 147-152

EBE/BAG 2004, 1

EzA-SD 11/2004, 3 (Pressemitteilung)

FA 2004, 219 (Pressemitteilung)

FA 2004, 313 (Kurzinformation)

FAr 2004, 219

FAr 2004, 313

GmbHR 2004, R 281-R 282 (Pressemitteilung)

GmbH-Report 2004, R 281-R 282 (Pressemitteilung)

GuS 2004, 57

InsbürO 2004, 197 (Volltext)

JZ 2004, 308\* (Kurzinformation)

MDR 2004, R9 (Volltext mit amtl. LS)

MDR 2004, 1302-1303 (Volltext mit amtl. LS)

NWB 2004, 1727

NWB 2004, 185 (Kurzinformation)

NWB 2004, 2937 (Kurzinformation)

NZA 2004, IX Heft 11 (Kurzinformation)

NZI 2004, VII Heft 6 (Kurzinformation)

RÜ 2004, 523-525

SAE 2004, 348

schnellbrief 2004, 6

SJ 2004, 37-38

StuB 2004, 1040

UM 2004, 325

ZAP 2004, 1027

ZInsO 2004, 876-880 (Volltext mit red. LS)

ZIP 2004, A 41 (Kurzinformation)

ZIP 2004, A41 (Kurzinformation)

ZIP 2004, V Heft 21 (Kurzinformation)

ZIP 2004, 1610-1616 (Volltext mit amtl. LS)

---

## **BAG, 13.05.2004 - 8 AZR 198/03**

### **Amtlicher Leitsatz:**

Findet nach Ablauf der Frist einer insolvenzbedingten Kündigung ein Betriebsübergang statt, besteht kein Anspruch auf Wiedereinstellung bzw. Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses.

### **Tenor:**

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 20. Dezember 2002 - 11 (13) Sa 593/02 - wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

### **Tatbestand**

- 1 Die Parteien streiten über einen Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten (der früheren Beklagten zu 2)).
- 2 Der Kläger war bei der Firma D GmbH & Co. KG seit dem 21. Mai 1979 als Produktionsmitarbeiter beschäftigt. Er war zuletzt in der Sonderfertigung eingesetzt. Die Firma D fertigte Kunststoffenster und -türen für den Großhandel sowie auf Einzelbestellung an und nahm den Einbau von Fenstern und Türen bei den jeweiligen Bauvorhaben vor. Sie beschäftigte ca. 100 Arbeitnehmer. Mit Beschluss des Amtsgerichts Bonn vom 1. Juli 2000 wurde über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet und der frühere Beklagte zu 1) zum Insolvenzverwalter bestellt. Der Betrieb der Schuldnerin wurde zunächst fortgeführt. Die Gläubigerversammlung beschloss allerdings am 6. September 2000 die Stilllegung des Betriebes spätestens bis zum 31. Dezember 2000. Auf einer Betriebsversammlung am 25. September 2000 wurde den Arbeitnehmern die Schließung des Betriebes zum 31. Dezember 2000 mitgeteilt. Der frühere Beklagte zu 1) kündigte das zwischen dem Kläger und der Gemeinschuldnerin bestehende Arbeitsverhältnis mit Kündigungsschreiben vom 27. September 2000 zum 31. Dezember 2000. Die hiergegen gerichtete Kündigungsschutzklage des Klägers ist mittlerweile rechtskräftig abgewiesen. Am 24. November 2000 teilte der Mitarbeiter der Schuldnerin B, jetziger Geschäftsführer der Beklagten, den Arbeitnehmern auf einer Weihnachtsfeier des Betriebes mit, dass er den Betrieb gemeinsam mit dem weiteren Mitarbeiter S fortführen werde. Die beiden Arbeitnehmer hatten bereits am 19. Juni 2000 einen Gesellschaftsvertrag zur Gründung der Beklagten zu 2) abgeschlossen. Jene war am 17. Juli 2000 in das Handelsregister bei dem Amtsgericht Siegburg eingetragen worden. Gegenstand des Unternehmens ist der Handel mit Fenster- und Türelementen. Die Finanzierung des Unternehmens war zunächst gescheitert. Der frühere Beklagte zu 1) und die Beklagte

schlossen am 14. Dezember 2000 einen Vertrag über den Kauf des Unternehmens der Gemeinschuldnerin ab. Die Beklagte nahm ihre Tätigkeit am 4. Januar 2001 auf und setzte mit 35 der vorher bei der Gemeinschuldnerin beschäftigten Arbeitnehmer die Beschäftigungsverhältnisse fort; das Beschäftigungsverhältnis mit dem Kläger wurde nicht weitergeführt. Aus dem Bereich der Sonderfertigung der Schuldnerin stellte die Beklagte vier Mitarbeiter, nicht jedoch den Kläger, neu ein.

- 3 Mit der der Beklagten am 26. April 2001 zugestellten Klage hat der Kläger die Feststellung des Fortbestandes seines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten geltend gemacht.
- 4 Der Kläger hat die Auffassung vertreten, von dem Vorliegen eines Betriebsüberganges i.S.d.. § 613a Abs. 1 BGB sei auszugehen. Er hat behauptet, die Beklagte führe den Betrieb der Schuldnerin spätestens seit dem 4. Januar 2001 tatsächlich fort, und zwar mit demselben Betriebszweck, am selben Ort, mit denselben Betriebsmitteln und wesentlichen Teilen der ursprünglichen Belegschaft. Der Betrieb sei zu keinem Zeitpunkt tatsächlich geschlossen worden. Bereits am 29. Dezember 2000 habe die Beklagte im Betrieb der Schuldnerin für die übernommenen Arbeitnehmer Arbeitsanweisungen hinsichtlich Arbeitszeit, Urlaub usw. ausgehängt. Er habe gegenüber den Geschäftsführern der Beklagten mehrfach seine Weiterbeschäftigung verlangt, sei jedoch immer wieder vertröstet worden. Bei Anlegen sozialer Kriterien sei die Beklagte verpflichtet gewesen, ihn statt der anderen Mitarbeiter aus der Sonderfertigung weiter zu beschäftigen. Der Kläger hat zuletzt - soweit in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung - beantragt,
- 5 die Beklagte zu verurteilen, sein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages zum 4. Januar 2001 zu den Bedingungen des mit der Firma D GmbH & Co. KG geschlossenen Arbeitsvertrages anzunehmen.
- 6 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Auffassung vertreten, ein Anspruch auf Wiedereinstellung bestehe im eröffneten Insolvenzverfahren bereits aus Rechtsgründen nicht. Durch die Anerkennung eines Wiedereinstellungsanspruches im Insolvenzverfahren werde die Vermutungswirkung der § 125 Abs. 1 Nr. 1 , § 128 Abs. 2 InsO vereitelt. Ein Betriebsübergang habe nicht stattgefunden. Die Art der Unternehmen sei verschieden, im Gegensatz zur Gemeinschuldnerin fertige sie lediglich noch für den Großhandel. Eine Montageabteilung werde nicht mehr unterhalten. Der Betrieb der Gemeinschuldnerin sei tatsächlich am 22. Dezember 2000 endgültig geschlossen worden und auch nicht wieder eröffnet worden. Darüber hinaus sei ein etwaiger Wiedereinstellungsanspruch des Klägers jedenfalls verfristet bzw. verwirkt. Sie hat behauptet, vor der gerichtlichen Geltendmachung habe der Kläger zu keinem Zeitpunkt eine Weiterbeschäftigung von der Beklagten verlangt. Selbst wenn man einen Wiedereinstellungsanspruch annehmen wolle, seien die Grundsätze der Sozialauswahl nicht verletzt worden, da der Kläger mit den von ihm benannten Mitarbeitern nicht vergleichbar sei.
- 7 Das Arbeitsgericht hat die Beklagte auf den Hilfsantrag des Klägers zum Abschluss eines Arbeitsvertrages mit Wirkung für die Zukunft verurteilt. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage des Klägers auch im Hilfsantrag abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Wiedereinstellungsantrag weiter.

8

### Entscheidungsgründe

- 9 Die Revision des Klägers ist unbegründet, das Landesarbeitsgericht hat einen Anspruch auf Wiedereinstellung des Klägers zutreffend verneint.

10 I.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, ein derartiger Anspruch gegenüber der Beklagten ergebe sich weder aus vertraglicher Treuepflicht nach § 242 BGB noch aus einer

richtlinienkonformen Auslegung des § 613a BGB . Ein vertraglicher Anspruch des Klägers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bestehe bereits deshalb nicht, weil rechtskräftig feststehe, dass das zwischen der Gemeinschuldnerin und dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis auf Grund der Kündigung des früheren Beklagten zu 1) mit Ablauf des 31. Dezember 2000 beendet worden und nicht auf die Beklagte übergegangen sei. Eine Betriebsübernahme habe nicht vor dem 4. Januar 2001 stattgefunden, da die Beklagte die Verfügungsgewalt über den Betrieb der Gemeinschuldnerin erst zu diesem Zeitpunkt erhalten habe. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Beklagte möglicherweise schon am 29. Dezember 2000 Anweisungen an die Belegschaft per Aushang erteilt habe. Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 613a BGB führe nicht zu einem Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruch bei einer Betriebsveräußerung im Insolvenzverfahren nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Gemäß Art. 4a Abs. 1 der Richtlinie 98/50/EG vom 29. Juni 1998 finde diese im Insolvenzverfahren nur Anwendung, wenn die Mitgliedstaaten eine Anwendbarkeit vorsehen. Eine solche Regelung zum Fortsetzungsanspruch des wirksam entlassenen Arbeitnehmers habe weder der deutsche Gesetzgeber noch die Rechtsprechung im Insolvenzverfahren geschaffen.

**11 II.**

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Wesentlichen stand. Im Insolvenzverfahren besteht kein Anspruch auf Wiedereinstellung, wenn ein Betriebsübergang nach der rechtlichen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses stattfindet.

**12 1.**

Die seitens des Klägers erhobene Klage ist zulässig. Der Hilfsantrag des Klägers gegenüber der Beklagten auf Annahme des Angebotes zum Abschluss eines Arbeitsvertrages zum 4. Januar 2001 zu den Bedingungen des mit der Firma D GmbH & Co. KG geschlossenen Arbeitsvertrages stellt einen zulässigen Leistungsantrag dar, der auf Abgabe einer Willenserklärung der Beklagten zu 2) gerichtet ist, die mit Rechtskraft eines dem Klageantrag stattgebenden Urteils gemäß § 894 Abs. 1 Satz 1 ZPO als abgegeben gilt (BAG 6. August 1997 - 7 AZR 557/96 - BAGE 86, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2; Senat 16. Mai 2002 - 8 AZR 320/01 - AP InsO § 113 Nr. 9).

**13 2.**

Die Klage ist aber nicht begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass dem Kläger gegenüber der Beklagten kein Anspruch auf Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses/Wiedereinstellung zusteht.

**14 a)**

Soweit der Antrag auf Abschluss des Arbeitsvertrages rückwirkend zum 4. Januar 2001 gerichtet ist, ist er unbegründet. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts besteht kein Anspruch auf Abschluss eines zurückwirkenden Arbeitsvertrages. Die Verurteilung zum Abschluss eines solchen Vertrages ist nicht möglich, weil sie auf eine zumindest für den Arbeitnehmer unmögliche Leistung gerichtet ist (3. Dezember 2002 - 9 AZR 457/01 - AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 2 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 4; 14. November 2001 - 7 AZR 568/00 - BAGE 99, 326 [BAG 14.11.2001 - 7 AZR 568/00] = AP MTA § 2 SR 2a Nr. 1 = EzA TVG § 4 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2; 28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - BAGE 95, 171 [BAG 28.06.2000 - 7 AZR 904/98] = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5).

**15 b)**

Dem Kläger steht jedoch auch für die Zukunft kein Anspruch auf Wiedereinstellung gegen die Beklagte zu. Dabei kann im Streitfall offen bleiben, ob tatsächlich ein Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB stattfand, ob der Kläger einen Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruch rechtzeitig geltend gemacht hat und ob er mit den vier von der Beklagten neu eingestellten Arbeitnehmern aus

der Sonderfertigung vergleichbar ist.

16 c)

Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung/Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegenüber dem Arbeitgeber bzw. Erwerber kommt grundsätzlich in Betracht, wenn es trotz einer ursprünglich vorgesehenen Stilllegung des Betriebes oder eines Wegfalls der Beschäftigungsmöglichkeit aus anderen Gründen und einer infolge dessen wirksam ausgesprochenen Kündigung aus betriebsbedingten Gründen im Sinne des § 1 KSchG nachträglich zu einem Betriebsübergang und damit zur Fortführung des Betriebes oder der Entstehung einer anderen Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer kommt (BAG 27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - BAGE 85, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1; 4. Dezember 1997 - 2 AZR 140/97 - BAGE 87, 221 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 3; 6. August 1997 - 7 AZR 557/96 - BAGE 86, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2; 28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - BAGE 95, 171 [BAG 28.06.2000 - 7 AZR 904/98] = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5; 13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154; 12. November 1998 - 8 AZR 265/97 - BAGE 90, 153 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 = EzA BGB § 613a Nr. 171; 10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175; 16. Mai 2002 - 8 AZR 320/01 - AP InsO § 113 Nr. 9).

17 aa)

Dabei wird im Wesentlichen darauf abgestellt, ob sich die tatsächlichen Verhältnisse noch während des Ablaufs der Kündigungsfrist ändern. In diesem Fall wird in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein vertraglicher Wiedereinstellungs-/ Fortsetzungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 242 BGB und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers abgeleitet. Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts hat einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unter den Voraussetzungen anerkannt, dass eine betriebsbedingte Kündigung des Arbeitgebers auf dessen Prognose beruht, bei Ablauf der Kündigungsfrist könne er den Arbeitnehmer nicht mehr weiterbeschäftigen (z.B. wegen Betriebsstilllegung), diese Prognose sich noch während des Laufes der Kündigungsfrist als falsch erweist (z.B. infolge eines Betriebsüberganges), der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Wirksamkeit der Kündigung noch keine Dispositionen getroffen hat und ihm die unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar ist (27. Februar 1997 - 2 AZR 160/96 - BAGE 85, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 1 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1). Ein solcher Wiedereinstellungsanspruch stelle das notwendige Korrektiv dafür dar, dass die Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit, Verlässlichkeit und Klarheit bei der Prüfung des Kündigungsgrundes auf den Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs abstelle und schon eine Kündigung auf Grund einer Prognoseentscheidung zulasse, obwohl der Verlust des Arbeitsplatzes, vor dem der Arbeitnehmer nach § 1 KSchG geschützt werden sollte, erst mit dem Ablauf der Kündigungsfrist eintrete. Der Arbeitgeber verhalte sich rechtsmissbräuchlich, wenn er bei Wegfall des betriebsbedingten Kündigungsgrundes noch während der Kündigungsfrist den veränderten Umständen nicht Rechnung trage und dem Arbeitnehmer nicht die Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus anbiete bzw. das Angebot des Arbeitnehmers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht annehme. Der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat das Bestehen eines Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruchs des Arbeitnehmers in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Zweiten Senats bejaht, wenn sich zwischen dem Ausspruch einer Kündigung und dem Ablauf der Kündigungsfrist eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer ergebe (28. Juni 2000 - 7 AZR 904/98 - BAGE 95, 171 [BAG 28.06.2000 - 7 AZR 904/98] = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 6 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5). Der Achte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat sich der vorgenannten Rechtsprechung des Zweiten Senats ebenfalls ausdrücklich angeschlossen (13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154 ).

18 bb)

Das Bestehen eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers bei einer sich nach Ablauf der Kündigungsfrist ergebenden Weiterbeschäftigungsmöglichkeit wird in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hingegen uneinheitlich beurteilt. Der Zweite Senat hat diesbezüglich entschieden, ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers bestehe jedenfalls dann nicht, wenn nach Ablauf der Kündigungsfrist ein ganz neuer Kausalverlauf in Gang gesetzt werde. Offen gelassen hat der Zweite Senat jedoch ausdrücklich in dieser Entscheidung die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen bei einer Aufhebung oder Änderung der Unternehmerentscheidung nach Ablauf der Kündigungsfrist ein Wiedereinstellungsanspruch des betroffenen Arbeitnehmers entstehen kann (4. Dezember 1997 - 2 AZR 140/97 - BAGE 87, 221 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 4 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 3; ähnlich auch JbArbR/Rost Bd. 39 S. 92). Der Siebte Senat hat das Bestehen eines Wiedereinstellungsanspruchs bei einer nach Ablauf der Kündigungsfrist eintretenden Veränderung der tatsächlichen Umstände aus § 242 BGB hingegen bereits ausdrücklich verneint (6. August 1997 - 7 AZR 557/96 - BAGE 86, 194 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 2). Zur Begründung wurde ausgeführt, im noch bestehenden Arbeitsverhältnis habe der Arbeitgeber seine Verpflichtungen so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitnehmers so zu wahren, wie dies unter Berücksichtigung der Belange des Betriebes und der Interessen der anderen Arbeitnehmer des Betriebes nach Treu und Glauben billigerweise verlangt werden könne. Diese Verhaltenspflichten des Arbeitgebers seien nach rechtswirksamer Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gegeben. Sofern der Arbeitgeber nicht einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen habe, könne der Arbeitnehmer für den Bereich der betriebsbedingten Kündigung eine Wiedereinstellung wegen erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eintretender Umstände nicht verlangen. Ein solcher Anspruch ergebe sich auch nicht aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, da diese nur das Weiterbestehen bestimmter Nebenpflichten betreffe, nicht aber einen Anspruch auf Wiederbegründung des Arbeitsverhältnisses rechtfertige.

19 Der erkennende Senat hat hingegen für den Fall eines durch willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft eingetretenen Betriebsüberganges i.S.d. § 613a BGB ausdrücklich das Bestehen eines Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebserwerber auch nach Ablauf der Kündigungsfrist bejaht (13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154; 12. November 1998 - 8 AZR 265/97 - BAGE 90, 153 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 = EzA BGB § 613a Nr. 171) und ausgeführt, im Hinblick darauf, dass die Voraussetzungen eines Betriebsüberganges nicht nur durch die Übernahme materieller und/oder immaterieller Betriebsmittel, sondern auch durch die willentliche Übernahme der Hauptbelegschaft erfüllt werden könnten, sei die Erstreckung des Fortsetzungsanspruchs auf die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein wirksames, den europarechtlichen Vorgaben genügendes Mittel, den Bestandsschutz bei Betriebsübergängen zu Gewähr leisten (12. November 1998 - 8 AZR 265/97 - a.a.O.; vgl. auch Müller-Glöge NZA 1999, 449, 455). Die Anerkennung eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs bei einem nach Ablauf der Kündigungsfrist vollzogenen Betriebsübergang durch die Übernahme von materiellen und immateriellen Betriebsmitteln hat der Achte Senat offen gelassen (13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - a.a.O.; 12. November 1998 - 8 AZR 265/97 - a.a.O.). In beiden von dem Achten Senat des Bundesarbeitsgerichts zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten handelte es sich um Betriebsübergänge außerhalb eines Insolvenzverfahrens.

20 d)

Es kann dahinstehen, unter welchen Voraussetzungen und bis wann ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers im Fall des Betriebsüberganges bis zum Ablauf der Kündigungsfrist außerhalb eines Insolvenzverfahrens besteht. Findet der Betriebsübergang nach Ablauf der Kündigungsfrist anlässlich einer insolvenzbedingten Kündigung statt, ist ein Wiedereinstellungsanspruch jedenfalls nicht anzuerkennen.

21 aa)

Auf Grund der rechtskräftigen Abweisung der Kündigungsschutzklage steht fest, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers auf Grund der Kündigung des Insolvenzverwalters, des früheren Beklagten zu 1), mit dem Ablauf der Kündigungsfrist nach § 113 InsO aF, dh. am 31. Dezember 2000 sein Ende gefunden hat. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts steht weiterhin fest, dass der Beklagten die Verfügungsgewalt über den Betrieb der Gemeinschuldnerin erst ab dem 4. Januar 2001 eingeräumt war und die Beklagte ihre betriebliche Tätigkeit nicht vor dem 4. Januar 2001 und damit nach Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers aufgenommen hat. Damit ist eine etwaige Betriebsübernahme erst nach Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers erfolgt. An diese Feststellungen des Landesarbeitsgerichts ist der Senat gebunden, denn diese wurden in der Revision nicht mit einer Verfahrensrüge des Klägers angegriffen, § 72 Abs. 5 ArbGG , § 559 Abs. 2 ZPO .

22 bb)

Die Anerkennung eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs des wirksam gekündigten Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebserwerber bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz des bisherigen Betriebsinhabers ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum nicht unumstritten.

23 (1)

Nach einer Auffassung im Schrifttum ist die Anerkennung eines Wieder-einstellungs-/Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebserwerber bei einem Betriebsübergang nach wirksam erfolgter Kündigung durch den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des alten Betriebsinhabers gänzlich auszuschließen, unabhängig davon, ob sich der Betriebsübergang während des Laufes der Kündigungsfrist oder erst später verwirkliche (Hanau ZIP 1998, 1817, 1820; derselbe ZIP 1999, 324; Uhlenbruck FS Schwerdtner S. 641; Hanau/ Berscheid Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 1541, 1579 Rn. 74; Hess AR-Blattei SD 915.8 Rn. 152; Haarmeyer/Wutzke/Förster Handbuch zur Insolvenzordnung Kap. 5 Rn. 289). Zur Begründung der Ablehnung der Anerkennung eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebserwerber im Insolvenzverfahren nach Betriebsübergang wird ausgeführt, dass die Insolvenzordnung auf dem durchgängigen Konzept beruhe, dass die bei oder sogar zur Betriebsveräußerung in der Insolvenz erforderliche Personalreduktion von dem Insolvenzverwalter unter erleichterten Bedingungen vorgenommen werden könne, um die Erwerber nicht damit zu belasten. Hierzu dienen auch die Vermutung zu Gunsten der Wirksamkeit von Kündigungen und die kurze Klagefrist des § 113 InsO aF. Bei Zulassung eines derartigen Anspruchs werde die durch § 113 aF , §§ 125 - 128 InsO erstrebte Rechtssicherheit beseitigt oder gefährdet, wenn die Wirksamkeit und Unangreifbarkeit von Kündigungen durch den Insolvenzverwalter dem Erwerber gar nichts nutzten, weil er sich auch und gerade nach wirksamen Kündigungen Wiedereinstellungsansprüchen gegenübersehe (Hanau ZIP 1998, 1817, 1820; Uhlenbruck FS Schwerdtner S. 643).

24 Einer weiteren Meinung in der Literatur zufolge kann man einen Wiedereinstellungsanspruch bei einer Veräußerung im Insolvenzverfahren nicht generell ausschließen (Raab RdA 2000, 147, 160). Zutreffend sei zwar, dass nach der Richtlinie 98/50/EG vom 29. Juni 1998 die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet seien, bei einer Veräußerung im Insolvenzverfahren einen Bestandsschutz vorzusehen. Die europäische Regelung stehe der Anerkennung eines derartigen Anspruchs jedoch nicht entgegen, sondern lasse einen weiter gehenden Bestandsschutz auf nationaler Ebene ausdrücklich zu. Das Insolvenzrecht stehe dem nicht entgegen (Raab RdA 2000, 147, 159, 160; ähnlich Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR § 613a BGB Rn. 161).

25 Die überwiegende Ansicht im Schrifttum vertritt die Auffassung, dass einem wirksam gekündigten Arbeitnehmer ein Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruch gegenüber dem Betriebserwerber bei einem Betriebsübergang nach Ablauf der Kündigungsfrist auch im Insolvenzverfahren zustehe, das Bestehen eines Wieder-einstellungs-/Fortsetzungsanspruchs im Insolvenzverfahren jedoch nicht



anzuerkennen sei, wenn der Betrieb erst nach Ablauf der Kündigungsfrist auf den Betriebserwerber übergehe (Annuss ZInsO 2001, 49, 59 ; KR/Pfeiffer § 613a BGB Rn. 195 f.; Moll KTS 2002, 635, 648 f.; MünchKommInsO-Löwisch/Caspers Bd. 2 § 128 Rn. 26; Schubert ZIP 2002, 554, 558). Bei einem Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB vor Ablauf der Kündigungsfrist trete der Erwerber in die bestehenden, wenn auch gekündigten Arbeitsverhältnisse der Arbeitnehmer ein. Ihn treffe daher kraft Gesetzes die Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers nach § 242 BGB (Schubert ZIP 2002, 554, 558). Der Wiedereinstellungsanspruch habe eine Korrelatfunktion zu dem Prognoseprinzip bei betriebsbedingten Kündigungen (Annuss ZInsO 2001, 49, 59) . Aus den insolvenzrechtlichen Vorschriften oder Grundsätzen ergebe sich insoweit keine Besonderheit; die Anwendbarkeit des § 613a BGB in der Insolvenz sei vielmehr durch den Verweis in § 128 InsO anerkannt (Schubert ZIP 2002, 554, 558). Die Anerkennung eines Wiedereinstellungsanspruchs in der Insolvenz bei einem Betriebsübergang nach Ablauf der Kündigungsfrist stehe der Intention des deutschen Insolvenzrechts entgegen, die Sanierung eines Unternehmens zu ermöglichen und eine Zerschlagung wirtschaftlicher Werte zu verhindern. Eine derartige Belastung des Erwerbers könne diesen von der Übernahme des Betriebes abhalten und den Erhalt von Arbeitsplätzen vereiteln (Schubert ZIP 2002, 554, 559 m.w.N.).

26 (2)

In der Rechtsprechung der Instanzgerichte ist das Bestehen eines Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebserwerber bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz nach Ablauf der Kündigungsfrist auch im Geltungsbereich der Insolvenzordnung teilweise abgelehnt worden (Hessisches LAG 25. Januar 2001 - 11 Sa 908/99 - ZInsO 2002, 48 ; 8. Februar 2001 - 11 Sa 925/99 - ; LAG Hamburg 20. März 2002 - 5 Sa 3/02 - ZIP 2003, 772), teilweise ist die Anerkennung eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs im Rahmen des Insolvenzverfahrens überhaupt - unabhängig von dem Zeitpunkt des Betriebsüberganges (vor oder nach Ablauf der Kündigungsfrist) - abgelehnt worden (LAG Hamm 27. März 2003 - 4 Sa 189/02 - NZA-RR 2003, 652; vgl. auch 4. April 2000 - 4 Sa 1220/99 - ZInsO 2000, 292 ; 4. Juni 2002 - 4 Sa 593/02 - ZInsO 2003, 52 : "mindestens jedoch begrenzt durch die Höchstfrist des § 113 Abs. 1 Satz 2 InsO ").

27 (3)

Der erkennende Senat hat in den Fällen des Vollzugs eines Betriebsüberganges nach Ablauf der Kündigungsfrist im Insolvenzverfahren über das Vermögen des bisherigen Betriebsinhabers in der Vergangenheit vor dem Hintergrund der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Konkursordnung das Bestehen eines Fortsetzungs-/ Wiedereinstellungsanspruchs des Arbeitnehmers gegenüber dem Betriebserwerber infolge richtlinienkonformer Auslegung des § 613a BGB ausdrücklich verneint. Eine Berechtigung, einen Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers im Falle eines Konkurses des alten Betriebsinhabers anzuerkennen, bestehe nicht (10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175). Die Anerkennung eines Fortsetzungs-/Wiedereinstellungsanspruchs in den Fällen des nach Ablauf der Kündigungsfrist vollzogenen Betriebsüberganges beruhe auf der Notwendigkeit, die deutsche Zivilrechtsdogmatik und die europarechtlichen Vorgaben möglichst weitgehend zu vereinbaren. Die Wirksamkeit der Kündigungen beurteile sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt ihres Wirksamwerdens. Zum Ausgleich sei den Arbeitnehmern daher ein Anspruch auf Fortsetzung zugebilligt worden, wenn der Betriebsübergang erst nach der Beendigung der Arbeitsverhältnisse vollzogen werde. Im Konkursverfahren hingegen finde gemäß Art. 4a Abs. 1 der Richtlinie 98/50/EG vom 29. Juni 1998 diese nur Anwendung, wenn die Mitgliedstaaten dieses vorsehen. Eine solche Regelung zum Fortsetzungsanspruch des wirksam entlassenen Arbeitnehmers habe weder der deutsche Gesetzgeber noch die Rechtsprechung geschaffen.

28 Im Hinblick auf die seit dem 1. Januar 1999 in Kraft getretene Insolvenzordnung hat der Senat im Urteil vom 16. Mai 2002 (- 8 AZR 320/01 - AP InsO § 113 Nr. 9) jedoch ausdrücklich offen gelassen, ob und wann ein Wiedereinstellungsanspruch im Rahmen eines im Insolvenzverfahren stattfindenden Betriebsüberganges gegeben ist.

29 cc)

Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend erkannt, dass dem Kläger gegenüber der Beklagten kein Anspruch auf Wiedereinstellung/Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses auf vertraglicher Grundlage aus § 242 BGB in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag und der Fürsorgepflicht des Erwerbers zusteht. Der Anspruch des Klägers scheidet daran - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend angenommen hat -, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers bereits mit Ablauf des 31. Dezember 2000 auf Grund der Kündigung des Insolvenzverwalters sein Ende gefunden hat, die Beklagte den Betrieb aber erst am 4. Januar 2001 und damit nach Ablauf der Kündigungsfrist des Klägers übernommen hat und folglich - das Vorliegen eines Betriebsüberganges unterstellt - die Rechtsfolge des § 613a Abs. 1 BGB nicht mehr eintreten konnte. Da aus einem beendeten Vertragsverhältnis keine Hauptpflichten mehr erwachsen können, war die Beklagte nicht verpflichtet, das Angebot des Klägers auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses anzunehmen. Etwaige Ansprüche auf Einhaltung einer Fürsorgepflicht oder aus Treu und Glauben waren zum 31. Dezember 2000 untergegangen. Aus dem Arbeitsverhältnis resultierende nachwirkende besondere Schutzpflichten oder einzelvertragliche Wiedereinstellungszusagen, die ggf. einen Anspruch gegen einen Betriebsübernehmer begründen könnten, sind nicht erkennbar.

30 dd)

Ein Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten auf Wiedereinstellung/Fortsetzung seines Arbeitsverhältnisses nach der insolvenzbedingten Kündigung ergibt sich des Weiteren nicht aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 613a BGB. An der zur Richtlinie 77/187/EWG vertretenen Auffassung (vgl. BAG 12. November 1998 - 8 AZR 265/97 - BAGE 90, 153 = AP KSchG 1969 § 1 Wiedereinstellung Nr. 5 = EzA BGB § 613a Nr. 171) hält der Senat auch unter der Geltung der seit 1. Januar 1999 geltenden Insolvenzordnung im Ergebnis fest.

31 (1)

Entgegen der Auffassung des Revisionsklägers ist die Anerkennung eines derartigen Anspruchs im Insolvenzverfahren zunächst nicht angesichts der europarechtlichen Vorgaben durch die Richtlinie 2001/23/EG vom 12. März 2001 (ABl. L 82 vom 22. März 2001 S. 16 - im Anschluss an die Richtlinie 98/50/EG vom 29. Juni 1998) geboten. Durch die vom Rat der Europäischen Union am 29. Juni 1998 erlassene Richtlinie 98/50/EG wurde die Richtlinie 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen geändert; die Richtlinie 98/50/EG wurde zwischenzeitlich durch die Richtlinie 2001/23/EG abgelöst. Ziel der Richtlinie ist es, die Arbeitnehmer bei einem Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen zu schützen und insbesondere die Wahrung ihrer Ansprüche zu Gewähr leisten (Erwägungsgrund Nr. 3 der Richtlinie). Die Richtlinie 98/50/EG enthielt erstmals eine Regelung über deren Anwendbarkeit im Insolvenzfall des betroffenen Unternehmens, Betriebes oder Betriebsteiles (Art. 4a), die inhaltsgleich in die Richtlinie 2001/23/EG übernommen wurde (Art. 5). Die Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG lautet wie folgt:

*"1. Sofern die Mitgliedstaaten nichts anderes vorsehen, gelten die Artikel 3 und 4 nicht für Übergänge von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- bzw. Betriebsteilen, bei denen gegen den Veräußerer unter der Aufsicht einer zuständigen öffentlichen Stelle (worunter auch ein von einer zuständigen Behörde ermächtigter Insolvenzverwalter verstanden werden kann) ein Konkursverfahren oder ein entsprechendes Verfahren mit dem Ziel der Auflösung des Vermögens des Veräußerers eröffnet wurde."*

32 Art. 3 der Richtlinie 2001/23/EG regelt den Übergang von Arbeitsverhältnissen und der Verbindlichkeiten, Art. 4 der Richtlinie 2001/23/EG das Verbot der Kündigung aus Anlass des Übergangs. Mit der Änderung der Richtlinie 77/187/EWG sollte den Auswirkungen des Binnenmarktes, der Tendenzen in der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Sanierung von Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten, der Rechtsprechung des Europäischen

Gerichtshofs, der Richtlinie 75/129/EWG des Rates vom 17. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen sowie der bereits in den meisten Mitgliedstaaten geltenden gesetzlichen Normen Rechnung getragen werden (Erwägungsgrund Nr. 7 der Richtlinie). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs fand die Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG im Konkurs keine Anwendung (7. Februar 1985 - Rs 135/83 - Abels - EuGHE 1985, 469). Handelte es sich jedoch um ein Verfahren mit dem Ziel der Sanierung und Fortführung des in eine wirtschaftliche Krise geratenen Unternehmens, sollte die Richtlinie hingegen auf einen Betriebsübergang in diesem Verfahren anzuwenden sein ( EuGH 12. März 1998 - Rs C-319/94 - Dethier - EuGHE I 1998, 1061). Die Richtlinie 2001/23/EG stellt vor diesem Hintergrund in ihrem Art. 5 Abs. 1 den Bestandsschutz, die Haftung des Erwerbers und die Kündigungsbeschränkungen unter einen Insolvenzvorbekalt und überlässt den Mitgliedstaaten die Schaffung von Regelungen für die Rechtsfolgen von Betriebsübergängen in der Insolvenz. Die Mitgliedstaaten sind hierzu aber nicht verpflichtet. Der deutsche Gesetzgeber hat im Hinblick auf die modifizierte Anwendung des § 613a BGB in der Insolvenz Regelungen geschaffen. Eine gesetzliche Regelung eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz nach Ablauf der Kündigungsfrist ist nicht erfolgt, ebenso wenig wurde bislang ein derartiger Anspruch durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Konkurs anerkannt (10. Dezember 1998 - 8 AZR 324/97 - BAGE 90, 260 = AP BGB § 613a Nr. 185 = EzA BGB § 613a Nr. 175).

**33** (2)

Auch unter Geltung der Insolvenzordnung ist aus europarechtlichen Gründen kein Wiedereinstellungsanspruch geboten, selbst dann nicht, wenn das Insolvenzverfahren auf die Sanierung des Unternehmens abzielt.

**34** Soweit der Revisionskläger geltend macht, auf Grund der seit dem 1. Januar 1999 geltenden Insolvenzordnung und der sich aus § 1 Satz 1 InsO ergebenden Zielsetzung zum Erhalt eines Unternehmens müsse eine richtlinienkonforme Auslegung des § 613a BGB vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Anerkennung eines Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruchs des Arbeitnehmers bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz nach Ablauf der Kündigungsfrist führen, kann dem nicht gefolgt werden. Dies ergibt sich jedoch nicht - wie die Revisionsbeklagte meint - bereits aus Art. 5 der Richtlinie 2001/23/EG. Der Insolvenzvorbekalt hinsichtlich der Anwendung der Art. 3 und 4 der Richtlinie in der Insolvenz und der Regelungsvorbekalt der Mitgliedstaaten in diesen Fällen greift nach dem Wortlaut, der Systematik im Hinblick auf die Abs. 1 und 2 des Art. 5 sowie Sinn und Zweck der Regelung und deren Entstehungsgeschichte eindeutig nur bei einer Zerschlagung des Unternehmens, nicht aber bei einer Sanierung ein. Nur bei einer Zerschlagung des Vermögens sollen die Interessen der Arbeitnehmer zu Gunsten einer einheitlichen Verwertung zurücktreten. Es kommt daher maßgeblich auf das Ziel des Insolvenzverfahrens an. Nach § 1 Satz 1 InsO dient das Insolvenzverfahren dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird. Das Insolvenzverfahren stellt ein einheitliches Verfahren dar, das die wesentlichen Elemente der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Konkurs- und Vergleichsordnung zusammenfasst mit dem Ziel, einer geordneten und bestmöglichen Befriedigung der Gläubiger (Haarmeyer/Wutzke/Förster Handbuch zur Insolvenzordnung Kap. 1 Rn. 6; BT-Drucks. 12/2443 S. 108). Die Unternehmenssanierung stellt dabei kein eigenständiges Ziel des Insolvenzverfahrens dar, sondern vielmehr nur ein neben der Zerschlagung des Unternehmens gleichwertiges Mittel der Gläubigerbefriedigung (BT-Drucks. 12/2443 S. 77 f., 109). Das einheitliche Insolvenzverfahren ist vermögensorientiert; auch die Sanierung des Schuldners oder seines Unternehmens wird als Verwertung des Schuldnervermögens begriffen (BT-Drucks. 12/2443 S. 83). Das Verfahren bietet den Beteiligten einen rechtlichen Rahmen, in dem die Verhandlungen über die Fortführung oder die Stilllegung eines insolventen Unternehmens nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen stattfinden können. Mit der Eröffnung des Verfahrens ist noch keine Vorentscheidung in Richtung auf eine Liquidation des Unternehmens getroffen (BT-Drucks. 12/2443 S. 109). Daraus folgt, dass sich die Zielsetzung des jeweiligen Insolvenzverfahrens nach der InsO erst im Verlauf des Insolvenzverfahrens ergibt. Die

Bestimmung des Zieles obliegt den Gläubigern. Beschließt die Gläubigerversammlung - wie vorliegend geschehen - die Stilllegung des Betriebes, ist das Insolvenzverfahren gerade nicht mehr auf die Fortführung des Betriebes ausgerichtet, sondern auf dessen Zerschlagung. Vor diesem Hintergrund erfolgt die Kündigung der zu diesem Zeitpunkt noch beschäftigten Arbeitnehmer. Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG ist es den Mitgliedstaaten in diesen Fällen vorbehalten, Regelungen für den Fall eines dann noch möglichen Betriebsüberganges und den Bestandsschutz der Arbeitnehmer zu treffen. Dies ist weder durch den Gesetzgeber noch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung für die Fälle eines Betriebsüberganges in der Insolvenz nach Ablauf der Kündigungsfrist geschehen.

- 35** Doch auch wenn eine Sanierung beschlossen wird, zwingt die Richtlinie 2001/23/EG nicht zur Annahme eines Wiedereinstellungsanspruchs bei Vollzug des Betriebsüberganges nach Ablauf der Kündigungsfrist. Für den Fall der Sanierung gelten zwar die Art. 3 und 4 der Richtlinie. Entgegen der bisherigen Auffassung des Achten Senats (13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154) lässt sich aus Art. 3 und 4 der Richtlinie kein über die Kündigungsfrist hinausgehender Wiedereinstellungsanspruch ableiten (vgl. insoweit auch die kritischen Anmerkungen zu 13. November 1997 - 8 AZR 295/95 - von Peters/ Thüsing EzA BGB § 613a Nr. 154; Kania EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 1; Langenbucher SAE 1998, 145 ff.; vgl. auch Hanau ZIP 1999, 324, 325). Der Senat gibt diese Begründung daher auf. Nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG gehen die Rechte und Pflichten aus einem zum Zeitpunkt des Übergangs "bestehenden" Arbeitsverhältnis über. Nach Art. 4 Abs. 1 sind Kündigungen wegen des Betriebsüberganges unwirksam. Das entspricht § 613a Abs. 1 und 4 BGB. Fortsetzungs- und Wiedereinstellungsansprüche folgen aus der Richtlinie nicht. Die Betriebsübergangsrichtlinie leitet nur Ansprüche über, begründet aber keine neuen Ansprüche. Auch der Europäische Gerichtshof hat niemals etwas anderes ausgeführt. Er erkennt immer nur den Übergang bestehender Arbeitsverhältnisse an (vgl. z.B. 25. Juli 1991 - Rs C-362/89 - EuGHE I 1991, 4105 = AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 1: "alle zum Zeitpunkt des Übergangs eines Unternehmens ... bestehenden Arbeitsverhältnisse"; ähnlich 17. Dezember 1987 - Rs 287/86 - EuGHE 1987, 5465).
- 36** Soweit sich der Senat im Urteil vom 13. November 1997 (- 8 AZR 295/95 - BAGE 87, 115 = AP BGB § 613a Nr. 169 = EzA BGB § 613a Nr. 154 ) auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 14. November 1996 (- Rs C-305/94 - AP EWG-Richtlinie Nr. 77/187 Nr. 12) bezieht, folgt hieraus nichts Gegenteiliges. Aus dieser Entscheidung ergibt sich lediglich, dass der Übergang des Arbeitsverhältnisses zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges erfolgt und nicht nach Gutdünken verlegt werden kann. Damit gehen aber nicht Arbeitsverhältnisse über oder werden neu begründet, die zum Zeitpunkt des Betriebsüberganges gar nicht mehr bestehen, worauf Hanau (ZIP 1999, 324, 325) zutreffend hinweist.
- 37** (3)
- Für den Streitfall kann dahinstehen, ob eine (zeitversetzte) Übernahme der Hauptbelegschaft außerhalb eines Insolvenzverfahrens auf Grund einer teleologischen Extension der nationalen Vorschrift des § 613a Abs. 1 BGB zu einem Wiedereinstellungsanspruch nach Ablauf der Kündigungsfrist führen kann (vgl. hierzu Langenbucher SAE 1998, 145, 147; dieselbe ZfA 1999, 299, 306 ff.; ähnlich Raab RdA 2000, 147, 159; Kittner/Däubler/Zwanziger-Zwanziger KSchR § 613a BGB Rn. 127), im Insolvenzfall widerspräche die Zubilligung eines solchen Wiedereinstellungsanspruchs jedoch dem Konzept der Insolvenzordnung, die auf schnelle Abwicklung und Sanierung abzielt. Damit besteht kein Raum für eine teleologische Extension (ähnlich Schubert ZIP 2002, 554, 559). Die Insolvenzordnung beruht auf dem Konzept, dass die bei oder sogar zur Betriebsveräußerung in der Insolvenz erforderliche Personalreduktion von dem Insolvenzverwalter unter erleichterten Bedingungen vorgenommen werden kann, um die Erwerber nicht damit zu belasten. Hierzu dienen auch die Vermutung zu Gunsten der Wirksamkeit von Kündigungen und die kurze Klagefrist des § 113 InsO aF. Bei Zulassung eines Wiedereinstellungsanspruchs wird die durch § 113 Abs. 2 aF, §§ 125 - 128 InsO erstrebte Rechtssicherheit beseitigt oder gefährdet, wenn die Wirksamkeit und Unangreifbarkeit von Kündigungen durch den Insolvenzverwalter dem Erwerber gar nichts nutzen, weil er sich auch und

gerade nach wirksamen Kündigungen Wiedereinstellungsansprüchen gegenübersteht (Hanau ZIP 1998, 1817, 1820; Hess AR-Blattei SD 915.8 Rn. 152; LAG Hamm 4. Juni 2002 - 4 Sa 593/02 -). Dies könnte zu einem Scheitern einer übertragenden Sanierung und damit auch zu einer Zerschlagung wirtschaftlicher Werte führen. Für die Gläubiger entfielen dann gleichzeitig die bestmögliche Verwertungsmöglichkeit. Der Ermöglichung einer sanierenden Übertragung und dem damit verbundenen Erhalt einer Mehrzahl von Arbeitsplätzen - wenn auch in der Regel nicht aller - ist der Vorzug zu geben gegenüber dem Bestandsinteresse eines einzelnen Arbeitnehmers. Soweit die Gefahr besteht, dass Betriebsübergänge im Insolvenzverfahren absichtlich erst nach Ablauf der Kündigungsfrist vollzogen werden, um sich dem Wiedereinstellungs-/Fortsetzungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis zu entziehen, so ist die Grenze einer derartigen Handlungsweise Rechtsmissbrauch des Veräußerers und des Erwerbers ( § 242 BGB ).

**38 III.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO .

---

Hauck  
Dr. Wittek  
Laux  
Heydenreich  
E. Schmitzberger

Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.