
Datum: 25.08.2010
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 3.Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 Sa 392/10
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2010:0825.3SA392.10.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Bonn, 1 Ca 2255/09
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:
Kein Leitsatz

Tenor:

- 1) Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 14.01.2010 – 1 Ca 2255/09 – abgeändert und die Klage wird abgewiesen.
- 2) Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
- 3) Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

- | | |
|--|---|
| Die Parteien streiten über einen Anspruch des Klägers auf Fortsetzung des zum 31.12.2003 beendeten Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten (sog. Rückkehrrecht). | 1 |
| Der 1961 geborene, verheiratete Kläger war vom 01.08.1978 bis 31.12.2003 bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin beschäftigt. Zum 01.10.1999 wechselte er unter Beurlaubung bei der Beklagten zur K D GmbH & Co KG. Unter dem 01.09.2003 vereinbarten die Parteien einen Auflösungsvertrag. Aufgrund einer Abänderung zu diesem Vertrag findet die zwischen der Beklagten und mehreren Kabelgesellschaften einerseits und der Vereinigten | 2 |
| | 3 |

Dienstleistungsgewerkschaft e.V. andererseits am 08.04.2005 geschlossene Schuldrechtliche Vereinbarung Anwendung. Darin ist u.a. folgende Regelung enthalten:

- "1. Die D T AG räumt den Arbeitnehmern einzelvertraglich ein Rückkehrrecht zur D T AG ein4
- a. innerhalb eines Zeitraums von 24 Monaten (berechnet ab dem 1. Januar 2004) ohne das 5 Vorliegen besonderer Gründe (allgemeines Rückkehrrecht),
- b. nach Ablauf des allgemeinen Rückkehrrechts für weitere 36 Monate ein Rückkehrrecht 6 unter besonderen Bedingungen (besonderes Rückkehrrecht).
2. Besondere Bedingungen (im Sinne des Absatzes 1.b.) liegen vor, wenn 7
- a. das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 ff. KSchG 8 aus dringenden betrieblichen Gründen wirksam gekündigt wird.
3. Der Arbeitnehmer kann von seinem Rückkehrrecht nach Ziffer 1 frühestens 6 Monate nach9 Beginn des Rückkehrzeitraums für das allgemeine Rückkehrrecht Gebrauch machen. Es ist bei dem Rückkehrrecht nach Ziffer 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 oder 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 geltend10 Rationalisierungsschutz-Tarifverträge der D T AG Anwendung. Der Arbeitnehmer wird hinsichtlich der zu vereinbarenden Arbeitsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen so gestellt, als wäre er ohne Unterbrechung bei der D T AG weiter beschäftigt worden."

Mit Schreiben vom 09.12.2008 kündigte die K D GmbH & Co. KG das Arbeitsverhältnis des 11 Klägers außerordentlich unter Einhaltung einer sozialen Auslaufrist von 7 Monaten aus betriebsbedingten Gründen zum 31.07.2009. Mit Schreiben vom 11.12.2008, das am 15.12.2008 bei der Beklagten einging, machte der Kläger seine Rückkehr von der K D GmbH & Co KG zu der Beklagten geltend. Die gegen die außerordentliche Kündigung zunächst erhobene Kündigungsschutzklage nahm der Kläger einen Tag vor dem Kammertermin zurück.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er habe sein Rückkehrrecht fristgerecht vor dem 12 31.12.2008 geltend gemacht. Dass eine Rückkehr erst zum 01.08.2009 erfolgen könne, stehe dem nicht entgegen. Es lägen auch die materiellen Voraussetzungen für ein Eingreifen des besonderen Rückkehrrechts vor, denn das Arbeitsverhältnis sei aus dringenden betrieblichen Gründen wirksam durch die K D GmbH & Co KG gekündigt worden. Die Wirksamkeit der Kündigung ergebe sich bereits aus § 7 KSchG und der nach Rücknahme der Kündigungsschutzklage eingetretenen gesetzlichen Fiktion.

Hinsichtlich der geltend gemachten Vergütung hat der Kläger behauptet, er sei in die 13 Entgeltgruppe T 5 Stufe 4 bei 38 Stunden/Woche einzugruppieren. Dies entspreche einer Vergütung von 3.455 € brutto. Ferner stünden ihm eine Funktionszulage in Höhe von 88 € sowie eine aufgabenbezogene Umstellungszulage in Höhe von 105 € zu.

Der Kläger hat beantragt, 14

1. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein Vertragsangebot als vollbeschäftigter Arbeitnehmer ab dem 01.08.2009 mit den Arbeitsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen, die Anwendung finden würden, wenn der Kläger ohne Unterbrechung bei der Beklagten seit Beginn seiner Beschäftigung am 01.08.1978 beschäftigt worden wäre, zu unterbreiten;	15
2. die Beklagte zu verurteilen, den Kläger zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen, d.h. mit den Arbeitsvertragsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen, die Anwendung finden würden, wenn der Kläger ohne Unterbrechung bei der Beklagten seit Beginn seiner Beschäftigung am 01.08.1978 weiterbeschäftigt worden wäre, weiter zu beschäftigen;	16
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 7.296 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB auf jeweils einen Betrag in Höhe von 3.648 € brutto seit dem 16.09.2009 und dem 16.10.2009 zu zahlen.	17
Die Beklagte hat beantragt,	18
die Klage abzuweisen.	19
Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen für den Eintritt des Rückkehrrechts lägen nicht vor. Sie hat bestritten, dass die Kündigung der K D GmbH & Co KG als betriebsbedingte Kündigung sozial gerechtfertigt gewesen sei. Der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Kläger habe die Betriebsbedingtheit der Kündigung nicht dargetan. Die durch Rücknahme der Kündigungsschutzklage eingetretenen lediglich formale Wirksamkeit der Kündigung nach § 7 KSchG reiche dafür nicht aus. Die Unwirksamkeit der Kündigung folge bereits daraus, dass Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten für den Kläger bestanden hätten, die Sozialauswahl nicht nachvollziehbar sei und auch die Voraussetzungen für eine außerordentliche Kündigung aus betriebsbedingten Gründen nicht vorgelegen hätten. Hinzu komme, dass die K D GmbH & Co KG in erheblichem Umfang Leiharbeitnehmer beschäftige.	20
Die Beklagte hat weiter eingewandt, dass der Kläger sein Rückkehrrecht nicht rechtzeitig geltend gemacht habe. Eine Rückkehr sei nur bis zum 31.12.2008 möglich gewesen. Die bloße Ankündigung der Rückkehrabsicht reiche zur Fristwahrung nicht aus. Zum Weiterbeschäftigungsbegehren des Klägers hat die Beklagte geltend gemacht, der Kläger könne allenfalls ein Angebot hinsichtlich einer Beschäftigung im Betrieb V verlangen, da es aufgrund der Ausgliederung der Bereiche Technik/Netze in eine eigenständige Servicegesellschaft die früheren Tätigkeiten nicht mehr gebe. Einzugruppieren wäre der Kläger im Falle seiner Rückkehr in T 3 Stufe 4, was einem monatlichen Entgelt von 2.881 € brutto entsprechen würde.	21
Das Arbeitsgericht hat die Klage im Wesentlichen für begründet erachtet. Es hat ein Rückkehrrecht des Klägers bejaht und den Anträgen zu 1) und 2) stattgegeben. Lediglich hinsichtlich der Höhe der vom Kläger verlangten Vergütung hat es wegen fehlender Darlegung der Eingruppierungsvoraussetzungen durch den Kläger die von der Beklagten zugestandene Vergütung zugrunde gelegt. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Begründung des angefochtenen Urteils (Bl. 295 ff. d. A.) Bezug genommen.	22
Gegen dieses ihr am 18.02.2010 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 11.03.2010 Berufung eingelegt und diese nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am	23

Die Beklagte trägt vor, die K D GmbH & Co KG habe im Dezember 2008 neben dem Kläger weitere 100 ehemalige Arbeitnehmer der Beklagten gekündigt, die fast alle ihr gegenüber ein besonderes Rückkehrrecht geltend gemacht hätten. Sie ist weiterhin der Auffassung, der insoweit darlegungs- und beweissbelastete Kläger habe nicht nachgewiesen, dass ihm gegenüber seitens der K D GmbH & Co KG eine materiell-rechtlich wirksame betriebsbedingte Kündigung gemäß § 1 Abs. 2 ff KSchG ausgesprochen worden sei. Letzteres sei jedoch zwingende Voraussetzung für das Eingreifen des besonderen Rückkehrrechts. Anderenfalls werde nicht hinreichend zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Rückkehrrecht differenziert. Diese Unterscheidung sei aber in der Schuldrechtlichen Vereinbarung bewusst getroffen worden. Ließe man den (formalen) Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung ausreichen, würde die Schuldrechtliche Vereinbarung sinnentleert, die Grenzen zwischen allgemeinem und besonderem Rückkehrrecht eingeebnet und dem Gestaltungsmissbrauch "Tür und Tor geöffnet". Letztlich treffe den Kläger de facto eine Pflicht zur Durchführung eines ordnungsgemäßen, ernsthaft verfolgten Kündigungsschutzverfahrens, sofern er nicht über andere Erkenntnismöglichkeiten verfüge, um die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Kündigung nachzuweisen.

24

Auf der Grundlage seines Prozessvortrags lasse sich eine fehlende Weiterbeschäftigungsmöglichkeit für den Kläger bei der K D GmbH & Co KG nicht nachvollziehen. Das Gleiche gelte für die zu treffende soziale Auswahl des Klägers. Letztere sei in gesetzeswidriger Weise auf den Standort H beschränkt worden. Die Sozialauswahl sei ferner fehlerhaft, weil die K D GmbH & Co KG nicht die Mitarbeiter der NE 2, NE 3 und NE 4 miteinander verglichen habe. In der NE 2 arbeiteten Kollegen des Klägers, die über eine vergleichbare Ausbildung und vergleichbare Kenntnisse und Fähigkeiten wie der Kläger verfügten. Aufgrund seiner langjährigen Berufserfahrung könne der Kläger - jedenfalls nach zumutbaren Umschulungs- und Fortbildungsmaßnahmen - auch im Bereich der Kopfstellentechnik und/oder anderen Bereichen der NE 2 im Bereich des Service, der Planung sowie auch in der Disposition eingesetzt werden. Die Beklagte bestreitet, dass es sich bei den Technikern/Planern der NE 2 um Spezialisten handle, deren Aufgaben nicht von denen der NE 3 oder NE 4 bearbeitet werden könnten. Dies zeige sich nicht zuletzt an den nahezu identischen Stellenbeschreibungen. Darüber hinaus gehe die Kabel Deutschland GmbH & Co KG selbst von einer umfassenden Vergleichbarkeit der Mitarbeiter aus, wie sich aus ihrer, vom Kläger vorgelegten Sozialdatei ergebe, nach der zuvor im Außendienst NE 3 und NE 4 tätige Mitarbeiter eine Planstelle als Servicetechniker der NE 2 erhalten hätten. Einzelne Mitarbeiter im Außendienst der NE 3 und NE 4 wären danach sogar in eine Beschäftigung als Teamleiter übernommen worden.

25

Die Beklagte bestreitet ferner, dass die Entstörtätigkeiten der Netzebenen 3 und 4 vollständig fremdvergeben worden seien. Bei der K D GmbH & Co KG würde weiter eine Vielzahl von Leiharbeitnehmern eingesetzt, auf deren Arbeitsplätzen der Kläger hätte beschäftigt werden können. Außerdem rügt sie, dass nach dem Interessenausgleich im Bereich Außendienst/Service Stellen verblieben seien, so dass der Kläger hätte weiterbeschäftigt werden können.

26

Fehlerhaft sei die Sozialauswahl ferner, weil nach dem Vortrag des Klägers Betriebsratsmitglieder nicht in die Sozialauswahl mit einbezogen bzw. jedenfalls bevorzugt berücksichtigt worden seien. Ihnen komme jedoch kein grundsätzlicher Vorrang gegenüber anderen ebenfalls besonders kündigungsgeschützten Arbeitnehmern zu.

27

28

Die Beklagte meint, es müsse der Sonderkündigungsschutz des Klägers und damit die hohen Anforderungen, die an die Rechtswirksamkeit der erklärten außerordentlichen Kündigung zu stellen seien, berücksichtigt werden. Für die Kündigungsschutzklage des Klägers habe daher eine hohe Erfolgsaussicht bestanden. Außerdem hält sie an ihrer erstinstanzlich vertretenen Rechtsauffassung fest, dass die tatsächliche Rückkehr des Klägers vor dem 31.12.2008 Voraussetzung für die Realisierung des Rückkehrrechts sei. Das Gleiche gelte für die ebenfalls bereits erstinstanzlich gerügte Unzulässigkeit eines rückwirkenden Vertragsschlusses

Die Beklagte rügt ferner, der erstinstanzliche Urteilstenor zu Ziffer 1) sei aufgrund seiner fehlenden Bestimmtheit nicht vollstreckbar. Auch eine Weiterbeschäftigungspflicht, wie in Ziffer 2) tenoriert, bestehe nicht, da es einerseits an einem Rückkehrrecht des Klägers fehle und andererseits mit dieser Tenorierung in unzulässiger, vorbeugender Weise dem zukünftigen in Ziffer 1) des Urteils tenorierten Vertragsangebot der Beklagten vorgegriffen werde. Im Übrigen sei auch dieser Urteilstenor zu unbestimmt. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass eine Beschäftigung zu unveränderten Bedingungen wie im Jahr 1999 aufgrund des ersatzlosen Wegfalls des Arbeitsplatzes des Klägers und der Ausgliederung seines Betriebes an die Kabel Deutschland GmbH & Co KG objektiv unmöglich sei und die Beklagte auf der Grundlage des TV-Ratio jedenfalls berechtigt wäre, dem Kläger ein auf Beschäftigung in der V gerichtetes Vertragsangebot zu unterbreiten.

Die Beklagte beantragt,
das Urteil des Arbeitsgerichts Bonn vom 14.01.2010 - 1 Ca 2255/09 abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

1. die Berufung zurückzuweisen,
2. hilfsweise zum Klageantrag zu 1), die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger ein Vertragsangebot als vollbeschäftigter Arbeitnehmer ab dem 01.08.2009 ein auf Beschäftigung in der V gerichtetes Vertragsangebot zu unterbreiten,
3. hilfsweise zum Klageantrag zu 2), die Beklagte zu verurteilen, den Kläger in dem Vermittlungsbetrieb V zu den dort geltenden Arbeitsvertragsbedingungen und anzuwendenden tarifvertraglichen Regelungen weiter zu beschäftigen,
4. äußerst hilfsweise, festzustellen, dass ihm gegenüber der Beklagten ein Rückkehrrecht gemäß der Schuldrechtlichen Vereinbarung vom 08.04.2005 zusteht,
5. das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich der Ziffer 3) des Tenors wie folgt neu zu fassen:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger einen Betrag in Höhe von 5.762,- € brutto abzüglich 3.796,80 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz auf jeweils einen Betrag in Höhe von 2.881,- € brutto abzüglich jeweils 1.898,40 € netto seit dem 16.09.2009 und dem 16.10.2009 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt daraufhin,
auch die Hilfsanträge des Klägers sowie den geänderten Antrag zu Ziffer 3) abzuweisen

Der Kläger tritt der erstinstanzlichen Entscheidung bei und meint, eine Fortführung des Kündigungsschutzverfahrens sei schon wegen des dort anzuwendenden schärferen Prüfungsmaßstabes des § 626 BGB ungeeignet zur Feststellung einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG gewesen. Im Übrigen spreche bereits der Wortlaut der Schuldrechtlichen Vereinbarung dafür, dass das besondere Rückkehrrecht für ihn immer dann gelte, wenn ihm seitens der K D GmbH & Co KG eine Kündigung aus "dringenden betrieblichen Gründen" ausgesprochen werde.

Der Kläger meint, die Beklagte müsse die Unwirksamkeit der Kündigung darlegen und beweisen. Dies folge aus dem von ihm gegenüber der K Deutschland GmbH & Co KG erklärten Einverständnis, dass diese der B die auf sein Arbeitsverhältnis bezogenen Daten offen legen und die Unterlagen zur Verfügung stellen dürfe, aus denen sich die Voraussetzungen für das Rückkehrrecht ergäben.

42

Jedenfalls sei die dem Kläger seitens der K D GmbH & Co KG ausgesprochene Kündigung vom 09.12.2008 nach dem Maßstab des § 1 KSchG nicht rechtsunwirksam, da sie sozialgerechtfertigt gewesen sei. Die Kabel Deutschland GmbH & Co KG habe in dem Kündigungsschutzrechtsstreit ausführlich dargelegt, dass sie im Falle des Klägers die Vorgaben des § 1 KSchG eingehalten habe. Dies ergebe sich aus einer Vielzahl von Anlagen, auf die Bezug genommen werde.

43

Im Einzelnen trägt der Kläger vor, zum Zeitpunkt der Kündigung seien bei der K D GmbH & Co KG etwa 1.150 Mitarbeiter beschäftigt gewesen, davon 590 in den Bereichen Außendienst/Service sowie Planung und Disposition (beides Innendienst). Mit Zuordnungstarifvertrag vom 01.01.2006 seien bei der K D GmbH & Co KG sechs Regionen gebildet worden, hierunter u.a. die Region 2 mit Hauptsitz in H . Diese Region 2 bestehe im Außendienst/Service aus drei sog. BBS-Gebieten, nämlich der BBS Nord 5 H , der BBS Nord 3 B und der BBS Nord 4 L . Der Kläger sei zuletzt als Servicetechniker für die Netzebene 4 im Außendienst der Region 2 eingesetzt gewesen. Im Außendienst habe es zwei verschiedene Kategorien von Servicetechnikern gegeben. Eine Gruppe hätten die Servicetechniker der Netzebene 2 gebildet, die für den Signaltransport vom Sender bis zu den regionalen Verteilnetzen zuständig gewesen seien. Zur zweiten Gruppe hätten die für die Netzebenen 3 und 4 zuständigen Techniker gehört, die für den Bereich vom regionalen Verteilerpunkt bis zu dem Übergabepunkt vor der Haustür des Kunden (NE 3) sowie vom Übergabepunkt bis zur Kabelsteckdose der Wohnung (NE 4) zuständig gewesen seien. Gegenstand der Umstrukturierungsmaßnahme sei die vollständige Fremdvergabe der Entstörtätigkeiten im Bereich der NE 3 und NE 4 an externe Auftragnehmer gewesen. In der Region 2 seien danach 8 von bisher 12 Stellen im Service NE 3 und sämtliche der bisher 7 Stellen im Service NE 4 entfallen.

44

Die Sozialauswahl habe die K D GmbH & Co KG bezogen auf die nach dem Zuordnungstarifvertrag gebildeten Regionen durchgeführt. Dabei seien sämtliche Servicetechniker der Bereiche NE 3 und NE 4 in der Region 2 in die Auswahl einbezogen worden. Eine Vergleichbarkeit mit den Servicetechnikern der NE 2 sei insbesondere wegen des unterschiedlichen Anforderungsprofils unterblieben, das ein abgeschlossenes Fach-/Hochschulstudium der Nachrichtentechnik und fundierte praktische Erfahrungen mit der Historie der Kopfstellen verlange. Eine regionale Versetzbarkeit des Klägers sei schließlich aufgrund der arbeitsvertraglich vereinbarten räumlichen Eingrenzung seines Einsatzgebiets nicht zu berücksichtigen gewesen. Der sozial weniger schutzwürdige Arbeitnehmer Fischer sei aufgrund seines besonderen Kündigungsschutzes als Betriebsratsmitglied aus der Sozialauswahl ausgenommen worden. Letztlich sei auch eine Weiterbeschäftigung des

45

Klägers auf einer der neu geschaffenen "Frontofficedisponentenstellen" nicht in Betracht gekommen, da der Kläger das Anforderungsprofil dieser Stellen nicht erfüllt habe und auch nach eigener Einschätzung diese Tätigkeit selbst innerhalb einer Einarbeitungszeit von einem Jahr nicht hinreichend erlernen könnte.	
Der Kläger trägt weiter vor, dass der Einsatz von Zeitarbeitskräften im Bereich Disposition bis zum 30.09.2009 befristet gewesen sei.	46
Seinen Zahlungsantrag hat der Kläger schließlich im Hinblick auf erhaltene Arbeitslosengeldzahlungen entsprechend reduziert.	47
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.	48
<u>Entscheidungsgründe:</u>	49
I. Die Berufung der Beklagten ist zulässig, weil statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) und frist- sowie formgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).	50
II. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Die zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Abgabe des von ihm begehrten Vertragsangebots, denn dem Kläger steht gegen die Beklagte kein sog. Rückkehrrecht zu. Aus diesem Grund sind auch der Zahlungsantrag sowie die Hilfsanträge des Klägers unbegründet und die Beklagte ist nicht zur Weiterbeschäftigung des Klägers verpflichtet.	51
1. Einzige in Betracht kommende Anspruchsgrundlage für das klägerische Begehren ist das sog. besondere Rückkehrrecht gemäß Ziffer 1. b., 2.a. der Schuldrechtlichen Vereinbarung vom 08.04.2005, die unstreitig aufgrund einzelvertraglicher Vereinbarung der Parteien Anwendung findet.	52
Danach räumt die Beklagte dem Kläger befristet ein sog. besonderes Rückkehrrecht zur D T AG ein, wenn das Arbeitsverhältnis des Klägers zur K D GmbH & Co KG unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG aus dringenden betrieblichen Gründen wirksam gekündigt wird. Für das Vorliegen der tatbestandlichen Anspruchsvoraussetzungen ist der Kläger als Anspruchsteller nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen darlegungs- und beweispflichtig. Dieser Darlegungs- und Beweislast ist er nicht hinreichend nachgekommen.	53
a) Zutreffend hat das Arbeitsgericht zunächst ausgeführt, dass ein Eingreifen des Rückkehrrechts nicht bereits aufgrund des Umstands ausgeschlossen ist, dass der Kläger aufgrund seines besonderen tariflichen Bestandsschutzes außerordentlich unter Einhaltung einer sozialen Auslaufrist gekündigt worden ist. Anderenfalls würde der erhöhte Kündigungsschutz in sein Gegenteil verkehrt. Dies gilt umso mehr, als der Kläger im Zeitpunkt der Vereinbarung des Rückkehrrechts bereits ordentlich unkündbar war. Auf die weitergehende Begründung des Arbeitsgerichts wird insoweit Bezug genommen. Allerdings ist der besondere Kündigungsschutz des Klägers ohne Einfluss auf die Anspruchsvoraussetzungen des besonderen Rückkehrrechts und führt nicht dazu, dass nunmehr die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung mit sozialer Auslaufrist zu prüfen sind. Vielmehr bleibt es bei dem Erfordernis einer wirksamen Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 ff. KSchG.	54

b) Das besondere Rücktrittsrecht ist in der schuldrechtlichen Vereinbarung klar und eindeutig formuliert. Es besteht aus zwei Komponenten, nämlich zum einen aus einer auf 36 Monate nach Ablauf des 24-monatigen Zeitraums des allgemeinen Rückkehrrechts befristete Geltung sowie zum anderen aus dem Erfordernis des Bestehens besonderer Bedingungen. Letztere werden in Ziffer 2.a. dahingehend definiert, dass es einer wirksamen Kündigung unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG aus dringenden betrieblichen Erfordernissen bedarf.

Ob die dreijährige Geltungsfrist im vorliegenden Fall aufgrund der Geltendmachung des besonderen Rückkehrrechts durch den Kläger im letzten Monat der Frist bei einer erst sieben Monate später eintretenden Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der K D GmbH & Co KG eingehalten ist, kann dahingestellt bleiben, denn es fehlt jedenfalls an der zweiten grundlegenden Anspruchsvoraussetzung einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung. 56

aa) Der Kläger ist für das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen darlegungs- und beweispflichtig, denn es gelten die allgemeinen Grundsätze (vgl. hierzu allgemein Zöller/Greger, ZPO, 27. Aufl., vor § 284 Rn 17a mit weiteren Nachw. aus der Rspr.). eine besondere Beweislastregel greift nicht ein. Insbesondere folgt eine Beweislastumkehr entgegen der Auffassung des Klägers nicht aus dem von ihm gegenüber der K D GmbH & Co KG erklärten Einverständnis, dass diese der Beklagten die auf sein Arbeitsverhältnis bezogenen Daten offen legen und Unterlagen zur Verfügung stellen dürfe, aus denen sich die Voraussetzungen für das Bestehen eines Rückkehrrechts ergäben. Hierbei handelt es sich um eine einseitige Erklärung des Klägers. Eine Beweislastumkehr würde aber eine entsprechende Vereinbarung mit der Beklagten voraussetzen. Eine solche ist unstreitig nicht erfolgt. 57

bb) Die nach Ziffer 1.a. der Schuldrechtlichen Vereinbarungen erforderlichen besonderen Bedingungen - also das Vorliegen einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung des Klägers - sind nicht bereits aufgrund vom Kläger im Kündigungsschutzprozess gegen die K D GmbH & Co KG erklärten Klagerücknahme eingetreten. Zwar hatte diese einen Tag vor dem Kammertermin erklärte Klagerücknahme zur Folge, dass die Kündigung gemäß §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 7 KSchG kraft gesetzlicher Fiktion als von Anfang an rechtswirksam gilt. Diese Wirksamkeitsfiktion erfüllt aber nicht die Voraussetzungen einer wirksamen betriebsbedingten Kündigung im Sinne der Schuldrechtlichen Vereinbarung. Das folgt aus dem insoweit eindeutigen Wortlaut in Ziffer 2.a. der Schuldrechtlichen Vereinbarung. Eine wirksame Kündigung unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 ff. KSchG aus dringenden betrieblichen Gründen setzt die materiellrechtliche Wirksamkeit der Kündigung voraus. Ansonsten hätte es keiner besonderen Erwähnung der Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 KSchG bedurft und auch eine Abgrenzung zum allgemeinen Rückkehrrecht wäre entbehrlich gewesen, da nach dem gegenteiligen Verständnis bereits das bloße Unterlassen einer Kündigungsschutzklage und das Verstreichenlassen der Klagefrist des § 4 KSchG die Wirksamkeit der Kündigung und damit das Eingreifen eines Rückkehrrechts herbeiführen würde. Die erkennende Kammer schließt sich insoweit der Rechtsprechung anderer Landesarbeitsgerichte an (vgl. LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.11.2009 - 14 Sa 1249/09, LAG Sachsen, Urteil vom 23.02.2010 - 7 Sa 561/09, LAG Sachsen, Urteil vom 25.03.2010 - 9 Sa 550/09; LAG Hamburg, Urteil vom 14.07.2010 - 5 Sa 83/09). 58

cc) Bereits nach dem Vortrag des Klägers erfüllt die ihm gegenüber von der K D GmbH & Co KG erklärte betriebsbedingte Kündigung nicht die gesetzlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 und 3 KSchG, denn die von der Arbeitgeberin getroffene Sozialauswahl ist fehlerhaft. Zwar ist die Sozialauswahl entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten nicht insoweit zu 59

beanstanden, als diese auf den Standort H begrenzt vorgenommen worden ist. Letzteres folgt aus der von den Vertragsparteien in § 1 des zuletzt geltenden Arbeitsvertrages vom 25.04.2005 vorgenommen entsprechenden räumlichen Begrenzung des Einsatzortes des Klägers. Die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl folgt vielmehr aus der unzutreffenden Einschränkung des Kreises der mit dem Kläger vergleichbaren Arbeitnehmer auf die Gruppe der Servicetechniker der Bereiche NE 3 und NE 4. Richtigerweise hätten auch die Techniker der NE 2 in die Sozialauswahl mit einbezogen werden müssen.

Die Vergleichbarkeit dieser Arbeitnehmer folgt aus den sich aus der jeweiligen Stellenbeschreibung ergebenden Anforderungen. Nach der Stellenbeschreibung des Klägers (Bl. 588 d. A.) bestanden seine Haupttätigkeiten in der Betreuung von Bauvorhaben, der Entstörung von Komponenten des BK-Netzes, der technischen Fachberatung von Kunden sowie der Wahrnehmung von Wartungsaufgaben an Netzkomponenten. Zur Ausübung dieser Tätigkeiten muss der Arbeitnehmer nach der Stellenbeschreibung Kenntnisse zu Komponenten und technischen Verfahren in der BK-Technik haben, er muss teamorientiert und feedbackorientiert arbeiten und zuverlässig und ergebnisorientiert sein. Schließlich verlangt die Stellenbeschreibung des Klägers eine Berufsausbildung in der Telekommunikationsbranche oder eine vergleichbare Qualifikation. Die Haupttätigkeiten eines Servicetechnikers NE 2 bestehen nach der Stellenbeschreibung (Bl. 689 d.A.) in der eigenverantwortlichen Beseitigung von schwierigen Störungen aller Komponenten des BK-Netzes mit dem Schwerpunkt in der NE 2, der teamübergreifenden Koordination von komplexen Bauvorhaben, der technischen Fachberatung wichtiger Kunden, der Durchführung und Analyse komplexer Messungen an allen Komponenten des BK-Netzes, der eigenständigen, standardisierten Abnahme von Systemen des BK-Netzes sowie der Wahrnehmung übergreifender Aufgaben als Servicetechniker. Als erforderliche Kenntnisse und Fähigkeiten nennt die Stellenbeschreibung für den Servicetechniker NE 2 bereichsübergreifendes Denken, Team- und Feedbackorientierung, Zuverlässigkeit und Ergebnisorientierung sowie gute Kenntnisse aller Netzkomponenten und Verfahren. Erforderlich ist wiederum eine Berufsausbildung in der Telekommunikationsbranche oder eine vergleichbare Qualifikation mit Berufserfahrungen im BK-Bereich.

60

Der Vergleich der beiden Stellenbeschreibungen belegt die weitestgehende Ähnlichkeit und Kongruenz der jeweiligen Anforderungsprofile. Lediglich die Tätigkeiten unterscheiden sich naturgemäß dadurch, dass unterschiedliche Netzebenen zu betreuen sind. Demgegenüber sind die Anforderungen, die an den Stelleninhaber in Bezug auf seine Ausbildung sowie auf seine Kompetenzen und Fähigkeiten gestellt werden, nahezu identisch. Für beide Funktionen ist eine Ausbildung in der Telekommunikationsbranche erforderlich und beide verlangen Kenntnisse zu den Netzkomponenten und -verfahren sowie Zuverlässigkeit, Ergebnis-, Team- und Feedbackorientierung.

61

Zusätzlich zu diesen nahezu deckungsgleichen Anforderungsprofilen folgt die Vergleichbarkeit dieser Tätigkeiten auch aus der tatsächlichen Handhabung durch die ehemalige Arbeitgeberin des Klägers. Denn die K D GmbH & Co KG hat unstreitig mehrere Mitarbeiter, die zuvor als Servicetechniker NE 3 und NE 4 tätig waren, in Planstellen als Servicetechniker NE 2 übernommen, wie sich aus der von ihr erstellten und vom Kläger vorgelegten Sozialdatei (Bl. 634 ff. d.A.) ergibt.

62

Da die K D GmbH & Co KG sozial weniger schutzwürdige Mitarbeiter als den Kläger, wie beispielsweise den Mitarbeiter H , in der BBS H in Tätigkeiten als Servicetechniker der NE 2 weiterbeschäftigt hat, ist damit die Sozialauswahl fehlerhaft und die Kündigung nach § 1 Abs. 3 KSchG sozial ungerechtfertigt.

63

Darüber hinaus folgt die Fehlerhaftigkeit der Sozialauswahl auch aus der von der K D GmbH & Co KG nach dem Vortrag des Klägers vorgenommenen Herausnahme von Betriebsratsmitgliedern aus der Sozialauswahl. Zwar genießen diese nach § 15 KSchG besonderen gesetzlichen Kündigungsschutz. Das rechtfertigt jedoch nicht ihre uneingeschränkt bevorzugte Behandlung gegenüber dem tariflich ebenfalls besonders kündigungsgeschützten Kläger. Auch insoweit ist mit dem Mitarbeiter Fischer ein gegenüber dem Kläger sozial weniger schutzbedürftiger Mitarbeiter nicht gekündigt worden. 64

dd) Auf weitere rechtliche Wirksamkeitsbedenken, wie z.B. den Einsatz von Leiharbeitnehmern bei der K D GmbH & CO KG, kommt es mithin nicht streitentscheidend an. 65

2. Kommt somit das vereinbarte Rückkehrrecht nicht zum Tragen, folgt daraus unmittelbar auch die Unbegründetheit sämtlicher weiterer Klageanträge, da sowohl der Antrag auf Weiterbeschäftigung als auch das Zahlungsbegehren und die Hilfsanträge einen bestehenden Rückkehranspruch des Klägers voraussetzen. 66

III. Als insgesamt unterliegende Partei hat der Kläger gemäß §§ 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. 67

Die Revisionszulassung beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG. 68

Rechtsmittelbelehrung 69

Gegen dieses Urteil kann von 70

REVISION 71

eingelegt werden. 72

Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben. 73

Die Revision muss innerhalb einer Notfrist* von einem Monat schriftlich beim 74

Bundesarbeitsgericht 75

Hugo-Preuß-Platz 1 76

99084 Erfurt 77

Fax: 0361 2636 2000 78

eingelegt werden. 79

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung. 80

Die Revisionsschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen: 81

1. Rechtsanwälte, 82
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit

vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,

3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben. 83

Eine Partei die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten. 84

*** eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.** 85

Dr. Kreitner Moritz Hartmann 86