

Ursula Lina Steinacker

Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers

Die adäquate Lösung des Konflikts zwischen
Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit



Nomos

Arbeits- und Sozialrecht
Band 147

Ursula Lina Steinacker

Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers

Die adäquate Lösung des Konflikts zwischen
Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bremen, Univ., Diss., 2012

ISBN 978-3-8487-2044-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-6186-7 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

VORWORT

Die Arbeit lag im Sommersemester 2011 dem Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Bremen als Dissertation vor.

Zu besonderem Dank bin ich Herrn Prof. Dr. Wolfgang Däubler verpflichtet. Seine verständnisvolle und freundliche Unterstützung haben die Vollendung der Arbeit erst ermöglicht.

Frau Prof. Dr. Ursula Rust danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Schließlich möchte ich meinen Eltern für ihre moralische Unterstützung danken.

Nürnberg, im März 2012

Ursula Lina Steinacker

Inhaltsübersicht

I. KAPITEL: EINLEITUNG	23
1. Problemstellung	23
2. Entwicklung des Wiedereinstellungsanspruchs in Rechtsprechung und Literatur	25
3. Zielsetzung und Leitfaden der Untersuchung	43
II. KAPITEL: BERÜCKSICHTIGUNG NACHTRÄGLICHER FEHLPROGNOSEN BEI DER SOZIALEN RECHTFERTIGUNG DER KÜNDIGUNG	45
1. Geltung des Prognoseprinzips im Kündigungsschutzrecht	46
2. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Rechtmäßigkeit der Kündigung	68
III. KAPITEL: DER WIEDEREINSTELLUNGSANSPRUCH ALS NOTWENDIGES KORREKTIV VON FEHLPROGNOSEN	94
1. Wiedereinstellungsanspruch nach betriebs-, personen- und verhaltensbedingter Kündigung	94
2. Wiedereinstellungsanspruch nach Kündigungen im Zusammenhang mit einer Betriebsübernahme	160
3. Wiedereinstellungsanspruch bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz	182
IV. KAPITEL: VORAUSSETZUNGEN, GRENZEN UND INHALT DES WIEDEREINSTELLUNGSANSPRUCHS	197
1. Wiedereinstellungsfallgruppe der betriebs-, krankheits- und verhaltensbedingten Kündigung	197
2. Wiedereinstellungsfallgruppe der Verdachtskündigung	244

Inhaltsübersicht

3. Wiedereinstellungsfallgruppe der Kündigungen im Zusammenhang mit einer Betriebsübernahme	250
4. Inhalt der Wiedereinstellungsfallgruppen	258
V. KAPITEL: PROZESSUALE BEHANDLUNG DES WIEDEREINSTELLUNGSANSPRUCHS	277
1. Klageantrag und statthafte Klageart	277
2. Verhältnis zum Kündigungsschutzprozess	284
3. Passivlegitimation	289
4. Darlegungs- und Beweislast	290
5. Streitwert und Kosten	292
VI. KAPITEL: DER WIEDEREINSTELLUNGSANSPRUCH UND DIE BETEILIGUNG DES BETRIEBSRATS	295
1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	295
2. Bewertung	297
VII. KAPITEL: WIEDEREINSTELLUNGSANSPRÜCHE BEI ANDEREN BEENDIGUNGSTATBESTÄNDEN	304
1. Wiedereinstellungsanspruch nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags oder Abfindungsvergleichs	304
2. Wiedereinstellungsanspruch bei beendetem befristeten Arbeitsvertrag und Saison- und Kampagnebetrieben	323
3. Wiedereinstellungsanspruch bei Vorliegen einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers	346
4. Wiedereinstellungsanspruch bei Kündigungen im Kleinbetrieb	349
VIII. KAPITEL: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	374
LITERATURVERZEICHNIS	385

Inhaltsverzeichnis

I. KAPITEL: EINLEITUNG	23
1. Problemstellung	23
2. Entwicklung des Wiedereinstellungsanspruchs in Rechtsprechung und Literatur	25
2.1 Historischer Überblick	25
2.2 Grundsatzentscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1997	29
2.3 Aktuelle Konzeption des Bundesarbeitsgerichts	31
2.3.1 Betriebsbedingte Kündigung	32
2.3.1.1 Rechtsprechung des 7. Senats	32
2.3.1.2 Rechtsprechung des 2. Senats	34
2.3.1.3 Rechtsprechung des 8. Senats	35
2.3.2 Personenbedingte Kündigung	38
2.3.2.1 Rechtsprechung des 2. Senats	38
2.3.2.2 Rechtsprechung des 7. Senats	40
2.4 Zusammenfassung der allgemeinen Grundsätze des Bundesarbeitsgerichts zum Wiedereinstellungsanspruch	41
3. Zielsetzung und Leitfaden der Untersuchung	43
II. KAPITEL: BERÜCKSICHTIGUNG NACHTRÄGLICHER FEHLPROGNOSEN BEI DER SOZIALEN RECHTFERTIGUNG DER KÜNDIGUNG	45
1. Geltung des Prognoseprinzips im Kündigungsschutzrecht	46
1.1 Zukunftsbezogenheit der Kündigungsgründe	47
1.1.1 Betriebsbedingte Kündigung	48
1.1.2 Personenbedingte Kündigung	49
1.1.3 Verhaltensbedingte Kündigung	54
1.1.4 Verdachtskündigung	56
1.1.5 Ergebnis	60

1.2 Anforderungen an den Wahrscheinlichkeitsgrad der negativen Prognosen	60
1.2.1 Betriebs-, krankheits- und verhaltensbedingte Kündigung	60
1.2.2 Verdachtskündigung	65
1.2.3 Ergebnis	67
2. Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für die Rechtmäßigkeit der Kündigung	68
2.1 Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	68
2.1.1 Rechtsprechungswechsel bei der krankheitsbedingten Kündigung	69
2.1.2 Sonderstellung der Verdachtskündigung	71
2.2 Meinungsstand in der Literatur	72
2.2.1 Ablauf der Kündigungsfrist	73
2.2.2 Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz	74
2.3 Bewertung	75
2.3.1 Grundsatz der Rechtssicherheit und Sozialstaatsprinzip	75
2.3.2 Zugang der Kündigung als maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt im Interesse der Rechtssicherheit, Verlässlichkeit und Klarheit	77
2.3.2.1 Kündigung als Gestaltungsrecht	77
2.3.2.2 Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten	78
2.3.2.2.1 Betriebs- und verhaltensbedingte Kündigung	81
2.3.2.2.2 Krankheitsbedingte Kündigung	81
2.3.2.2.3 Nachschieben von Kündigungsgründen	86
2.3.2.2.4 Sonderstellung der Verdachtskündigung	87
2.3.2.3 Klagefrist	91
2.3.2.4 Punktueller Streitgegenstandsbegriff	92
2.3.2.5 Ergebnis	92

III. KAPITEL: DER WIEDEREINSTELLUNGSANSPRUCH ALS NOTWENDIGES KORREKTIV VON FEHLPROGNOSEN	94
1. Wiedereinstellungsanspruch nach betriebs-, personen- und verhaltensbedingter Kündigung	94
1.1 Bedürfnis für einen allgemeinen Wiedereinstellungsanspruch	94
1.1.1 Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	94
1.1.2 Bewertung	97
1.1.2.1 Der Wiedereinstellungsanspruch als adäquate Lösung des Konflikts zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit	97
1.1.2.2 Abfindungslösung als Alternative	101
1.1.2.3 Übermaßverbot als Schranke des Wiedereinstellungsanspruchs	101
1.2 Dogmatische Begründungsansätze	102
1.2.1 Gesetzliche Grundlagen	103
1.2.2 Besondere Rechtsgrundlagen	105
1.2.3 Andere Rechtskonstruktionen	107
1.2.3.1 Quasi- negatorischer Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB	108
1.2.3.2 Schadensersatzansprüche i. V. m. § 249 BGB	109
1.2.3.3 Ergebnis	110
1.2.4 Rechtsgrundlagen des Bundesarbeitsgerichts und der Literatur für den Wiedereinstellungsanspruch bei Wegfall des Kündigungsgrundes im noch fortbestehenden Arbeitsverhältnis	110
1.2.4.1 Rechtsprechung des 2. Senats	110
1.2.4.2 Rechtsprechung des 7. Senats	112
1.2.4.3 Meinungsstand in der Literatur	112
1.2.4.4 Bewertung	114
1.2.4.4.1 Verbot des rechtsmissbräuchlichen und widersprüchlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) gemäß § 242 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG	114
1.2.4.4.1.1 Verbot des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens	115

1.2.4.4.1.2	Vertrauensschutz und Verbot des widersprüchlichen Verhaltens	119
1.2.4.4.1.3	Ausnahmsweise anspruchsbegründende Wirkung des § 242 BGB	124
1.2.4.4.2	Vertragliche Nebenpflicht des Arbeitgebers zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitnehmers gemäß §§ 241 Abs. 2, 242 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG als geeignetes Korrektiv zum erneuten Abschluss eines Arbeitsvertrages	127
1.2.4.4.2.1	Ausrichtung der Interessenwahrungspflicht an den Vorgaben des Kündigungsschutzgesetzes	130
1.2.4.4.2.2	Interessenwahrungspflicht konkretisiert zugleich die Wertentscheidung des Art. 12 Abs. 1 GG	133
1.2.4.4.2.3	Interessenwahrungspflicht als selbständig einklagbare Nebenpflicht zum erneuten Abschluss eines Arbeitsvertrages	137
1.2.4.4.2.3.1	Vertragliche Nebenpflicht und Neubegründung des Arbeitsverhältnisses	138
1.2.4.4.2.3.2	Interessenwahrungspflicht als selbständig einklagbare Nebenpflicht	142
1.2.4.4.2.4	Der Wiedereinstellungsanspruch als systemimmanente Rechtsfortbildung	145
1.2.4.4.2.5	Ergebnis	147

1.2.5	Rechtsgrundlagen des Bundesarbeitsgerichts und der Literatur zum Wiedereinstellungsanspruch bei Wegfall des Kündigungsgrundes nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	147
1.2.5.1	Sonderstellung der Verdachtskündigung	147
1.2.5.1.1	Grundgedanke der Aufopferung gemäß § 904 BGB	148
1.2.5.1.2	Nachwirkende Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers gemäß §§ 241 Abs. 2, 242 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG als geeignetes Korrektiv zum erneuten Abschluss eines Arbeitsvertrages	149
1.2.5.2	Betriebs-, personen- und verhaltensbedingte Kündigung	151
1.2.5.2.1	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	152
1.2.5.2.2	Bewertung	153
1.2.5.2.2.1	Bestehen eines nachvertraglichen Pflichtverhältnisses	154
1.2.5.2.2.2	Nachwirkende Interessenwahrungspflicht und interessengerechte Erweiterung des Bestandsschutzes des Arbeitnehmers	155
1.2.5.2.3	Ergebnis	160
2.	Wiedereinstellungsanspruch nach Kündigungen im Zusammenhang mit einer Betriebsübernahme	160
2.1	Wirksamkeit der Kündigungen	160
2.1.1	Differenzierende Betrachtung von § 613a Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 BGB	161
2.1.2	Abgrenzungsfragen zwischen § 613a Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 BGB	163
2.2	Bedürfnis für einen Wiedereinstellungsanspruch	166

2.3	Dogmatische Begründungsansätze	167
2.3.1	Wiedereinstellungsanspruch bei einem Betriebsübergang während des Laufs der Kündigungsfrist	168
2.3.1.1	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	168
2.3.1.2	Bewertung	169
2.3.1.3	Ergebnis	173
2.3.2	Wiedereinstellungsanspruch bei einem Betriebsübergang nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	173
2.3.2.1	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	173
2.3.2.2	Bewertung	175
2.3.2.2.1	Ansätze aus dem Europarecht	175
2.3.2.2.2	Ansätze aus dem nationalen Recht	179
2.3.2.2.3	Ergebnis	182
3.	Wiedereinstellungsanspruch bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz	182
3.1	Betriebsbedingte Kündigung nach Insolvenzeröffnung mit sich anschließendem Betriebsübergang	183
3.1.1	Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	183
3.1.2	Meinungsstand in der Literatur	184
3.1.3	Bewertung	186
3.1.3.1	Anwendbarkeit des § 613a BGB in der Insolvenz	186
3.1.3.2	Wiedereinstellungsanspruch bei einem Betriebsübergang während des Laufs der Kündigungsfrist	188
3.1.3.3	Wiedereinstellungsanspruch bei einem Betriebsübergang nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	190
3.1.3.4	Ergebnis	194
3.2	Betriebsbedingte Kündigung vor Insolvenzeröffnung mit sich anschließendem Betriebsübergang	195
3.2.1	Wiedereinstellungsanspruch bei einem Betriebsübergang während des Laufs der Kündigungsfrist	195

3.2.2 Wiedereinstellungsanspruch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	196
 IV. KAPITEL: VORAUSSETZUNGEN, GRENZEN UND INHALT DES WIEDEREINSTELLUNGS- ANSPRUCHS	 197
1. Wiedereinstellungsfallgruppe der betriebs-, krankheits- und verhaltensbedingten Kündigung	197
1.1 Voraussetzungen	197
1.1.1 Wirksamkeit der Kündigung	197
1.1.2 Positive Ausräumung des der konkreten Kündigung zugrunde zu legenden Grundes	198
1.1.2.1 Betriebsbedingte Kündigung	198
1.1.2.1.1 Möglichkeit der Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz	199
1.1.2.1.2 Veränderung der Sozialdaten	203
1.1.2.2 Krankheitsbedingte Kündigung	205
1.1.2.2.1 Feststehende Genesung des Arbeitnehmers	206
1.1.2.2.2 Anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit	209
1.1.2.3 Verhaltensbedingte Kündigung	209
1.1.3 Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes	212
1.2 Grenzen	213
1.2.1 Bestehen einer zeitlichen Grenze	213
1.2.1.1 Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	214
1.2.1.2 Bewertung	215
1.2.1.2.1 § 126 des Arbeitsvertragsgesetzentwurfs des Landes Brandenburg	216
1.2.1.2.2 Dauer des Kündigungsschutzprozesses oder ein späterer Zeitpunkt	216
1.2.1.2.3 Korrektiv der Zumutbarkeit und der anderweitigen Dispositionen	217
1.2.1.2.4 Ergebnis	221

Inhaltsverzeichnis

1.2.2	Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs	221
1.2.2.1	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	222
1.2.2.2	Bewertung	223
1.2.2.2.1	Analoge Anwendung der Frist des § 4 KSchG	223
1.2.2.2.2	Grenze der Verwirkung	224
1.2.2.2.3	Ergebnis	224
1.2.3	Pflicht zur Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung	224
1.2.3.1	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	225
1.2.3.2	Bewertung	228
1.2.3.2.1	Sozialauswahl entsprechend § 1 Abs. 3 KSchG	228
1.2.3.2.2	Der einzubeziehende Personenkreis	232
1.2.3.2.3	Ergebnis	234
1.2.4	Entgegenstehende Arbeitgeberinteressen	234
1.2.4.1	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	235
1.2.4.2	Bewertung	236
1.2.4.2.1	Anderweitige Dispositionen über den Arbeitsplatz	237
1.2.4.2.2	Treuwidriges Verhalten des Arbeitgebers	238
1.2.4.2.3	Informationspflichten und Informationsobliegenheiten	240
1.2.4.2.3.1	Betriebsbedingte Kündigung	240
1.2.4.2.3.2	Krankheitsbedingte Kündigung	243
1.2.4.2.4	Rechtsfolgen bei Vorrang des schutzwürdigen Arbeitgeberinteresses	243
2.	Wiedereinstellungsfallgruppe der Verdachtskündigung	244
2.1	Voraussetzungen	244
2.2	Grenzen	246
2.2.1	Bestehen einer zeitlichen Grenze	246
2.2.2	Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs	248

2.2.3	Entgegenstehende Arbeitgeberinteressen	248
2.2.3.1	Keine Gutgläubensargumentation	249
2.2.3.2	Rechtsfolgen bei Vorrang des schutzwürdigen Arbeitgeberinteresses	249
3.	Wiedereinstellungsfallgruppe der Kündigungen im Zusammenhang mit einer Betriebsübernahme	250
3.1	Voraussetzungen	250
3.2	Grenzen	251
3.2.1	Bestehen einer zeitlichen Grenze	251
3.2.2	Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs	253
3.2.3	Pflicht zur Sozialauswahl	255
3.2.4	Entgegenstehende Arbeitgeberinteressen	256
4.	Inhalt der Wiedereinstellungsfallgruppen	258
4.1	Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages	258
4.1.1	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	258
4.1.2	Bewertung	260
4.2	Arbeitsbedingungen des neuen Arbeitsvertrages	262
4.3	Anspruch auf befristete Wiedereinstellung	263
4.4	Möglichkeit des rückwirkenden Arbeitsvertragsschlusses	265
4.4.1	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	265
4.4.2	Bewertung	267
4.4.2.1	Vertragliche Rückwirkung auf das Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses	267
4.4.2.2	Rechtsfolgen des § 311a BGB	270
4.4.2.3	Zusammenrechnung von Beschäftigungszeiten	272
4.4.2.4	Sozialversicherungsrechtliche Folgerungen	274
V. KAPITEL:	PROZESSUALE BEHANDLUNG DES WIEDEREINSTELLUNGSANSPRUCHS	277
1.	Klageantrag und statthafte Klageart	277
1.1	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	277
1.2	Bewertung	278
1.2.1	Formulierung des Wiedereinstellungsantrags	278
1.2.2	Statthafte Klageart	281

1.2.3 Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung als Ausnahme	281
2. Verhältnis zum Kündigungsschutzprozess	284
2.1 Der Arbeitnehmer erhebt keine Kündigungsschutzklage	284
2.2 Der Arbeitnehmer erhebt nur Kündigungsschutzklage	285
2.3 Der Arbeitnehmer macht im Kündigungsschutzprozess einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung geltend	288
3. Passivlegitimation	289
4. Darlegungs- und Beweislast	290
5. Streitwert und Kosten	292
VI. KAPITEL: DER WIEDEREINSTELLUNGSANSPRUCH UND DIE BETEILIGUNG DES BETRIEBSRATS	295
1. Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	295
2. Bewertung	297
VII. KAPITEL: WIEDEREINSTELLUNGSANSPRÜCHE BEI ANDEREN BEENDIGUNGSTATBESTÄNDEN	304
1. Wiedereinstellungsanspruch nach Abschluss eines Aufhebungsvertrags oder Abfindungsvergleichs	304
1.1 Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	305
1.2 Meinungsstand in der Literatur	307
1.3 Bewertung	308
1.3.1 Wirksamkeit des Aufhebungsvertrags oder Abfindungsvergleichs	308
1.3.2 Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB als Anspruchsgrundlage des Wiedereinstellungsanspruchs	312
1.3.2.1 Bedürfnis für einen Wiedereinstellungsanspruch	313
1.3.2.2 Voraussetzungen	316
1.3.2.2.1 Wegfall der Geschäftsgrundlage	316
1.3.2.2.2 Unzumutbarkeit des Festhaltens an den unveränderten Verträgen	319
1.3.2.3 Rechtsfolgen	321

2. Wiedereinstellungsanspruch bei beendetem befristeten Arbeitsvertrag und Saison- und Kampagnebetrieben	323
2.1 Historischer Überblick	323
2.2 Befristung aus betrieblichen Gründen gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 TzBfG	324
2.2.1 Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	325
2.2.2 Meinungsstand in der Literatur	326
2.2.3 Bewertung	327
2.2.3.1 Wirksamkeit der Befristungsabrede	327
2.2.3.1.1 Verhältnis von Befristungsdauer und Sachgrund	327
2.2.3.1.2 Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für den sachlichen Befristungsgrund	329
2.2.3.2 Bedürfnis für einen Wiedereinstellungsanspruch	332
2.2.3.3 Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers gemäß §§ 241 Abs. 2, 242 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG als Anspruchsgrundlage des Wiedereinstellungsanspruchs	333
2.2.3.3.1 Voraussetzungen	335
2.2.3.3.2 Grenzen	335
2.3 Saison- und Kampagnebetriebe gemäß § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TzBfG	338
2.3.1 Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	338
2.3.2 Meinungsstand in der Literatur	339
2.3.3 Bewertung	340
2.3.3.1 Zusage der Weiterbeschäftigung	340
2.3.3.2 Pflicht zur Weiterbeschäftigung wegen Schaffung eines Vertrauenstatbestands	341
2.3.3.2.1 Vertrauensschutz und Verbot des widersprüchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG	341
2.3.3.2.2 Vertrauensschutz und betriebliche Übung	343
2.3.3.3 Teilzeitarbeitsverhältnis	344

3. Wiedereinstellungsanspruch bei Vorliegen einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers	346
3.1 Wirksamkeit der Eigenkündigung	346
3.2 Bedürfnis für einen Wiedereinstellungsanspruch	347
3.2.1 Grundsatz	347
3.2.2 Ausnahme	348
4. Wiedereinstellungsanspruch bei Kündigungen im Kleinbetrieb	349
4.1 Die Kleinbetriebsklausel gemäß § 23 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 KSchG	349
4.1.1 Historischer Überblick	349
4.1.2 Kündigungsschutz im Kleinbetrieb	354
4.1.2.1 Allgemeine Schranken der Kündigung	354
4.1.2.1.1 Besonderer Kündigungsschutz einzelner Beschäftigungsgruppen	354
4.1.2.1.2 Benachteiligungsverbote	354
4.1.2.2 Der von der Verfassung gebotene Mindestkündigungsschutz gemäß Art. 12 Abs. 1 GG	357
4.1.2.2.1 Abstandsgebot	359
4.1.2.2.2 Abgeschwächte Inhaltskontrolle über die zivilrechtlichen Generalklauseln gemäß §§ 138, 242 BGB	360
4.1.2.3 Ausformung der abgeschwächten Inhaltskontrolle der Kündigung	362
4.1.2.3.1 Vorliegen eines Kündigungsgrundes	363
4.1.2.3.2 Auswahlentscheidung anhand einer Evidenzkontrolle	365
4.1.2.3.3 Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit	366
4.1.2.4 Ergebnis	366
4.2 Wiedereinstellungsanspruch zweiter Klasse als adäquate Lösung des Konflikts zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit	366
4.2.1 Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	367
4.2.2 Bewertung	367
4.2.2.1 Bedürfnis für einen Wiedereinstellungsanspruch	367

4.2.2.2	Verbot des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG als Anspruchsgrundlage des Wiedereinstellungsanspruchs	370
4.2.2.2.1	Voraussetzungen	371
4.2.2.2.2	Grenzen	371
4.2.2.2.3	Inhalt	372
VIII.	KAPITEL: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE	374
	LITERATURVERZEICHNIS	385

I. KAPITEL: EINLEITUNG

1. Problemstellung

Nicht selten stehen Arbeitnehmer vor der prekären Situation, dass eine Weiterbeschäftigung dem Arbeitgeber nicht mehr möglich oder nicht mehr zumutbar ist. Die Folge ist, dass der Arbeitgeber von seinem Kündigungsrecht Gebrauch macht. Dabei werden die Gründe, die zur Kündigung führen, vom Arbeitgeber bezogen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung aufgrund einer Prognoseentscheidung getroffen.¹

Was geschieht jedoch mit den gekündigten Arbeitsverhältnissen der Arbeitnehmer, wenn sich die Prognose des Arbeitgebers aufgrund von Umständen, die erst nach Zugang der Kündigung eingetreten sind, als falsch erweist? Beispielsweise kann sich bei einer betriebsbedingten Kündigung die wirtschaftliche Situation des Unternehmens aufgrund eines unerwarteten Großauftrags aus dem Ausland schlagartig verbessern und die Mobilisierung aller Ressourcen verlangen oder eine geplante und bereits eingeleitete Betriebsstilllegung wird durch die Möglichkeit einer Betriebsveräußerung nicht durchgeführt.² Bei einer krankheitsbedingten Kündigung kann der gekündigte Arbeitnehmer wider Erwarten völlig gesund werden, obwohl die Prognose als solche nicht zu beanstanden war³ und bei einer Verdachtskündigung kann sich der anfänglich begründete Verdacht später als haltlos erweisen.⁴

Die arbeitsrechtliche Diskussion steht also vor dem Problem, dass durch das Abstellen auf den Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung die Kündigung trotz Fehlprognose wirksam bleibt und der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz als wirtschaftliche Grundlage seiner Existenzsicherung verliert, obwohl für ihn nach wie vor eine Weiterbeschäftigungs-

1 BAG Ur. v. 25.10.2007- 8 AZR 989/ 06, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 80= NZA 2008, 357; BAG Ur. v. 28.6.2000- 7 AZR 904/ 98, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG Ur. v. 27.2.1997- 2 AZR 160/ 96, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; KDZ- Kittner/ Deinert, KSchR, § 1 KSchG Rn. 47 und 56 m. w. N.

2 Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 1421a, 1151c.

3 Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 1151c.

4 Raab, RdA 2000, 147, 148; Zwanziger, BB 1997, 42.

möglichkeit besteht.⁵ Diesen Widerspruch zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit gilt es adäquat zu lösen.⁶

Die Lösung des Konflikts könnte auf zweierlei Weise erreicht werden:

Zum einen könnten nachträgliche Fehlprognosen bereits bei der sozialen Rechtfertigung der Kündigung Berücksichtigung finden und zur Unwirksamkeit der arbeitgeberseitigen Kündigung führen.⁷ Zum anderen könnte die Lösung in einem Wiedereinstellungsanspruch als notwendiges Korrektiv von nachträglichen Fehlprognosen gesehen werden, bei dem die Arbeitgeberkündigung ihre Wirksamkeit behält, jedoch dem Arbeitnehmer ein Anspruch auf Neuabschluss des Arbeitsvertrages gewährt wird. Dieser Lösungsansatz ist in Rechtsprechung und Literatur weitverbreitet anzutreffen, wenn auch die Anspruchsgrundlage des Wiedereinstellungsanspruchs unterschiedlich begründet wird und demzufolge dessen Voraussetzungen, Grenzen und Inhalt bei weitem noch nicht abschließend geklärt sind.⁸

Auch nimmt die Zahl der Insolvenzen in der Zeit der Wirtschaftskrise immer mehr zu. Könnte dadurch nicht die Anerkennung des Wiedereinstellungsanspruchs bei einem Betriebsübergang in der Insolvenz für die vom Insolvenzverwalter gekündigten Arbeitnehmer an besonderer Bedeutung gewinnen?⁹ Mitunter trifft diese Sichtweise insbesondere nach Ablauf der Kündigungsfrist in Rechtsprechung und Literatur auf weniger wohlwollende Stimmen.¹⁰

5 Boewer, NZA 1999, 1121, 1123.

6 BAG Urt. v. 28.6.2000- 7 AZR 904/ 98, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; Meinel/ Bauer, NZA 1999, 575, 576; Raab, RdA 2000, 147, 149.

7 KDZ- Kittner/ Deinert, KSchR, § 1 KSchG Rn. 77; Däubler, Arbeitsrecht 2, 11. Auflage, Rn. 1173; Kittner, Anm. zu BAG Urt. v. 6.9.1989- 2 AZR 118/89, EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 27; Otto, Anm. zu EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 10; Voigt, DB 1996, 526.

8 BAG Urt. v. 25.10.2007- 8 AZR 989/ 06, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 80= NZA 2008, 357; BAG Urt. v. 16.5.2007- 7 AZR 621/ 06- n. v.; BAG Urt. v. 28.6.2000- 7 AZR 904/ 98, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG Urt. v. 27.2.1997- 2 AZR 160/ 96, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; KDZ- Zwanziger, KSchR, Einl. Rn. 391 ff.

9 KDZ- Däubler/ Zwanziger, KSchR, § 613a BGB Rn. 161; Oberhofer, RdA 2006, 92, 95.

10 BAG Urt. v. 28.10.2004- 8 AZR 324/ 97, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 30= NZA 2005, 405; BAG Urt. v. 13.5.2004- 8 AZR 198/ 03, AP Nr. 264 zu § 613a BGB; v. Hoyningen-Huene/ Link § 1 KSchG Rn. 157; KR- Pfeiffer, § 613a BGB Rn. 195; Annuß, ZInsO 2001, 49, 59; Schubert, ZIP 2002, 554, 558 ff.

2. Entwicklung des Wiedereinstellungsanspruchs in Rechtsprechung und Literatur

Wie ist außerdem zu entscheiden, wenn die Beendigung der Arbeitsverhältnisse nicht auf einer Arbeitgeberkündigung beruht, sondern auf einem anderen Beendigungstatbestand, der für den einzelnen Arbeitnehmer ebenso den Verlust seines Arbeitsplatzes mit sich bringt? Zu denken ist hier an einen Wiedereinstellungsanspruch bei beendeten befristeten Arbeitsverträgen oder Saisonarbeitsverhältnissen¹¹ und an einen Wiedereinstellungsanspruch nach Aufhebungsverträgen oder Abfindungsvergleichen.¹² In diesem Bereich ist das Spektrum der unterschiedlichen Meinungsbildung in Rechtsprechung und Literatur ebenso vielschichtig wie klärungsbedürftig.

Noch keine Entscheidung liegt ferner im Fall der Situation im Kleinbetrieb vor. Hier unterliegt die Arbeitgeberkündigung nicht dem Kündigungsschutzgesetz: Soll sich deshalb ein lang beschäftigter Arbeitnehmer in einem Kleinbetrieb, der wegen Auftragsmangels entlassen wurde, nicht auf einen etwaigen Wiedereinstellungsanspruch berufen können, wenn es wider Erwarten doch zu einer Beschäftigungsmöglichkeit kommt?¹³

2. Entwicklung des Wiedereinstellungsanspruchs in Rechtsprechung und Literatur

Zur Veranschaulichung der Thematik soll zunächst ein Blick auf die historische Entwicklung und die Grundsatzentscheidungen des Bundesarbeitsgerichts von 1997 zum Wiedereinstellungsanspruch geworfen werden und sodann auf die aktuelle Konzeption des Bundesarbeitsgerichts eingegangen werden.

2.1 Historischer Überblick

Anfang der 30er Jahre begann erstmals die arbeitsrechtliche Diskussion um das Bestehen eines Wiedereinstellungsanspruchs im Individualarbeitsrecht. Es war die Zeit nach der Weltwirtschaftskrise. Die während der Rezession betriebsbedingt gekündigten Arbeitnehmer forderten nach Besserung der Wirtschaftslage auf ihre alten Arbeitsplätze zurückkehren zu dürfen. Rechtsprechung und Literatur waren geteilter Meinung über das Be-

11 KDZ- Däubler, KSchR, § 14 TzBfG Rn. 27 ff. und 50 ff.

12 KDZ- Däubler, KSchR, Einl. Rn. 225 ff.; KDZ- Zwanziger, KSchR, Einl. Rn. 408.

13 Ähnlich KDZ- Zwanziger, KSchR, Einl. Rn. 399.

stehen eines Wiedereinstellungsanspruchs der Arbeitnehmer. Während ein Teil der Rechtsprechung und Literatur einen solchen Anspruch verneinte¹⁴, gab es einige Instanzgerichte, die den Wiedereinstellungsanspruch aus der damaligen in § 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 (AOG) normierten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers herleiteten.¹⁵

Nach Ende des Zweiten Weltkrieges wurde die Problematik des Wiedereinstellungsanspruchs in Rechtsprechung und Literatur erneut aktuell und äußerst kontrovers diskutiert.¹⁶ Arbeitnehmer, die im Zuge von Entnazifizierungsverfahren auf Anordnung der Militärregierung von den Arbeitgebern fristlos entlassen wurden, begehrten ihre Wiedereinstellung, nachdem sich der Verdacht der angeblichen Betätigung für den Nationalsozialismus als haltlos herausgestellt hatte.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung nahm erst Mitte der 50er Jahre zu Fallgestaltungen des Wiedereinstellungsanspruchs nach rechtswirksamer fristloser Kündigung Stellung. Zum einen anerkannte der Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung vom 13. Juli 1956 einen Wiedereinstellungsanspruch eines aufgrund des Verdachts einer strafbaren Handlung fristlos entlassenen Dienstverpflichteten und begründete diesen mit der nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, nachdem sich später der Verdacht als falsch erwiesen hatte.¹⁷ Zum anderen und unter ausdrücklicher Berufung auf die Entscheidung des Bundesgerichtshof anerkannte dann im selben Jahr das Bundesarbeitsgericht in seiner Grundsatzentscheidung vom 14. Dezember 1956 einen Wiedereinstellungsanspruch eines entnazifizierten Arbeitnehmers und stützte diesen ebenso auf die nachwirkende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, wenn der Entlassene den gegen ihn sprechenden Verdacht entkräftet oder gar seine Unschuld

14 LAG Duisburg, Urt. v. 8.4.1937, ARS 30 Nr. 32 m. Anm. Mansfeld; Hambitzer, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach wirksamer Kündigung, 7; Hueck, in: FS für Hedemann, 1938, 312, 327, 328.

15 LAG Dortmund Urt. v. 18.6.1937, ARS 30 Nr. 6; ArbG Hindenburg Urt. v. 30.11.1937, ARS 31 Nr. 3; ArbG Gelsenkirchen Urt. v. 20.5.1936, ARS 23 Nr. 6 und ARS 27 Nr. 5; grundlegend zu § 2 Abs. 2 AOG: Hueck, in: FS für Hedemann, 1938, 312 ff.

16 LAG Hamburg Urt. v. 19.4.1949- 20 Sa 91/ 49, BB 1949, 372; ausführlich Hambitzer, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach wirksamer Kündigung, 7 ff.

17 BGH Urt. v. 13.7.1956- VI ZR 88/ 55, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht= NJW 1956, 1513.

2. Entwicklung des Wiedereinstellungsanspruchs in Rechtsprechung und Literatur

nachweisen konnte.¹⁸ Diese Entwicklung war richtungsweisend für die nachfolgenden Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts im Rahmen der Anerkennung, der dogmatischen Begründung und der Voraussetzungen des Wiedereinstellungsanspruchs nach Verdachtskündigungen und hat zu der heutigen ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts geführt.¹⁹ Daraus wird deutlich, dass für den Wiedereinstellungsanspruch der Wegfall des Kündigungsgrundes, das heißt die völlige Ausräumung des Verdachts oder der Beweis der Unschuld, nicht nur nach bereits beendetem Arbeitsverhältnis erfolgen kann, sondern sogar muss, weil eine Verdachtskündigung fast immer fristlos ausgesprochen wird. In der Literatur wurde die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts grundsätzlich – wenn auch teilweise kritisch – anerkannt.²⁰ Indes erfolgte eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Wiedereinstellungsanspruchs auf andere Kündigungsarten durch das Bundesarbeitsgericht in der Folgezeit nicht.

Demgegenüber räumte der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in einer Entscheidung vom 21. April 1971 für den Fall einer Aussperrung mit lösender Wirkung dem Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitskampfes einen Wiedereinstellungsanspruch nach billigem Ermessen ein.²¹ Ebenso erwog das Bundesarbeitsgericht einen Anspruch auf befristete oder unbefristete Fortsetzung eines rechtswirksam befristeten Arbeitsvertrags, wenn der Arbeitgeber die Erwartung geweckt und bestätigt habe, der Arbeitnehmer werde bei Eignung und Bewährung unbefristet weiterbeschäftigt. Lehne er das Angebot des Arbeitnehmers ab, so setze er sich

18 BAG Urt. v. 14.12.1956- 1 AZR 29/ 55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht= NJW 1957, 764.

19 BAG Urt. v. 20.8.1997- 2 AZR 620/ 96, AP Nr. 27 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung= NJW 1998, 1171 ff.; BAG Urt. v. 14.9.1994- 2 AZR 164/ 84, AP Nr. 24 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung= NZA 1995, 269 ff.; BAG Urt. v. 4.6.1964- 2 AZR 310/ 63, AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlung= NJW 1964, 1918 ff.

20 KDZ- Zwanziger/ Däubler, KSchR, § 626 BGB Rn. 151 ff.; Hueck, in FS für Hedemann, 1958, 131, 150; Hueck, Anm. zu BGH Urt. v. 13.7.1956- VI ZR 88/ 55, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Larenz, Anm. zu BAG Urt. v. 14.12.1956- 1 AZR 29/ 55, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht; Monjau, DB 1960, 1067, 1070.

21 Boewer, NZA 1999, 1121, 1122; vgl. zur tarifvertraglichen Wiedereinstellungsklausel den historischen Rückblick bei Krüll, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, 21, 175 f.

in Widerspruch zu dem von ihm geschaffenen Vertrauenstatbestand.²² Vergleichbare Überlegungen hatte das Bundesarbeitsgericht zuvor für wiederholt abgeschlossene befristete Saisonarbeitsverhältnisse angedeutet. Die mehrmalige und vorbehaltlose Wiedereinstellung durch den Arbeitgeber erzeuge bei dem Arbeitnehmer einen Vertrauenstatbestand, der einen Anspruch auf Wiedereinstellung begründen könne, wobei das Bundesarbeitsgericht dazu neigte, diesen unmittelbar auf § 242 BGB zu stützen.²³

Seit Anfang der 80er Jahre begann sich in der Rechtsprechung die Anerkennung eines Wiedereinstellungsanspruchs zu entwickeln, wenn sich die kündigungsbegründende Arbeitgeberprognose später als nicht mehr haltbar herausgestellt hat. Demzufolge waren die Entscheidungen der Instanzgerichte in den 80er Jahren wegbereitend für die ab 1997 erfolgenden Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung.²⁴ Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts fand vom Grundsatz her überwiegende Zustimmung in der neueren Literatur, wenn es auch Stimmen gibt, die einen Wiedereinstellungsanspruch teilweise oder sogar gänzlich ablehnen²⁵ oder nachträgliche Fehlprognosen bereits auf der Ebene der Wirksamkeit der Kündigung berücksichtigen wollen.²⁶ Insbesondere bezeichnet Boewer den Wiedereinstellungsanspruch beispielsweise als Kunstfigur, da über diesen versucht werde, die Kündigung quasi in ihren Rechtsfolgen zu

22 BAG Ur t. v. 22.3.1985- 7 AZR 487/ 84, AP Nr. 89 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG Ur t. v. 8.9.1983- 2 AZR 438/ 82, AP Nr. 77 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; zur aktuellen Konzeption des BAG: ablehnend BAG Ur t. v. 20.2.2002- 7 AZR 600/ 00= NZA 2002, 897; offen gelassen BAG Ur t. v. 15.8.2001- 7 AZR 144/ 00= DB 2002, 152; BAG Ur t. v. 22.3.2000- 7 AZR 758/ 98, DB 2001, 284; siehe VII. Kapitel.

23 BAG Ur t. v. 26.4.2006- 7 AZR 190/ 05- n.v., NZA 2007, 55; BAG Ur t. v. 29.1.1987- 2 AZR 109/ 86, AP Nr. 1 zu § 620 BGB Saisonarbeit= AuR 1988, 259= SAE 1988, 75, 78; BAG Ur t. v. 12.10.1960- GS 1/ 59, AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; Oetker, ZIP 2000, 643, 644, m. w. N.; siehe V. Kapitel.

24 LAG Hamburg Ur t. v. 26.4.1990- 2 Sa 90/ 89, LAGE § 611 BGB Einstellungsanspruch Nr. 2; LAG Köln Ur t. v. 10.1.1989- 4/ 2 Sa 860/ 88, LAGE § 611 BGB Einstellungsanspruch Nr. 1.

25 Ablehnend für die krankheitsbedingte Kündigung ErkK- Preis, § 611 BGB Rn. 325; v. Hoyningen-Huene/ Link § 1 KSchG Rn. 240 f.; KDZ- Zwanziger, KSchR, Einl. Rn. 391 m. w. N.

26 KDZ- Kittner/ Deinert, KSchR, § 1 KSchG Rn. 77; Kittner, Anm. zu BAG Ur t. v. 6.9.1989- 2 AZR 118/ 89, EZA § 1 KSchG Krankheit Nr. 27; Däubler, Arbeitsrecht 2, 11. Auflage, Rn. 1173; Voigt, DB 1996, 526.

2. Entwicklung des Wiedereinstellungsanspruchs in Rechtsprechung und Literatur

beseitigen²⁷ und Oberhofer spricht davon, dass der Wiedereinstellungsanspruch kein Wundermittel sei, um zum Beispiel nach einem verlorenen Prozess wieder in das Arbeitsverhältnis zurückzukommen; dafür seien die rechtlichen Voraussetzungen schwer zu erfüllen.²⁸

2.2 Grundsatzentscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1997

Grundlegend war die Entscheidung des 2. Senats vom 27. Februar 1997.²⁹ Der 2. Senat bejahte einen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses beziehungsweise einen Wiedereinstellungsanspruch mit der Begründung: Beruhe eine betriebsbedingte Kündigung auf der Prognose des Arbeitgebers, bei Ablauf der Kündigungsfrist könne er den Arbeitnehmer nicht mehr weiterbeschäftigen, und erweise sich die Prognose noch während des Laufs der Kündigungsfrist als falsch, so habe der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, wenn der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Wirksamkeit der Kündigung noch keine Dispositionen getroffen habe und ihm die unveränderte Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zumutbar sei. Der 2. Senat hielt die Kündigung des Konkursverwalters im maßgeblichen Zeitpunkt des Kündigungszugangs für wirksam und stützte den Wiedereinstellungsanspruch als notwendiges Korrektiv gleichzeitig auf mehrere Rechtsgrundlagen, wobei im Vordergrund der Gedanke des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB und die verfassungsrechtliche Verankerung des Arbeitsplatzschutzes gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, aufgrund derer der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz und damit seinen sozialen Besitzstand nicht grundlos verlieren darf, stand. Da sich im konkreten Fall die klagende Arbeitnehmerin und der Betriebserwerber bereits in einem Parallelverfahren vergleichsweise dahin geeinigt haben, dass sie sich dem vorliegenden Rechtsstreit unterwerfen, ist das fortbestehende Arbeitsverhältnis schon nach § 613a Abs. 1 BGB auf den Erwerber übergegangen. Andernfalls hätte sich der 2. Senat als An-

27 Boewer, Vortrag auf der 10. Arbeitsrechtlichen Jahresarbeitstagung des DAI am 31.10.1998 in Bad Homburg, 5. Generalthema, der Wiedereinstellungsanspruch (Aussprache), 234.

28 Oberhofer, RdA 2006, 92.

29 BAG Urt. v. 27.2.1997 – 2 AZR 160/ 96, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

spruchsgrundlage auf das Verbot der Gesetzesumgehung gemäß § 613a Abs. 4 BGB berufen.

Ein zweites Mal musste der 2. Senat in seinem Urteil vom 04. Dezember 1997³⁰ über einen Wiedereinstellungsanspruch befinden. Er hielt dem Grunde nach einen Wiedereinstellungsanspruch für gegeben und bestätigte damit seine Grundsatzentscheidung vom 27. Februar 1997. Unentschieden blieb, ob ein Wiedereinstellungsanspruch nach Ablauf der Kündigungsfrist entstehen kann. Es sei jedoch problematisch, wenn nach Auslaufen der Kündigungsfrist aufgrund einer geplanten Stilllegung und damit verfolgten „personellen Sanierung“ ein Betriebsübernehmer nicht zur Wiedereinstellung verpflichtet wäre. Außerdem könne sich im Falle des Abschlusses eines gerichtlichen Vergleichs noch während der Kündigungsfrist ein Wiedereinstellungsanspruch aus dem Grundsatz der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB ergeben, weshalb der Arbeitnehmer die Abfindung zurückzahlen habe. Der dem Grunde nach bestehende Wiedereinstellungsanspruch scheiterte jedoch an der vom Arbeitgeber korrekt getroffenen sozialen Auswahl der weiter zu beschäftigenden Arbeitnehmer. Offen blieb daher, ob die Auswahlentscheidung analog § 1 Abs. 3 KSchG oder §§ 242, 315 BGB getroffen werden muss.

Die erste Entscheidung des 7. Senats, die einen Wiedereinstellungsanspruch betraf, erfolgte am 06. August 1997.³¹ Der 7. Senat verneinte hier einen Wiedereinstellungsanspruch, da die Kündigung des Arbeitgebers im maßgeblichen Zeitpunkt des Kündigungszugangs wirksam gewesen und eine anderweitige neue Beschäftigungsmöglichkeit erst nach Ablauf der Kündigungsfrist entstanden sei. Dies gelte auch, wenn zu diesem Zeitpunkt noch ein Kündigungsschutzverfahren andauere. Als Rechtsgrundlage des Wiedereinstellungsanspruchs im noch bestehenden Arbeitsverhältnis befürwortete der 7. Senat die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die als allgemeine Interessenwahrungspflicht bezeichnet wird und auf die auch der 2. Senat in seinem Urteil vom 27. Februar 1997 unter anderem abgestellt hat. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses müsse der Arbeitgeber hingegen einen besonderen Vertrauenstatbestand geschaffen haben, um einen Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers zu begründen. Keine tragfähige Rechtsgrundlage sei deshalb die nachwirkende Fürsorge-

30 BAG Urt. v. 4.12.1997– 2 AZR 140/ 97, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.

31 BAG Urt. v. 6.8.1997– 7 AZR 557/ 96, AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung.