

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 537/10
3 Sa 96/09
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Juni 2012

URTEIL

Förster, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel,

die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Vorbau und Strippelmann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 30. Juni 2010 - 3 Sa 96/09 - teilweise aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 24. September 2009 - 17 Ca 593/08 - wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten zur Wiedereinstellung des Klägers richtet; das bezeichnete Urteil wird insoweit zur Klarstellung wie folgt gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, das Angebot des Klägers auf Abschluss eines Arbeitsvertrags als vollzeitbeschäftigter Fernmeldehandwerker zum 1. August 2009 anzunehmen.
3. Im Übrigen wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.
4. Die Kosten des ersten Rechtszugs und der Revision haben der Kläger und die Beklagte jeweils zur Hälfte zu tragen. Die Kosten der Berufung hat der Kläger zu zwei Dritteln, die Beklagte zu einem Drittel zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der - vormaligen - Beklagten zu 2. hat der Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Wiedereinstellungsanspruch des Klägers. 1

Der am 3. Februar 1953 geborene Kläger war seit dem 1. April 1968 bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin als Fernmeldehandwerker beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fanden kraft arbeitsvertraglicher Vereinbarung die Tarifverträge für Angestellte der Deutschen Telekom Anwendung, ua. der Manteltarifvertrag für den Bereich der Deutschen Telekom AG 2

zuletzt idF vom 1. März 2004 (MTV). Nach § 26 MTV war das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 50. Lebensjahres nur noch außerordentlich kündbar, wenn es mindestens 15 Jahre bestand. Der Kläger wurde infolge von Restrukturierungsmaßnahmen von der Beklagten beurlaubt. Er wurde seit 1. Oktober 1999 von der K GmbH beschäftigt. In der Folge wurde er von der K Vertrieb und Service GmbH & Co. KG (K) „übernommen“.

Die Beklagte, mehrere Kabelgesellschaften - ua. die K - und die Gewerkschaft ver.di trafen am 8. April 2005 eine sog. Schuldrechtliche Vereinbarung (SV). Sie lautet auszugsweise:

3

- „1. Die Deutsche Telekom AG räumt den Arbeitnehmern einzelvertraglich ein Rückkehrrecht zur Deutschen Telekom AG 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 (im Sinne des Absatzes 1.b) liegen vor, wenn
 - a. das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 ff KSchG aus dringenden betrieblichen Gründen wirksam gekündigt wirdoder
- ...
3. Der Arbeitnehmer kann von seinem Rückkehrrecht nach der Ziffer 1 frühestens 6 Monate nach Beginn des Rückkehrzeitraums für das allgemeine Rückkehrrecht Gebrauch machen. Es ist bei dem Rückkehrrecht nach Ziffern 1 a. und b. eine Ankündigungsfrist von 3 Monaten einzuhalten. Im Falle des besonderen Rückkehrrechts nach Ziffer 1 b. iVm. 2 a. findet eine Rückkehr jedoch erst nach Ablauf der für den Arbeitgeber (Kabelgesellschaft bzw. Rechtsnachfolger) geltenden jeweiligen individuellen Kündigungsfrist statt, soweit diese länger ist als die drei-

monatige Ankündigungsfrist.

...

4. Im Falle der Rückkehr finden ab diesem Zeitpunkt die Bestimmungen der jeweils geltenden Rationalisierungsschutz-Tarifverträge der Deutschen Telekom AG Anwendung. Der Arbeitnehmer wird hinsichtlich der zu vereinbarenden Arbeitsvertragsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen so gestellt, als wäre er ohne Unterbrechung bei der Deutschen Telekom AG weiter beschäftigt worden.

...

5. Das Rückkehrrecht besteht nicht, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund einer Kündigung bzw. eines Aufhebungsvertrags beendet wird und die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund verhaltensbedingter Gründe des Arbeitnehmers oder aus in der Person des Arbeitnehmers liegenden Gründen erfolgt und ein eventueller Rechtsstreit nicht zu Gunsten des Arbeitnehmers entschieden hat.

...

6. Derzeit noch von der Deutschen Telekom AG zu einer Kabelgesellschaft beurlaubte Arbeitnehmer erhalten ein Angebot zur Annahme dieser schuldrechtlichen Vereinbarung bei gleichzeitiger Beendigung der Beurlaubung sowie Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Deutschen Telekom AG.“

§ 5 Abs. 1 bis Abs. 3 des Tarifvertrags Rationalisierungsschutz und Beschäftigungssicherung (*TV Ratio*) zwischen der Beklagten und der Gewerkschaft ver.di idF vom 15. März 2004 lautet auszugsweise:

4

- „(1) Der nach den §§ 3 und 4 ausgewählte Arbeitnehmer erhält ein Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrags. Inhalt dieses Vertrags ist die Bereitschaft, eine Tätigkeit im Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivento der Deutschen Telekom AG zu den in Abschnitt 1 Unterabschnitt 1 (nebst Anlagen) genannten Bedingungen aufzunehmen. Im Übrigen bleibt das Arbeitsverhältnis unverändert. Für die Annahme des Änderungsvertrags wird dem Arbeitnehmer eine Frist von zwei Wochen eingeräumt. Nach Abschluss des Änderungsvertrags wird der Arbeitnehmer in Vivento versetzt.

...

- (2) Als Alternative zum Abschluss eines Änderungsvertrags kann der Arbeitnehmer einen Auflösungsvertrag mit Abfindungsregelung wählen. ...
- (3) Lehnt der Arbeitnehmer die Angebote nach Absatz 1 und Absatz 2 ab, so erfolgt eine Kündigung unter Aufrechterhaltung des Vertragsangebots zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu geänderten Bedingungen nach Absatz 1. ...“

Der Kläger und die Beklagte schlossen am 30. April 2005 einen Auflösungsvertrag zum 31. Dezember 2005. Dem Vertrag war als Anlage 1 die SV beigefügt. In ihm ist ua. geregelt:

5

„§ 2 Regelungen zum Rückkehrrecht

1. Der Arbeitnehmer erhält in Zusammenhang mit dem bei der K Vertrieb & Service GmbH & Co. KG, Region Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg-Vorpommern bzw. deren Rechtsnachfolger bestehenden Arbeitsverhältnis, ein zeitlich begrenztes Rückkehrrecht zur Deutschen Telekom AG, dessen Modalitäten sich abschließend aus der diesem Vertrag beigefügten **Anlage 1** (Schuldrechtliche Vereinbarung vom 8. April 2005), die Bestandteil dieses Vertrages ist, ergeben.

...

§ 4 Einverständniserklärung zur Personaldatenweitergabe

Herr ... ist damit einverstanden, dass im Falle der Inanspruchnahme des Rückkehrrechtes die K Vertrieb & Service GmbH & Co. KG, Region Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg-Vorpommern der Deutschen Telekom AG die Daten mit Bezug auf sein Arbeitsverhältnis offenlegt sowie die entsprechenden Unterlagen zur Verfügung stellt, aus denen sich die Voraussetzungen für das und die Folgen aus dem geltend gemachten Rückkehrrecht ergeben. Im Falle der Rückkehr auf Grund Ziffer 2a der Schuldrechtlichen Vereinbarung erfasst dies auch die soziale Rechtfertigung, Wirksamkeit und Zulässigkeit der Kündigung.

Die Deutsche Telekom AG gewährleistet bezüglich der ihr von der K Vertrieb & Service GmbH & Co. KG, Region

Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg-Vorpommern
übermittelten personenbezogenen Daten die Einhaltung
der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der perso-
nenbezogenen Daten.“

Die K kündigte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger unter dem 6
9. Dezember 2008 nach Anhörung des Betriebsrats „aus betriebsbedingten
Gründen“ außerordentlich unter Einhaltung einer „sozialen Auslaufrist“ von
sieben Monaten zum 31. Juli 2009. Der Betriebsrat hatte zu der beabsichtigten
Kündigung keine Stellungnahme abgegeben. Die Kündigung war Teil einer
umfangreichen Restrukturierung im Bereich Technical Operations, in deren
Verlauf ein Interessenausgleich und ein Sozialplan geschlossen wurden.
Abschn. B § 1 Buchst. a des Sozialplans vom 12. November 2008 nahm von
der Beklagten beurlaubte Mitarbeiter von dem Abfindungsanspruch aus, wenn
sie nicht wirksam auf ihre Rechte aus der Rechtsbeziehung zur Beklagten,
insbesondere ihr Rückkehrrecht nach Widerruf der Beurlaubung, verzichteten.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2008 teilte die Beklagte dem Kläger 7
mit, die K habe die Rückkehr des Klägers zu ihr angezeigt. Sie wies den Kläger
darauf hin, dass ihm kein Rückkehranspruch zustehe. Unter dem 22. Dezember
2008 machte der Kläger dieses Recht gegenüber der Beklagten geltend.

Mit der am 22. Dezember 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen 8
Klage hat der Kläger zunächst Kündigungsschutzklage gegen die K erhoben.
Anschließend hat er mit Klageerweiterung vom 3. Februar 2009 ein Rückkehr-
recht zur Beklagten geltend gemacht und den Kündigungsschutz- sowie Wei-
terbeschäftigungsantrag nur noch hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit
dem Hauptantrag gegenüber der K weiterverfolgt. Gegenstand des Revisions-
verfahrens ist nur noch der gegenüber der Beklagten geltend gemachte Rück-
kehranspruch.

Dazu hat der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe gegen die 9
Beklagte einen Anspruch auf Wiedereinstellung aus dem Vertrag vom 30. April
2005 iVm. der SV vom 8. April 2005. Die aus dringenden betrieblichen Gründen
ausgesprochene Kündigung der K sei wirksam, auch bedürfe es keiner ent-
sprechenden gerichtlichen Entscheidung. Er sei gegenüber der Beklagten auch

nicht darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Kündigung der K wirksam sei.

Der Kläger hat zuletzt - soweit für die Revision noch von Bedeutung - beantragt 10

1. festzustellen, dass ihm ein Rückkehrrecht zur Beklagten entsprechend der Schuldrechtlichen Vereinbarung vom 8. April 2005 zusteht;
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn entsprechend Ziffer 4 der Schuldrechtlichen Vereinbarung vom 8. April 2005 mit Wirkung vom 1. August 2009 wieder einzustellen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hält den Feststellungsantrag für unzulässig, weil dafür kein Feststellungsinteresse vorhanden sei. Der unbestimmte Wiedereinstellungsantrag bezeichne weder den Inhalt der vom Kläger geforderten Beschäftigung näher, noch enthalte er Angaben über die zu zahlende Arbeitsvergütung. Auch in der Sache stehe dem Kläger kein Rückkehrrecht zu. Er habe nicht bis 31. Dezember 2008 tatsächlich zu ihr zurückkehren können, weil er durch die Auslaufrfrist noch bis 31. Juli 2009 an das Arbeitsverhältnis mit der K gebunden gewesen sei. Durch die Beendigung des Kündigungsrechtsstreits mit der K werde zwar die Wirksamkeit der Kündigung nach § 13 Abs. 1 iVm. § 7 Abs. 1 KSchG fingiert, nicht aber das Vorliegen dringender betrieblicher Gründe nach § 1 Abs. 2 ff. KSchG. Dafür sei der Kläger im Wiedereinstellungsrechtsstreit darlegungs- und beweispflichtig. Stattdessen habe der Kläger eine Überprüfung der Kündigungsgründe dadurch unmöglich gemacht, dass er die Kündigungsschutzklage nur hilfsweise verfolge. Darin liege ein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Schließlich bestehe eine Beschäftigungsmöglichkeit für den Kläger lediglich noch in der Vermittlungs- und Qualifizierungseinheit Vivento. 11

Das Arbeitsgericht hat nach den Klageanträgen erkannt. Über die gegen die K gerichteten Hilfsanträge erging keine Entscheidung. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Anträge abgewiesen und die gegen die K gerichtete Anschlussberufung des Klägers, mit der er für den 12

Fall der Stattgabe der Berufung der Beklagten die Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der K begehrt hat, als unzulässig verworfen. Es hat dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits auferlegt und die Revision zugelassen, soweit die Berufung der Beklagten Erfolg hatte. Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung, soweit sich diese gegen die Beklagte richtet. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision hat teilweise Erfolg. Sie ist erfolglos, soweit der Kläger das Klageziel der Wiedereinstellung mit einem Feststellungsantrag verfolgt. Für diesen Antrag fehlt das nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderliche Feststellungsinteresse. Die Revision führt jedoch zur Wiederherstellung der Entscheidung des Arbeitsgerichts, soweit dieses dem Wiedereinstellungsantrag stattgegeben hat. Der Anspruch des Klägers folgt aus § 2 Nr. 1 des Vertrags der Parteien vom 30. April 2005 iVm. Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV. Die Voraussetzungen dieser Bestimmungen sind erfüllt. Das Arbeitsverhältnis des Klägers wurde von der K wirksam gekündigt. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts musste der Kläger nicht darlegen und beweisen, dass die Kündigung aus dringenden betrieblichen Gründen iSv. § 1 Abs. 2 KSchG gerechtfertigt war. Auf die entsprechenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts zur Wirksamkeit der betriebsbedingten Kündigung kommt es nicht an. Der Kläger hat sein Rückkehrrecht nicht gemeinsam mit der K kollusiv zum Nachteil der Beklagten ausgeübt, indem er in erster Linie gegenüber der Beklagten einen Wiedereinstellungsantrag und einen Kündigungsschutzantrag gegenüber der K nur hilfsweise verfolgt hat.

13

A. Die Revision ist zurückzuweisen, soweit sie den Antrag zu 1. betrifft. Dieser Antrag, mit dem der Kläger die Feststellung eines Rückkehrrechts nach Maßgabe der SV reklamiert, ist unzulässig. Er genügt nicht den Erfordernissen des § 256 Abs. 1 ZPO.

14

- I. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Rechtsverhältnis iSv. § 256 Abs. 1 ZPO ist jedes durch die Herrschaft einer Rechtsnorm über einen konkreten Sachverhalt entstandene rechtliche Verhältnis einer Person zu einer anderen Person oder zu einer Sache. Die Feststellungsklage kann sich auf einzelne Beziehungen oder Folgen aus einem Rechtsverhältnis, auf bestimmte Ansprüche oder Verpflichtungen oder auf den Umfang einer Leistungspflicht beschränken - sog. Elementenfeststellungsklage - (vgl. BAG 16. November 2011 - 4 AZR 834/09 - Rn. 34 mwN). 15
- II. Hiervon ausgehend ist das Feststellungsbegehren unzulässig. 16
1. Allerdings handelt es sich bei dem „Rückkehrrecht“ um ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Dem Kläger geht es um den Ausspruch einer Berechtigung der (Wieder-)Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten, nach welchem er als Fernmeldehandwerker tätig ist. 17
2. Der Kläger hat für seinen Antrag aber kein besonderes Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. 18
- a) § 256 Abs. 1 ZPO verlangt ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung. Es ist in der Regel zu verneinen, wenn ein Kläger dasselbe Ziel mit einer Klage auf Leistung erreichen kann (vgl. BAG 28. September 2005 - 5 AZR 181/04 - zu I 4 der Gründe; 5. Juni 2003 - 6 AZR 277/02 - zu I 1 b der Gründe mwN, AP ZPO 1977 § 256 Nr. 81 = EzA ZPO 2002 § 256 Nr. 2). 19
- b) Vorliegend kann der Kläger das von seinem Feststellungsbegehren umfasste Recht mit einer Leistungsklage auf Abgabe einer Willenserklärung verfolgen. Dies zeigt sein Antrag zu 2. Mit dem Antrag zu 1. kann er nichts Anderes oder Weitergehendes klären. Ein gesondertes Interesse an der mit dem Antrag zu 1. beehrten Feststellung ist nicht erkennbar. 20

- c) Auch als Zwischenfeststellungsklage iSv. § 256 Abs. 2 ZPO wäre der Antrag unzulässig. 21
- aa) Nach § 256 Abs. 2 ZPO kann der Kläger zugleich mit der Hauptklage auf Feststellung eines die Entscheidung bedingenden, dh. vorgreiflichen Rechtsverhältnisses klagen. Die Bestimmung trägt dem Umstand Rechnung, dass sich die Rechtskraftwirkung bei der Leistungsklage nur auf die Entscheidung über den prozessualen Anspruch bezieht, nicht aber auf die den Leistungsbefehl tragenden Feststellungen. § 256 Abs. 2 ZPO ermöglicht die Ausdehnung der Rechtskraft auch auf das der Leistungsklage vorgreifliche Rechtsverhältnis und die tragenden Entscheidungsgründe. Voraussetzung für die Zwischenfeststellungsklage ist, dass ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien streitig ist, von dem die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängig ist und das über den Streitgegenstand hinaus von Bedeutung sein kann (vgl. BAG 25. September 2003 - 8 AZR 446/02 - zu II 1 a bb der Gründe, AP BGB § 613a Nr. 256 = EzA ZPO 2002 § 50 Nr. 2). Die Vorgreiflichkeit ersetzt das ansonsten für die Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse (vgl. BAG 29. März 2001 - 6 AZR 652/99 - zu B II 2 a der Gründe mwN, ZTR 2002, 77; 11. Oktober 2000 - 5 AZR 240/99 - zu A I der Gründe, BAGE 96, 34). Die Zwischenfeststellungsklage ist aber dann unzulässig, wenn die Entscheidung über die gleichzeitig erhobene Leistungsklage die Rechtsbeziehungen der Parteien mit Rechtskraftwirkung erschöpfend klärt (vgl. BAG 15. Januar 1992 - 7 AZR 194/91 - zu I 2 der Gründe mwN, AP BetrVG 1972 § 37 Nr. 84 = EzA BetrVG 1972 § 37 Nr. 110; Reichold in Thomas/Putzo ZPO 33. Aufl. § 256 Rn. 29). 22
- bb) Vorliegend hat das im Zusammenhang mit dem Antrag zu 2. inzidenter ohnehin zu klärende Rechtsverhältnis eines „Rechts zur Rückkehr“ keine über den Streitgegenstand der Verurteilung zur Wiedereinstellung hinausgehende Bedeutung. Es zeitigt keine weitergehenden Folgen als die mit dem Leistungsantrag zu 2. geltend gemachte Verpflichtung zum Arbeitsvertragsschluss. 23
- B. Der zulässige Antrag zu 2. ist begründet. 24

- I. Der Antrag des Klägers, ihn entsprechend Nr. 4 SV vom 8. April 2005 mit Wirkung vom 1. August 2009 „wieder einzustellen“, ist nach gebotener Auslegung zulässig. Er ist insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 25
1. Der Kläger erstrebt mit dem „Wiedereinstellungsantrag“ eine Verurteilung der Beklagten zur Abgabe einer Annahmeerklärung. Ihm geht es mit der erstrebten Fiktion der Abgabe der Annahmeerklärung nach § 894 Satz 1 ZPO um das endgültige Zustandekommen eines Arbeitsvertrags mit der Beklagten, das er mit übereinstimmenden Willenserklärungen - Antrag und Annahme (§§ 145 bis 147 BGB) - erwirken möchte. Die auf Abgabe der Annahmeerklärung gerichtete Klage entspricht dem Regelfall des mit einer sog. Wiedereinstellungsklage bekundeten Willens des Arbeitnehmers. So ist auch der Wiedereinstellungsantrag im vorliegenden Fall zu verstehen. Bereits in der Klage ist regelmäßig die Abgabe des Angebots zu sehen (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 743/10 - Rn. 16; vgl. auch zB 21. August 2008 - 8 AZR 201/07 - Rn. 54, AP BGB § 613a Nr. 353 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 95; 25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - Rn. 14, AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80; 14. August 2007 - 9 AZR 943/06 - Rn. 11, BAGE 123, 358*). 26
2. Der Antrag zu 2. ist in dieser Auslegung zulässig. Er ist insbesondere hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 27
- a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Der Kläger muss eindeutig festlegen, welche Entscheidung er begehrt. Er hat den Streitgegenstand so genau zu bezeichnen, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO) keinem Zweifel unterliegt und die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung (§ 322 Abs. 1 ZPO) zwischen den Parteien entschieden werden kann (*vgl. BAG 18. Mai 2011 - 5 AZR 181/10 - Rn. 10 mwN, EzA BGB 2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 4*). Ein - wie vorliegend - auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichteter Antrag ist nur dann bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn er so gefasst ist, dass der Inhalt der nach § 894 Satz 1 ZPO 28

fingierten Erklärung klar ist. Zur Ermittlung des Inhalts einer mit der Klage erstrebten Willenserklärung können - wie auch bei anderen auslegungsbedürftigen Klageanträgen - die Klagebegründung und das schriftsätzliche Vorbringen des Klägers herangezogen werden. Geht es um den Abschluss eines Arbeitsvertrags, muss die nach der speziellen Vollstreckungsregel des § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben geltende Willenserklärung den für eine Vertragseinigung notwendigen Mindestinhalt umfassen (*essentialia negotii*). Nach § 611 Abs. 1 BGB gehören hierzu die „versprochenen Dienste“, also Art und Beginn der Arbeitsleistung. Die Art der Arbeitsleistung kann sich - mittelbar - auch über die Angabe einer Eingruppierung in ein kollektives Entgeltschema erschließen, wenn dieses bestimmte Tätigkeiten einer Entgelt- oder Vergütungsgruppe zuordnet. Die weit gefasste Beschreibung einer Tätigkeit führt nicht zwingend zu deren Unbestimmtheit, sondern zu einem entsprechend weiten Direktionsrecht des Arbeitgebers. Der Umfang der Arbeitsleistung und die Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmen sich ggf. nach den üblichen Umständen. Eine Einigung über weitere Inhalte ist nicht erforderlich, sofern klar ist, dass die Arbeitsleistung überhaupt vergütet werden soll (*vgl. Schaub/Linck ArbR-Hdb. 14. Aufl. § 32 Rn. 4; Küttner/Röller Personalbuch 2012 19. Aufl. Arbeitsvertrag Rn. 7*). Die Vergütung folgt ggf. aus § 612 BGB.

b) Nach diesen Grundsätzen ist der Inhalt des angestrebten Arbeitsvertrags ausreichend konkret bezeichnet. Zeitpunkt der begehrten Wiedereinstellung ist der 1. August 2009. Unschädlich ist, dass der Antrag keine Angaben zum Umfang der Arbeitszeit enthält. Ohne andere Anhaltspunkte ist von einer Vollzeitbeschäftigung auszugehen. Die weiteren Modalitäten des vom Kläger reklamierten Rechts sind nach seinem Sachvortrag klar. Der Kläger will zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Fernmeldehandwerker beschäftigt werden. Daraus kann die zutreffende Eingruppierung abgeleitet werden. Die übrigen Arbeitsbedingungen ergeben sich aus Nr. 4 Satz 2 SV. Danach wird der Arbeitnehmer hinsichtlich der zu vereinbarenden Arbeitsvertragsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen so gestellt, als wäre er ohne Unterbrechung von der Beklagten weiterbeschäftigt worden (*vgl. insoweit auch zur Antragsauslegung: BAG 19. Oktober 2011*

29

- 7 AZR 471/10 - Rn. 21). Die Vergütung bemisst sich nach § 10 des zum 1. Juli 2001 in Kraft getretenen Entgelttarifvertrags (ERTV), der die Grundzüge und Festsetzung der Vergütung regelt. § 10 Abs. 1 und Abs. 2 ERTV geben die Eingruppierungsgrundsätze vor. § 10 Abs. 2 ERTV verweist zudem auf das Entgeltgruppenverzeichnis der Anlage 1 zum ERTV (vgl. zum Tarifsysteem: bspw. BAG 8. März 2006 - 10 AZR 129/05 - Rn. 5 ff., BAGE 117, 202). Ein Vertragsangebot dieses Inhalts könnte die Arbeitgeberin nach § 145 BGB mit einem einfachen „Ja“ annehmen (vgl. zum entsprechenden Maßstab: BAG 19. April 2005 - 9 AZR 233/04 - Rn. 17, BAGE 114, 206).

II. Der Antrag zu 2. hat in der Sache Erfolg. Entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts hat der Kläger Anspruch auf Abgabe der mit dem Antrag verlangten Annahmeerklärung. Grundlage des Anspruchs ist § 2 Nr. 1 des Vertrags der Parteien vom 30. April 2005 iVm. Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV. Das ergibt eine Auslegung dieser Regelungen, die einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht standhalten. Nr. 2 Buchst. a SV benachteiligt den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Der Senat hat über die zu behandelnden Rechtsfragen größtenteils schon mit Urteilen vom 9. Februar 2011 (- 7 AZR 91/10 - AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2) und vom 19. Oktober 2011 (- 7 AZR 471/10 -, - 7 AZR 672/10 -, - 7 AZR 33/11 - sowie mit ähnlicher Antragsfassung - 7 AZR 743/10 -) entschieden und hält an den Ergebnissen fest. Die vorgebrachten Argumente rechtfertigen keine abweichende Entscheidung. 30

1. Die Klage ist nicht schon deswegen teilweise unbegründet, weil die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe der Annahmeerklärung zum 1. August 2009 (rück-)wirken soll. Davon ist das Landesarbeitsgericht zutreffend ausgegangen. 31

a) Die Abgabe der Annahmeerklärung als zweite der beiden nötigen übereinstimmenden Willenserklärungen soll den Vertragsschluss bewirken. Mit Rechtskraft eines obsiegenden Urteils gilt die Annahmeerklärung nach § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben. Zu welchem Zeitpunkt die fingierte Abgabe der Annahmeerklärung wirkt, beurteilt sich nach materiellem Recht. Seit Inkrafttre- 32

ten des § 311a Abs. 1 BGB idF des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (*BGBI. I S. 3138*) kommt auch die Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung in Betracht, die auf eine Vertragsänderung zu einem in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt gerichtet ist. Nach § 275 Abs. 1 BGB ist der Anspruch auf die Leistung zwar ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder jedermann unmöglich ist. Im Unterschied zum alten Recht ist in § 311a Abs. 1 BGB aber klargestellt, dass ein Vertrag selbst dann nicht nichtig ist, wenn er in der Vergangenheit tatsächlich nicht durchgeführt werden kann (*vgl. für die st. Rspr.: BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 26, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 26, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; 15. September 2009 - 9 AZR 643/08 - Rn. 15 mwN, AP TVG § 1 Altersteilzeit Nr. 44 = EzA TVG § 4 Altersteilzeit Nr. 31*).

b) Die rückwirkende Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch Urteil ist daher zulässig. Ausgeschlossen ist lediglich eine gerichtliche Entscheidung, mit der ein Arbeitsverhältnis mit Rückwirkung zu einem Zeitpunkt vor der (*fin-*
gierten) Abgabe des Angebots begründet werden soll (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 27, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; vgl. auch 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 27, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; grundlegend 4. Mai 2010 - 9 AZR 155/09 - Rn. 17 und 35, BAGE 134, 223*).

2. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, die in Nr. 2 Buchst. a SV enthaltene Anspruchsvoraussetzung, welche nicht nur eine wirksame Kündigung, sondern darüber hinaus dringende betriebliche Gründe unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG verlangt, sei wirksam. Die Regelungen zum Rückkehrrecht im Auflösungsvertrag vom 30. April 2005 und in der SV halten einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, der weder § 310 Abs. 4 Satz 1 noch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB entgegenstehen, allerdings nicht stand.

a) § 2 Nr. 1 des Auflösungsvertrags der Parteien vom 30. April 2005 ist ein von der Beklagten vorformulierter Vertrag, den sie nach dem Erscheinungsbild

mehrfach verwendet hat. Der Text der Vereinbarung enthält über die persönlichen Daten des Klägers hinaus keine individuellen Besonderheiten. Den Inhalt eines solchen typischen Mustervertrags kann der Senat selbst nach §§ 133, 157 BGB auslegen (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 29, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 29 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*).

b) Die Regelung des besonderen Rückkehrrechts in § 2 Nr. 1 des Vertrags der Parteien vom 30. April 2005 iVm. Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV enthält Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auch Vertragsbedingungen, die vor ihrer Verwendung kollektivrechtlich ausgehandelt worden sind, können Allgemeine Geschäftsbedingungen sein (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 30, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; vgl. auch 19. März 2009 - 6 AZR 557/07 - Rn. 20 mwN, AP BGB § 611 Arbeitgeberdarlehen Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 305c Nr. 17*). 36

aa) Die Parteien haben hier in § 2 Nr. 1 des Vertrags vom 30. April 2005 auf die als Anlage 1 beigefügte SV verwiesen. Sie haben den Text der SV vollständig verwendet, sodass deren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung erhalten geblieben ist. 37

bb) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden. Dabei sind die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen. Ansatzpunkt für die Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Dabei kommt es nur dann auf das Verständnis des Wortlauts durch die konkreten Vertragspartner an, wenn sie den Inhalt der Regelung übereinstimmend abweichend vom objektiven Wortsinn interpretieren (§ 305b BGB). Ist der Wortlaut eines Formularvertrags nicht eindeutig, ist für die Auslegung entscheidend, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist. Der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner muss beachtet werden 38

(§ 157 BGB). Soweit auch der mit dem Vertrag verfolgte Zweck einzubeziehen ist, gilt das nur für typische und von redlichen Geschäftspartnern verfolgte Ziele. Eine solche Auslegung nach einem objektiv-generalisierenden Maßstab ist geboten, weil der Vertragspartner des Verwenders auf den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die für eine Vielzahl von Fallgestaltungen vorformuliert worden sind und gerade unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls zur Anwendung kommen sollen, keinen Einfluss nehmen kann (BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 32, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 32, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2).

cc) Klauseln in arbeitsvertraglichen Vereinbarungen, die auf kollektivrechtlich ausgehandelte Vertragsbedingungen Bezug nehmen oder inhaltlich mit ihnen übereinstimmen, sind nach denselben Maßstäben auszulegen wie einseitig vom Arbeitgeber vorformulierte Klauseln. Auch sie betreffen eine Vielzahl von Fällen, die eine einheitliche Auslegung erfordern. Die Arbeitnehmer, die derartige Verträge unterzeichnen, waren zudem an der Aushandlung der Kollektivregelung nicht beteiligt und konnten sie nicht beeinflussen (vgl. BAG 28. Juli 2009 - 3 AZR 250/07 - Rn. 18, AP ArbGG 1979 § 45 Nr. 16). Die Gründe, die zu der später in die vertragliche Vereinbarung übernommenen Kollektivregelung geführt haben, sind ihnen unbekannt. Für die Auslegung solcher Klauseln kommt es deshalb nicht auf das Verständnis der an den Verhandlungen über die Kollektivregelung Beteiligten, sondern nach § 157 BGB auf die Verständnismöglichkeiten der Arbeitnehmer an, mit denen später die darauf verweisende arbeitsvertragliche Regelung vereinbart wird (BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 33, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 33, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; vgl. auch 19. März 2009 - 6 AZR 557/07 - Rn. 22 mwN, AP BGB § 611 Arbeitgeberdarlehen Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 305c Nr. 17).

39

c) § 2 Nr. 1 des Vertrags der Parteien vom 30. April 2005 iVm. Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV begründen ein sog. besonderes, bis 31. Dezember 2008 auszuübendes Rückkehrrecht des Klägers in die Dienste der Beklag-

40

ten. Der Kläger hat diesen Wiedereinstellungsanspruch wirksam geltend gemacht.

aa) Die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen sind erfüllt. Der Kläger ist ehemaliger Arbeitnehmer der Beklagten. Er stand zum 1. Oktober 2002 in einem Arbeitsverhältnis mit einer der sog. Kabelgesellschaften und war von der Beklagten beurlaubt. 41

bb) Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der K wurde aus dringenden betrieblichen Gründen iSv. Nr. 2 Buchst. a SV gekündigt. Dem steht nicht entgegen, dass diese Bestimmung auf § 1 Abs. 2 ff. KSchG Bezug nimmt, die K wegen des tariflichen Sonderkündigungsschutzes des Klägers jedoch eine außerordentliche Kündigung mit Auslaufzeit erklärte. Die Wirksamkeit einer solchen außerordentlichen „betriebsbedingten“ Kündigung wird zwar nicht an § 1 KSchG gemessen, sondern an § 626 BGB. Zu prüfen ist nach § 626 Abs. 1 BGB aber, ob dem Arbeitgeber im Fall ordentlicher Kündigung des Arbeitnehmers eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar wäre (*vgl. nur BAG 18. März 2010 - 2 AZR 337/08 - Rn. 16 mwN, AP BGB § 626 Nr. 228 = EzA BGB 2002 § 626 Unkündbarkeit Nr. 17*). Die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung sind dadurch mit denen einer ordentlichen Kündigung verknüpft. Bei einer außerordentlichen „betriebsbedingten“ Kündigung handelt es sich deswegen um eine Kündigung „aus dringenden betrieblichen Gründen“ iSv. Nr. 2 Buchst. a SV. Das Erfordernis einer „aus dringenden betrieblichen Gründen“ ausgesprochenen Kündigung dient der Abgrenzung von personen- und verhaltensbedingten Kündigungen, bei denen kein Rückkehrrecht besteht. Das macht insbesondere Nr. 5 SV deutlich. Aus der SV geht im Übrigen nicht hervor, dass dieses Regelwerk Arbeitnehmer, die tariflich gegen ordentliche Kündigungen geschützt sind, von ihrem persönlichen Geltungsbereich ausnehmen will. Wegen des besonderen Schutzes dieser Arbeitnehmergruppe hätte es hierfür eines klaren Anhaltspunkts im Wortlaut der SV bedurft (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 36, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). 42

- cc) Der Kläger hat ein besonderes Rückkehrrecht iSv. Nr. 1 Buchst. b SV, obwohl sein Arbeitsverhältnis mit der K nicht schon mit dem 31. Dezember 2008, sondern erst am 31. Juli 2009 endete. 43
- (1) Nach Nr. 1 Buchst. b SV räumte die Beklagte dem Kläger ein besonderes Rückkehrrecht „nach Ablauf des allgemeinen Rückkehrrechts für weitere 36 Monate“ ein. Das allgemeine Rückkehrrecht bestand nach Nr. 1 Buchst. a SV für einen Zeitraum von 24 Monaten, berechnet ab 1. Januar 2004, also bis 31. Dezember 2005. Der Zeitraum für das besondere Rückkehrrecht endete 36 Monate später mit dem 31. Dezember 2008. 44
- (2) Nr. 1 Buchst. b SV ist auslegungsbedürftig. Aus dem Wortlaut der Regelung geht nicht eindeutig hervor, ob mit dem Rückkehrrecht „für weitere 36 Monate“ die Entstehung des Rechts bis 31. Dezember 2008, seine Geltendmachung oder die tatsächliche Rückkehr bis zu diesem Zeitpunkt gemeint ist. Der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner (§ 157 BGB) spricht aber dafür, dass es jedenfalls genügt, wenn das Rückkehrrecht bis 31. Dezember 2008 durch den Zugang einer ordentlichen oder außerordentlichen „betriebsbedingten“ Kündigung entstand und gegenüber der Beklagten geltend gemacht wurde. Mit Ausübung des Rückkehrrechts bis 31. Dezember 2008 erlangte die beklagte Verwenderin Planungssicherheit hinsichtlich der tatsächlichen Rückkehr des einzelnen Arbeitnehmers. Die in Nr. 3 Satz 2 SV enthaltene Ankündigungsfrist von drei Monaten deutet zudem darauf hin, dass das Regelwerk zwischen dem Rückkehrrecht und der tatsächlichen Rückkehr unterscheidet (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 39, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10*). 45
- (3) Der Kläger erfüllt diese Voraussetzung des besonderen Rückkehrrechts. Die K kündigte sein Arbeitsverhältnis mit ihr unter dem 9. Dezember 2008 außerordentlich „aus betriebsbedingten Gründen“. Der Kläger machte das besondere Rückkehrrecht mit Schreiben vom 22. Dezember 2008 gegenüber der Beklagten geltend. 46

dd) Nr. 2 Buchst. a SV verlangt nicht nur eine wirksame Kündigung. Nach 47
der Regelung genügt insbesondere nicht der Eintritt der Fiktion in § 7 Halbs. 1,
§ 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Erforderlich ist darüber hinaus, dass die Kündigung
unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG ausgesprochen
wurde. Die Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB ist nicht anzuwenden.

(1) Bleibt bei der Auslegung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung nach 48
Ausschöpfung der Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel, geht er
nach § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders. Die Anwendung der Un-
klarheitenregel setzt voraus, dass die Auslegung mindestens zwei Ergebnisse
als vertretbar erscheinen lässt und keines den klaren Vorzug verdient. Es
müssen „erhebliche Zweifel“ an der richtigen Auslegung bestehen. Die entfernte
Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt für die Anwen-
dung der Bestimmung nicht. Der Arbeitgeber, der die Allgemeinen Geschäfts-
bedingungen verwendet, muss bei Unklarheiten die ihm am wenigsten günstige
Auslegungsmöglichkeit gegen sich gelten lassen (*BAG 19. Oktober 2011*
- 7 AZR 672/10 - Rn. 42, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10;
29. Juni 2011 - 7 AZR 6/10 - Rn. 20, EzA TzBfG § 15 Nr. 3; 9. Februar 2011
- 7 AZR 91/10 - Rn. 42 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a
Nr. 2).

(2) Die Voraussetzung zumindest zweier gleichrangiger Auslegungsergeb- 49
nisse ist nicht erfüllt. Die Klausel in Nr. 2 Buchst. a SV lässt nach gebotener
Auslegung (§§ 133, 157 BGB) unter Beachtung eines objektiv-generalisie-
renden Maßstabs hinreichend klar erkennen, dass das Rückkehrrecht an eine
Kündigung gebunden wird, die wirksam und darüber hinaus unter Einhaltung
der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG aus dringenden betrieblichen
Gründen ausgesprochen wird. Aus dem Erfordernis der Einhaltung der Voraus-
setzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG geht der Wille der verwendenden Beklag-
ten hervor, das Rückkehrrecht davon abhängig zu machen, dass auch im Fall
der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines ordentlich
Unkündbaren bestimmte Umstände - dringende betriebliche Gründe - tatsäch-
lich gegeben sind. Es genügt daher nicht, dass die außerordentliche oder

ordentliche Kündigung durch Unterlassen oder Rücknahme der Kündigungsschutzklage aufgrund der Fiktionen in § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO, § 7 Halbs. 1 iVm. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG wirksam wird (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 43, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10*).

ee) Das in Nr. 2 Buchst. a SV begründete Erfordernis einer nicht nur wirksamen, sondern unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG ausgesprochenen Kündigung ist jedoch - entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts - unwirksam. Das Erfordernis benachteiligt den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Klausel unterliegt der Inhaltskontrolle. Dem stehen weder § 310 Abs. 4 Satz 1 noch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB entgegen. 50

(1) § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB hindert die Inhaltskontrolle nicht. 51

(a) Nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB finden §§ 305 ff. BGB auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen keine Anwendung. Formulärmäßig verwendete Klauseln in Arbeitsverträgen, die auf eine solche Kollektivregelung Bezug nehmen oder mit ihr übereinstimmen und lediglich deren gesamten Inhalt wiedergeben, unterliegen deshalb keiner Inhaltskontrolle (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 46, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 46, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; 19. März 2009 - 6 AZR 557/07 - Rn. 22 mwN, AP BGB § 611 Arbeitgeberdarlehen Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 305c Nr. 17*). 52

(b) Die Unterzeichner der SV haben dem Regelwerk nicht den normativen Charakter eines Tarifvertrags iSv. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB beigelegt. 53

(aa) Entscheidend ist, ob die Vertragspartner ihren Willen zur Normsetzung hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht haben. Dazu müssen sie durch bindende, dh. normative Regelungen die Klärung von Rechtsanwendungsproblemen verbindlich vorwegnehmen (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 48, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 48, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*); 54

vgl. auch 19. Mai 2010 - 4 AZR 903/08 - Rn. 37 und 39, AP TVG § 1 Tarifverträge: Lufthansa Nr. 46).

(bb) Das trifft auf die SV nicht zu. Nach Nr. 1 SV räumt die Beklagte den Arbeitnehmern „einzervertraglich“ ein Rückkehrrecht zu ihr ein. Daran wird deutlich, dass die SV den Anspruch nicht normativ durch unmittelbare und zwingende Wirkung für die Regelungsunterworfenen begründen will. Sie trifft vielmehr nur eine vereinheitlichende Regelung für individualvertragliche Umsetzungsakte. Das ist der typische Fall Allgemeiner Geschäftsbedingungen (BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 49, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 49, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2).

55

(c) Nr. 1 Buchst. b und Nr. 2 Buchst. a SV sind auch nicht deswegen durch § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB der sog. AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB entzogen, weil der SV der Charakter einer schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarung zugunsten Dritter iSv. § 328 BGB zukäme (*vgl. zum Begriff der schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarung zugunsten Dritter: BAG 5. November 1997 - 4 AZR 872/95 - zu II 1.3 der Gründe, BAGE 87, 45; allgemein zu schuldrechtlichen Koalitionsvereinbarungen: BAG 26. Januar 2011 - 4 AZR 159/09 - Rn. 21 mwN, AP TVG § 3 Betriebsnormen Nr. 7 = EzA TVG § 1 Betriebsnorm Nr. 6*). Der Arbeitnehmer erwirbt den Anspruch auf das Rückkehrrecht gegenüber der Beklagten nicht unmittelbar im Sinne eines echten Vertrags zugunsten Dritter nach § 328 Abs. 1 BGB aus der SV (*vgl. zu dem Erfordernis eines unmittelbaren Leistungsrechts: bspw. Palandt/Grüneberg BGB 71. Aufl. Einf. v. § 328 Rn. 1*). Nr. 1 Buchst. b SV verlangt vielmehr ausdrücklich den Zwischenschritt einer einzelvertraglichen Vereinbarung des besonderen Rückkehrrechts. Die Arbeitgeberin verpflichtet sich als Vertragspartnerin der SV gegenüber den Kabelgesellschaften und der Gewerkschaft ver.di, im Verhältnis zum Arbeitnehmer einzelvertraglich eine entsprechende Vertragsänderung vorzunehmen. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf die (Gegen-)Leistung des besonderen Rückkehrrechts gegenüber der Beklagten entsteht jedoch erst mit Abschluss des Aufhebungsvertrags aufgrund des dadurch begründeten Gegenseitigkeits-

56

verhältnisses von Aufhebungsvereinbarung und Wiedereinstellungszusage (vgl. zu einem vergleichbaren Zwischenschritt: BAG 14. August 2007 - 9 AZR 18/07 - Rn. 52, BAGE 123, 337). Der Senat kann daher offenlassen, ob schuldrechtliche Koalitionsvereinbarungen zugunsten Dritter dem Tarifvertragsbegriff des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB überhaupt unterfallen (BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 50, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10).

(2) § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB schließt eine Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht aus. 57

(a) § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB bestimmt, dass die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308, 309 BGB nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Eine fehlende ausdrückliche gesetzliche Regelung führt aber nicht dazu, dass ein Klauselwerk nicht nach §§ 307 ff. BGB zu kontrollieren wäre. Auch Vertragstypen, die gesetzlich nicht geregelt sind, können am Maßstab der §§ 307 ff. BGB gemessen werden (BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 52, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 51, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; vgl. auch 18. Januar 2006 - 7 AZR 191/05 - Rn. 27 mwN, AP BGB § 305 Nr. 8 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 13). 58

(aa) Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind von der Inhaltskontrolle zum einen deklaratorische Vertragsklauseln ausgenommen, die in jeder Hinsicht mit einer bestehenden gesetzlichen Regelung übereinstimmen. Eine Inhaltskontrolle derartiger Klauseln liefe leer, weil an ihre Stelle im Fall ihrer Unwirksamkeit nach § 306 Abs. 2 BGB die inhaltsgleiche gesetzliche Bestimmung träte (BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 52 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2). 59

(bb) Zum anderen unterliegen Abreden, die ihrer Art nach nicht der Regelung durch Gesetz oder andere Rechtsvorschriften unterfallen, sondern von den Vertragsparteien festgelegt werden müssen, nicht der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB. Das sind Abreden über den unmittelbaren Gegenstand der 60

Hauptleistung (*sog. Leistungsbeschreibung*) und des dafür zu zahlenden Entgelts. Der gerichtlichen Kontrolle entzogene Leistungsbeschreibungen sind solche, die Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistung festlegen. Demgegenüber sind Klauseln, die das Haupt- oder Gegenleistungsversprechen einschränken, verändern oder ausgestalten, inhaltlich zu kontrollieren (*vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 53 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*).

(b) Nach diesen Grundsätzen unterliegt die Regelung des besonderen Rückkehrrechts in Nr. 1 Buchst. b und Nr. 2 Buchst. a SV der Angemessenheitskontrolle des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Bestimmungen gestalten iVm. § 2 Nr. 1 des Vertrags vom 30. April 2005 das Gegenleistungsversprechen aus. Der Auflösungsvertrag enthält nach seinem Erscheinungsbild selbst Allgemeine Geschäftsbedingungen. Er verknüpft die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses der Parteien mit zeitlich begrenzten Rückkehrrechten. Die Zustimmung des Arbeitnehmers zu der Vertragsaufhebung steht im Gegenseitigkeitsverhältnis zu der Zusage der Wiedereinstellung (*vgl. zu der Gegenleistung einer Abfindungszusage für die Einwilligung in die Vertragsaufhebung: zB BAG 26. September 2001 - 4 AZR 497/00 - zu I 2 b der Gründe mwN, EzA TVG § 4 Einzelhandel Nr. 51*). Unmittelbarer Gegenstand des Haupt- und Gegenleistungsversprechens ist die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gegen mehrere verschiedenartige Wiedereinstellungsansprüche, ein allgemeines und ein besonderes Rückkehrrecht unterschiedlicher Dauer. Das eng zu fassende, kontrollfreie Haupt- und Gegenleistungsversprechen beschränkt sich auf die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses gegen das Versprechen der Wiedereinstellung. Nr. 1 Buchst. b und Nr. 2 Buchst. a SV stellen das besondere (*verlängerte*) Rückkehrrecht unter zusätzliche Voraussetzungen, die Einhaltung der Erfordernisse des § 1 Abs. 2 ff. KSchG für eine von der K ausgesprochene „betriebsbedingte“ wirksame Kündigung. Die Klauseln gestalten damit das Gegenleistungsversprechen aus. Sie sind inhaltlich zu kontrollieren (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 55, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10*).

61

(3) Das in Nr. 2 Buchst. a SV begründete Erfordernis einer nicht nur wirksamen, sondern unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG ausgesprochenen Kündigung benachteiligt den Kläger unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. 62

(a) Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Unangemessen ist jede Beeinträchtigung eines rechtlich anerkannten Interesses des Arbeitnehmers, die nicht durch begründete und billigenwerte Interessen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist oder durch gleichwertige Vorteile ausgeglichen wird. Die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung setzt eine wechselseitige Berücksichtigung und Bewertung rechtlich anzuerkennender Interessen der Vertragspartner voraus. Die beiderseitigen Positionen müssen unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben umfassend gewürdigt werden. Bei der Beurteilung der Unangemessenheit ist ein genereller, typisierender, vom Einzelfall losgelöster Maßstab anzulegen. Abzuwägen sind die Interessen des Verwenders gegenüber den Interessen der typischerweise beteiligten Vertragspartner. Art und Gegenstand, Zweck und besondere Eigenart des jeweiligen Geschäfts sind zu berücksichtigen (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 57, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 56, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; vgl. auch 18. Januar 2006 - 7 AZR 191/05 - Rn. 30 mwN, AP BGB § 305 Nr. 8 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 13*). 63

(b) Eine unangemessene Benachteiligung ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. § 307 Abs. 2 BGB konkretisiert § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Sind die Voraussetzungen des § 307 Abs. 2 BGB erfüllt, wird eine unangemessene Benachteiligung vermutet (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 58, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch* 64

Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 57 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2).

(c) Gemessen daran wird hier unwiderlegt vermutet, dass das in Nr. 2 Buchst. a SV begründete Erfordernis einer von ihm zu beweisenden nicht nur wirksamen, sondern unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG ausgesprochenen Kündigung den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB benachteiligt. 65

(aa) Nr. 2 Buchst. a SV verkehrt zum einen die für den Kündigungsschutzprozess in § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG vorgesehene Darlegungs- und Beweislast. Die Regelung macht die Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG für eine von der K ausgesprochene „betriebsbedingte“ Kündigung zur Anspruchsvoraussetzung des Rückkehrrechts. Zum anderen beseitigt Nr. 2 Buchst. a SV die Fiktion in § 13 Abs. 1 Satz 2, § 7 Halbs. 1 KSchG. Die Wirkung dieser Fiktion beschränkt sich darauf, dass eine bestimmte Kündigung wirksam ist. Ob der Kündigungsgrund tatsächlich zutrifft, ist nicht Gegenstand der Fiktion (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 60 mwN, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 59, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). Die Beseitigung der Fiktion geht über die bloße Umkehr der Darlegungs- und Beweislast im Wiedereinstellungsprozess hinaus (*vgl. zu der Verkehrung der Behauptungs- und Beweislast: zB BAG 25. September 2008 - 8 AZR 607/07 - Rn. 38, AP BGB § 613a Nr. 355 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 98*). 66

(bb) Diese in Nr. 2 Buchst. a SV enthaltene Voraussetzung ist nach § 307 Abs. 2 iVm. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. 67

(aaa) Für den Arbeitnehmer, der das Rückkehrrecht ausüben will, begründet sie die Obliegenheit, eine Kündigungsschutzklage nicht nur anzustrengen, sondern sie durch streitiges, klageabweisendes und rechtskräftiges Urteil zu beenden. Darin liegt eine unzumutbare Belastung des Arbeitnehmers, dh. eine Einschränkung, die es gefährdet, dass der Vertragszweck - die Verknüpfung der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit dem Wiedereinstellungsanspruch - 68

erreicht wird (vgl. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB). Der Arbeitnehmer kann sich nicht frei entschließen, die Unsicherheiten und Belastungen eines Kündigungsschutzrechtsstreits auf sich zu nehmen, wenn er das besondere Rückkehrrecht - den Wiedereinstellungsanspruch - durchsetzen will. Er kann seine Klage gegen die Kabelgesellschaft nicht zurücknehmen, keinen Klageverzicht erklären, kein Versäumnisurteil gegen sich ergehen lassen und sich, ohne den Verlust des Wiedereinstellungsanspruchs zu riskieren, nicht vergleichsweise einigen. Er kann seine Entscheidung über die Einleitung und Fortführung des Rechtsstreits auch nicht von einer Beurteilung der Prozessaussichten abhängig machen. Er muss den Rechtsstreit vielmehr sogar dann führen, wenn er selbst der Auffassung ist, die klagebegründenden Tatsachen nicht schlüssig vortragen zu können (vgl. zu einer auf der Grundlage von § 75 Abs. 1 BetrVG überprüften Klageobliegenheit im Zusammenhang mit einer Sozialplanforderung: BAG 22. Juli 2003 - 1 AZR 575/02 - zu III 1 b cc (1) der Gründe, BAGE 107, 100). Der Prozesserfolg steht regelmäßig erst nach Jahren fest. Das widerspricht dem typischen Zweck eines Wiedereinstellungsanspruchs, der ua. darin besteht, Zeiten der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken (BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 62, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 61, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2).

(bbb) Hinzu kommt die von § 1 Abs. 2 Satz 4 KSchG abweichende atypische Verkehrung der Darlegungs- und Beweislast im Wiedereinstellungsprozess. Der Arbeitnehmer muss hinsichtlich der Kündigungsgründe Tatsachen darlegen und beweisen, die er selbst idR nicht kennt und die jedenfalls nicht aus seiner Sphäre stammen. Diese atypische Überbürdung der Beweislast für die Kündigungsgründe auf den gekündigten Arbeitnehmer ist nicht etwa geboten, um die berechtigten Interessen der Beklagten zu wahren. Sie mag ein berechtigtes Interesse daran haben, den sich aufdrängenden Verdacht eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen dem Arbeitnehmer und der Kabelgesellschaft bei Ausspruch der Kündigung erkennen zu können. Die berechtigten Belange der Beklagten gebieten es aber nicht, die Beweislast und das sog. non-liquet-Risiko für die Kündigungstatsachen auf den Arbeitnehmer zu übertragen. Die Interes-

69

sen der Beklagten sind ausreichend durch § 4 Satz 2 des Vertrags vom 30. April 2005 gewahrt. Der Kläger hat ihr damit das Recht eingeräumt, sich die Fragen der sozialen Rechtfertigung und Wirksamkeit der Kündigung von der K offenlegen zu lassen (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 63, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 62, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*).

ff) Das besondere Rückkehrrecht in Nr. 1 Buchst. b und Nr. 2 Buchst. a SV kann ohne das Erfordernis einer nicht nur wirksamen, sondern unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG ausgesprochenen Kündigung aufrechterhalten bleiben. 70

(1) § 306 Abs. 1 BGB weicht von der Auslegungsregel des § 139 BGB ab. Er bestimmt, dass der Vertrag bei Teilnichtigkeit grundsätzlich aufrechterhalten bleibt. Die Teilbarkeit der Klausel ist durch Streichung des unwirksamen Teils zu ermitteln (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 65, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 64, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). Maßgeblich ist, ob die Klausel mehrere sachliche Regelungen enthält und der unzulässige Teil sprachlich eindeutig abtrennbar ist. Ist die verbleibende Regelung weiter verständlich, bleibt sie bestehen (*sog. blue-pencil-Test, vgl. für die st. Rspr.: BAG 14. September 2011 - 10 AZR 526/10 - Rn. 27, EzA BGB 2002 § 307 Nr. 54; 6. Mai 2009 - 10 AZR 443/08 - Rn. 11 mwN, AP BGB § 307 Nr. 43 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 44*). Handelt es sich um eine teilbare Klausel, ist die Inhaltskontrolle jeweils für die verschiedenen, nur formal verbundenen Bestimmungen vorzunehmen (*vgl. BAG 11. April 2006 - 9 AZR 610/05 - Rn. 32, BAGE 118, 36*). 71

(2) Die Klausel in Nr. 1 Buchst. b und Nr. 2 Buchst. a SV ist teilbar und kann ohne unzumutbare Härte für die Beklagte iSv. § 306 Abs. 3 BGB aufrechterhalten bleiben. Der wirksame Teil von Nr. 2 Buchst. a SV beschränkt sich auf die Voraussetzung einer wirksamen Kündigung, die auch bei Eintritt der Fiktion des § 7 Halbs. 1 KSchG (*im Fall einer außerordentlichen Kündigung iVm. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG*) erfüllt ist. Die sprachliche Teilbarkeit der Klausel kann 72

sich darin ausdrücken, dass die Regelungen in unterschiedlichen Sätzen getroffen sind (vgl. zu einem solchen Fall: BAG 12. März 2008 - 10 AZR 152/07 - Rn. 29, AP BGB § 305 Nr. 10 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 33). Das ist jedoch nicht zwingend. Wird die Passage „unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG“ in Nr. 2 Buchst. a SV gestrichen, setzt das besondere Rückkehrrecht nur noch eine wirksame Kündigung voraus, die aus Gründen der betrieblichen Sphäre ausgesprochen wird (vgl. zu einer ähnlichen Streichung innerhalb desselben Satzes: BAG 6. Mai 2009 - 10 AZR 443/08 - Rn. 11 mwN, AP BGB § 307 Nr. 43 = EzA BGB 2002 § 307 Nr. 44). Die Klausel ist damit inhaltlich und sprachlich teilbar. Die Regelung bleibt verständlich (BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 66, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10).

3. Hiernach ist das Erfordernis einer aus betrieblichen Gründen ausgesprochenen „wirksamen“ Kündigung durch die K erfüllt. Eine wirksame Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers durch die K löst die Voraussetzungen des Rückkehranspruchs im Sinne von Nr. 1 Buchst. b und Nr. 2 Buchst. a SV aus. Die Prüfung des Landesarbeitsgerichts, das die Voraussetzungen einer Kündigung aus betrieblichen Gründen durch die K - insbesondere nach umfangreichen Ausführungen zur Darlegungs- und Beweislast - verneint hat, war nicht anzustellen. Es liegt kein rechtsmissbräuchliches Verhalten darin, dass der Kläger nicht - in erster Linie - eine Kündigungsschutzklage gegenüber der K verfolgt hat. Der Kläger muss sich nicht auf eine rückwirkende Einstellung zu Bedingungen verweisen lassen, die im Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivento gelten.

73

a) Es steht fest, dass die Kündigung vom 9. Dezember 2008 das Arbeitsverhältnis des Klägers wirksam beendet hat. Zwar hat der Kläger diese Kündigung mit der am 22. Dezember 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage rechtzeitig iSv. § 4 Satz 1 KSchG angegriffen. Er hat sich aber nicht dagegen gewandt, dass das Landesarbeitsgericht den - freilich ohnehin abzuweisenden, da im Wege einer unzulässigen subjektiven Klagehäufung angebrachten - Kündigungsschutzantrag iSv. § 321 Abs. 1 ZPO übergangen hat. Das Landes-

74

arbeitsgericht hat sich mit diesem Antrag nicht befasst. Er war ihm aber zur Berufungsentscheidung angefallen, nachdem es die das Prozessrechtsverhältnis der Beklagten betreffenden Anträge zu 1. und 2. (*sowie den weiteren echten Hilfsantrag*) abgewiesen hat. Für den Fall, dass in erster Instanz einem Hauptantrag des Klägers stattgegeben wurde, muss auf die Berufung des Beklagten das Berufungsgericht, das den Hauptantrag für unbegründet hält, über einen echten Hilfsantrag entscheiden, ohne dass es eines Antrags oder Anschlussrechtsmittels des Klägers bedarf (*für die objektive Klagehäufung: vgl. BGH 24. September 1991 - XI ZR 245/90 - zu III der Gründe, NJW 1992, 117; Zöller/Heßler ZPO 29. Aufl. § 528 Rn. 20 mwN*). Das Berufungsgericht hätte sich demnach nicht nur mit dem Hilfsantrag gegen die Beklagte, sondern auch mit dem Kündigungsschutzantrag gegen die K befassen (*und diesen als unzulässig abweisen*) müssen. Dies hat es nicht getan. In der Zurückweisung der Anschlussberufung des Klägers liegt keine Entscheidung über die gegen die K gerichteten (Hilfs-)Anträge. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit - zu Recht - das Anschlussrechtsmittel als unzulässig verworfen und nicht die Klageanträge abgewiesen. Nachdem der Kläger innerhalb der Zweiwochenfrist des § 321 Abs. 2 ZPO keinen Antrag auf Urteilsergänzung gestellt hat, ist die Rechtshängigkeit des Kündigungsschutzantrags entfallen (*zum Entfall der Rechtshängigkeit eines übergangenen Anspruchs: vgl. BAG 29. Juni 2011 - 7 AZR 774/09 - Rn. 38 mwN, AP TzBfG § 14 Nr. 83 = EzA TzBfG § 14 Nr. 78; 24. Januar 1991 - 2 AZR 402/89 - zu B II 2 c der Gründe; BGH 16. Februar 2005 - VIII ZR 133/04 - zu II 2 der Gründe, NJW-RR 2005, 790*). Der Kläger hat die Kündigung der K auch nicht etwa in einem anderen Rechtsstreit gesondert angegriffen. Damit steht - jedenfalls nunmehr - fest, dass diese Kündigung das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der K wirksam beendet hat.

b) Für ein kollusives Zusammenwirken des Klägers mit der K bei Ausspruch der Kündigung bestehen im Streitfall keine Anhaltspunkte. Dagegen sprechen schon der im Zusammenhang mit der Restrukturierungsmaßnahme geschlossene Interessenausgleich und Sozialplan. Dem Kläger war es nicht verwehrt, selbst zu bewerten, ob er die Klage gegen die K oder gegen die Beklagte für aussichtsreicher und welchen Schuldner er für „sicherer“ hielt. Der

75

Kläger musste nicht in erster Linie eine Kündigungsschutzklage gegenüber der K betreiben.

c) Der Kläger ist schließlich nicht auf einen Vertrag zu den Arbeitsbedingungen verwiesen, die im Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivento gelten. Das folgt aus der Auslegung von § 4 Satz 1 und Satz 2 SV. Nach dieser Regelung richten sich die Wiedereinstellungsbedingungen. 76

aa) Nr. 4 Satz 1 SV sieht vor, dass im Fall der Rückkehr ab diesem Zeitpunkt die Bestimmungen der jeweils geltenden Rationalisierungsschutz-Tarifverträge der Deutschen Telekom AG Anwendung finden. Nach Nr. 4 Satz 2 SV wird der Arbeitnehmer hinsichtlich der zu vereinbarenden Arbeitsvertragsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen so gestellt, als wäre er ohne Unterbrechung bei der Deutschen Telekom AG weiterbeschäftigt worden. § 5 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 TV Ratio bestimmen, dass „der nach den §§ 3 und 4 ausgewählte Arbeitnehmer“ ein Angebot auf Abschluss eines Änderungsvertrags für eine Tätigkeit im Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivento der Deutschen Telekom AG erhält. § 5 Abs. 3 Satz 1 TV Ratio lässt eine Änderungskündigung zu, wenn der Arbeitnehmer den Abschluss eines Änderungsvertrags ablehnt (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 70, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10*). 77

bb) Der Wortlaut von Nr. 4 Satz 1 SV bindet die Geltung der Rationalisierungsschutz-Tarifverträge an den Fall der Rückkehr, dh. die Neubegründung des Arbeitsverhältnisses durch übereinstimmende Willenserklärungen. Der Passus, wonach die Tarifverträge „ab diesem Zeitpunkt“ zur Anwendung kommen sollen, stellt klar, dass keine „automatische Überführung“ in den Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivento zeitgleich mit der Wiedereinstellung gemeint ist. Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 bis Abs. 3 TV Ratio müssen erfüllt sein. Die Beklagte soll die Rechte aus § 5 Abs. 1 Satz 1 und § 5 Abs. 3 Satz 1 TV Ratio, dem betroffenen Arbeitnehmer ein Änderungsangebot zu unterbreiten und eine Änderungskündigung zu erklären, wenn der Arbeitnehmer das Änderungsangebot ablehnt, erst mit der Neubegründung des Arbeitsverhältnisses ausüben können. Dem steht Nr. 4 Satz 2 SV nicht entgegen. Würde 78

die Bestimmung, nach der der Arbeitnehmer so zu stellen ist, als wäre er ohne Unterbrechung von der Beklagten weiterbeschäftigt worden, in der Weise verstanden, dass sie unmittelbar eine Versetzung zu Vivento zur Folge hätte, wäre Nr. 4 Satz 1 SV überflüssig. Der Regelung bliebe kein Anwendungsbe- reich. An dem Zusammenspiel von Nr. 4 Satz 1 und Satz 2 SV wird vielmehr deutlich, dass mit Nr. 4 Satz 2 SV sichergestellt werden soll, dass der erneut eingestellte Arbeitnehmer trotz der Beendigung des früheren Arbeitsverhältnis- ses weder arbeitsvertragliche noch tarifliche Nachteile erleidet. Die arbeitsver- traglich zu vereinbarenden Arbeitsbedingungen und die tariflichen Regelungen sollen nachgezeichnet werden, als wäre das frühere Arbeitsverhältnis nicht beendet worden (*BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 71, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10*).

C. Die Kosten des Rechtsstreits sind nach § 92 Abs. 1, §§ 99, 100 ZPO im Verhältnis des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens zu teilen.

79

Linsenmaier

Schmidt

Kiel

Vorbau

Strippelmann