

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 344/11
20 Sa 419/10
Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. März 2013

URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. November 2012 durch den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Zwanziger als Vorsitzenden, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Schmidt sowie den ehren-

amtlichen Richter Glock und die ehrenamtliche Richterin Gmoser für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 24. November 2010 - 20 Sa 419/10 - aufgehoben, soweit das Landesarbeitsgericht über die Berufung gegen die arbeitsgerichtliche Entscheidung hinsichtlich des Antrages auf Abgabe eines Angebotes auf Abschluss eines Arbeitsvertrages entschieden hat.

Insoweit wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision des Klägers wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Wiedereinstellungs- und einen Zahlungsanspruch. 1

Der Kläger war bis zum 30. September 1999 bei der Beklagten beschäftigt. Im Zuge von Restrukturierungsmaßnahmen gliederte die Beklagte im Jahr 1999 ihr Breitbandkabelgeschäft aus und verkaufte es an die K D GmbH (KDG). Wie andere Arbeitnehmer auch wurde der Kläger von der Beklagten für eine Tätigkeit bei der KDG beurlaubt. Zuletzt stand er in einem Arbeitsverhältnis mit der K D Vertrieb & Service GmbH & Co. KG (KDVS). Dieses Arbeitsverhältnis war aufgrund tariflicher Regelungen nicht mehr ordentlich kündbar. Der Kläger war als Servicetechniker eingesetzt. 2

Am 1. September 2003 schloss der Kläger, um in seinem neuen Arbeitsverhältnis zu verbleiben, mit der Beklagten einen Auflösungsvertrag zum 3

31. Dezember 2003. In dem Vertrag heißt es ua.:

„§ 2 Regelungen zum Rückkehrrecht

1. Der Arbeitnehmer erhält ... ein zeitlich begrenztes Rückkehrrecht zur Deutschen Telekom AG, dessen Modalitäten sich abschließend aus der diesem Vertrag beigefügten Anlage 1, die Bestandteil dieses Vertrages ist, ergeben.

...

Anlage 1 zum Auflösungsvertrag

„Regelungen zum Rückkehrrecht - Stand 1.7.2003 -“

...

1. Die Deutsche Telekom AG räumt den Arbeitnehmern 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 18 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

...“

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

4

„Für die am 1. Oktober 2002 beurlaubten tariflichen Arbeitnehmer mit Herkunft aus der Deutschen Telekom AG, die durch die Restrukturierung der KDG/DeTeKS (inklusive der Regionalgesellschaften) und MSG zum 1. Oktober 2002 in die K D GmbH, K D Management

GmbH & Co. KG, K Bayern GmbH & Co KG, K Berlin Brandenburg GmbH & Co. KG, K Hamburg/Schleswig-Holstein/Mecklenburg- Vorpommern GmbH & Co KG, K Niedersachsen/Bremen GmbH & Co. KG, K Rheinland-Pfalz/Saarland GmbH & Co. KG, K Sachsen/Sachsen-Anhalt/Thüringen GmbH & Co. KG, D Zentrale Dienste GmbH & Co KG, gewechselt sind und bei der heutigen K D GmbH, K D Vertrieb & Service GmbH & Co. KG (6 Regionen) sowie Kabel Deutschland Breitband Services GmbH weiterbeschäftigt werden, wird in Zusammenhang mit den bei einer der genannten Gesellschaften bzw. deren Rechtsnachfolgern bestehenden Arbeitsverhältnissen ein befristetes Rückkehrrecht zur Deutschen Telekom AG mit folgendem Inhalt vereinbart:

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 Kündi-

gungsfrist 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.“

§ 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. ...“

Der Kläger und die Beklagte schlossen am 30. April 2005 einen „Vertrag zur Abänderung des Auflösungsvertrages in Zusammenhang mit der Schuldrechtlichen Vereinbarung vom 08.08.2002“. Dem Vertrag war als Anlage 1 die SV beigefügt. In ihm ist ua. geregelt:

6

„§ 1 Regelungen zum Rückkehrrecht

Die Parteien sind sich darüber einig, dass für das zeitlich begrenzte Rückkehrrecht zur Deutschen Telekom AG gemäß § 2 Abs. 1 des Auflösungsvertrages in Zusammenhang mit der Schuldrechtlichen Vereinbarung vom 08.08.2002 ab dem 01. Juni 2005 die in der Anlage 1 (Schuldrechtliche Vereinbarung vom 08. April 2005), die Bestandteil dieses Vertrages ist, festgelegten Regelungen gelten. Die bisherigen Regelungen werden ohne Nachwirkung mit Ablauf des 31. Mai 2005 aufgehoben.

Darüber hinaus bleiben alle weiteren Regelungen des Auflösungsvertrages unverändert bestehen.

§ 2 Einverständniserklärung zur Personaldatenweitergabe

Herr J ist damit einverstanden, dass im Falle der Inanspruchnahme des Rückkehrrechtes die ... 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.

Die Deutsche Telekom AG gewährleistet bezüglich der ihr ... übermittelten personenbezogenen Daten die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der personenbezogenen Daten.“

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2008 kündigte die KDVS das Arbeitsverhältnis des Klägers aus betriebsbedingten Gründen außerordentlich unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist von sieben Monaten zum 31. Juli 2009. Die Kündigung war Teil einer umfangreichen Restrukturierung im Bereich Technical Operations („M“), in deren Verlauf am 12. November 2008 durch Konzernbetriebsvereinbarung ein Interessenausgleich und Sozialplan geschlossen wurde. Mit der Beklagten übersandten Schreiben, das dort am 15. Dezember 2008 einging, beanspruchte der Kläger ein Rückkehrrecht; die Beklagte lehnte dies mit Schreiben vom 15. Dezember 2008 ab. Die vom Kläger gegen die KDVS erhobene Kündigungsschutzklage nahm der Kläger später zurück.

7

Im vorliegenden Verfahren hat der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe eines Vertragsangebotes begehrt sowie für die Monate August 2009 bis Januar 2010 Arbeitsentgelt iHv. monatlich 3.546,00 Euro geltend gemacht. Er bringt insoweit vor, er sei in die Entgeltgruppe T 5 des Entgelttarifvertrags eingruppiert. Zudem habe er Anspruch auf eine Funktionszulage. Der Zahlungsanspruch stehe ihm zu, weil seit dem 1. August 2009 zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestehe.

8

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

9

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn ein Vertragsangebot als vollbeschäftigter Arbeitnehmer ab dem 1. August 2009 mit dem Inhalt zu unterbreiten, den das Arbeitsverhältnis gehabt hätte, wenn der Kläger ohne Unterbrechung weiter bei der Beklagten beschäftigt worden wäre,
hilfsweise festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm den Abschluss eines Arbeitsvertrags auf Grundlage des sich aus der schuldrechtlichen Vereinbarung vom 8. April 2005 ergebenden besonderen Rückkehrrechts mit Wirkung vom 1. August 2005 anzubieten.
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 21.276,00 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 3.564,00 Euro seit dem 17. September, 17. Oktober, 17. November, 17. Dezember 2009 sowie dem 17. Januar und

17. Februar 2010 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht 10
vertreten, dem Kläger stehe kein Rückkehrrecht zu. Er habe nicht bis
31. Dezember 2008 tatsächlich zu ihr zurückkehren können, weil er wegen der
Kündigungsfrist noch bis 31. Juli 2009 an sein bei Ausscheiden bestehendes
Arbeitsverhältnis gebunden gewesen sei. Jedenfalls sei das Erfordernis einer
wirksamen Kündigung, die aus dringenden betrieblichen Gründen ausgespro-
chen worden sei, dh. die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG erfülle,
nicht gewahrt. Der Kläger könne jedenfalls nur einen Vertragsschluss zu den
Bedingungen einer Beschäftigung im Betrieb Vivento verlangen; als Service-
techniker könne ihn die Beklagte nicht beschäftigen. Sie hat bestritten, dass die
vom Kläger angegebene Entgeltgruppe richtig ist.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, das Landesarbeitsgericht 11
hat die dagegen gerichtete Berufung - auch hinsichtlich weiter geltend gemach-
ter Beträge für zwischenzeitliche Zeiträume - zurückgewiesen. Mit seiner
Revision verfolgt der Kläger seinen zuletzt gestellten Antrag weiter. Die Beklag-
te begehrt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers hat bezogen auf das Begehren der Verurtei- 12
lung der Beklagten zur Abgabe eines Vertragsangebotes hinsichtlich des
Hauptantrages Erfolg. Sie führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das
Landesarbeitsgericht. Soweit der Kläger einen Zahlungsantrag verfolgt, ist die
Revision ohne Erfolg.

A. Der Senat kann aufgrund der bisherigen tatsächlichen Feststellungen 13
des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden, ob der Kläger gegen die Beklagte
einen Anspruch auf Abgabe eines Vertragsangebotes mit dem Inhalt hat, den er
begehrt. Der Rechtsstreit ist deshalb an das Landesarbeitsgericht zurückzuver-
weisen (§ 563 Abs. 1 und Abs. 3 ZPO). Der Klagantrag auf Abgabe eines

Vertragsangebotes ist hinsichtlich des Hauptantrages zulässig. Der Kläger hat auch der Sache nach ein Rückkehrrecht zur Beklagten und damit einen Anspruch auf ein entsprechendes Vertragsangebot. Jedoch steht aufgrund der bisherigen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts noch nicht fest, hinsichtlich welcher Vergütungsgruppe dem Kläger ein Vertragsangebot zu unterbreiten ist.

- I. Der Antrag auf Abgabe eines Vertragsangebotes ist zulässig. 14
- 1. Er ist bestimmt genug. 15
- a) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO hat die Klage einen bestimmten Antrag zu enthalten. Dieser richtet sich auf einen Urteilsausspruch. Nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO enthält ein verfahrensbeendendes Urteil eine Urteilsformel. Diese muss hinreichend deutlich gefasst sein. Das Erfordernis der - von Amts wegen zu prüfenden - Bestimmtheit des Urteilsausspruchs dient der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Der Umfang der materiellen Rechtskraft iSv. § 322 Abs. 1 ZPO und damit die Entscheidungswirkungen müssen festgestellt werden können. Ein auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichteter Urteilsspruch ist nur dann bestimmt, wenn er so gefasst ist, dass der Inhalt der nach § 894 Satz 1 ZPO fingierten Erklärung klar ist. 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 (*essentialia negotii*) umfassen. Nach § 611 Abs. 1 BGB gehören hierzu die „versprochenen Dienste“, also Art und Beginn der Arbeitsleistung. Eine Einigung über weitere Inhalte ist nicht erforderlich, sofern klar ist, dass die Arbeitsleistung überhaupt vergütet werden soll. Der Umfang der Arbeitsleistung und die Dauer des Arbeitsverhältnisses bestimmen sich ggf. nach den üblichen Umständen; die Vergütung folgt danach aus § 612 BGB (*vgl. zu all dem BAG 14. März 2012 - 7 AZR 147/11 - Rn. 19 mwN*). 16
- b) Hiernach ist der Klageantrag hinreichend bestimmt. Er benennt mit dem 1. August 2009 den Zeitpunkt des begehrten Vertragsschlusses. Der Umfang der geschuldeten Arbeitsleistung in dem angestrebten Vertrag lässt sich ausrei- 17

chend deutlich klären. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte handelt es sich um eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung. Der Inhalt der Tätigkeit ist zwar nicht näher beschrieben. Auch hat der Kläger nicht dazu vorgetragen, welche Tätigkeit er zuletzt bei der Beklagten ausgeübt hat. Er hält jedoch die Entgeltgruppe T 5 für einschlägig. Das reicht aus. Die Art der Tätigkeit ist mittelbar über die Eingruppierung in diese Vergütungsgruppe beschrieben. Bei der Beklagten gilt der Entgelttarifvertrag der Deutschen Telekom AG (ERTV). Der ERTV regelt die Grundzüge für die Festsetzung der Vergütung. § 10 Abs. 1 und Abs. 2 ERTV gibt die Eingruppierungsgrundsätze vor. § 10 Abs. 2 ERTV verweist auf das Entgeltgruppenverzeichnis der Anlage 1 zum ERTV. In diesem sind näher beschriebene Tätigkeiten und Tätigkeitsmerkmale bestimmten Entgeltgruppen - unter anderem der Entgeltgruppe T 5 - zugeordnet (vgl. BAG 13. Juni 2012 - 7 AZR 169/11 - Rn. 21).

2. Der Kläger begehrt nicht die Annahme eines eigenen Angebotes auf Abschluss eines Arbeitsvertrags, sondern die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe eines Vertragsangebotes, das er seinerseits annehmen kann. Dafür steht ihm ein Rechtsschutzinteresse zur Seite. Der Arbeitnehmer hat ein Interesse daran, nicht schon mit Rechtskraft des seiner Klage stattgebenden Urteils vertraglich gebunden zu sein, sondern unter Berücksichtigung der konkreten Umstände entscheiden zu können, ob er das Vertragsangebot des Arbeitgebers annimmt (vgl. BAG 13. Juni 2012 - 7 AZR 169/11 - Rn. 17 und 22). 18

II. Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg. Er führt zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. Er ist nicht schon deswegen zum Teil unbegründet, weil die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe des Vertragsangebotes teilweise rückwirkt. Auch hat der Kläger Anspruch auf Abgabe eines Vertragsangebotes, mit dem ihm die Rückkehr zur Beklagten ermöglicht wird. Es steht jedoch nicht fest, welche Tarifgruppe die richtige ist und seine Tätigkeit damit beschreibt; insoweit bedarf es weiterer Feststellungen des Landesarbeitsgerichts. 19

1. Die Klage ist nicht schon deswegen teilweise unbegründet, weil die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe des Vertragsangebotes zum 1. August 20

2009 (rück-)wirken soll. Die rückwirkende Begründung eines Arbeitsverhältnisses 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*).

2. Der Anspruch des Klägers auf Abgabe eines Vertragsangebots zum Rückkehrrecht folgt aus § 1 Abs. 1 Satz 1 des Vertrags der Parteien vom 30. April 2005 iVm. § 2 Nr. 1 des Vertrags vom 1. September 2003 und Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV. 21

a) Der Senat 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 unter Berücksichtigung der weiteren Argumente der Beklagten an den Ergebnissen in den Urteilen vom 19. Oktober 2011 (*- 7 AZR 471/10 -, - 7 AZR 672/10 - AP BGB § 307 Nr. 58 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10, - 7 AZR 33/11 - und - 7 AZR 743/10 -*) sowie vom 13. Juni 2012 (*- 7 AZR 519/10 -, - 7 AZR 537/10 -, - 7 AZR 647/10 -, - 7 AZR 669/10 -, - 7 AZR 738/10 - und - 7 AZR 169/11 -*) festgehalten. § 1 Abs. 1 Satz 1 des nach einem einheitlichen Muster geschlossenen Vertrags zwischen vormals beurlaubten Arbeitnehmern und der Beklagten vom 30. April 2005 iVm. § 2 Nr. 1 des ebenso mit mehreren Arbeitnehmern inhaltsgleich geschlossenen Vertrags vom 1. September 2003 und Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV begründen für die vertragsschließenden Arbeitnehmer ein sog. besonderes, bis 31. Dezember 2008 auszuübendes Rückkehrrecht in die Dienste der Beklagten, welches mit einer Klage auf Abgabe einer Annahmevertragserklärung oder einer Angebotserklärung geltend gemacht werden kann. Die benannten Regelungen des Rückkehrrechts enthalten Allgemeine Geschäftsbedingungen iSv. § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB und unterliegen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Wie die Auslegung von Nr. 2 Buchst. a SV ergibt, verlangt die Vorschrift nicht nur eine wirksame Kündigung; erforderlich ist darüber hinaus, dass die Kündigung unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG ausgesprochen wurde. 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 22

unwirksam. Es benachteiligt den betroffenen Arbeitnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Weder § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB noch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB stehen der Inhalts- und Angemessenheitskontrolle entgegen. 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 ausgesprochenen - „wirksamen Kündigung“. Erfüllt der Arbeitnehmer die Voraussetzungen des besonderen Rückkehrrechts in diesem Verständnis, hat er - von den Fällen eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen ihm und dem kündigenden Vertragsarbeitgeber im Zeitpunkt der Kündigung abgesehen - einen Anspruch auf (Wieder-)Einstellung bei der Beklagten und ist nicht auf einen Vertrag zu den Arbeitsbedingungen verwiesen, die im Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivento gelten (*ausf. zu all dem zB BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - aaO; zuletzt zB 13. Juni 2012 - 7 AZR 519/10 -*).

b) Hiernach steht dem Kläger ein Rückkehrrecht zu. 23

aa) Die Anspruchsvoraussetzungen des besonderen Rückkehrrechts nach Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV iVm. § 1 Abs. 1 Satz 1 des Vertrags der Parteien vom 30. April 2005 sowie § 2 Nr. 1 des Vertrags vom 1. September 2003 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. Die KDVS kündigte sein Arbeitsverhältnis mit ihr „aus betriebsbedingten Gründen“. Dass es sich um eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist handelt, ändert daran nichts. Der Kläger machte das besondere Rückkehrrecht mit der Beklagten im Dezember 2008 geltend. Die von der KDVS aus betrieblichen Gründen ausgesprochene Kündigung ist wirksam. Sie hat das Arbeitsverhältnis beendet. Die vom Kläger erhobene Kündigungsschutzklage hat dieser mit der Wirkung des § 13 Abs. 1 Satz 2, § 7 KSchG zurückgenommen. Die Kündigung gilt deshalb als von Anfang an wirksam. Sie ist so zu behandeln, der Arbeitnehmer ist gehin-

24

dert, ihre Unwirksamkeit geltend zu machen. Das ist hier entscheidend. Der Kläger musste entgegen der Ansicht der Beklagten nicht darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG erfüllt sind.

bb) Für ein kollusives Zusammenwirken des Klägers mit der KDVS bei Ausspruch der Kündigung bestehen keine Anhaltspunkte. Dagegen sprechen schon der im Zusammenhang mit der Restrukturierungsmaßnahme geschlossene Interessenausgleich und Sozialplan. 25

cc) Der Kläger ist nicht auf einen Vertrag zu den Arbeitsbedingungen verwiesen, die im Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivento gelten. Die von der Beklagten geltend gemachte Unmöglichkeit einer Beschäftigung des Klägers zu den Konditionen des begehrten Arbeitsvertrags steht dem auf die Abgabe einer Willenserklärung gerichteten Klageanspruch nicht entgegen. 26

3. Bislang steht jedoch nicht fest, ob der Kläger tatsächlich ein Vertragsangebot mit einer Beschäftigung entsprechend der Entgeltgruppe T 5 verlangen kann. Der Kläger hat behauptet, dies sei die für ihn zutreffende Entgeltgruppe. Das hat die Beklagte bestritten. Das Landesarbeitsgericht ist aufgrund seiner Rechtsauffassung auf diese Frage nicht eingegangen. Daher kam auch die Bitte des Klägers, falls insoweit weiterer Vortrag erforderlich sei, einen richterlichen Hinweis zu erteilen, nicht zum Tragen. Das gebietet die Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht. 27

B. Demgegenüber ist die Revision hinsichtlich des Zahlungsantrages nicht begründet. Seinen Zahlungsanspruch hat der Kläger allein auf ein bestehendes Arbeitsverhältnis gestützt. Der Anspruch setzt deshalb voraus, dass tatsächlich zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Das kann aber nicht mit Rechtskraft im vorliegenden Rechtsstreit geschehen, da der Kläger auf Abgabe eines Angebots durch die Beklagte klagt, das erst danach angenommen werden muss. Auch wenn der Kläger meint, ein derartiges Angebot annehmen zu wollen, steht dies jedoch erst fest, wenn er das Angebot tatsächlich angenommen haben sollte. Erst dann sind die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen auf den Arbeitsvertrag gestützten Klageanspruch gegeben (vgl. BAG 28

19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 77, AP BGB § 307 Nr. 58 = EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10).

C. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden haben. 29

Zwanziger

Kiel

Schmidt

R. Gmoser

Glock