

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung, Problemstellung, Ziel und Gang der Untersuchung	21
§ 2 Verfassungsrechtliche Ausgangsdaten des Wiedereinstellungsanspruches	27
A Der Begriff der „Wiedereinstellung“ als Verpflichtung des Arbeitgebers zum Vertragschluß	27
B Kontrahierungszwang, Privatautonomie und Vertragsfreiheit	28
C Kontrahierungszwang als Fremdkörper in der Arbeitsrechtsordnung?	30
I Eingriff in die arbeitgeberische Vertragsfreiheit durch § 78a II BetrVG	30
II Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers durch § 102 V BetrVG	31
III Einschränkung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers durch § 10 I AUG	32
IV Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers durch §§ 71 I, 77 sowie § 81 I SGB IX	33
V Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers durch § 99 BetrVG	34
VI Einschränkung der arbeitgeberischen Vertragsfreiheit nach § 613a BGB	35
VII. Eingriff in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers durch § 611a BGB	36
VIII Kontrahierungszwang als Grenzfall in einer Reihe graduell abgestufter Beschränkungen der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers	37
D Ableitung der verfassungsrechtlichen Schranke des Wiedereinstellungsanspruches aus der Grundrechtsordnung	38
I Vertragsfreiheit und Grundrechtsschutz	38
1 Kein Grundrechtsschutz der Vertragsfreiheit	39
2 Grundrechtsschutz der Vertragsfreiheit	39
II Verortung der arbeitsrechtlichen Vertragsfreiheit im Grundrechtssystem	40
III Gewährleistungen und Struktur des Grundrechts der Berufsfreiheit nach Art 12 I GG	42

IV. Der Wiedereinstellungsanspruch als Eingriff in die Berufsausübungs- oder in die Berufswahlfreiheit des Arbeitgebers?	43
V Das Übermaßverbot als verfassungsrechtliche Schranke des Wiedereinstellungsanspruches	44
E Die freie Wahl des Arbeitsplatzes als Legitimation für den Wiedereinstellungsanspruch	44
I Der Schutzbereich der Arbeitsplatzwahlfreiheit des Arbeitnehmers nach Art 12 I GG	45
II Die aus Art 12 I GG abzuleitende grundrechtliche Schutzpflicht	46
1 Entwicklung und dogmatische Herleitung der grundrechtlichen Schutzpflichten	46
a) Aus dem Verfassungstext zu entnehmende Schutzpflichten	46
b) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den grundrechtlichen Schutzpflichten	47
2 Verallgemeinerung des der Schutzpflichtenlehre zugrundeliegenden Gedankens	52
III Grundrechtliche Schutzpflicht und mittelbare Drittwirkung der Grundrechte	54
IV Der Wiedereinstellungsanspruch als Ausgestaltung der grundrechtlichen Schutzpflicht	57
F Die grundrechtliche Relevanz des Wiedereinstellungsanspruches bezüglich der Arbeitssuchenden	60
G Zwischenergebnis	63
§ 3 Anspruchsgrundlagen für den Anspruch auf Wiedereinstellung	65
A Wiedereinstellungsanspruch aus § 1004 BGB analog	65
I Das „Recht am Arbeitsplatz“ als sonstiges Recht im Sinne des § 823 I BGB	65
II Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung	67
B Der Wiedereinstellungsanspruch als Schadensersatzanspruch	68
I Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB	68
1 Das Verhältnis des § 823 I BGB zum Kündigungsschutzgesetz	68

2 Die Verletzungshandlung des Arbeitgebers	69
II Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB	70
III Anspruch auf Wiedereinstellung wegen Gefährdungshaftung des Arbeitgebers	72
IV Anspruch auf Wiedereinstellung gemäß §§ 311 II, 241 II, 280 I, 249 S 1 BGB	74
1. Die Verweigerung der Wiedereinstellung als Pflichtverletzung im Sinne des § 280 I BGB	74
2 Das Erfordernis eines „qualifizierten Vertrauensstatbestandes“	74
3 Voraussetzungen und Folgen der Sanktionierung des Abbruches von Vertragsverhandlungen	77
V Anspruch auf Wiedereinstellung gemäß §§ 241 II, 280 I BGB	82
VI Kontrahierungszwang und Naturalrestitution	83
VII Zwischenergebnis	86
C Der Wiedereinstellungsanspruch und der Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB	86
I Die Argumentation des 2. Senats des Bundesarbeitsgerichts in dem Urteil vom 27.02.1997	88
II Stellungnahme	90
1 Tatbestandliche Gesichtspunkte	90
2 Die Rechtsfolgende	100
3 Zwischenergebnis	102
III. Vertragliche Pflichten des Arbeitgebers als Grundlage für einen Wiedereinstellungsanspruch	102
1 Kritik am vorschnellen Rekurs auf „nachwirkende Pflichten“ zur Begründung des Wiedereinstellungsanspruchs	103
2 Die voneinander zu trennenden Zeiträume	105
3 Wiedereinstellungsanspruch bei Wegfall des Kündigungsgrundes während der Kündigungsfrist aufgrund „noch wirkender“ Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers	106

a) Die Interessenwahrungspflicht des Arbeitgebers und das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers	106
b) Das Bestandsinteresse als berechtigtes, der Interessenwahrungspflicht unterfallendes Interesse	108
aa) Der rechtliche Schutz des Bestandsinteresses durch das Kündigungsschutzgesetz	108
bb) Die Situation beim strukturell vergleichbaren mietrechtlichen Bestandschutz	109
cc) Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz des Kündigungsschutzgesetzes als Konkretisierung der grundrechtlichen Schutzpflicht	110
dd) Der rechtliche Schutz des Bestandsinteresses bei der betriebsbedingten, der personenbedingten und der verhaltensbedingten Kündigung	112
c) Die Grenze der Interessenwahrungspflicht	114
d) Nebenpflicht und Anspruch auf Neubegründung eines Schuldverhältnisses	115
e) Der Wiedereinstellungsanspruch als Ausprägung einer „Nebenleistungspflicht“	117
f) Zwischenergebnis	121
4 Wiedereinstellungsanspruch bei Wegfall des Kündigungsgrundes nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	122
a) Der erforderliche Rückgriff auf die Rechtsfigur der „Nachwirkung von Vertragspflichten“	122
b) Die Nachwirkung der Interessenwahrungspflicht	122
c) Nachwirkende Interessenwahrungspflicht und Neubegründung des Arbeitsverhältnisses	123
aa) Vergleich mit der Vorwirkung von Vertragspflichten	123

bb) Die „Endbezogenheit“ der Interessenwahrungspflicht und die Wertungen des Kündigungsschutzgesetzes	124
cc) Der Sonderfall der Verdachtskündigung	127
d) Zwischenergebnis	133
5. Dispositionsschutz, Informations- und Entschädigungspflicht	134
a) Wiedereinstellungsanspruch und Dispositionsschutzvorbehalt	134
aa) Grundsätzliche Anerkennung eines Dispositionsschutzvorbehalts	135
bb) Die konkrete Ausgestaltung des Dispositionsschutzvorbehalts	137
b) Die Pflicht des Arbeitgebers zur Information über den Wegfall des Kündigungsgrundes	140
c) Rechtsfolgen im Zusammenhang mit dem Dispositionsschutzvorbehalt	143
aa) Die Situation bei einem Eingreifen des Dispositionsschutzvorbehalts	143
(1) Eingreifen des Dispositionsschutzvorbehalts und Bestand des Wiedereinstellungsanspruches	143
(2) Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers	144
bb) Die Situation bei einem Nicht-Eingreifen des Dispositionsschutzvorbehalts	148
d) Zwischenergebnis	152
D § 613a BGB als spezielle Grundlage für einen Wiedereinstellungsanspruch im Falle eines Betriebsübergangs	152
I Die Wirksamkeit von Kündigungen im Vorfeld eines Betriebsübergangs	153
1 Die Kündigung im Hinblick auf einen Betriebsübergang	153

2. Die Kündigung mit sich zufällig anschließendem Betriebsübergang	154
II Das Ergebnis einer wörtlichen Auslegung des § 613a BGB im Falle einer beabsichtigten Stilllegung mit unerwartetem Betriebsübergang	154
III. Der Ansatz des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts	155
IV Kritik an der richtlinienkonformen Auslegung des § 613a BGB zur Begründung eines Wiedereinstellungsanspruchs	156
V. Teleologische Extension des § 613a BGB als Grundlage eines Wiedereinstellungsanspruchs	161
1. Begriff und Voraussetzungen der teleologischen Extension sowie deren Abgrenzung zur Analogie	162
2 Die Regelungslücke als Voraussetzung einer teleologischen Extension des § 613a BGB	162
a) Keine Regelungslücke bei Betriebsübergang vor Ablauf der Kündigungsfrist	163
b) Regelungslücke bei Betriebsübergang nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses	165
3. Zeitliche Grenze für die Entstehung des auf eine teleologische Extension des § 613a BGB gestützten Wiedereinstellungsanspruchs	169
VI. Dispositionsschutzvorbehalt beim Wiedereinstellungsanspruch nach Betriebsübergang	170
1. Betriebsübergang vor Ablauf der Kündigungsfrist	171
2. Betriebsübergang nach Ablauf der Kündigungsfrist	172
VII. Zwischenergebnis	174
E. Die tarifvertragliche Wiedereinstellungsklausel	175
I. Historischer Rückblick: Die tarifvertragliche Wiedereinstellungsklausel nach Arbeitskämpfen während der Geltung der Tarifvertrags-Verordnung vom 23.12.1918	175
II. Die tarifvertragliche Wiedereinstellungsklausel nach dem Tarifvertragsgesetz	177
1 Korrektur des Rechtszustandes durch das Tarifvertragsgesetz	177

2. Einordnung der Wiedereinstellungsklausel in das System der tarifvertraglichen Regelungstypen	180
a) Die Wiedereinstellungsklausel als Abschlußnorm im Sinne der §§ 1 I, 4 I TVG	180
b) Die tarifliche Wiedereinstellungsklausel als „Doppelnorm“	181
3. Inhaltliche Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien bei Vereinbarung einer Wiedereinstellungsklausel	182
III. Zwischenergebnis	185
F. Die Wiedereinstellungsklausel in Betriebsvereinbarungen	186
I. Die Wiedereinstellungsklausel als zulässiger Regelungsgegenstand einer freiwilligen Betriebsvereinbarung	186
1. Abgrenzung nach der „funktionellen Zuständigkeit“ des Betriebsrates	187
2. Abgrenzung nach § 77 III BetrVG	188
II. Vorrang des Tarifvertrages und der Tarifüblichkeit nach § 77 III BetrVG	188
III. Die normative Wirkung der die Wiedereinstellung regelnden Betriebsvereinbarung	190
IV. Zwischenergebnis	191
G. Anspruch auf Wiedereinstellung aufgrund betrieblicher Übung	192
I. Der Begriff der betrieblichen Übung und seine möglichen Erscheinungsformen hinsichtlich der Wiedereinstellung	192
II. Die dogmatische Herleitung der betrieblichen Übung	193
III. Die Wiedereinstellung als möglicher Gegenstand einer betrieblichen Übung	196
IV. Zwischenergebnis	201
H. Wiedereinstellungsanspruch aufgrund des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	201
I. Dogmatische Fundierung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes	202
II. Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für die Ausübung des Kündigungsrechts	203

III. Das Erfordernis eines Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindenden rechtlichen Bandes	205
IV. Zwischenergebnis	207
J Individualvertragliche Wiedereinstellungsvereinbarung	207
I. Der Antrag des Arbeitgebers	207
1 Das Erfordernis eines Rechtsbindungswillens	207
2. Der Inhalt der Erklärung	209
II. Die Annahme des Antrages durch den Arbeitnehmer	211
III. Die Wiedereinstellungsvereinbarung beim Aufhebungsvertrag	212
IV. Die Wiedereinstellungszusage als zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung einer Kündigung bzw Befristung	214
V. Lösung von der Bindung der Wiedereinstellungsvereinbarung	216
1 Kündigung der Wiedereinstellungsvereinbarung	216
2 Rücktritt von der Wiedereinstellungsvereinbarung aufgrund Rücktrittsvorbehaltes	217
3 Rücktritt von der Wiedereinstellungsvereinbarung aus § 313 III S 1 BGB	217
VI. Zwischenergebnis	220
§ 4 Entstehung, Fälligkeit und Inhalt des Wiedereinstellungsanspruches	221
A Entstehung und Fälligkeit des Wiedereinstellungsanspruches	221
B Inhalt des Wiedereinstellungsanspruches	225
I. Das Erfordernis der Neubegründung des Arbeitsverhältnisses durch Neuabschluß eines Arbeitsvertrages	225
II. Der Inhalt des neu zu begründenden Arbeitsverhältnisses	229
1. Abschluß des neuen Arbeitsvertrages zu den Bedingungen des bisherigen Arbeitsvertrages	229
2. Neubegründung des Arbeitsverhältnisses mit den bis zur Beendigung des bisherigen Arbeitsverhältnisses erworbenen sozialen Besitzständen	230
a) Im bisherigen Arbeitsverhältnis erfüllte Wartezeiten als soziale Besitzstände	231

b) Der im bisherigen Arbeitsverhältnis erworbene Dispositionsschutz gemäß § 622 II BGB als sozialer Besitzstand	233
c) Soziale Besitzstände im Bereich der betrieblichen Altersversorgung	234
3. Anspruch auf befristete Wiedereinstellung	234
C. Zwischenergebnis	238
§ 5 Rechtliche Wirkungen der Wiederbegründung des Arbeitsverhältnisses	241
A. Zeitpunkt der Wiederbegründung der vertraglichen Pflichten	241
I. Rückwirkende Wiederbegründung beziehungsweise Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses	242
II. Wiederbegründung der vertraglichen Pflichten mit ex nunc Wirkung	251
B. Die Lückenschließung hinsichtlich des Unterbrechungszeitraums	252
I. Orientierung an der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Anrechnung früherer Arbeitsverhältnisse auf die Wartezeit des § 1 I KSchG bezüglich der Berücksichtigung des Unterbrechungszeitraums als Betriebszugehörigkeit	253
II. Schadensersatzrechtliche Lückenschließung	254
1. Rechtsgrundlage für die schadensersatzrechtliche Lückenschließung	255
2. Art, Inhalt und Umfang des vom Arbeitgeber zu leistenden Schadensersatzes	257
a) Der infolge der Vertragsverweigerung entgangene Arbeitsverdienst	258
b) Wertmindernde Positionen im Bereich der betrieblichen Altersversorgung	258
c) Wertmindernde Positionen im Bereich des Urlaubsrechts	261
d) Wertmindernde Positionen im Bereich des Sozialversicherungsrechts	264
aa) Vermögensminderung bei der gesetzlichen Rentenversicherung, SGB VI	264

bb) Vermögensminderung im Rahmen der gesetzlichen Unfallversicherung	268
cc) Vermögensminderung im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung	270
dd) Vermögensminderung bei der sozialen Pflegeversicherung	272
ee) Vermögensminderung bezüglich arbeitsförderungsrechtlicher Leistungen	272
C. Zwischenergebnis	275
§ 6 Konkurrierende Wiedereinstellungsansprüche	277
A. Überblick	277
B. Das Meinungsspektrum hinsichtlich der Frage einer rechtlichen Bindung des Arbeitgebers bei der Auswahlentscheidung	278
C. Stellungnahme	279
I. Freies Ermessen des Arbeitgebers bei der Auswahlentscheidung	279
II. Rechtliche Bindung des Arbeitgebers gemäß §§ 315 I, 242 oder nach § 1 III KSchG analog?	281
III. Der auswahlrelevante Personenkreis	286
D. Zwischenergebnis	289
§ 7 Zeitliche Schranke für die Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs	291
A. Analoge Anwendung der §§ 4, 7 KSchG	292
B. Verwirkung	298
C. Der Wiedereinstellungsanspruch als fristgebundene Rechtsposition beim Betriebsübergang	301
D. Zwischenergebnis	305
§ 8 Prozessuale Behandlung des Wiedereinstellungsanspruchs	307
A. Formulierung und Inhalt des Klageantrags	307
I. Leistungsantrag auf Abgabe einer Annahmeerklärung	307
II. Möglichkeit einer auf Erfüllung der Hauptpflichten aus dem zu begründenden Arbeitsverhältnis gerichteten Klage	309
1. Problemstellung	309
2. Parallelproblematik im bisherigen kaufrechtlichen Gewährleistungsrecht	310

3. Übertragung der „modifizierten Vertragstheorie“ auf die Wiedereinstellungsproblematik	312
4. Parallelproblematik beim Vorvertrag	312
5. Übertragung auf die Wiedereinstellungsproblematik	313
B. Das Verhältnis zwischen Wiedereinstellungsklage und Kündigungsschutzklage	314
I. Möglichkeit einer „isolierten“ Wiedereinstellungsklage	314
II. Wiedereinstellung nach rechtskräftiger Abweisung der Kündigungsschutzklage	315
III. Möglichkeit der Verbindung von Kündigungsschutz- und Wiedereinstellungsklage	317
1. Anfängliche Eventualklagenhäufung	318
2. Erfordernis eines ausdrücklich gestellten Wiedereinstellungsantrags	319
3. Nachträgliche Eventualklagenhäufung	322
C. Passivlegitimation	325
D. Die Darlegungs- und Beweislast im Wiedereinstellungsprozeß	326
I. Die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers	327
II. Erleichterungen hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitnehmers	328
III. Die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers	332
E. Streitwert und Kosten des Wiedereinstellungsverfahrens	334
F. Zwischenergebnis	337
§ 9 Möglichkeit einer vorsorglichen Kündigung des im Rahmen der Wiedereinstellung neu zu begründenden Arbeitsverhältnisses	339
A. Die Interessenlage auf seiten des Arbeitgebers	339
B. Bedingungsfeindlichkeit der Kündigung	340
C. Möglichkeit der Kündigung eines rechtlich noch nicht existenten Arbeitsverhältnisses	341
I. Rückgriff auf die übrigen unter dem Stichwort der vorsorglichen Kündigung diskutierten Fallgestaltungen	341
II. Vergleich mit einer ordentlichen Kündigung vor Dienstantritt	342
D. Zwischenergebnis	343

§ 10 Die Wiedereinstellung des Arbeitnehmers und die Beteiligung des Betriebsrats	345
A. Die Wiedereinstellung als Einstellung im Sinne des § 99 BetrVG	345
B. Die Beteiligung des Betriebsrates bei der Wiedereinstellung und der Telos des § 99 BetrVG	346
I. Vergleichbarkeit mit der „Rücknahme“ einer Kündigung	346
II. Vergleichbarkeit mit den Fällen der Verlängerung einer Befristung	347
III. Mitbestimmung des Betriebsrates und Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers	348
IV. Beteiligung des Betriebsrates bei konkurrierenden Wiedereinstellungsansprüchen	350
C. Zwischenergebnis	350
§ 11 Der Wiedereinstellungsanspruch in der Insolvenz	351
A. Die Auswirkungen der Insolvenz des Arbeitgebers auf die Arbeitsverhältnisse	351
B. Die Vereinbarkeit des Wiedereinstellungsanspruches mit § 113 II InsO	352
C. Die Vereinbarkeit des Wiedereinstellungsanspruches mit §§ 125 bis 127 InsO	354
D. Die Auswirkung europarechtlicher Vorgaben auf den Wiedereinstellungsanspruch wegen eines Betriebsübergangs in der Insolvenz	357
I. Der Ansatz des 8. Senats des Bundesarbeitsgerichts	357
II. Übergehende Interessenwahrungspflicht und teleologische Extension als Rechtsgrundlage für den Wiedereinstellungsanspruch im Falle eines Betriebsübergangs	358
E. Zwischenergebnis	360
§ 12 Der Wiedereinstellungsanspruch und andere Beendigungstatbestände	361
A. Wiedereinstellungsanspruch nach Aufhebungsvertrag aus § 313 BGB	361
I. Die Tatbestandsseite	362
II. Die Rechtsfolgenseite	365
III. Übertragbarkeit der Konzeption für den Wiedereinstellungsanspruch nach Kündigung auf den Beendigungstatbestand des Aufhebungsvertrages	366

B Wiedereinstellungsanspruch und Eigenkündigung des Arbeitnehmers	370
C. Wiedereinstellungsanspruch und Befristung	372
D. Wiedereinstellungsanspruch und Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 KSchG	374
E. Zwischenergebnis	375
§ 13 Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	377
A. Verfassungsrechtliche Ausgangsdaten des Wiedereinstellungsanspruches	377
B. Grundlagen für den Anspruch auf Wiedereinstellung	377
C Entstehung, Fälligkeit und Inhalt des Wiedereinstellungsanspruches	379
D. Rechtliche Wirkungen der Wiederbegründung des Arbeitsverhältnisses	380
E Konkurrierende Wiedereinstellungsansprüche	380
F. Zeitliche Schranke für die Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruches	380
G. Prozessuale Behandlung des Wiedereinstellungsanspruches	380
H. Möglichkeit einer vorsorglichen Kündigung des im Rahmen der Wiedereinstellung neu zu begründenden Arbeitsverhältnisses	381
J. Die Wiedereinstellung des Arbeitnehmers und die Beteiligung des Betriebsrats	382
K. Der Wiedereinstellungsanspruch in der Insolvenz	382
L. Der Wiedereinstellungsanspruch und andere Beendigungstatbestände	382
Literaturverzeichnis	383