



**Z A A R**

Zentrum für Arbeitsbeziehungen  
und Arbeitsrecht

## **VORTRAGSREIHE**

Donnerstag, 11. Juli 2013 / 18.30 Uhr

# **Der vertragliche Wiedereinstellungsanspruch – ein Praxisbeispiel**

Referent:

Rechtsanwalt Dr. Dominik Jochums,  
Deutsche Telekom AG

## Wiedereinstellungsanspruch

- Anspruch auf Neubegründung eines nicht mehr bestehenden Arbeitsverhältnisses.
- Erscheinungsformen:
  - „richterrechtlicher“ WA bei Wegfall des Kündigungsgrundes;
  - Wiedereinstellungszusagen:
    - gegenüber Saisonarbeitern;
    - in Aufhebungsverträgen, z.B. zur „Probezeitverlängerung“, bei Auslandseinsätzen;
    - als Ausgliederungsinstrument, typischerweise bei Betriebs(teil)übergängen zur Vermeidung von Widersprüchen.



## Ein Fall aus der Praxis

- 1999:** Ausgliederung des Breitbandkabelgeschäfts von DT auf K; AN werden von DT beurlaubt und begründen weiteres Arbeitsverhältnis mit K.
- 2002-2004:** Ende der Beurlaubungspraxis; AN kehren entweder zur DT zurück oder schließen mit DT Aufhebungsvertrag mit zeitlich befristetem Rückkehrrecht.
- 04/2005:** „Schuldrechtliche Vereinbarung“ („SV“) zwischen DT, K und ver.di; Verpflichtung der DT zur „einzelvertraglichen“ Erweiterung des Rückkehrrechts bis Ende 2008:
- „allgemeines“ Rückkehrrecht ohne besondere Gründe für 24 Monate;
  - „besonderes“ Rückkehrrecht für weitere 36 Monate bei betriebsbedingter Kündigung.
- 2005:** Einzelvertragliche Umsetzung der SV durch Änderung der Aufhebungsverträge.
- 12/2008:** Ausspruch betriebsbedingter Beendigungs- und Änderungskündigungen mit Wirkung zum Ablauf 31.07.2009 durch K im Zuge umfangreicher Restrukturierung.
- 12/2008:** AN machen gegenüber DT Rückkehrrecht zum 01.08.2009 geltend; DT lehnt ab.



## Wiedereinstellungszusage – Wortlaut der SV

- „ 1. Die DT räumt den Arbeitnehmern einzelvertraglich ein Rückkehrrecht zur DT ein
- a. innerhalb eines Zeitraums von 24 Monaten (berechnet ab dem 1. Januar 2004) ohne das Vorliegen besonderer Gründe (allgemeines Rückkehrrecht),
  - b. nach Ablauf des allgemeinen Rückkehrrechts für weitere 36 Monate ein Rückkehrrecht unter besonderen Bedingungen (besonderes Rückkehrrecht).
2. Besondere Bedingungen ... liegen vor, wenn
- a. das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 ff. KSchG aus dringenden betrieblichen Gründen gekündigt wird...
- ...
4. „Im Fall der Rückkehr finden ab diesem Zeitpunkt die Bestimmungen der jeweils geltenden Rationalisierungsschutz-Tarifverträge der DT Anwendung. Der Arbeitnehmer wird hinsichtlich der zu vereinbarenden Arbeitsvertragsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen so gestellt, als wäre er ohne Unterbrechung bei der DT weiterbeschäftigt worden.“

## „Besonderes“ Rückkehrrecht – BAG 09.02.2011 - 7 AZR 91/10 (1)

### Auslegung:

- Auch Vertragsbedingungen, die vor ihrer Verwendung kollektivrechtlich ausgehandelt worden sind, können AGB sein. ⇔ Regelung des besonderen Rückkehrrecht enthält AGB.
- Verständnismöglichkeit der Arbeitnehmer ist maßgeblich, nicht das der an der Verhandlung der Kollektivregelung Beteiligten.
- Klausel lässt hinreichend klar erkennen, dass Rückkehrrecht davon abhängig sein soll, dass dringende betriebliche Gründe tatsächlich gegeben sind. Wirksamwerden der Kündigung aufgrund der Fiktionen in § 269 Abs. 3 ZPO, § 7 iVm. § 13 KSchG genügt nicht.

„Besonderes“ Rückkehrrecht – BAG 09.02.2011 - 7 AZR 91/10 (2)

Inhaltskontrolle:

- § 310 Abs. 4 S. 1 BGB steht nicht entgegen:
  - ⇒ SV trifft eine vereinheitlichende Regelung für individualvertragliche Umsetzungsakte („typischer Fall von AGB“);
  - ⇒ SV ist keine schuldrechtliche Koalitionsvereinbarung zugunsten Dritter iSv. § 328 BGB (Abschluss des Aufhebungsvertrags als als „Zwischenschritt“); Gegenleistung für Rückkehrrecht
- § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB steht ebenfalls nicht entgegen:
  - ⇒ kontrollfreies Haupt- und Gegenleistungsversprechen beschränkt sich auf Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gegen Wiedereinstellung; Versprechen auf
  - ⇒ Klausel stellt das Rückkehrrecht unter zusätzliche Voraussetzungen – Kündigung unter Vss. des § 1 Abs. 2 ff. KSchG – und betriebsbedingte gestaltet damit Gegenleistungsversprechen aus.



„Besonderes“ Rückkehrrecht – BAG 09.02.2011 - 7 AZR 91/10 (3)

- Unangemessene Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB:
  - ⇒ AN kann sich nicht frei entschließen, die Unsicherheiten und Belastungen eines Kündigungsschutzrechtsstreits auf sich zu er das Rückkehrrecht durchsetzen will. nehmen, wenn
  - ⇒ Prozesserverfolg steht regelmäßig erst nach Jahren fest; das widerspricht der Vermeidung von Arbeitslosigkeit als typischem Zweck eines Wiedereinstellungsanspruchs;
  - ⇒ atypische Verkehrung der Darlegungs- und Beweislast im Wiedereinstellungsprozess;
  - ⇒ DT kann allenfalls ein berechtigtes Interesse haben, den sich aufdrängendem Verdacht eines kollusiven Zusammenwirkens erkennen zu können.
- Folge der Unwirksamkeit: blue-pencil-test!
  - ⇒ Streichung von „unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG“.
  - ⇒ Rückkehrrecht erfordert nur noch eine „wirksame“ Kündigung.



### Folgerungen für Wiedereinstellungszusagen

- Eine vorformulierte Regelung, die einen Arbeitnehmer in ein „Prozessführungsdilemma“ führt, benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen.
- Viel spricht dafür, dass auch eine Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Kündigungsgründe auf den ehemaligen Arbeitgeber nicht wirksam möglich ist.
- Können die AGB-rechtlichen Ausführungen des BAG auch auf Wiedereinstellungszusagen bei Betriebs(teil)übergängen übertragen werden?  
Intransparenz der Zusage?



### „Besonderes“ Rückkehrrecht – Rechtsfolge

- Nr. 4 SV:  
*„Im Fall der Rückkehr finden ab diesem Zeitpunkt die Bestimmungen der jeweils geltenden Rationalisierungsschutz-Tarifverträge der DT Anwendung. Der Arbeitnehmer wird hinsichtlich der zu vereinbarenden Arbeitsvertragsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen so gestellt, als wäre er ohne Unterbrechung bei der DT weiterbeschäftigt worden.“*
- Fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit und unmittelbarer Eintritt in Vermittlungs- und Qualifizierungseinheit Vivento als Folge?
  - *„Der Passus, wonach die Tarifverträge „ab diesem Zeitpunkt“ zur Anwendung kommen sollen, stellt klar, dass keine „automatische Überführung“ in ... Vivento zeitgleich mit der Wiedereinstellung gemeint ist“ (BAG 19.10.2011 – 7 AZR 743/10).*
  - Problem: fehlende Ratio-Maßnahme.



### Prozessuales - Klageantrag (1)

- Wiedereinstellungsanspruch ist Anspruch auf Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses, d.h.:
  - Vertragsschluss notwendig, der nach §§ 145 ff. BGB Angebot und Annahme voraussetzt;
  - also Leistungsantrag auf Abgabe einer Willenserklärung erforderlich;
  - ein auf den Bestand eines Arbeitsverhältnisses gerichteter Feststellungsantrag ist zwar nicht unzulässig, aber unbegründet (BAG 19.10.2011 – 7 AZR 471/11).
- Varianten des Leistungsantrags:
  - Antrag auf Annahme eines Vertragsangebots;
  - Antrag auf Abgabe eines Vertragsangebots.



### Prozessuales – Klageantrag (2)

Leistungsantrag Variante 1:

- Antrag: *„Die Beklagte wird verurteilt, das Angebot des Klägers auf Abschluss eines Arbeitsvertrages ... anzunehmen.“*
- Mit Rechtskraft des Urteils wird Annahmeerklärung gem. § 894 ZPO fingiert und Arbeitsvertrag kommt unmittelbar zustande.
- BAG hat in der Vergangenheit auf „Wiedereinstellung“ gerichtete Anträge regelmäßig in vorstehendem Sinne ausgelegt.



### Prozessuales – Klageantrag (3)

Leistungsantrag Variante 2:

- Antrag: *„Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages ... zu unterbreiten.“*
- Rechtsschutzbedürfnis?  
*„Es kann auch im Interesse des Arbeitnehmers liegen, nicht schon mit Rechtskraft des seiner Klage stattgebenden Urteils vertraglich gebunden zu sein, sondern unter Berücksichtigung der konkreten Umstände entscheiden zu können, ob er das Vertragsangebot des Arbeitgebers annimmt. Dafür spricht ua., dass im Fall einer Wiedereinstellungsklage eine Regelung fehlt, die § 12 Satz 1 KSchG entspricht“ (BAG 09.02.2011 – 7 AZR 91/10).*
- Mit Rechtskraft des Urteils wird Abgabe des Vertragsangebots gem. § 894 ZPO fingiert. Aber:
  - Wann muss Arbeitnehmer Angebot annehmen (§ 147 Abs. 2 BGB)?
  - Ist „antizipierte“ Annahmeerklärung möglich?



### Prozessuales – Klageantrag (4)

- Antrag auf rückwirkenden Vertragsschluss?  
*„Die rückwirkende Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch Urteil, die mit der Fiktion der Abgabe der Angebotserklärung vorbereitet werden soll, ist ... zulässig. Ausgeschlossen ist lediglich eine gerichtliche Entscheidung, mit der ein Arbeitsverhältnis mit Rückwirkung zu einem Zeitpunkt vor Abgabe des Angebots begründet werden soll“ (BAG 09.02.2011 – 7 AZR 91/10).*
- Bestimmtheit des Antrags
  - *„Die wesentlichen Vertragsbestandteile der Arbeitszeit und der Vergütung sind genannt“ (BAG 09.02.2011 – 7 AZR 91/10).*
  - *„... muss den für eine Vertragsgestaltung notwendigen Mindestinhalt umfassen ... hierzu [gehören] die ‚versprochenen Dienste‘, also Art und Beginn der Arbeitsleistung. Eine Einigung über weitere Inhalte ist nicht erforderlich, sofern klar ist, dass die Arbeitsleistung überhaupt vergütet werden soll“ (BAG 13.06.2013 – 7 AZR 519/10).*
  - *„Die Art der Arbeitsleistung kann sich – mittelbar – auch über die Angabe einer Eingruppierung in ein kollektives Entgeltschema erschließen, wenn diese bestimmte Tätigkeiten einer Entgelt- oder Vergütungsgruppe zuordnet“ (BAG 13.06.2012 – 7 AZR 647/10).*



## Urteilstenor - Beispiele

- „Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger mit Wirkung vom 1. August 2009 ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags zu unterbreiten, wonach der Kläger als vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer in Vergütungsgruppe T 5 Stufe 4 nach § 10 des Entgelttarifvertrags zu beschäftigen ist und die Tarifverträge der Deutschen Telekom AG in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Parteien vereinbart gelten“ (BAG 09.02.2011 – 7 AZR 91/10).
  
- „Die Beklagte wird verurteilt, das ihr vom Kläger gemäß der schuldrechtlichen Vereinbarung vom 08.04.2005 unterbreitete Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags für die Zeit ab dem 01.08.2009 (unbefristetes Arbeitsverhältnis gemäß den Arbeitsvertragsbedingungen und den tarifvertraglichen Regelungen, wie sie in Ziffer 4 der schuldrechtlichen Vereinbarung genannt werden) anzunehmen“ (BAG 13.03.2013 – 7 AZR 334/11).

## Umsetzungsprobleme (1)

- Arbeitsentgelt für die Vergangenheit („ab 01.08.2009“)?
  - Wegen Annahmeverzugs?
    - Anspruch setzt voraus, dass durch Abschluss eines Arbeitsvertrags Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist (BAG 19.10.2011 – 7 AZR 672/10). ⇨ Kein Anspruch vor Vertragsschluss.
    - Nach Vertragsschluss? ⇨ Keine Fiktion von Leistungsstörungen (Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit).
  - Wegen Schuldnerverzugs?
    - Bei Antrag auf Annahme eines Vertragsangebots.
    - Bei Antrag auf Abgabe eines Vertragsangebots? ⇨ Keine haftungsausfüllende Kausalität zwischen Pflichtverletzung und behauptetem Schaden.
    - Verzug bei unbestimmtem Klageantrag?
    - Anrechnung anderweitiger Einkünfte.
  - Wegen anfänglicher Unmöglichkeit?
- Erholungsurlaub für die Vergangenheit?



## Umsetzungsprobleme (2)

- Wesentliche Arbeitsbedingungen, Arbeitsvertrag und Nachweisgesetz;
- (fehlende) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit;
- anderweitige Beschäftigung nach Vertragsschluss;
- § 99 BetrVG;
- usw.