

BUNDEsarbeitsgericht



7 AZR 669/10
2 Sa 203/09
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Juni 2012

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
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 31. August 2010 - 2 Sa 203/09 - teilweise aufgehoben.
2. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 24. September 2009 - 17 Ca 596/08 - 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 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 Kosten der Revision hat der Kläger bis zur Rücknahme der Revision gegen die - vormalige - Beklagte zu 2. zu zwei Dritteln, die Beklagte zu einem Drittel zu tragen. Die danach entstandenen Kosten haben der Kläger und die Beklagte jeweils zur Hälfte 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. 1

Der Kläger war seit dem 1. April 1972 bei der Beklagten bzw. deren 2
Rechtsvorgängerin als Fernmeldehandwerker beschäftigt. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts gliederte die Beklagte 1999 ihr Breitbandkabelgeschäft „auf den K Konzern“ aus; ab dem 1. Oktober 1999 begründete der

Kläger ein Arbeitsverhältnis mit der K Vertrieb & Service GmbH & Co. KG (K), der vormaligen Beklagten zu 2.

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 wird
oder...
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. i.V.m. 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 dreimonatige 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.“

Der Kläger war für seine Tätigkeit bei einer anderen Arbeitgeberin von der Beklagten zunächst beurlaubt. Am 30. April 2005 schlossen die Parteien einen Auflösungsvertrag, dem als Anlage 1 die SV beigelegt war und in dem es ua. heißt:

4

„§ 1 Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Die Parteien sind sich darüber einig, dass das Arbeitsverhältnis mit Ablauf des 31.12.2005 einvernehmlich beendet wird, um das bei der K Vertrieb & Service GmbH & Co. KG, Region Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg-Vorpommern bestehende Arbeitsverhältnis fortzusetzen.

§ 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 beigelegten Anlage 1 (Schuldrechtliche Vereinbarung vom 08. April 2005), die Bestandteil

dieses Vertrages ist, ergeben.

...

§ 4 Einverständniserklärung zur Personaldatenweitergabe

Herr R ist damit einverstanden, dass im Falle der Inanspruchnahme des Rückkehrrechts die K Vertrieb & Service GmbH & Co. KG, Region Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg-Vorpommern der Deutschen Telekom AG die Daten mit Bezug auf sein Arbeitsverhältnis offen legt 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.

...“

§ 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:

5

„(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. ...“

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2008 kündigte die K das - aufgrund tariflichen Sonderkündigungsschutzes ordentlich nicht mehr kündbare - Arbeitsverhältnis aus betriebsbedingten Gründen wegen Wegfalls seines Arbeitsplatzes außerordentlich unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist zum 31. Juli 2009. Der Kläger machte mit Schreiben vom 22. Dezember 2008 gegenüber der Beklagten eine „Rückkehr ... entsprechend der schuldrechtlichen Vereinbarung vom 8.5.2005“ geltend und verwies auf einen bereits am 12. Dezember 2008 übersandten „Fragebogen für Rückkehrer“. Die Beklagte lehnte eine Wiedereinstellung des Klägers mit Schreiben vom 18. Dezember 2008 ab.

6

Der Kläger hat mit am 22. Dezember 2008 beim Arbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz zunächst Kündigungsschutz- und Weiterbeschäftigungsklage gegen die K erhoben. Mit der Beklagten am 10. Februar 2009 zugestellter Klageerweiterung und -änderung vom 3. Februar 2009 hat er die Feststellung eines („übergegangenen“) Arbeitsverhältnisses mit ihr erstrebt und Beschäftigung verlangt; für den Fall des Unterliegens hat er den Kündigungsschutz- und den Weiterbeschäftigungsantrag gegenüber der K weiterverfolgt. Im Kammertermin vor dem Arbeitsgericht hat er in erster Linie die Feststellung begehrt, dass ihm ein Rückkehrrecht zu der Beklagten zustehe, und die Verurteilung der Beklagten zu einer Wiedereinstellung beantragt. Den gegen die Beklagte gerichteten Feststellungsantrag aus der Klageerweiterung und -änderung vom 3. Februar 2009 hat er hilfsweise weiterverfolgt, ebenso wie die gegen die K gerichteten Hilfsanträge. Den gegen die Beklagte gerichteten Leistungsantrag auf Beschäftigung hat er zurückgenommen.

7

Der Kläger hat vor allem die Auffassung vertreten, ihm stehe ein Rückkehrrecht zur Beklagten aufgrund der SV zu.

8

Er hat - soweit für das Revisionsverfahren zuletzt noch von Bedeutung - beantragt

9

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

stellen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat sich auf den Standpunkt gestellt, dem Kläger stehe kein Anspruch auf eine (Wieder-)Einstellung zu. Er habe nicht bis 31. Dezember 2008 tatsächlich zu ihr zurückkehren können, weil er durch die Auslauffrist noch bis 31. Juli 2009 an das Arbeitsverhältnis mit der K gebunden gewesen sei. Die Voraussetzungen des in der SV geregelten Rückkehrrechts seien auch im Übrigen nicht erfüllt. Insbesondere das Erfordernis einer wirksamen Kündigung, die aus dringenden betrieblichen Gründen ausgesprochen worden sei - dh. die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG erfülle - sei nicht gewahrt.

10

Das Arbeitsgericht hat den Anträgen entsprochen. Die Beklagte hat gegen das arbeitsgerichtliche Urteil Berufung eingelegt. Nach Zustellung der Berufungsbegründung hat der Kläger „Anschlussberufung“ eingelegt, mit der er „für den Fall der Stattgabe der Berufung“ die gegen die K gerichteten Hilfsanträge weiterverfolgt hat. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts „auf die Berufung der Beklagten unter Zurückweisung der Anschlussberufung des Klägers“ abgeändert und „die Klage abgewiesen, soweit sie sich gegen die Beklagte richtet“. In den Gründen seiner Entscheidung hat es ua. ausgeführt, die Anschlussberufung sei unzulässig. Nach Rücknahme der zunächst auch die Zurückweisung der Anschlussberufung umfassenden Revision begehrt der Kläger mit seinem Rechtsmittel zuletzt noch die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

11

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision hat keinen Erfolg, soweit der Kläger sein Ziel einer Rückkehr in die Dienste der Beklagten mit dem Feststellungsantrag zu 1. verfolgt. Dieser Antrag ist unzulässig. Die Revision führt jedoch zur Wiederherstellung der Entscheidung des Arbeitsgerichts, soweit dieses dem Antrag zu 2.

12

entsprochen hat. Dieser Antrag ist zulässig und begründet. Der Wiedereinstellungsanspruch des Klägers folgt aus § 2 des Auflösungsvertrags der Parteien vom 30. April 2005 iVm. Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV. Die Voraussetzungen des Rückkehrrechts sind erfüllt. Das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der K wurde 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. Der Kläger hat sein Rückkehrrecht nicht kollusiv zum Nachteil der Beklagten ausgeübt. Er ist nicht auf einen Vertrag zu den Arbeitsbedingungen verwiesen, die im Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivento gelten.

A. Die Revision ist zurückzuweisen, soweit sie den Antrag zu 1. betrifft. 13
Dieser Antrag, mit dem der Kläger die Feststellung eines Rückkehrrechts nach Maßgabe der SV reklamiert, ist unzulässig. Er genügt den Erfordernissen des § 256 Abs. 1 ZPO nicht.

I. Nach § 256 Abs. 1 ZPO kann Klage auf Feststellung des Bestehens 14
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).

II. Hiervon ausgehend ist das Feststellungsbegehren unzulässig. 15

1. Allerdings handelt es sich bei dem „Rückkehrrecht“ um ein feststel- 16
lungsfähiges 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.

2. Der Kläger hat für seinen Antrag aber kein besonderes Feststellungsinteresse iSv. § 256 Abs. 1 ZPO. 17
- 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*). 18
- 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. begehrten Feststellung ist nicht erkennbar. 19
- c) Auch als Zwischenfeststellungsklage iSv. § 256 Abs. 2 ZPO wäre der Antrag unzulässig. 20
- 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,* 21

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).

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. 22

B. Die Revision ist hinsichtlich des Antrags zu 2. begründet und führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung mit der ausgesprochenen klarstellenden Maßgabe. Der Antrag zu 2. ist zulässig und begründet. 23

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. 24

1. Der Kläger begehrt mit dem Antrag zu 2. 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 (*im vorliegenden Fall: in der Klageerweiterung vom 3. Februar 2009*) ist regelmäßig die Abgabe des Angebots zu sehen (vgl. zB BAG 21. August 2008 - 8 AZR 201/07 - Rn. 54, AP 25

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; 19. Oktober 2011 - 7 AZR 743/10 - Rn. 16).

2. Das Begehren des Klägers ist ausreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 26

a) 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 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 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. 27

b) Nach diesen Grundsätzen ist der Inhalt des von der Beklagten anzunehmenden Arbeitsvertrags ausreichend konkretisiert. Der Zeitpunkt der Wirkung der Abgabe der Annahme - der 1. August 2009 - ist genannt. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte geht es um eine Vollzeitbeschäftigung und ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Die Art der geschuldeten Arbeitsleistung ist unter Hinzuziehung der Klagebegründung ausreichend klar bezeichnet; der 28

Kläger reklamiert einen Vertragsschluss mit seiner vormaligen Tätigkeit bei der Beklagten als Fernmeldehandwerker. Er hat nicht vorgetragen oder behauptet, dass er eine andere Tätigkeit ausüben würde, wenn das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ununterbrochen weiterbestanden hätte.

II. Der Wiedereinstellungsantrag hat auch in der Sache Erfolg. Der Senat 29
hat über die zu behandelnden Rechtsfragen größtenteils schon mit Urteil vom 9. Februar 2011 entschieden (- 7 AZR 91/10 - AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2) und an den gefundenen Ergebnissen unter Berücksichtigung der weiteren Argumente der Beklagten festgehalten (BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 743/10 -, vgl. auch die *Senatsentscheidungen vom selben Tag* - 7 AZR 471/10 -, - 7 AZR 672/10 - und - 7 AZR 33/11 -). Der Antrag ist in nicht zu beanstandender Weise auf die rückwirkende Abgabe einer Annahmeerklärung gerichtet. Der Kläger hat nach § 2 des Vertrags zwischen ihm und der Beklagten vom 30. April 2005 iVm. Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV einen Anspruch auf Abgabe der Annahme seines Angebots. Die Regelungen des Rückkehrrechts im Auflösungsvertrag vom 30. April 2005 und in der SV unterliegen einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die in Nr. 2 Buchst. a SV enthaltene Anspruchsvoraussetzung, die nicht nur eine wirksame Kündigung, sondern darüber hinaus dringende betriebliche Gründe unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG verlangt, ist unwirksam. Sie benachteiligt den Kläger entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Kläger erfüllt die übrigen Voraussetzungen des sog. Rückkehrrechts der SV.

1. Die Klage ist nicht schon deswegen teilweise unbegründet, weil die 30
Verurteilung der Beklagten zur Abgabe der Annahmeerklärung zum 1. August 2009 (rück-)wirken soll. Die rückwirkende Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch Urteil, die mit der Fiktion der Abgabe der Annahmeerklärung den Vertragsschluss bewirkt, ist zulässig (*ausf. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 25 ff. mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). Der Kläger hat bereits mit der Geltendmachung des Rückkehrrechts im Dezem-

ber 2008, jedenfalls aber mit der der Beklagten am 10. Februar 2009 zugestellten Klageerweiterung ein Angebot abgegeben.

2. Der Kläger hat entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts Anspruch auf Abgabe der Annahmeerklärung. Grundlage des Anspruchs ist § 2 des Vertrags zwischen ihm und der Beklagten vom 30. April 2005 iVm. Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV. Das ergibt eine Auslegung dieser Regelungen. 31

a) § 2 des Auflösungsvertrags 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 (*vgl. etwa BAG 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 79 mwN, BAGE 130, 119*). 32

b) Die Regelung des besonderen Rückkehrrechts in § 2 des Vertrags 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 (*vgl. BAG 19. März 2009 - 6 AZR 557/07 - Rn. 20 mwN, AP BGB § 611 Arbeitgeberdarlehen Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 305c Nr. 17*). 33

aa) Der Kläger und die Beklagte haben in § 2 des Vertrags vom 30. April 2005 auf die in Anlage 1 enthaltene SV verwiesen. Sie haben den Text der SV vollständig verwendet, so dass deren Charakter als Allgemeine Geschäftsbedingung erhalten geblieben ist. 34

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 35

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 (§ 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 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 32 mwN, 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 9. Februar

36

2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 33, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2).

- c) § 2 Nr. 1 des Vertrags 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 Beklagten. Der Kläger hat diesen Wiedereinstellungsanspruch wirksam geltend gemacht. 37
- 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. 38
- 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 Auslauffrist 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 Arbeitnehmer im Fall ordentlicher Kündbarkeit eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unzumutbar wäre. 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 39

SV bedurft (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 36, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*).

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. 40

(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. 41

(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 (*vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 39, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). 42

(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 einem der Beklagten noch im Dezember 2008 zugegangenen Schreiben geltend. 43

dd) Wie die Auslegung von Nr. 2 Buchst. a SV ergibt, verlangt die Vorschrift nicht nur eine wirksame Kündigung. Nach der Regelung genügt insbesondere nicht der Eintritt der Fiktion in § 7 Halbs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG. Erforder- 44

lich 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 (*ausf. hierzu BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 41 ff., AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*).

ee) Dieses 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 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. 45

(1) § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB hindert die Inhaltskontrolle nicht. Nach dieser Vorschrift finden §§ 305 ff. BGB auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen keine Anwendung. Die Unterzeichner der SV haben dem Regelwerk aber nicht den normativen Charakter eines Tarifvertrags iSv. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB beigelegt (*ausf. hierzu BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 47 ff., AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). 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 (*näher hierzu BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 743/10 - Rn. 48*). Nr. 1 Buchst. b SV verlangt vielmehr ausdrücklich den Zwischenschritt einer einzelvertraglichen Vereinbarung des besonderen Rückkehrrechts. 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 743/10 - Rn. 48*). 46

(2) § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB schließt eine Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht aus. 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. Zum anderen unterliegen Abreden, die ihrer Art nach nicht der Regelung durch 47

Gesetz oder andere Rechtsvorschriften unterfallen, sondern von den Vertragsparteien festgelegt werden müssen, nicht der Inhaltskontrolle der §§ 307 ff. BGB. Die Regelung des besonderen Rückkehrrechts in Nr. 1 Buchst. b und Nr. 2 Buchst. a SV iVm. § 2 des Vertrags vom 30. April 2005 hat keinen rein deklaratorischen Charakter. Auch beschränkt sich das eng zu fassende, kontrollfreie Haupt- und Gegenleistungsversprechen 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 die Voraussetzung der 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 (*näher hierzu BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 743/10 - Rn. 50 ff. mwN*).

(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. 48

(a) Es 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 (*vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 59, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 60 mwN, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10*). Die Beseitigung der Fiktion geht über die bloße Umkehr der Darlegungs- und Beweislast im Wiedereinstellungsprozess hinaus (*ausf. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 59, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). 49

(b) Die in Nr. 2 Buchst. a SV enthaltene Voraussetzung ist nach § 307 Abs. 2 iVm. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. 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 - 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. Der Prozesserfolg steht regelmäßig erst nach Jahren fest. Das widerspricht dem typischen Zweck eines Wiedereinstellungsanspruchs, der ua. darin besteht, Zeiten der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken. 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

50

das sog. non-liquet-Risiko für die Kündigungstatsachen auf den Arbeitnehmer zu übertragen (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 61 f., AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). Die Interessen 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.

ff) Das besondere Rückkehrrecht 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 der Nr. 2 Buchst. a SV beschränkt sich auf die Voraussetzung einer - aus betrieblichen Gründen veranlassten - „wirksamen Kündigung“ (*ausf. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 63 ff., AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). 51

gg) Die Voraussetzung einer „wirksamen Kündigung“ ist zum einen bei Eintritt der Fiktion des § 7 Halbs. 1 KSchG - im Fall einer außerordentlichen Kündigung iVm. § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG - erfüllt (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 65, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). Sie ist aber auch dann erfüllt, wenn aus anderen Gründen feststeht, dass die aus betrieblichen Gründen veranlasste Kündigung das Arbeitsverhältnis wirksam beendet hat. Das entspricht dem Sinn und Zweck des Rückkehrrechts. 52

hh) Hiernach ist das Erfordernis einer aus betrieblichen Gründen ausgesprochenen „wirksamen“ Kündigung durch die K erfüllt. Es steht fest, dass diese Kündigung 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 Weg einer unzulässigen subjektiven Klagehäufung angebrachten - Kündigungsschutzantrag iSv. § 321 Abs. 1 ZPO übergangen hat. Das Landesarbeitsgericht 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 53

I. Instanz einem Hauptantrag des Klägers stattgegeben ist, 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 Zwei-Wochen-Frist 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.

3. Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte darauf, dass der Kläger sein Rückkehrrecht missbräuchlich beanspruche. Für ein kollusives Zusammenwirken des Klägers mit der K bei Ausspruch der Kündigung oder danach bestehen keine Anhaltspunkte. 54

4. Der Kläger ist 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. Der Wortlaut von Nr. 4 Satz 1 SV bindet die Geltung der Rationalisierungsschutz-Tarifverträge an den Fall der 55

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 (*ausf. BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 71, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10*).

C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1, § 100 Abs. 1 ZPO sowie hinsichtlich der teilweisen Rücknahme der Revision auf § 565 iVm. § 516 Abs. 3 Satz 1 ZPO.

56

Linsenmaier

Kiel

Schmidt

Vorbau

Strippelmann