

Der Wiedereinstellungsanspruch

A. Problemstellung

Nicht nur vergangene Ereignisse können die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen, sondern auch die zu erwartenden Auswirkungen vergangener oder gegenwärtiger Tatsachen und Geschehnisse auf die Zukunft sind anerkannte Kündigungsgründe.

Nach dem Wortlaut des § 1 II 1 KschG ist eine Kündigung nur dann gerechtfertigt, wenn bestimmte Gründe „einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen“.

Der Gesetzgeber verlangt also, daß es für die Wirksamkeit einer arbeitgeberseitigen Kündigung darauf ankommt, daß eine störungsfreie Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht erwartet werden kann.

Jede Kündigung eines Arbeitsverhältnisses enthält also eine Prognoseentscheidung des Arbeitgebers.

Daß sich solche Prognosen nachträglich als falsch herausstellen können, indem sich die kündigungsbegründenden Umstände noch während des Laufs der Kündigungsfrist oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ändern, ist keineswegs neu oder ungewöhnlich.

So kann sich beispielsweise bei einer betriebsbedingten Kündigung die wirtschaftliche Lage des Unternehmens durch unerwartete Aufträge wieder wesentlich verbessern oder bei einer krankheitsbedingten Kündigung kann der Arbeitnehmer unerwartet wieder völlig genesen.

Fraglich ist aber, welche rechtlichen Auswirkungen derartige Fehlprognosen des Arbeitgebers haben. Insbesondere drängen sich in diesen Fällen zwei Fragen auf:

- Können die nachträglich veränderten Umstände in einem vom Arbeitnehmer gegebenenfalls angestrebten Kündigungsschutzprozeß berücksichtigt werden und damit zum Erfolg der Kündigungsschutzklage führen?

- Wenn nicht, steht dann dem Arbeitnehmer ein Wiedereinstellungsanspruch gegen den Arbeitgeber zu?

Der Schwerpunkt der Diskussion soll jedoch in der Beantwortung der zweiten Frage liegen, da die erste Frage allgemein verneint wird.

Die Kündigung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die nach § 130 I BGB in dem Zeitpunkt wirksam wird, in dem sie dem Erklärungsadressaten zugeht.

Dementsprechend geht das Bundesarbeitsgericht (BAG) in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß für die Beurteilung der Wirksamkeit einer Kündigung der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung maßgeblich ist. Dies ist auch die in der Literatur überwiegend vertretene Meinung.

Es kommt also nur darauf an, daß die Kündigungsgründe zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Arbeitnehmer vorgelegen haben.

Das bedeutet, daß im Kündigungsschutzprozeß eine nachträgliche Veränderung der kündigungsbegründenden Umstände grundsätzlich nicht berücksichtigt werden kann.

Später eintretende Umstände beeinflussen die Wirksamkeit einer Kündigung also nicht.

Eine vom Arbeitnehmer aus diesen Gründen angestrebte Kündigungsschutzklage hätte keine Aussicht auf Erfolg.

Der Arbeitgeber könnte nun ohne jede Rücksichtnahme billigere, jüngere und sozial stärkere Arbeitnehmer anstatt der bisherigen einstellen.

Diese Lösung, das Arbeitsverhältnis als auf Dauer beendet anzusehen, mag dem Rechtsgefühl widersprechen.

Das wirft die Frage auf, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der wirksam gekündigte Arbeitnehmer einen Wiedereinstellungsanspruch hat.

Ein solcher könnte ein notwendiges Korrektiv dafür darstellen, daß die Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit bei der Prüfung des

Kündigungsgrundes allein auf den Kündigungszugang abstellt und schon eine Kündigung aufgrund einer Prognoseentscheidung zuläßt.

B. Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers

Beim Wiedereinstellungsanspruch handelt es sich um den Anspruch eines Arbeitnehmers, dessen früheres Arbeitsverhältnis wirksam gekündigt wurde, gegen seinen früheren Arbeitgeber auf Annahme des in dem Wiedereinstellungsbegehren liegenden Angebots zum Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages zu den alten Bedingungen.

Teilweise wird der Wiedereinstellungsanspruch auch Fortsetzungs- oder Weiterbeschäftigungsanspruch genannt, was vor allem dann vertretbar erscheint, wenn sich die Umstände noch während des Laufs der Kündigungsfrist ändern, wenn das Arbeitsverhältnis also noch besteht.

Im folgenden wird jedoch die Bezeichnung Wiedereinstellungsanspruch verwendet.

Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit können Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vertraglich vereinbaren, daß unter bestimmten Voraussetzungen die Wiedereinstellung gewollt wird, sollten z.B. die Kündigungsgründe nachträglich wegfallen. In solchen Fällen wäre ein vertraglicher Wiedereinstellungsanspruch gegeben.

Außerdem gibt es zahlreiche Tarifverträge, die Wiedereinstellungsansprüche von Arbeitnehmern begründen, wobei in solchen Fällen zunächst zu prüfen ist, ob der einschlägige Tarifvertrag auf das betreffende Arbeitsverhältnis Anwendung findet.

Im folgenden soll jedoch untersucht werden, inwieweit ein Wiedereinstellungsanspruch gewährt werden kann, wenn keine vertraglichen oder tariflichen Regelungen bestehen.

Teilweise wird die Existenz eines Wiedereinstellungsanspruchs grundsätzlich verneint, weil es an einer entsprechenden Anspruchsgrundlage mangelt. Schließlich hat der Gesetzgeber einen

solchen Wiedereinstellungsanspruch nicht einmal ansatzweise vorgesehen.

Die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur bejaht jedoch einen Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, wenn die ursprüngliche Prognoseentscheidung sich später als unzutreffend herausstellt.

Uneinigkeit besteht vor allem über eine dogmatische Begründung.

Das BAG hat bisher die Existenz eines generellen Wiedereinstellungsanspruchs nach Wegfall der Kündigungsgründe offengelassen und lediglich in Einzelfällen entschieden.

I. Mögliche Anspruchsgrundlagen für einen generellen Wiedereinstellungsanspruch

1. § 1004 BGB

In der Literatur wird vereinzelt der Standpunkt vertreten, daß sich ein Wiedereinstellungsanspruch aus einer analogen Anwendung des § 1004 BGB herleiten lasse. Dies ergebe sich daraus, daß das Recht am Arbeitsplatz eine zunehmende Aufwertung im Sinne eines absoluten Rechts gefunden habe und der Arbeitgeber aufgrund des § 1004 BGB auch ohne Schuldvorwurf zu einer Beseitigung dieser Fortwirkenden Beeinträchtigung durch eine Wiedereinstellung verpflichtet sei.

Ob ein Recht am Arbeitsplatz ein solches absolut geschütztes Recht ist, ist sehr umstritten und kann hier offengelassen werden, da es an einer anderen Voraussetzung des § 1004 BGB fehlt.

Erforderlich ist nämlich außerdem, daß der beeinträchtigende Zustand rechtswidrig ist.

Der durch eine wirksame Kündigung geschaffene Rechtszustand ist aber rechtmäßig und nicht rechtswidrig.

§ 1004 BGB ist folglich als Rechtsgrundlage für einen Wiedereinstellungsanspruch nicht geeignet.

2. Gleichbehandlungsgrundsatz

Ein Wiedereinstellungsanspruch, der aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz begründet wird, schließt sich in Fällen einer verhaltens- oder krankheitsbedingten Kündigung, sowie bei der Verdachtskündigung, bei denen stets nur einzelnen Arbeitnehmern gekündigt wurde, aus Gründen der Logik von selbst aus.

Er kommt also von vornherein nur für die Fälle einer betriebsbedingten Kündigung in Betracht, bei der mehreren Arbeitnehmern gekündigt wurde und mehrere vergleichbare Arbeitnehmer wieder eingestellt wurden.

Doch auch für diesen Fall ist der Gleichbehandlungsgrundsatz keine taugliche Anspruchsgrundlage für einen generellen Wiedereinstellungsanspruch.

Nach der Rechtsprechung des BAG kann der Gleichbehandlungsgrundsatz zwar eine Rechtsgrundlage für einen Wiedereinstellungsanspruch darstellen. Demnach muß der Arbeitgeber alle anderen vergleichbaren Arbeitnehmer wiedereingestellt haben, damit sich der Arbeitnehmer auf den Gleichbehandlungsgrundsatz berufen kann.

Dem ist zu folgen, wenn die Kündigungsgründe noch während des Lauf der Kündigungsfrist wegfallen.

Nach Ablauf der Kündigungsfrist gilt dies nicht mehr, da dem Arbeitgeber die Gleichbehandlungspflicht nur dann obliegt, und somit nur dann Ansprüche aus ihr erwachsen können, wenn ein Arbeitsverhältnis noch besteht, nicht mehr nach Beendigung der Rechtsbeziehung.

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz also nur in dem speziellen Fall einer betriebsbedingten Kündigung ergeben, bei der mehrere Arbeitnehmer entlassen wurden und nach Wegfall der kündigungsbegründenden Umstände - während die Kündigungsfrist noch läuft - alle anderen vergleichbaren Arbeitnehmer wiedereingestellt wurden.

Als Anspruchsgrundlage für einen generellen Wiedereinstellungsanspruch kann der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht dienen.

3. § 242 BGB

a) Vertrauenshaftung

Vertrauenstatbestände können zur Erzeugung von vertraglichen Hauptpflichten führen.

In der Literatur wird vereinzelt die Ansicht vertreten, es bestehe ein schutzwertes Vertrauen des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz nur dann zu verlieren, wenn die Kündigungsgründe für die Zukunft Bestand haben.

Zwar mag im Einzelfall eine solche einen Vertrauenstatbestand schaffende, vom Arbeitgeber veranlaßte oder bestätigte Erwartung des Arbeitnehmers bestehen, die einen Wiedereinstellungsanspruch begründen kann. Mit der Kündigung allein, mit der er einzig und allein ein Gestaltungsrecht ausübt, schafft der Arbeitgeber noch keinen Vertrauenstatbestand.

Es würde zu weit führen, diesen schlichten Rechtsakt als Auslöser eines so weit reichenden Vertrauens des Arbeitnehmers anzusehen.

Begründet der Arbeitgeber jedoch - z.B. mit der Aussage „Unter anderen Umständen hätten wir Sie natürlich nicht entlassen!“ - einen Vertrauenstatbestand, dann ist dieses Vertrauen schutzwürdig und dem Arbeitnehmer kann ein Wiedereinstellungsanspruch zuerkannt werden.

Ein solches Vertrauen muß aber der Arbeitgeber zurechenbar hervorgerufen haben, ausdrücklich oder konkludent.

Im Fall, den das BAG am 29.01.1987 zugunsten des Arbeitnehmers entschieden hat, hatte der Arbeitgeber durch zehnmalige Wiedereinstellung und Zahlung von Weihnachtsgeld in der Hoffnung auf gute Zusammenarbeit im nächsten Jahr ein schutzwürdiges Vertrauen beim Arbeitnehmer hervorgerufen.

Dabei handelt es sich aber um einen besonders gelagerten Fall, der die Frage nach einem generellen Wiedereinstellungsanspruch nicht berührt.

Mit der Vertrauenshaftung läßt sich folglich kein genereller Wiedereinstellungsanspruch begründen.

b) Verbot des Rechtsmißbrauchs und *venire contra factum proprium*

Ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers wird auch darauf gestützt, daß eine Berufung des Arbeitgebers auf die Kündigung und somit eine Verweigerung der Wiedereinstellung, obwohl die Kündigungsgründe weggefallen sind, ein widersprüchliches Verhalten darstellen würde und als rechtsmißbräuchlich zu qualifizieren sei.

Auch das BAG schließt sich dieser Meinung an.

Das Recht, aufgrund einer Prognose über die weitere betriebliche Entwicklung Kündigungen auszusprechen wird dem Arbeitgeber nur in seinem eigenen Interesse eingeräumt, damit er alle Kündigungsfristen einhalten kann und die sonst fälligen Annahmeverzugslöhne spart.

Diese Interessenlage verkehre sich aber in ihr Gegenteil, wenn sich herausstelle, daß sich der Arbeitgeber in seiner Prognose geirrt habe.

Dann fehle es an einem schutzwerten Interesse des Arbeitgebers.

Ein Arbeitgeber, der ohne schutzwertes Interesse auch nach Wegfall des Kündigungsgrundes auf seiner Kündigung beharrt, handele rechtsmißbräuchlich. Dieser Ansicht ist nicht zu folgen.

Der Gesetzgeber hat dem geltenden Kündigungsrecht, wie oben dargelegt, das Prognoseprinzip zugrundegelegt.

Da aber niemand die Zukunft hundertprozentig vorhersagen kann, ist es jeder Prognose eigen, daß sie sich in der Nachbetrachtung als falsch herausstellen kann.

Würde man es als rechtsmißbräuchlich ansehen, wenn der Arbeitgeber sich auf die wirksame Kündigung beruft, würde ihm dies letztlich die eingeräumte Prognosemöglichkeit wieder nehmen.

Dadurch würde ein wesentliches Prinzip des Kündigungsrechtes in Frage gestellt.

Da der Gesetzgeber dem Arbeitgeber aber nun einmal die Prognosemöglichkeit eingeräumt hat, würde es der gesetzlichen Regelung zuwiderlaufen, ihm diese wieder zu nehmen, indem man die Weigerung, den Arbeitnehmer wiedereinzustellen, als widersprüchliches Verhalten und damit rechtsmißbräuchlich bezeichnet.

Der Arbeitgeber braucht sich auch nicht auf die Wirksamkeit der Kündigung berufen oder auf ihr zu beharren. Ist dem Arbeitnehmer eine wirksame Kündigung zugegangen, so tritt die Beendigung des Arbeitsverhältnisses unabhängig von der weiteren Entwicklung der Umstände ein. Der Arbeitgeber ist nicht einmal ohne weiteres in der Lage, die Kündigung nach ihrem Zugang zurückzunehmen, weil durch die Ausübung eines Gestaltungsrechts eine neue Rechtslage geschaffen wurde. Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den Beendigungszeitpunkt hinaus setzt vielmehr eine Einigung der Parteien voraus.

Mit der Argumentation, der Arbeitgeber dürfe sich nicht auf die Wirksamkeit der Kündigung berufen, würde lediglich über einen Umweg doch wieder der Beurteilungszeitpunkt für die Wirksamkeit der Kündigung nach hinten verschoben und es würden Gründe zur Beurteilung herangezogen, die erst nach Zugang der Kündigung entstanden sind. Dies ist jedoch nicht zulässig.

Ein genereller Wiedereinstellungsanspruch läßt sich demnach nicht aus dem Verbot des rechtsmißbräuchlichen Handelns oder dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* herleiten.

c) Nachwirkende Fürsorgepflicht

Teilweise wird in der Rechtsprechung ein Wiedereinstellungsanspruch aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hergeleitet, die ihre gesetzliche Grundlage ebenfalls in § 242 BGB hat.

Die unter dem Begriff der Fürsorgepflicht zusammengefaßten Schutzpflichten des Arbeitgebers können nach überwiegender Meinung das Arbeitsverhältnis überdauern.

Auch der Gesetzgeber geht davon aus, daß es nachwirkende Vertragspflichten gibt, wenn er in § 2 I Nr. 3 c ArbGG die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Streitigkeiten aus Nachwirkungen eines Arbeitsverhältnisses begründet.

Hambitzer hält die nachwirkende Fürsorgepflicht für geeignet, einen generellen, von Einzelfallgründen unabhängigen Wiedereinstellungsanspruch zu begründen.

Aufgrund dieser Fürsorgepflicht hätte bei allen schuldrechtlichen Verträgen jeder Vertragsteil dafür Sorge zu tragen, daß dem Vertragspartner keine Nachteile für die Zeit nach Beendigung des Vertrages erwachsen.

Im Arbeitsverhältnis, das „durch die ihm immanente soziale Komponente stärker als andere Vertragstypen des Bürgerlichen Rechts geprägt ist“, müßten die nachwirkenden Pflichten umso mehr ins Gewicht fallen, so daß sich bei nachträglichem Wegfall der Kündigungsgründe eine nachvertragliche Pflicht zur Wiedereinstellung des Arbeitnehmers ergebe.

Hambitzer verlangt als Voraussetzung für eine solche Pflicht allerdings, daß der Arbeitnehmer seine Entlassung unter keinem Gesichtspunkt zu verantworten hatte.

Preis hält die dem Arbeitsverhältnis „immanente soziale Komponente“ als Begründung für eine Wiedereinstellungspflicht aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht für unzureichend.

Auch sonst stößt die Begründung eines Wiedereinstellungsanspruchs mit der nachwirkenden Fürsorgepflicht überwiegend auf Ablehnung.

Die Argumentation lautet, daß die nachwirkende Fürsorgepflicht in erster Linie zur Abwicklung des beendeten Arbeitsverhältnisses dient und eine ungestörte Beendigung der vertraglichen Beziehungen der Parteien absichern soll.

Sie betrifft also nur Nebenpflichten.

Aus solchen bloßen Nebenpflichten können keine Hauptpflichten eines Vertrages und somit kein neues Arbeitsverhältnis entstehen.

Die letztgenannte Ansicht ist im Ergebnis zutreffend.

Vom Stein begründet dies auch mit der Aussage, daß Pflichten, die nur der Erhaltung des von den Parteien erlangten dienen, keine Basis für ein neues Erfüllungsinteresse der Parteien sein können.

Die nachwirkende Fürsorgepflicht ist somit als Grundlage eines Wiedereinstellungsanspruchs ungeeignet.

4. Ergebnis

Für einen generellen Wiedereinstellungsanspruch läßt sich im geltenden deutschen Recht keine Anspruchsgrundlage finden.

Es bietet sich also an, die Voraussetzungen eines Wiedereinstellungsanspruchs des Arbeitnehmers in jeder einzelnen Fallgruppe zu untersuchen.

II. Der Wiedereinstellungsanspruch in Einzelfallgruppen

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann in mehreren Einzelfallgruppen entstehen.

So ist ein Wiedereinstellungsanspruch im Anschluß an eine betriebsbedingte Kündigung ebenso denkbar wie nach einer krankheitsbedingten oder Verdachtskündigung.

Erste Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist, daß ein Bestandsschutz für das gekündigte Arbeitsverhältnis besteht.

Dies kann entweder durch allgemeinen Kündigungsschutz nach dem KSchG oder durch besonderen Bestandsschutz wie etwa für Betriebsratsmitglieder nach § 15 I KSchG gegeben sein.

War das Arbeitsverhältnis vom Arbeitgeber jederzeit fristgemäß kündbar, kann er eine Wiedereinstellung ablehnen.

Voraussetzung für einen Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers ist weiterhin, daß der Arbeitgeber im Hinblick auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch keine Dispositionen

getroffen hat, etwa in gutem Glauben an den Bestand der Kündigung den Arbeitsplatz neu besetzt hat.

Die Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers endet aber, sobald ihm die Voraussetzungen des Wiedereinstellungsanspruchs bekannt sind.

1. Betriebsbedingte Kündigung

Eine arbeitgeberseitige Kündigung ist nach Maßgabe des § 1 II 1 KSchG u.a. dann sozial gerechtfertigt, wenn sie durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

Diese legislative Grundentscheidung hat zur Folge, daß das Bestandsschutzinteresse des einzelnen Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz dann zurücktreten muß, wenn die betrieblichen Verhältnisse einen Personalabbau erforderlich machen.

Bei der betriebsbedingten Kündigung erfährt der Kündigungsschutz somit eine erhebliche Einschränkung durch das Prinzip der freien Unternehmerentscheidung.

Der Arbeitgeber kann bereits dann die Kündigung aussprechen, wenn für ihn abzusehen ist, daß zum Ende der Kündigungsfrist eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer nicht mehr vorhanden sein wird.

Könnte der Arbeitgeber erst mit deren endgültigem Verlust kündigen, hätte er während der dann laufenden Kündigungsfrist dem Arbeitnehmer einen Verzugslohn zu zahlen, ohne die Arbeitsleistung verwerten zu können. Das ist jedoch nicht der Sinn einer Kündigungsfrist, der vielmehr darin besteht, daß sich der Arbeitnehmer rechtzeitig um einen anderen Arbeitsplatz kümmern kann.

Der Arbeitgeber kann also bei der betriebsbedingten Kündigung aufgrund einer Prognose kündigen.

Fraglich ist nun, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer einen Wiedereinstellungsanspruch hat, wenn sich diese Prognose als falsch herausstellt.

Grundvoraussetzung ist eine fort- oder wiederbestehende Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer.

Diese Voraussetzung ist bei der betriebsbedingten Kündigung stets erfüllt, denn wenn der Kündigungsgrund wegfällt bedeutet dies in solchen Fällen gerade, daß die Beschäftigungsmöglichkeit wieder entsteht.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz kommt wie oben dargelegt nur in Betracht, wenn mehrere Arbeitnehmer entlassen und dann alle anderen vergleichbaren Arbeitnehmer wiedereingestellt wurden.

Auch auf die Vertrauenshaftung kann der Anspruch nicht grundsätzlich, sondern nur in Ausnahmefällen gestützt werden, da es eine pure Fiktion bedeuteten würde, bei jeder Kündigung zu unterstellen, der Kündigende setze den Vertrauenstatbestand, diese nachträglich aufzuheben, wenn sich der Kündigungsgrund erledigt.

Sichert der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer dies allerdings ausdrücklich oder konkludent, jedenfalls aber zurechenbar, zu, dann ist dem Arbeitnehmer ein Wiedereinstellungsanspruch aus der Vertrauenshaftung, gestützt auf § 242 BGB, zuzuerkennen.

Alle anderen diskutierten möglichen Rechtsgrundlagen, wie das von *Wank* vertretene Verbot des Rechtsmißbrauchs in der Gestalt des *venire contra factum proprium* und die nachwirkende Fürsorgepflicht vermögen es wie oben dargelegt nicht, einen Wiedereinstellungsanspruch zu begründen.

2. Sonderfall der Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung des Betriebs und anschließend unvorhergesehenem Betriebsübergang

Die Stilllegung des gesamten Betriebs zählt zu den dringenden betrieblichen Erfordernissen, die die soziale Rechtfertigung einer Kündigung gemäß § 1 II 1 KSchG begründen können.

Unter Betriebsstilllegung ist die Auflösung der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehenden Betriebs- und Produktionsgemeinschaft zu verstehen, die ihren unmittelbaren Ausdruck darin findet, daß der Arbeitgeber die bisherige

wirtschaftliche Betätigung in der ernstlichen Absicht einstellt, den bisherigen Betriebszweck dauernd nicht weiterzuverfolgen.

Er ist jedoch nicht gehalten, erst nach Durchführung der Stilllegung zu kündigen. Eine Kündigung wegen beabsichtigter Stilllegung ist ebenfalls möglich.

Eine solche enthält dann eine Prognose, die davon ausgeht, daß zum Zeitpunkt des Kündigungstermins ein die Entlassung erforderlich machender betrieblicher Grund gegeben sein wird und bis dahin keine greifbare Möglichkeit einer Betriebsveräußerung besteht.

Der Arbeitgeber muß ernsthaft und endgültig zur Betriebsstillegung entschlossen sein.

Dies ist anzunehmen, wenn zum Beispiel der Arbeitgeber die zu einer Auflösung der Betriebs- und Produktionsgemeinschaft führenden Maßnahmen einleitet.

Fraglich ist nun, ob ein Arbeitnehmer, dem wegen beabsichtigter Betriebsstillegung gekündigt wurde einen Wiedereinstellungsanspruch hat, wenn überraschend doch noch eine Betriebsveräußerung erfolgt.

§ 613 a I BGB verwirklicht den Schutz von Arbeitsverhältnissen durch ihren gesetzlichen Übergang auf den Erwerber eines Betriebs, wenn die zugehörigen Arbeitsplätze fortbestehen.

Bleiben die Arbeitsplätze infolge einer Übernahme des Betriebs zwar erhalten, sind die betreffenden Arbeitsverhältnisse aber bereits gekündigt, liegt eine Schutzlücke vor, die durch einen Wiedereinstellungsanspruch geschlossen werden könnte.

Anspruchsgegner ist hier der Erwerber des Betriebs, da bei diesem die Arbeitsplätze fortbestehen, während beim bisherigen Arbeitgeber ja keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr besteht.

Unklar ist allerdings die dogmatische Herleitung eines solchen Anspruchs.

Die verschiedenen Möglichkeiten des § 242 BGB helfen im Fall des Betriebsübergangs schon deshalb nicht weiter, weil der Erwerber,

gegen den der Anspruch zu richten ist, mit den bisherigen Arbeitnehmern nicht durch ein Schuldverhältnis verbunden ist.

Näher liegt es daher, die Rechtsgrundlage für einen Wiedereinstellungsanspruchs in § 613 a BGB zu suchen, der den Interessenausgleich zwischen Arbeitnehmern, Betriebserwerber und ehemaligem Arbeitgeber zum Inhalt hat.

Das BAG leitet den Anspruch aus einer richtlinienkonformen Auslegung des § 613 a I BGB in Anlehnung an die europarechtlichen Vorgaben der EWG-Richtlinie 77/187.

Diese Auslegung folge den vom EuGH mit Urteil vom 14.11.1996 aufgezeigten Grundsätzen.

Der Übergang der Arbeitsverhältnisse trete auch bei den gekündigten „*ipso jure*“ ein und sei nicht von einem Willensentschluß des Erwerbers abhängig. Der Willensentschluß des Übernehmers betreffe nur die Voraussetzungen des Betriebsübergangs und nicht dessen Rechtsfolgen.

Entscheide er sich für die Übernahme der Hauptbelegschaft, gingen alle ungekündigten Arbeitsverhältnisse auf ihn über und löse damit außerdem den Wiedereinstellungsanspruch der entlassenen Arbeitnehmer aus.

Langenbucher stützt den Wiedereinstellungsanspruch dagegen auf eine teleologische Extension des § 613 a I BGB.

§ 613 a I BGB ordnet in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich den Übergang bestehender Arbeitsverhältnisse an. Die teleologische Extension der Norm auf gekündigte Arbeitsverhältnisse erfordert neben einer Regelungslücke, daß ohne sie der Zweck der Norm wenigstens teilweise verfehlt würde.

Eine Lücke weist der Schutz durch § 613 a I BGB insoweit auf, als Arbeitnehmer, die im Vorgriff auf den endgültigen Wegfall des Arbeitsplatzes entlassen wurden, bei einer späteren Betriebsveräußerung nur in gekündigter Stellung übergehen. Bleibt deren Arbeitsplatz wegen des Betriebsübergangs aber erhalten, so erfaßt der Sinn und Zweck des § 613 a I BGB auch diesen Fall.

Sinn und Zweck der Vorschrift ist die Weiterbeschäftigung sämtlicher Arbeitnehmer, deren Arbeitsplatz erhalten bleibt zu den bisherigen Konditionen.

Dabei hat § 613 a I BGB den Normalfall der Veräußerung eines laufenden Unternehmens im Auge, nicht den Ausnahmefall des überraschenden Betriebsübergangs.

Würde man den Anwendungsbereich des § 613 a I BGB nicht auch auf diese Ausnahmefälle erweitern, hätte der Erwerber die Möglichkeit, nur einige wenige Arbeitnehmer zu übernehmen oder die bisherigen Arbeitnehmer zu schlechteren Konditionen weiter zu beschäftigen.

Gerade das will § 613 a I BGB jedoch verhindern.

Eine teleologische Extension des § 613 a I BGB auf die Fälle des überraschenden Betriebsübergangs und ein dadurch entstehender Wiedereinstellungsanspruch für die gekündigten Arbeitnehmer komplettiert den Schutz von Arbeitnehmern bei einem Betriebsübergang nach § 613 a I, IV BGB.

Kein Wiedereinstellungsanspruch steht dagegen demjenigen zu, dem aufgrund einer Rationalisierungsmaßnahme gekündigt wurde, die unabhängig vom überraschenden Betriebsübergang auch bei dessen Vorhersehbarkeit durchgeführt worden wäre, da die Kündigung dann als betriebsbedingte und nicht wegen eines Betriebsübergangs nach § 613 a IV BGB wirksam ist.

3. Verhaltensbedingte Kündigung

Eine verhaltensbedingte Kündigung enthält eine Prognoseentscheidung des Arbeitgebers, daß aufgrund des gestörten Vertrauensverhältnisses eine weitere Zusammenarbeit nicht möglich sein wird.

Erst wenn aufgrund einer bereits eingetretenen Störung des Arbeitsverhältnisses, z.B. durch ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers, die weitere Beschäftigung des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber nicht mehr in Betracht kommt, rechtfertigt eine solche Prognoseentscheidung die einseitige Lösung des Schuldverhältnisses.

Verhält sich nun der Arbeitnehmer bis zum Kündigungstermin tadellos, könnte man einen Wegfall des Kündigungsgrundes denken.

Allerdings kann ein solches Wohlverhalten das vorangegangene Fehlverhalten und den dadurch eingetretenen Bruch des Vertrauensverhältnisses nicht ungeschehen machen.

Auch vermag es nicht, den Sanktionscharakter der Kündigung zu beseitigen.

Man kann also nicht von einem Wegfall der Kündigungsgründe sprechen.

Da der Arbeitnehmer die Kündigungsgründe ausschließlich selbst zu verantworten hat, ist dem Arbeitgeber zudem eine Wiedereinstellungspflicht auch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zuzumuten.

Ein Wiedereinstellungsanspruch nach verhaltensbedingter Kündigung kann dem Arbeitnehmer demnach nicht zuerkannt werden.

4. Krankheitsbedingte Kündigung

Eine Kündigung wegen Krankheit stellt einen personenbedingten Kündigungsgrund im Sinne des § 1 II 1 KSchG dar.

Sie setzt in Zukunft zu erwartende Fehlzeiten des Arbeitnehmers und die Beeinträchtigung betrieblicher Belange voraus.

Auch hier ist also eine Zukunftsprognose erforderlich.

Wird die negative Gesundheitsprognose nachträglich widerlegt, kann ein Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers gegeben sein.

Voraussetzung ist, daß der Arbeitgeber hinsichtlich des Arbeitsplatzes noch keine Dispositionen getroffen hat, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers entgegenstehen könnten. Dies wäre der Fall, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz anderweitig vergeben hat oder der Arbeitsplatz aufgrund von Änderungen des Betriebsablaufs weggefallen ist.

Eine Beschäftigungsmöglichkeit muß also noch vorliegen.

Mathern begründet die Wiedereinstellungspflicht mit der Fürsorgepflicht, die jedoch, da sie sich nur auf Nebenpflichten bezieht, als Rechtsgrundlage ungeeignet ist.

Auch *Wank* lehnt einen Wiedereinstellungsanspruch nach Kündigung wegen Krankheit ab, da jene bereits erheblichen Einschränkungen unterliege und sonst die Rechtssicherheit zu stark beeinträchtigt wäre.

Dem ist uneingeschränkt zu folgen.

Ein Wiedereinstellungsanspruch nach krankheitsbedingter Kündigung ist also abzulehnen.

5. Sonderfall Verdachtskündigung

Der Verdacht einer strafbaren Handlung oder eines vertragswidrigen Verhaltens kann ein Grund für eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund nach § 626 BGB oder für eine personenbedingte Kündigung nach Maßgabe des Kündigungsschutzgesetzes sein.

Der Verdacht stellt aber gegenüber dem Vorwurf bei der verhaltensbedingten Kündigung, der Arbeitnehmer habe die jeweilige Tat begangen, einen eigenständigen Kündigungsgrund dar.

Nach der Rechtsprechung des BAG liegt eine Verdachtskündigung dann vor, wenn der Arbeitgeber die Kündigung damit begründet, gerade der Verdacht eines (noch nicht erwiesenen) strafbaren bzw. vertragswidrigen Verhaltens habe das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört.

Für diesen Verdacht ist der vom Arbeitgeber ermittelte Sachverhalt maßgeblich, sein subjektiver Wissensstand also.

Ist für den Arbeitgeber eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem verdächtigten Arbeitnehmer aus Sicht eines objektiven Dritten aufgrund des dem Arbeitgeber bekannten Sachverhalts unzumutbar, ist eine Kündigung als personenbedingt gemäß § 1 II 1 KSchG sozial gerechtfertigt.

Im Unterschied zu den anderen Kündigungsgründen wird aber in der Rechtsprechung die Ansicht vertreten, daß bei der Verdachtskündigung für die Beurteilung der Wirksamkeit derselben

nicht nur auf den Zugangszeitpunkt der Kündigungserklärung abzustellen sei, sondern eventuelle Entlastungsumstände bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung des Kündigungsschutzprozesses zu berücksichtigen sind.

Entgegen der Ansicht des BAG muß aber auch bei der Verdachtskündigung der Grundsatz gelten, daß Umstände, die erst nach Zugang der Kündigungserklärung eingetreten sind, auf die Wirksamkeit der Kündigung keinen Einfluß mehr haben können.

Bei der Verdachtskündigung ist Kündigungsgrund nämlich nicht eine objektive nachprüfbare, fortdauernde Tatsache, sondern der notwendigerweise subjektiv geprägte Verdacht selbst.

Das Gericht kann also nur prüfen, ob im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung ein objektiv begründeter Verdacht vorgelegen hat. Ist dies zu bejahen, vermag auch die spätere Ausräumung des Verdachts nichts mehr daran zu ändern, daß der objektiv begründete Verdacht zu jenem für die Wirksamkeit der Kündigung maßgeblichen Zeitpunkt vorgelegen hat. Eine Berücksichtigung nachträglich entstehender oder bekannt werdender Umstände im Kündigungsschutzprozess ist auch bei der Verdachtskündigung nicht möglich.

Eine Korrektur der wirksamen Kündigung des Arbeitgebers durch einen Wiedereinstellungsanspruch ist nur dann vertretbar, wenn der Arbeitnehmer für die Unbegründetheit des Verdachts den vollen Beweis erbringt.

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann nicht schon dann entstehen, wenn der Arbeitnehmer im Strafprozeß nur aus Mangel an Beweisen freigesprochen wird, oder das Ermittlungsverfahren eingestellt wird.

Gelingt jedoch dem Arbeitnehmer der Beweis, daß der Verdacht unbegründet war, kann ihm ein Wiedereinstellungsanspruch zuzuerkennen sein.

Dieser findet seine Rechtsgrundlage in der Vertrauenshaftung.

Ein unschuldiger Arbeitnehmer, der die Unbegründetheit des Verdachts genau kennt, kann berechtigterweise darauf vertrauen, daß der Arbeitgeber, sobald auch er die objektiven Umstände erkennt, die

aus der Sicht des Arbeitnehmers unberechtigte Kündigung zurücknimmt und ihn so rehabilitiert.

Teilweise wird der Wiedereinstellungsanspruch nach Inanspruchnahme des besonderen Kündigungsrechts Verdachtkündigung aus der nachwirkenden Fürsorgepflicht hergeleitet.

Dies ist aber abzulehnen, da sich die Fürsorgepflicht nur auf Nebenpflichten bezieht.

Vertretbar ist dagegen die Auffassung, die Verdachtkündigung werde unter der Voraussetzung ausgesprochen, daß der Verdächtige auch der Täter sein könne.

Das sei praktisch auflösende Bedingung der Kündigung.

Stelle sich die Unschuld des Betroffenen heraus, gelte das Arbeitsverhältnis als nicht aufgelöst.

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann bei der Verdachtkündigung im Gegensatz zu den anderen Kündigungsgründen auch aus dem Verbot widersprüchlichen Handelns und des Rechtsmißbrauchs hergeleitet werden.

Ein genereller Wiedereinstellungsanspruch mit dieser Rechtsgrundlage wurde mit der Begründung verneint, das dem Kündigungsrecht eigene Prognoserecht des Arbeitgebers dürfe diesem nicht nachträglich wieder genommen werden.

Bei der Verdachtkündigung bedient sich der Arbeitgeber allerdings keiner Prognose.

Er fragt nicht, wie sich ein bestimmter feststehender Sachverhalt in Zukunft entwickeln wird, sondern schließt von einem unsicheren Sachverhalt auf ein Ereignis oder einen Zustand in der Vergangenheit oder Gegenwart.

Das Risiko der Unaufklärbarkeit des Sachverhalts wird dadurch, daß dem Arbeitgeber ein Kündigungsrecht schon aufgrund eines Verdachts gewährt wird, auf den Arbeitnehmer verlagert.

Erweist sich der Verdacht nach Ausspruch der Kündigung als unbegründet, wäre es unbillig und rechtsmißbräuchlich, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Wiedereinstellung versagen würde. Der Arbeitgeber verhält sich widersprüchlich, wenn er aufgrund eines unsicheren Sachverhalts kündigt und dann, wenn der Sachverhalt geklärt ist, den Arbeitnehmer nicht die Wiedereinstellung anbietet.

Die Verlagerung des Risikos auf den Arbeitnehmer bedarf der Korrektur durch einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Wiedereinstellung.

Bei der Verdachtskündigung läßt sich ein Wiedereinstellungsanspruch also sowohl aus der Vertrauenshaftung als auch aus dem Verbot widersprüchlichen Handelns und des Rechtsmißbrauchs herleiten.

III. Weitere Probleme des Wiedereinstellungsanspruchs

1. Zeitliche Grenzen

Eine weitere Frage ist, bis zu welchem Zeitpunkt ein Wiedereinstellungsanspruch entstehen kann.

Als Grenze werden hauptsächlich zwei Zeitpunkte erörtert.

Zum einen der Ablauf der Kündigungsfrist, zum anderen die Beendigung des Kündigungsrechtsstreits.

Die Begrenzung des Wiedereinstellungsanspruchs durch den Ablauf der Kündigungsfrist beruht auf der Überlegung, daß nur im noch bestehenden Arbeitsverhältnis eine ausreichende Bindung der Parteien besteht, die eine Berücksichtigung veränderter Umstände nach Treu und Glauben rechtfertige.

Zudem sei mit Ablauf der Kündigungsfrist ein „Eckpunkt der Prognoseentscheidung des Arbeitgebers markiert“, nach welchem der Rechtssicherheit Vorrang gegenüber einer Korrektur der wirksamen Kündigung zu geben sei.

Ein Recht auf erneute Begründung des Arbeitsverhältnisses nach Ablauf der Kündigungsfrist würde eine neue Qualität der

Arbeitsplatzsicherung schaffen, was dem Arbeitgeber jegliche Kalkulierbarkeit nehme.

Auch vom Stein will einen Wiedereinstellungsanspruch nach Ablauf der Kündigungsfrist nur in Ausnahmefällen anerkennen.

Die Begrenzung eines Wiedereinstellungsanspruchs auf den Kündigungstermin stößt jedoch auf Probleme, wenn wegen Verdachts einer strafbaren Handlung nach § 626 BGB fristlos gekündigt wurde.

Außerdem würde diese zeitliche Grenze dazu führen, daß Arbeitnehmer mit längerer Betriebszugehörigkeit in dreifacher Weise besser gestellt würden als die Kollegen mit kürzerer Betriebszugehörigkeit.

Die Dauer der Betriebszugehörigkeit ist zunächst im Rahmen der Sozialauswahl bei der betriebsbedingten Kündigung nach § 1 III KSchG zu berücksichtigen. Dann bestimmt sie nach § 622 BGB die Dauer der Kündigungsfrist und damit verbunden die Möglichkeit, einen Wiedereinstellungsanspruch geltend zu machen.

Dadurch käme der Dauer der Betriebszugehörigkeit eine im Zusammenhang mit dem Wiedereinstellungsanspruch nicht gerechtfertigte überproportionale Bedeutung zu.

Eine Begrenzung des Wiedereinstellungsanspruchs durch den Ablauf der Kündigungsfrist ist also nicht sachgerecht.

Auch die Begrenzung auf die Dauer eines Kündigungsprozesses bringt Probleme mit sich.

So etwa, wenn der Arbeitnehmer die zunächst vorhandenen Kündigungsgründe akzeptiert und es gar nicht zu einem Kündigungsschutzprozeß kommt.

Der Arbeitnehmer würde zu einer vorsorglichen Klage gezwungen und müßte dann den Prozeß bewußt in die Länge ziehen, um möglichst lange die Möglichkeit zu haben, aus veränderten Umständen Nutzen zu ziehen und Wiedereinstellung verlangen zu können.

Eine Begrenzung des Wiedereinstellungsanspruchs auf die Dauer eines Kündigungsprozesses ist demnach ebenfalls nicht geeignet.

Eine vernünftige Lösung bieten *Bram* und *Rühl* an, die auf die allgemeinen Grundsätze der Verwirkung abstellen.

Dies führe auch nicht zu einem Verlust der Rechtssicherheit.

Die Verwirkung trete ein, wenn der Arbeitnehmer in Kenntnis der veränderten, einen Wiedereinstellungsanspruch begründenden Umstände längere Zeit wartet, ohne die Wiedereinstellung zu verlangen.

Ebenso führe die Aufnahme einer anderweitigen Tätigkeit in Kenntnis der Umstände zur Verwirkung.

Eine entsprechende Anwendung des § 4 KSchG, woraus sich eine Dreiwochenfrist für die Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs ergibt, liefert eine einsichtige Möglichkeit zur Bestimmung, wann die Verwirkung eintritt.

Dadurch wird der Rechtssicherheit Genüge geleistet.

Der Wiedereinstellungsanspruch kann also nach Kenntniserlangung der veränderten Umstände innerhalb einer Dreiwochenfrist analog § 4 KSchG geltend gemacht werden.

Es kommt nicht darauf an, wann der Arbeitnehmer von den veränderten Umständen Kenntnis erlangt.

2. Soziale Auswahl analog § 1 III KSchG bei Wiedereinstellung

Haben im Fall betriebsbedingter Kündigungen mehrere Arbeitnehmer einen Wiedereinstellungsanspruch, ist aber nicht für alle eine Beschäftigungsmöglichkeit vorhanden, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber nun völlig frei entscheiden kann, welchen Arbeitnehmer er wieder einstellt, oder ob das Gebot der sozialen Auswahl nach § 1 III KSchG entsprechend anzuwenden ist.

Letzteres hätte zur Folge, daß der Arbeitgeber bei Vergleichbarkeit der Arbeitnehmer zunächst den sozial schwächeren wieder einstellen müßte. Zu berücksichtigen wären dabei insbesondere die Betriebszugehörigkeit, das Lebensalter und Unterhaltspflichten der Arbeitnehmer.

Die Voraussetzungen für eine Analogie, Bestehen einer Gesetzeslücke und Vergleichbarkeit der Situationen, sind gegeben.

Für den Wiedereinstellungsanspruch besteht eine gesetzliche Regelungslücke und die Situation bei der Wiedereinstellung ist mit der Kündigungssituation strukturell vergleichbar.

Die Vergleichbarkeit der Situationen ergibt sich aus der Ähnlichkeit der Konsequenzen, die die Ablehnung der Wiedereinstellung und die Kündigung gemeinsam haben.

Das BAG hat eine analoge Anwendung des § 1 III KSchG mit der Argumentation abgelehnt, daß anders als bei einer Beendigung bei Begründung eines Vertragsverhältnisses der Grundsatz der Vertragsfreiheit Vorrang vor der Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte habe. Zudem bezeichnet es eine entsprechende Anwendung des § 1 III KSchG als „unzulässige Rechtsfortbildung...“, für die es im geltenden Recht keine erweiterungsfähigen Ansätze“ gäbe.

Das LAG Köln hat entschieden, daß der Arbeitgeber nicht willkürlich auswählen kann, mit welchem Arbeitnehmer er das Arbeitsverhältnis fortsetzt. Er hat bei der Auswahl soziale Gesichtspunkte mitzuberücksichtigen, da „bei einem langjährigen Arbeitnehmer, der aufgrund seines Alters und Familienstandes ... besonders schutzbedürftig ist“, die dem Arbeitgeber obliegende Fürsorgepflicht stärker ausgeprägt sei. Insofern stellt das LAG nicht auf eine analoge Anwendung des § 1 III KSchG ab.

In der Literatur ist die Frage, ob § 1 III KSchG analog anzuwenden ist, umstritten.

Nach *Hambitzer* soll der Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet sein, eine soziale Auswahl entsprechend § 1 III KSchG zu treffen und demnach sozial schwächere Arbeitnehmer gegenüber dem sozial stärkeren bei der Wiedereinstellung zu bevorzugen. Da sich eine Wiedereinstellung von der erstmaligen Einstellung wesentlich unterscheidet, müsse die Vertragsfreiheit hier zurücktreten.

Vom Stein beschränkt die Pflicht zur sozialen Auswahl auf die Arbeitnehmer, die die gleich Qualifikation aufweisen.

Mummenhoff gibt der Vertragsfreiheit den Vorrang. Hinsichtlich der Wiedereinstellung unterliege der Arbeitgeber lediglich dem Willkürverbot. In § 1 III KSchG sieht er hierfür eine einsichtige Differenzierungsmöglichkeit.

Gänzlich ablehnend steht *Berkowsky* der analogen Anwendung des § 1 III KSchG gegenüber. Es sei der Arbeitnehmer zu berücksichtigen, der zuerst seine Wiedereinstellung verlangt.

Im Ergebnis ist wohl anzunehmen, daß den Arbeitgeber eine Pflicht zur Abwägung und Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte nur insoweit treffen kann, als sich dies mit seinen eigenen Interessen in vernünftiger Weise vereinbaren läßt. Der Arbeitgeber darf also bei der Auswahl der wieder einzustellenden Arbeitnehmer zunächst berücksichtigen, wer für die Stelle besser qualifiziert und geeignet ist. Nur wenn die Arbeitnehmer unter diesen Gesichtspunkten als gleich anzusehen sind, hat sich der Arbeitgeber bei seiner Auswahl von sozialen Gesichtspunkten wie Betriebszugehörigkeit, Lebensalter und eventuellen Unterhaltspflichten leiten zu lassen.

3. Prozessuales

Hat der Arbeitnehmer nur eine Kündigungsschutzklage gegen die Kündigung erhoben, würde er den Prozeß verlieren, denn ein Wiedereinstellungsantrag ist nicht schon konkludent im Kündigungsschutzantrag enthalten.

Er müßte also den Wiedereinstellungsantrag ausdrücklich stellen. Der Richter kann ihm durch einen rechtlichen Hinweis nach § 139 I ZPO helfen.

Der Arbeitnehmer kann unter den Voraussetzungen des § 263 ZPO (i.V.m. § 46 II ArbGG, § 495 ZPO) den Klageantrag ändern und nun eine Verurteilung des Arbeitgebers zur Einwilligung in die Wiedereinstellung erstreben.

Der Wiedereinstellungsantrag kann allerdings auch unter Beibehaltung des Kündigungsschutzantrags ein Hilfsantrag sein, für den Fall, daß sich die Kündigung als wirksam erweisen wird und deshalb der Hauptantrag nach § 4 S.1 KSchG erfolglos bleibt.

In beiden Fällen hat eine antragsgemäße Verurteilung hinsichtlich der Wiedereinstellung zur Folge, daß mit der Rechtskraft des Urteils gemäß § 894 ZPO i.V.m. § 62 II ArbGG die Annahme des in dem Wiedereinstellungsbegehren liegenden Angebots zum Abschluß eines neuen Arbeitsvertrages zu den alten Bedingungen fingiert und damit der Arbeitnehmer wiedereingestellt wird.

C. Zusammenfassung

Ein Wiedereinstellungsanspruch kann aus der Vertrauenshaftung nach § 242 BGB hergeleitet werden, wenn der Arbeitgeber bei der Kündigung zurechenbar einen entsprechenden Vertrauenstatbestand geschaffen hat.

Nach einer betriebsbedingten Kündigung kann ein Wiedereinstellungsanspruch auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gestützt werden, wenn alle anderen vergleichbaren Arbeitnehmer wieder eingestellt wurden.

Nach einer Kündigung wegen Betriebsstilllegung und einer sich anschließenden überraschenden Betriebsveräußerung kann ein Wiedereinstellungsanspruch mit einer teleologischen Extension des § 613 a I BGB begründet werden.

Nach einer Verdachtskündigung kann ein Wiedereinstellungsanspruch nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB aus der Vertrauenshaftung und aus dem Verbot des Rechtsmißbrauchs in Gestalt des *venire contra factum proprium* hergeleitet werden.

Der Arbeitnehmer muß den Anspruch innerhalb einer Dreiwochenfrist analog § 4 KSchG gelten machen, sonst kommen aus Gründen der Rechtssicherheit die Grundsätze der Verwirkung zum Zug.

Der Arbeitgeber hat bei der Wiedereinstellung soziale Gesichtspunkte analog § 1 III KSchG nur dann zu berücksichtigen, wenn die betreffenden Arbeitnehmer gleich qualifiziert und geeignet sind, da sonst dem Prinzip der Vertragsfreiheit Vorrang zu geben ist.

Letztendlich können die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Wiedereinstellungsanspruch keineswegs als gesichert betrachtet werden.

Der Einigungsvertrag gibt es dem Gesetzgeber in Art. 30 I EVertr auf, das Arbeitsvertragsrecht einheitlich zu kodifizieren.

In diesem Zusammenhang bietet es sich an, die Tatbestandsvoraussetzungen einen allgemeinen Wiedereinstellungsanspruchs gesetzlich zu regeln.