

BUNDEARBEITSGERICHT



7 AZR 33/11
3 Sa 392/10
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Oktober 2011

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 19. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Gallner,

den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel sowie die ehrenamtlichen Richter Busch und Willms für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 25. August 2010 - 3 Sa 392/10 - teilweise aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 14. Januar 2010 - 1 Ca 2255/09 - wird zurückgewiesen, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, dem Kläger ein Vertragsangebot als vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer ab dem 1. August 2009 mit den Arbeitsbedingungen und anzuwendenden tariflichen Regelungen zu unterbreiten, die Anwendung finden würden, wenn der Kläger ohne Unterbrechung bei ihr seit Beginn seiner Beschäftigung am 1. August 1978 beschäftigt worden wäre.

2. Hinsichtlich des Weiterbeschäftigungsantrags wird die Revision des Klägers zurückgewiesen.
3. Hinsichtlich des Zahlungsantrags sowie der Kostenentscheidung wird das bezeichnete Urteil des Landesarbeitsgerichts aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Wiedereinstellungsanspruch, um Weiterbeschäftigung und um Annahmeverzugsentgelt. 1

Der Kläger war seit 1. August 1978 bei der Beklagten als Fernmelde- 2
techniker beschäftigt. Er ist im Januar 1961 geboren. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand ua. der Tarifvertrag über Sonderregelungen (TV SR) Anwendung. Nach § 7 Nr. 2 Buchst. a TV SR war das Arbeitsverhältnis mit Vollendung des 40. Lebensjahres nur noch außerordentlich kündbar.

Der Kläger wurde infolge von Restrukturierungsmaßnahmen von der 3
Beklagten beurlaubt. Er wurde seit dem 1. Oktober 1999 von der K GmbH

beschäftigt. In der Folge wurde er von der K Vertrieb und Service GmbH & Co. KG (K) „übernommen“ und als Servicetechniker eingesetzt.

Der Kläger und die Beklagte schlossen am 1. September 2003 einen Auflösungsvertrag zum 31. Dezember 2003, der Regelungen über ein vertragliches Rückkehrrecht enthält. In ihm heißt es ua.:

4

„§ 2 Regelungen zum Rückkehrrecht

1. Der Arbeitnehmer erhält in Zusammenhang mit dem bei der K Niedersachsen/Bremen GmbH & Co. KG bzw. deren Rechtsnachfolger bestehenden Arbeitsverhältnis 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. die K - und die Gewerkschaft ver.di trafen am 8. April 2005 eine sog. Schuldrechtliche Vereinbarung (SV). Sie lautet auszugsweise:

5

- „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. 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 Beendi-

gung 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:

6

- „(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:

7

„§ 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, 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 A ist damit einverstanden, dass im Falle der Inanspruchnahme des Rückkehrrechtes die K Vertrieb & Service GmbH & Co KG Niedersachsen/Bremen 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 von der K Vertrieb & Service GmbH & Co KG Niedersachsen/Bremen übermittelten personenbezogenen Daten die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der personenbezogenen Daten.“

Nach Anhörung und Stellungnahme des Betriebsrats kündigte die K das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger unter dem 9. Dezember 2008 „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, in deren Verlauf am 12. November 2008 mit dem Konzernbetriebsrat ein Interessenausgleich und ein Sozialplan geschlossen wurde. Abschnitt B § 1 Nr. 1 Satz 2 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 11. Dezember 2008, das der Beklagten am 15. Dezember 2008 zugeing, machte

8

der Kläger seine Rückkehr zu der Beklagten geltend. Die gegen die K zunächst erhobene Kündigungsschutzklage nahm der Kläger vor dem Kammertermin zurück.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, er habe sein Rückkehrrecht aus dem Vertrag vom 30. April 2005 iVm. der SV am 15. Dezember 2008 fristgerecht vor dem 31. Dezember 2008 ausgeübt. Dem stehe nicht entgegen, dass seine Rückkehr erst zum 1. August 2009 erfolgen könne. Es lägen auch die materiellen Voraussetzungen des besonderen Rückkehrrechts vor. Die aus dringenden betrieblichen Gründen ausgesprochene Kündigung der K sei wirksam. Er habe gegenüber der K keine Obliegenheit, eine Kündigungsschutzklage durchzuführen. Er sei gegenüber der Beklagten auch nicht darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Kündigung der K wirksam sei. Deren Wirksamkeit werde nach § 13 Abs. 1 Satz 2 iVm. §§ 4, 7 KSchG fingiert. Die Beklagte sei unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs und Schuldnerverzugs verpflichtet, an ihn Vergütung für August 2009 und September 2009 zu leisten.

9

Hinsichtlich der geltend gemachten Vergütung hat der Kläger erstinstanzlich vorgetragen, er sei in die Entgeltgruppe T 5 Stufe 4 bei 38 Stunden/Woche einzugruppieren. Im Berufungsverfahren hat er eine Vergütungszahlung nur noch in der von der Beklagten für den Fall eines Rückkehranspruchs zugestandenen Höhe geltend gemacht. Dementsprechend hat er ab dem 1. August 2009 nach der Vergütungsgruppe T 3 Stufe 4 ETV ein Monatsgehalt von 2.881,00 Euro beansprucht. Mit dem eingeschränkten Zahlungsantrag in der Revision lässt er sich für die Monate August und September 2009 jeweils erhaltene Zahlungen von 1.898,40 Euro anrechnen.

10

Der Kläger hat daher, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, zuletzt beantragt,

11

1. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Vertragsangebot als vollbeschäftigter Arbeitnehmer ab dem 1. August 2009 mit den Arbeitsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen, die Anwendung finden würden, wenn er ohne Unterbrechung bei der Beklagten seit Beginn seiner Beschäftigung am 1. August 1978 beschäftigt worden wäre, zu unterbreiten,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen, dh. mit den Ar-

beitsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen, die Anwendung finden würden, wenn er ohne Unterbrechung bei der Beklagten seit Beginn seiner Beschäftigung am 1. August 1978 weiterbeschäftigt worden wäre, weiterzubeschäftigen,

3. die Beklagte zu verurteilen, an ihn einen Betrag in Höhe von 5.762,00 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf jeweils einen Betrag in Höhe von 2.881,00 Euro brutto abzüglich jeweils 1.898,40 Euro netto seit dem 16. September 2009 und dem 16. Oktober 2009 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Dem Kläger stehe
kein Rückkehrrecht 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. Jedenfalls sei das
Erfordernis einer wirksamen Kündigung, die aus dringenden betrieblichen
Gründen ausgesprochen worden sei, dh. die Voraussetzungen des § 1
Abs. 2 ff. KSchG erfülle, nicht gewahrt. Die durch die Rücknahme der Kündi-
gungsschutzklage gegen die K eingetretene Fiktion nach § 7 Halbs. 1, § 13
Abs. 1 Satz 2 KSchG beschränke sich auf die Rechtswirksamkeit der außeror-
dentlichen Kündigung. Die Kündigungsgründe würden demgegenüber nicht
fingiert. Ließe man den (*formalen*) Ausspruch einer betriebsbedingten Kündi-
gung genügen, würde die SV sinnentleert, die Grenzen zwischen allgemeinem
und besonderem Rückkehrrecht eingeebnet und dem Gestaltungsmissbrauch
„Tür und Tor geöffnet“. Für sie sei der Kläger im Wiedereinstellungsrechtsstreit
darlegungs- und beweispflichtig. De facto treffe den Kläger damit eine Pflicht
zur Durchführung eines ernsthaft verfolgten Kündigungsschutzverfahrens,
sofern er nicht über andere Erkenntnismöglichkeiten verfüge, um die materiell-
rechtliche Wirksamkeit der Kündigung nachzuweisen. Die von der K ausge-
sprochene Kündigung scheitere ua. daran, dass Möglichkeiten anderweitiger
Beschäftigung des Klägers - ggf. nach zumutbar gebotener Umschulung oder
Fortbildung - nicht ausgeschöpft worden seien und die Sozialauswahl in mehr-
facher Hinsicht fehlerhaft erfolgt sei. Es bestehe der Verdacht eines kollusiven
Zusammenwirkens zwischen dem Kläger und der K. Der Kläger könne jeden-

12

falls nur verlangen, eine Beschäftigung im Betrieb Vivento angeboten zu bekommen, weil es seine frühere Tätigkeit bei der Beklagten nicht mehr gebe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage im Wesentlichen für begründet erachtet. Es hat ein Rückkehrrecht des Klägers bejaht und dem Weiterbeschäftigungs- sowie dem Zahlungsantrag stattgegeben. Lediglich hinsichtlich der Höhe der vom Kläger verlangten Vergütung hat es wegen fehlender Darlegung der Eingruppierungsvoraussetzungen die von der Beklagten zugestandene Vergütung von 5.762,00 Euro (*2.881,00 Euro monatlich*) zugrunde gelegt. Die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung der Beklagten hatte Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren nach Maßgabe der zuletzt gestellten Anträge weiter.

13

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg. Das Landesarbeitsgericht hat die auf Abgabe eines Wiedereinstellungsangebots gerichtete Klage zu Unrecht abgewiesen. Der Senat hat über die zu behandelnden Rechtsfragen großteils schon mit Urteil vom 9. Februar 2011 entschieden (- 7 AZR 91/10 - AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2). Daran hält er auch unter Berücksichtigung der weiteren Argumente der Beklagten fest. Der Anspruch des Klägers folgt aus § 1 des Änderungsvertrags 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. 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. Er übte sein Rückkehrrecht nicht kollusiv aus. Der Kläger hat Anspruch auf eine Eingruppierung in Vergütungsgruppe T 3 Stufe 4 des Entgelttarifvertrags (*ERTV*). Der als uneigentlicher Hilfsantrag zu verstehende Weiterbeschäftigungsantrag zu 2. fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Der Zahlungsantrag zu 3. hat keinen Erfolg, soweit er auf Annahmeverzug

14

gerichtet ist. Durch die Fiktion der Abgabe der Angebotserklärung nach § 894 Satz 1 ZPO kommt noch kein Arbeitsvertrag zustande. Ob dem Antrag hingegen aus dem Klagegrund des Schuldnerverzugs zu entsprechen ist, wird das Landesarbeitsgericht nach der gebotenen Aufhebung und Zurückverweisung festzustellen haben.

A. Die vom Landesarbeitsgericht im Tenor der angefochtenen Entscheidung zugelassene Revision ist insgesamt statthaft. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt sowie frist- und ordnungsgemäß begründet worden, § 72 Abs. 5, § 73 Abs. 1, § 74 Abs. 1 ArbGG. Die Revision setzt sich ausreichend mit den Gründen des angefochtenen Urteils auseinander. 15

I. Zur ordnungsgemäßen Begründung der Revision müssen die Revisionsgründe angegeben werden, § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO. Bei Sachrügen sind diejenigen Umstände bestimmt zu bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt. Die Revisionsbegründung muss die Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts so aufzeigen, dass Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennbar sind. Daher muss die Revisionsbegründung eine Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Urteils enthalten. Hat das Berufungsgericht über mehrere selbständige Streitgegenstände mit jeweils eigenständiger Begründung entschieden, muss die Revision für jeden Streitgegenstand begründet werden, anderenfalls ist sie hinsichtlich des nicht begründeten Streitgegenstands unzulässig (*vgl. BAG 27. Juli 2010 - 1 AZR 186/09 - Rn. 13 mwN, NZA 2010, 1446; 10. November 2010 - 5 AZR 844/09 - Rn. 11 mwN; 18. Mai 2011 - 10 AZR 346/10 - Rn. 10, NZA 2011, 878*). 16

II. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Das Landesarbeitsgericht hat sowohl den auf Abgabe eines Angebots gerichteten Antrag zu 1. als auch den Weiterbeschäftigungsantrag zu 2. und den Zahlungsantrag zu 3. mit der Begründung abgewiesen, dem Kläger stehe kein Rückkehrrecht zu. Deshalb genügte es, dass sich der Kläger ausführlich mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts befasst hat, ihm stehe kein Anspruch auf Abgabe eines Wiedereinstellungsangebots zu, weil dafür nach § 1 des Vertrags vom 30. April 2005 iVm. Nr. 1 Buchst. b und Nr. 2 Buchst. a SV die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung gewesen wäre, deren Voraussetzungen von ihm nicht darge- 17

legt worden seien. Der Kläger musste bezogen auf die Anträge zu 2. und 3. keine eigenständigen Ausführungen machen.

B. Die Revision ist hinsichtlich des Antrags zu 1., der auf Abgabe der Angebotserklärung gerichtet ist, erfolgreich. Der Kläger kann eine Eingruppierung in Vergütungsgruppe T 3 Stufe 4 ERTV verlangen. 18

I. Der Antrag zu 1. ist zulässig. 19

1. Der Wortlaut des Antrags zu 1. ist unzweifelhaft auf die Verurteilung der Beklagten zur Abgabe eines Angebots gerichtet. Er ist nicht abweichend von seinem Wortlaut dahin auszulegen, dass der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Annahme des Vertragsangebots verlangt, das er selbst mit Zustellung des Antrags zu 1. abgegeben haben könnte. 20

a) Dem Kläger geht es auch nach der Klagebegründung noch nicht um das endgültige Zustandekommen eines Arbeitsvertrags mit der Beklagten, das er nur mit übereinstimmenden Willenserklärungen - Antrag und Annahme (§§ 145 bis 147 BGB) - erwirken könnte. Eine solche Auslegung wird zwar häufig dem mit einer sog. Wiedereinstellungsklage bekundeten Willen des Arbeitnehmers entsprechen (vgl. zB BAG 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). Zwingend ist das aber nicht. Es kann auch im Interesse des Arbeitnehmers liegen, nicht schon mit Rechtskraft des seiner Klage stattgebenden Urteils vertraglich gebunden zu sein, sondern unter Berücksichtigung der konkreten Umstände entscheiden zu können, ob er das Vertragsangebot des Arbeitgebers annimmt. Dafür spricht ua., dass im Fall einer Wiedereinstellungsklage eine Regelung fehlt, die § 12 Satz 1 KSchG entspricht. Der Arbeitnehmer kann sich nicht durch besondere Erklärung einseitig von dem Arbeitsverhältnis lösen, das mit Rechtskraft des Urteils durch die Fiktion der Abgabe der Annahmeerklärung nach § 894 Satz 1 ZPO entsteht (vgl. zu der Fiktion BAG 17. Dezember 2009 - 6 AZR 242/09 - Rn. 12 f., AP BGB § 620 Aufhebungsvertrag Nr. 41 = EzA BGB 2002 § 623 Nr. 10; 13. August 2008 - 7 AZR 513/07 - Rn. 14, BAGE 127, 21 21

239). Ihm bleibt nur sein - idR ordentliches - Kündigungsrecht, wenn er inzwischen ein anderes Arbeitsverhältnis eingegangen ist. Dem Arbeitnehmer kann es demnach im ersten Schritt auch nur um die Abgabe eines Angebots gehen (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 20, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*).

b) Für eine Auslegung des Antrags zu 1. gegen seinen Wortlaut sprechen auch nicht die Anträge zu 2. und 3., die auf Weiterbeschäftigung und auf Annahmeverzugsentgelt gerichtet sind und damit ein zustande gekommenes Arbeitsverhältnis voraussetzen. Bis auf diesen Umstand ist weder dem Wortlaut des Antrags zu 1. noch der Klagebegründung in irgendeiner Weise zu entnehmen, dass der Kläger in der Sache die Abgabe einer Annahmeerklärung anstrebt. Er hat an dem Wortlaut des auf Abgabe eines Angebots gerichteten Antrags vielmehr auch dann noch festgehalten und ihn nicht in Richtung der Abgabe einer Annahmeerklärung interpretiert, nachdem die Beklagte diesen Antrag für unzulässig gehalten hatte. 22

2. Der Antrag zu 1. ist in dieser Auslegung zulässig. 23

a) Er ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 24

aa) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes 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*). Bei dem Antrag auf Abgabe einer Willenserklärung, die nach § 894 Satz 1 ZPO mit der Rechtskraft des der Klage stattgebenden Urteils als abgegeben gilt, erfordert das Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, dass der Klageantrag - ggf. in Verbindung mit der Klagebegründung - die wesentlichen Vertragsbedingungen festlegt. Dazu gehören neben der Art der Tätigkeit, dem Arbeitsumfang, der Vergütung und 25

den übrigen Arbeitsbedingungen auch der Vertragsbeginn und die Angabe, ob der Vertrag befristet oder auf unbefristete Zeit abgeschlossen werden soll (*BAG 16. Juli 2008 - 7 AZR 322/07 - Rn. 25*).

bb) Nach diesen Grundsätzen ist der Inhalt des anzubietenden Arbeitsvertrags ausreichend konkretisiert. Der Zeitpunkt der Wirkung der Abgabe des Angebots - der 1. August 2009 - ist genannt. Der wesentliche Vertragsbestandteil der Dauer der Arbeitszeit - Vollzeit - ist bezeichnet. Es fehlt allerdings die ausdrückliche Bezeichnung der begehrten Vergütung. Nach dem Zahlungsantrag zu 3. und der Begründung dazu unterliegt es aber keinem Zweifel, dass der Kläger Vergütung der Vergütungsgruppe T 3 Stufe 4 nach § 10 ERTV verlangt. Die von ihm ursprünglich aus Annahmeverzug begehrte Vergütung nach der Vergütungsgruppe T 5 Stufe 4 ETV hat er im Berufungsverfahren nicht mehr weiterverfolgt, sondern seinen Antrag auf die von der Beklagten für den Fall eines Rückkehranspruchs als zutreffend erachtete Vergütung beschränkt. 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 bei der Beklagten weiterbeschäftigt worden (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 22, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; vgl. auch 25. Oktober 2007 - 8 AZR 989/06 - Rn. 14, AP BGB § 613a Wiedereinstellung Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 613a Nr. 80*).

b) Für die erstrebte Verurteilung zur Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrags besteht entgegen der Auffassung der Beklagten ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis (*vgl. zu einer auf Abgabe eines Angebots gerichteten zulässigen Klage BAG 27. Juli 2005 - 7 AZR 488/04 - zu I 1 der Gründe, AP BGB § 308 Nr. 2 = EzA BGB 2002 § 308 Nr. 2*). Das gilt insbesondere deshalb, weil ein einseitiges, § 12 Satz 1 KSchG entsprechendes Lösungsrecht des Arbeitnehmers vom Vertrag fehlt (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 23, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*).

II. Der dahin zu verstehende Antrag zu 1. hat in der Sache Erfolg. Er ist nicht zu beanstandender Weise auf die rückwirkende Abgabe einer Angebots-erklärung gerichtet. Der Kläger hat Anspruch auf Abgabe des Angebots. Die

Regelungen des Rückkehrrechts im Auflösungsvertrag vom 1. September 2003, in § 1 des Änderungsvertrags vom 30. April 2005 und in der SV unterliegen einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dem stehen weder § 310 Abs. 4 Satz 1 noch § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB entgegen. 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 Verurteilung der Beklagten zur Abgabe der Angebotserklärung zum 1. August 2009 (rück-)wirken soll. 29

a) Die Abgabe der Angebotserklärung als der ersten der beiden nötigen übereinstimmenden Willenserklärungen soll es dem Kläger ermöglichen, darüber zu entscheiden, ob er erneut ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten eingehen will. Mit Rechtskraft eines obsiegenden Urteils gilt die Angebotserklärung nach § 894 Satz 1 ZPO als abgegeben. Zu welchem Zeitpunkt die fingierte Abgabe des Antrags wirkt, beurteilt sich nach materiellem Recht. Seit Inkrafttreten 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 (*für die st. Rspr. BAG 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*). 30

- b) Die rückwirkende Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch Urteil, die mit der Fiktion der Abgabe der Angebotserklärung vorbereitet werden soll, ist daher zulässig. Ausgeschlossen ist lediglich eine gerichtliche Entscheidung, mit der ein Arbeitsverhältnis mit Rückwirkung zu einem Zeitpunkt vor der (*fingierten*) Abgabe des Angebots begründet werden soll (*vgl. BAG 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*). 31
2. Der Kläger hat entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts Anspruch auf Abgabe der mit dem Antrag zu 1. verlangten Angebotserklärung. Grundlage des Anspruchs ist § 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. Das ergibt eine Auslegung dieser Regelungen. 32
- a) § 2 Nr. 1 des ursprünglichen Auflösungsvertrags der Parteien vom 1. September 2003 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. Dieser Vertrag wurde durch § 1 der Vereinbarung vom 30. April 2005 lediglich an die von der SV umgestalteten Rückkehrrechte angepasst, blieb nach § 1 Abs. 2 des Vertrags vom 30. April 2005 aber im Übrigen bestehen. Den Inhalt eines solchen typischen Mustervertrags kann der Senat selbst nach §§ 133, 157 BGB auslegen (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 29 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). 33
- b) Die Regelung des besonderen Rückkehrrechts in § 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 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*). 34

- aa) Die Parteien haben hier in § 1 Abs. 1 Satz 1 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. 35
- 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 (§ 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, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2). 36
- 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 37

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 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 Arbeitgebedarlehen Nr. 1 = EzA BGB 2002 § 305c Nr. 17).

c) § 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 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. 38

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. 39

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 Arbeitnehmer im Fall ordentlicher Kündigung 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 40

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*).

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. 41

(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. 42

(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 43

das Regelwerk zwischen dem Rückkehrrecht und der tatsächlichen Rückkehr unterscheidet.

(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 dem am 15. Dezember 2008 zugegangenen Schreiben vom 11. Dezember 2008 gegenüber der Beklagten geltend. 44

dd) Nr. 2 Buchst. a SV verlangt 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. 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. 45

(1) Bleibt bei der Auslegung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung nach Ausschöpfung der Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel, geht er nach § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Verwenders. Die Anwendung der Unklarheitenregel 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 Anwendung der Bestimmung nicht. Der Arbeitgeber, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendet, muss bei Unklarheiten die ihm am wenigsten günstige Auslegungsmöglichkeit gegen sich gelten lassen (*BAG 29. Juni 2011 - 7 AZR 6/10 - Rn. 20, NJW 2011, 3675; 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 42 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). 46

(2) Die Voraussetzung zumindest zweier gleichrangiger Auslegungsergebnisse ist nicht erfüllt. Die Klausel in Nr. 2 Buchst. a SV lässt nach gebotener Auslegung (§§ 133, 157 BGB) unter Beachtung eines objektiv-generalisierenden 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 47

Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG geht der Wille der verwendenden Beklagten hervor, das Rückkehrrecht davon abhängig zu machen, dass auch im Fall der außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines ordentlich Unkündbaren bestimmte Umstände - dringende betriebliche Gründe - tatsächlich 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.

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 unwirksam. Das hat das Landesarbeitsgericht übersehen. 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. 48

(1) § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB hindert die Inhaltskontrolle nicht. 49

(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 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 46, 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*). 50

(b) Die Unterzeichner der SV haben dem Regelwerk nicht den normativen Charakter eines Tarifvertrags iSv. § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB beigelegt. 51

(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 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 48, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; vgl. auch 19. Mai* 52

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 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 49, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2).

53

(c) Nr. 1 Buchst. b und Nr. 2 Buchst. a SV sind entgegen der Auffassung der Beklagten 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, 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 70. 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 Gegenseitigkeitsverhältnisses 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 schuldrechtli-

54

che Koalitionsvereinbarungen zugunsten Dritter dem Tarifvertragsbegriff des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB überhaupt unterfallen.

(2) § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB schließt eine Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht aus. 55

(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 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*). 56

(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*). 57

(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 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* 58

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. § 1 des Vertrags vom 30. April 2005 - ebenso wie schon Anlage 1 Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a des Auflösungsvertrags vom 1. September 2003 - das Gegenleistungsversprechen in § 2 Nr. 1 des Auflösungsvertrags vom 1. September 2003 aus. Dieser Vertrag vom 1. September 2003, der nach seinem Erscheinungsbild selbst Allgemeine Geschäftsbedingungen enthält, 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 - ebenso wie schon Anlage 1 Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a des Auflösungsvertrags vom 1. September 2003 - 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.

59

(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.

60

- (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 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*). 61
- (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 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 57 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*). 62
- (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. 63

(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 (vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 59, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2; APS/Ascheid/Hesse 3. Aufl. § 7 KSchG Rn. 7; KR/Rost 9. Aufl. § 7 KSchG Rn. 20a). 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).

64

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

65

(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 - 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 Auffas-

66

sung 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 Prozesserverfolg steht regelmäßig erst nach Jahren fest. Das widerspricht dem typischen Zweck eines Wiedereinstellungsanspruchs, der ua. darin besteht, Zeiten der Arbeitslosigkeit entgegenzuwirken (BAG 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 67
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 Interessen der Beklagten sind ausreichend durch § 2 Abs. 1 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 (vgl. BAG 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 68
SV kann ohne das Erfordernis einer nicht nur wirksamen, sondern unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG ausgesprochenen Kündigung aufrechterhalten bleiben.

(1) § 306 Abs. 1 BGB weicht von der Auslegungsregel des § 139 BGB ab. 69
Er bestimmt, dass der Vertrag bei Teilnichtigkeit grundsätzlich aufrechterhalten bleibt. Die Teilbarkeit der Klausel ist durch Streichung des unwirksamen Teils

zu ermitteln (*BAG 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-SD 2012 Nr. 1, 9; 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*).

(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 der 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 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.

70

gg) Das danach ausreichende Erfordernis einer wirksamen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers durch die K ist gewahrt. Die von der K ausgesprochene Kündigung gilt nach § 7 Halbs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG, § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO als wirksam. Der Kläger musste entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts nicht weiter darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG erfüllt sind.

71

3. Für ein kollusives Zusammenwirken des Klägers mit der K bei Aus- 72
spruch der Kündigung bestehen im Streitfall keine Anhaltspunkte. Dagegen
spricht schon der im Zusammenhang mit der Restrukturierungsmaßnahme
geschlossene Interessenausgleich und Sozialplan (vgl. BAG 9. Februar 2011
- 7 AZR 91/10 - Rn. 66, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2).
Die Klagerücknahme lässt ein bewusstes Zusammenwirken des Klägers mit der
K zum Nachteil der Beklagten ebenfalls nicht erkennen. Dem Kläger war es
nicht verwehrt, sich auf die Wiedereinstellungsklage zu beschränken und selbst
zu bewerten, welche Klage er für aussichtsreicher und welchen Schuldner er für
„sicherer“ hielt.
4. Der Kläger ist nicht auf einen Vertrag zu den Arbeitsbedingungen 73
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.
- a) Nr. 4 Satz 1 SV sieht vor, dass im Fall der Rückkehr ab diesem Zeit- 74
punkt 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 Arbeitsvertrags-
bedingungen 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 bestimmt, dass der nach den
§§ 3 und 4 ausgewählte Arbeitnehmer ein Angebot auf Abschluss eines Ände-
rungsvertrags 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.
- b) Der Wortlaut von Nr. 4 Satz 1 SV bindet die Geltung der Rationalisie- 75
rungsschutz-Tarifverträge an den Fall der Rückkehr, dh. die Neubegründung
des Arbeitsverhältnisses durch übereinstimmende Willenserklärungen. Der
Passus, wonach die Tarifverträge „ab diesem Zeitpunkt“ zur Anwendung kom-
men sollen, stellt klar, dass keine „automatische Überführung“ in den Vermitt-
lungs- 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 Änderungsgebot 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 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 Anwendungsbereich. 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 Arbeitsverhältnisses weder arbeitsvertragliche noch tarifliche Nachteile erleidet. Die arbeitsvertraglich zu vereinbarenden Arbeitsbedingungen und die tariflichen Regelungen sollen nachgezeichnet werden, als wäre das frühere Arbeitsverhältnis nicht beendet worden. Auf die Aufklärungsrüge der Beklagten kommt es aufgrund der vorzunehmenden Auslegung nicht an.

5. Der Rechtsstreit ist im Hinblick auf den Antrag des Klägers auf Abgabe eines Angebots nach § 563 Abs. 3 ZPO entscheidungsreif. Der Kläger hat Anspruch auf Abgabe eines Angebots, das darauf gerichtet ist, ab 1. August 2009 ein Arbeitsverhältnis zu begründen. Das Angebot muss eine Vollzeitstelle der Vergütungsgruppe T 3 Stufe 4 ERTV umfassen und auf die in Nr. 4 SV bezeichneten Tarifverträge Bezug nehmen.

76

C. Die Revision ist dagegen unbegründet, soweit der Kläger „Weiterbeschäftigung“ begehrt. Der auf künftige Leistung gerichtete Antrag ist unzulässig. Die Voraussetzungen des § 259 ZPO sind nicht erfüllt. Dabei kann dahinstehen, ob nach den Umständen des Streitfalls die Besorgnis gerechtfertigt ist, die Beklagte werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. § 259 ZPO ermöglicht nicht die Verfolgung eines erst in der Zukunft entstehenden Anspruchs. Er setzt vielmehr voraus, dass der geltend gemachte Anspruch bereits entstanden ist (vgl. BAG 27. Oktober 2010 - 7 ABR 36/09 - Rn. 13, EzA BetrVG 2001 § 99 Einstellung Nr. 16; BGH 12. Juli 2006 - VIII ZR 235/04 - Rn. 11, NJW-RR 2006,

77

1485). Hieran fehlt es. Ein Vertragsverhältnis, das einen Beschäftigungsanspruch rechtfertigen könnte, soll nach dem Antrag des Klägers erst begründet werden.

D. Hinsichtlich des Zahlungsantrags ist der Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, ob die Zahlungsklage begründet ist. Hierzu bedarf es weiterer tatsächlicher Feststellungen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 78

I. Die Revision ist jedenfalls unbegründet, soweit der Kläger Annahmeverzugsentgelt nach § 615 Satz 1 BGB begehrt. Die Beklagte schuldet dem Kläger keine Annahmeverzugsvergütung, solange noch nicht feststeht, ob der Kläger das Angebot der Beklagten auf Abschluss eines Arbeitsvertrags annimmt, dessen Abgabe durch die Rechtskraft dieser Entscheidung fingiert wird (§ 894 Satz 1 ZPO). Ein Anspruch aus § 611 Abs. 1, § 615 Satz 1, §§ 293 ff. BGB setzt zumindest voraus, dass durch Abschluss eines Arbeitsvertrags ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. 79

II. Das Landesarbeitsgericht hat sich aber - aus seiner Sicht konsequent - nicht damit auseinandergesetzt, ob die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs wegen Schuldnerverzugs nach § 280 Abs. 1 und Abs. 2, § 286 Abs. 1 BGB iVm. § 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB deshalb gegeben sind, weil die Beklagte ihre Verpflichtung zur Abgabe des im Antrag bezeichneten Vertragsangebots zum 1. August 2009 nicht erfüllt hat. 80

1. Nach der gebotenen Antragsauslegung verlangt der Kläger mit dem Antrag zu 3. für August 2009 und September 2009 Entgelt nicht nur aus dem Lebenssachverhalt des Annahmeverzugs. Er fordert alternativ Schadensersatz aus dem davon zu unterscheidenden Klagegrund (§ 253 Abs. 2 Nr. 2, § 260 ZPO) des Schuldnerverzugs. Das ergibt sich jedenfalls daraus, dass der Kläger die arbeitsgerichtliche Entscheidung gegen die Berufung der Beklagten vollumfänglich verteidigt hat. Das Arbeitsgericht hat angenommen, die Beklagte befinde sich in Verzug mit Ihrer Verpflichtung aus der Schuldrechtlichen Vereinbarung, dem Kläger ein Arbeitsvertragsangebot zu unterbreiten. Der Kläger habe mit der am 5. Mai 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage sein 81

Rückkehrrecht geltend gemacht. Seither befinde sich die Beklagte in Verzug. Sie habe den Kläger nach § 249 BGB so zu stellen, als habe sie ihm rechtzeitig ein Arbeitsvertragsangebot unterbreitet.

2. Das Landesarbeitsgericht wird nicht nur das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen dem Grunde nach, sondern insbesondere auch zum Schadensumfang zu prüfen haben, ob der Kläger - etwa in Gestalt von Abfindungszahlungen der K nach Abschnitt B § 1 des Sozialplans vom 12. November 2008 - dadurch möglicherweise anrechenbare Vorteile erlangt hat, dass die Beklagte ihm kein Rückkehrangebot unterbreitet hat. 82

E. Das Landesarbeitsgericht wird auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben. 83

Linsenmaier

Gallner

Kiel

Willms

Busch