

Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 13. Juni 2012
- 7 AZR 738/10 -

I. Arbeitsgericht Berlin

Urteil vom 26. Januar 2010
- 54 Ca 11606/09 -

II. Landesarbeitsgericht Berlin-
Brandenburg

Urteil vom 18. August 2010
- 23 Sa 840/10 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Wiedereinstellungsanspruch - Bestimmtheit des Klageantrags - AGB-Kontrolle

Gesetze:

BGB §§ 305 ff.; ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2, § 894 Satz 1

Leitsätze:

keine

Hinweise des Senats:

Überwiegend parallel zu BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - sowie 19. Oktober 2011 - 7 AZR 743/10 -, - 7 AZR 471/10 -, - 7 AZR 672/10 - und - 7 AZR 33/11 -;

Vergleiche auch die Entscheidungen des Senats vom selben Tag - 7 AZR 669/10 - und - 7 AZR 169/11 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 738/10

23 Sa 840/10

Landesarbeitsgericht
Berlin-Brandenburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Juni 2012

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 13. Juni 2012 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Kiel,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

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

- I. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 18. August 2010 - 23 Sa 840/10 - teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 26. Januar 2010 - 54 Ca 11606/09 - teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger ein Vertragsangebot als vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer ab dem 1. August 2009 mit der Entgeltgruppe T2 des Entgelt-rahmentarifvertrags der Deutschen Telekom zu unterbreiten.

- II. Die weitergehende Revision des Klägers wird zurückgewiesen.
III. Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 2/3 und die Beklagte 1/3 zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über einen Wiedereinstellungsanspruch des Klägers und über Annahmeverzugsentgelt. 1

Der Kläger war seit dem 1. September 1997 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin beschäftigt. Im Zuge von Restrukturierungsmaßnahmen gliederte die Beklagte im Jahr 1999 ihr Breitbandkabelgeschäft aus und verkaufte es an die K GmbH (G). Hiervon war der Bereich Technik/Netze betroffen, in dem der Kläger tätig war. Wie andere Arbeitnehmer auch wurde er von der Beklagten für eine Tätigkeit bei der G beurlaubt, mit der er gemäß Vertrag vom 12. September/15. November 1999 ein Arbeitsverhältnis ab dem 1. Oktober 2000 begründete. Nach einer am 12. Mai/15. Juni 2000 vereinbarten Änderung seiner Aufgaben wechselte er im Jahr 2003 von der G zur K Vertrieb & Service GmbH & Co. KG (K), die zum K Konzern gehört. Mit der K vereinbarte der 2



Kläger nach einem Änderungsvertrag vom 26. April/5. Mai 2004 eine Beschäftigung als Techniker; zuletzt war er als Servicetechniker im Außendienst eingesetzt.

Der Kläger schloss mit der Beklagten am 1. September 2003 einen Auflösungsvertrag zum 31. Dezember 2003, der Regelungen über ein Rückkehrrecht enthält. In dem Vertrag heißt es ua.:

3

„§ 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:

4

- „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 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 B ist damit einverstanden, dass im Falle der Inanspruchnahme des Rückkehrrechtes die K Vertrieb & Service GmbH & Co. KG, Region Niedersachsen/Bremen bzw. deren Rechtsnachfolger 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, Region Niedersachsen/Bremen bzw. deren Rechtsnachfolger übermittelten personenbezogenen Daten die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der personenbezogenen Daten.“

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2008 kündigte die K das Arbeitsverhältnis des Klägers aus betriebsbedingten Gründen wegen Wegfalls seines Arbeitsplatzes außerordentlich unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist zum 31. Juli 2009.

7



Eine gegen die K erhobene Kündigungsschutzklage nahm der Kläger am 16. Juni 2009 zurück. Seinen der Beklagten am 16. Dezember 2008 zugegangenen Antrag auf Rückkehr lehnte diese mit Schreiben selben Datums ab.

Mit der am 23. Juni 2009 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat der Kläger sein Rückkehrrecht gegenüber der Beklagten geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, er habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Wiedereinstellung aus dem Vertrag vom 30. April 2005 iVm. der SV. Die materiellen Voraussetzungen des vereinbarten Rückkehrrechts lägen vor. Die aus dringenden betrieblichen Gründen ausgesprochene Kündigung der K sei wirksam. Er habe keine Obliegenheit, gegenüber der K eine Kündigungsschutzklage durchzuführen. Er sei gegenüber der Beklagten auch nicht darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Kündigung wirksam sei. Deren Wirksamkeit werde nach § 13 Abs. 1 Satz 2 iVm. §§ 4, 7 KSchG fingiert. Auch habe er das Rückkehrrecht fristgerecht - bis zum 31. Dezember 2008 - geltend gemacht.

Mit mehreren Klageerweiterungen hat der Kläger außerdem die Zahlung von Vergütung für die Zeit von August 2009 bis Januar 2010 (*monatlich 3.455,00 Euro brutto zzgl. 91,00 Euro brutto Funktionszulage*) nebst Verzugszinsen geltend gemacht. Er hat hierzu behauptet, nach dem auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Entgelttrahmentarifvertrag Deutsche Telekom AG (ERTV) sei er in der Entgeltgruppe T5 (*Stufe 4*) der Anlage 1 (*Entgeltgruppenverzeichnis*) zum ERTV eingruppiert. Die Beklagte sei wegen des bestehenden Arbeitsverhältnisses aus Annahmeverzug zu der Zahlung verpflichtet.

Der Kläger hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Vertragsangebot als vollbeschäftigter Arbeitnehmer ab dem 1. August 2009 mit der Entgeltgruppe T5 des Entgelttrahmentarifvertrags Deutsche Telekom zu unterbreiten;
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 21.276,00 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 3.546,00 Euro brutto seit dem 17. September 2009, dem 17. Oktober 2009, dem 17. November 2009, dem 17. Dezember 2009, dem 17. Januar 2010 sowie dem 17. Februar 2010 zu zahlen.



Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Zulässigkeit des Klageantrags zu 1. beanstandet und im Übrigen die Ansicht vertreten, 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 Kündigungsschutzklage gegen die K eingetretene Fiktion nach § 7 Halbs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 2 KSchG beschränke sich auf die Rechtswirksamkeit der außerordentlichen Kündigung. Die Kündigungsgründe würden demgegenüber nicht fingiert. Es bestehe außerdem der Verdacht eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen dem Kläger und der K. Der Kläger könne jedenfalls nur verlangen, eine Beschäftigung im Betrieb Vivento angeboten zu bekommen, weil es seine frühere Tätigkeit bei der Beklagten nicht mehr gebe. Bestünde ein Rückkehrrecht, könne der Kläger bei richtiger Einordnung in das Tarifgefüge der Beklagten nur Vergütung nach Maßgabe der Entgeltgruppe T2 der Anlage 1 zum ERTV verlangen.

12

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

13

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist teilweise begründet. Die Vorinstanzen haben das Begehren des Klägers auf Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu Unrecht abgewiesen. Der Kläger kann von der Beklagten ein Angebot auf Wiedereinstellung nach § 1 des Vertrags zur Abänderung des Auflösungsvertrags vom 30. April 2005 iVm. Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a SV verlangen. Die Voraussetzungen dieser Bestimmungen sind

14



erfüllt. Der Kläger hat jedoch nur Anspruch auf Tätigkeiten und Eingruppierung nach Entgeltgruppe T2 der Anlage 1 zum ERTV. Der Zahlungsantrag ist dagegen unbegründet. Der Anspruch setzt ein bestehendes Arbeitsverhältnis voraus. Daran fehlt es. Der Klageantrag zu 1. ist ausdrücklich nur auf Abgabe eines Angebots gerichtet. Durch die Fiktion der Abgabe der Angebotserklärung nach § 894 Satz 1 ZPO kommt noch kein Arbeitsvertrag zustande.

A. Die Revision hat hinsichtlich des Antrags zu 1. überwiegend Erfolg. Der Kläger kann allerdings nur eine auf die Tätigkeiten der Entgeltgruppe T2 der Anlage 1 zum ERTV und eine entsprechende Eingruppierung gerichtete Angebotserklärung verlangen. 15

I. Der Antrag zu 1. ist zulässig. 16

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. 17

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. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 20 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2). 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 18



Urteils durch die Fiktion der Abgabe der Annahmeerklärung nach § 894 Satz 1 ZPO entsteht. 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 - aaO*).

- b) Für eine Auslegung des Antrags zu 1. entgegen seinem Wortlaut 19
spricht auch nicht der Zahlungsantrag zu 2., der auf Annahmeverzugsentgelt
gerichtet ist und damit ein zustande gekommenes Arbeitsverhältnis voraussetzt.
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
modifiziert, nachdem die Beklagte diesen Antrag für unzulässig gehalten hatte.
2. Der Antrag zu 1. ist in dieser Auslegung zulässig. 20
- a) Er ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 21
- aa) Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift die bestimmte 22
Angabe des Gegenstands und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie
einen bestimmten Antrag enthalten. Der Kläger muss eindeutig festlegen,
welche Entscheidung er begehrt. Er hat den Streitgegenstand so genau zu
bezeichnen, dass der Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308
Abs. 1 Satz 1 ZPO) keinem Zweifel unterliegt und die eigentliche Streitfrage mit
Rechtskraftwirkung (§ 322 Abs. 1 ZPO) zwischen den Parteien entschieden
werden kann (*vgl. BAG 18. Mai 2011 - 5 AZR 181/10 - Rn. 10 mwN, EzA BGB
2002 § 611 Mehrarbeit Nr. 4*). Ein - wie vorliegend - auf die Abgabe einer
Willenserklärung gerichteter Antrag ist nur dann bestimmt iSv. § 253 Abs. 2
Nr. 2 ZPO, wenn er so gefasst ist, dass der Inhalt der nach § 894 Satz 1 ZPO
fingierten Erklärung klar ist. Zur Ermittlung des Inhalts einer mit der Klage
erstrebten Willenserklärung können - wie auch bei anderen auslegungsbedürfti-
gen Klageanträgen - die Klagebegründung und das schriftsätzliche Vorbringen



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

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. Die Angabe „vollbeschäftigter Arbeitnehmer ... mit der Entgeltgruppe T5 des Entgelttrahmentarifvertrags Deutsche Telekom“ macht die Art der geschuldeten Arbeitsleistung hinreichend kenntlich (vgl. zu einer ähnlichen Antragstellung BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 743/10 - Rn. 21). Der Entgelttrahmentarifvertrag Deutsche Telekom AG (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 (vgl. zum Tarifsysteem bspw. BAG 8. März 2006 - 10 AZR 129/05 - Rn. 5 ff., BAGE 117, 202). In diesem sind näher beschriebene Tätigkeiten und Tätigkeitsmerkmale bestimmten Entgeltgruppen - ua. der hier vom Kläger bezeichneten Entgeltgruppe T5 - zugeordnet. Die Dauer der Arbeitszeit - Vollzeit - ist genannt. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte geht es um das Zustandekommen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses. Die übrigen Arbeitsbedingungen, die für die Einhaltung

23



des Bestimmtheitserfordernisses nicht zwangsläufig notwendig sind, 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 (*vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 22, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*).

b) Für die erstrebte Verurteilung zur Abgabe eines Angebots auf Abschluss eines Arbeitsvertrags besteht ein allgemeines Rechtsschutzbedürfnis. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger auch die Möglichkeit gehabt hätte, selbst ein Vertragsangebot abzugeben und auf dessen Annahme durch die Beklagte zu klagen. Das gilt insbesondere deshalb, weil ein einseitiges, § 12 Satz 1 KSchG entsprechendes Lösungsrecht des Arbeitnehmers vom Vertrag fehlt (*vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 23, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2*).

24

II. Der Antrag zu 1. hat in der Sache mit Ausnahme der begehrten Tätigkeit und Eingruppierung Erfolg. 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) 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 Angebotserklärung 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

25



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. Er kann jedoch nur ein Vertragsangebot mit Tätigkeiten der Entgeltgruppe T2 der Anlage 1 zum ERTV - und einer entsprechenden Eingruppierung - verlangen.

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. Eine rückwirkende Begründung eines Arbeitsverhältnisses durch Urteil, die mit der Fiktion der Abgabe der Angebotserklärung vorbereitet werden soll, 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*). 26
2. Der Kläger hat entgegen der Auffassung der Vorinstanzen 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. 27
- 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*). 28
- 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 Vertragsbedingun- 29



gen, 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).

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. 30

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 mwN, AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2). 31



- 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. 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*). 32
- 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. 33
- 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. 34
- 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 eines - jedenfalls von ihr angenommenen tariflichen - Sonderkündigungsschutzes des Klägers jedoch eine außerordentliche Kündigung mit Auslauffrist erklärte. Die Wirksamkeit einer solchen außerordentlichen „betriebsbedingten“ Kündigung richtet sich zwar nicht nach § 1 KSchG, sondern nach § 626 BGB. Zu prüfen ist nach § 626 Abs. 1 BGB aber, ob dem Arbeitnehmer 35



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 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, 36 obwohl sein Arbeitsverhältnis mit der K nicht schon mit dem 31. Dezember 2008, sondern erst am 31. Juli 2009 endete.

(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. 37

(2) Nr. 1 Buchst. b SV ist auslegungsbedürftig. Aus dem Wortlaut der 38 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).

(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 am 16. Dezember 2008 zugegangenen Schreiben geltend. 39

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. 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 (ausf. hierzu BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 41 ff., AP BGB § 307 Nr. 52 = EzA BGB 2002 § 311a Nr. 2). 40

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. 41

(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. 42



§ 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).

(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 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. § 1 des Vertrags vom 30. April 2005 und § 2 Nr. 1 einschließlich der Anlage 1 Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. a des Auflösungsvertrags vom 1. September 2003 hat keinen rein deklaratorischen Charakter. Auch beschränkt sich das eng zu fassende, kontrollfreie Haupt- und Gegenleistungsverprechen 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 Gegenleistungsverprechen 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.

(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).

(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 klagebe gründenden Tatsachen nicht schlüssig vortragen zu können. Der Prozesserfolg steht regelmäßig erst nach Jahren fest. Das widerspricht dem typischen Zweck

46



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 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 § 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.

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 ausgesprochenen - „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*). Diese Voraussetzung ist 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, aaO*).

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 nicht weiter darlegen und



beweisen, dass die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG (bzw. § 626 BGB) erfüllt sind.

3. Für ein kollusives Zusammenwirken des Klägers mit der K bei Aus- 49
spruch der Kündigung bestehen im Streitfall keine Anhaltspunkte. Die Rück-
nahme der gegen die K erhobenen Kündigungsschutzklage lässt ein bewusstes
Zusammenwirken des Klägers mit der K zum Nachteil der Beklagten nicht
erkennen. Dem Kläger war es nicht verwehrt, sich auf die Wiedereinstellungs-
klage zu beschränken und selbst zu bewerten, welche Klage er für aussichts-
reicher und welchen Schuldner er für „sicherer“ hielt.
4. Der Kläger ist nicht auf einen Vertrag zu den Arbeitsbedingungen 50
verwiesen, die im Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivotto 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
Rückkehr, dh. die Neubegründung des Arbeitsverhältnisses durch übereinstim-
mende Willenserklärungen. Der Passus, wonach die Tarifverträge „ab diesem
Zeitpunkt“ zur Anwendung kommen sollen, stellt klar, dass keine „automatische
Überführung“ in den Vermittlungs- und Qualifizierungsbetrieb Vivotto zeitgleich
mit der Wiedereinstellung gemeint ist (ausf. BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR
672/10 - Rn. 71, EzA KSchG § 1 Wiedereinstellungsanspruch Nr. 10).
5. Der Rechtsstreit ist im Hinblick auf den Antrag des Klägers auf Abgabe 51
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 Entgeltgruppe T2 der Anlage 1 zum ERTV umfassen.
- a) Auf die vom Kläger erstrebte - höherwertige - Tätigkeit und entspre- 52
chende Eingruppierung in Entgeltgruppe T5 der Anlage 1 zum ERTV hat er
allerdings keinen Anspruch. Er hat nicht dargelegt, weshalb die Tätigkeit, die er
bei unterbliebener Beendigung des früheren Arbeitsverhältnisses mit der Be-
klagten zu versehen gehabt hätte, die Merkmale dieser Entgeltgruppe erfüllt



hätte, obwohl die Beklagte seine diesbezügliche Behauptung bestritten hat. Wegen des bereits in I. Instanz erfolgten Bestreitens der Beklagten hatte der Kläger ausreichend Gelegenheit, weiter vorzutragen. Die Sache muss deswegen nicht nach § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO zur weiteren Sachaufklärung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen werden.

b) Der Kläger hat dagegen Anspruch auf Abgabe eines Angebots zur Einstellung auf eine Vollzeitstelle der Entgeltgruppe T2 der Anlage 1 zum ERTV. Dieses Begehren ist als „Minus“ in seinem (*nur*) auf die Abgabe einer Angebotserklärung gerichteten Klageantrag enthalten. Die Beklagte hat eine solche Tätigkeit und Eingruppierung zugestanden. 53

B. Die Revision ist unbegründet, soweit der Kläger mit dem Antrag zu 2. Annahmeverzugsentgelt begehrt. 54

I. Wie die gebotene Auslegung ergibt, verlangt der Kläger mit dem Zahlungsantrag das Entgelt für August 2009 bis Januar 2010 nur aus dem Lebenssachverhalt des Annahmeverzugs. Er fordert weder alternativ noch zusätzlich Schadensersatz aus dem davon zu unterscheidenden Klagegrund (§ 253 Abs. 2 Nr. 2, § 260 ZPO) des Schuldnerverzugs iSv. § 286 Abs. 1 BGB. 55

II. Der auf Annahmeverzugsvergütung gerichtete Antrag ist unbegründet. Es steht noch nicht fest, 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 jedenfalls voraus, dass durch Abschluss eines Arbeitsvertrags ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist. 56



C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 ZPO.

57

Linsenmaier

Kiel

Schmidt

Vorbau

Strippelmann

