

Rückkehrzusagen an "ausgegliederte" Mitarbeiter und ihre Folgen*

Von Professor Dr. Volker Rieble, Mannheim

Rückkehrzusagen an Arbeitnehmer und deren rechtliche Folgen sind Gegenstand der nachstehenden Erörterungen. Sowohl die Kündigungs- wie auch die betriebsverfassungsrechtlichen Auswirkungen im Fall eines Rückkehrbegehrens werden vom Verfasser eingehend untersucht.

I. Rückkehrzusagen als Ausgliederungsinstrument

Gliedern gut gehende Unternehmen, insbesondere mit "großem Namen" und besonderen Mitarbeitergefühl, Betriebe oder Betriebsteile aus, veräußern sie gar solche an Unternehmen mit weniger "Sozialprestige", so muss der Veräußerer befürchten, dass Arbeitnehmer in nicht unbedeutender Zahl von ihrem Widerspruchsrecht im Rahmen des Betriebsübergangs Gebrauch machen, um sich einen Arbeitsplatz in der alten "Unternehmensheimat" zu sichern. Das ist für den Veräußerer aus zwei Gründen misslich: Einmal führen die zu ihm zurückwechselnden Arbeit-

^{*} Die Fragestellung verdanke ich einer Anregung aus der Praxis. Meiner Mitarbeiterin Frau Sonja Erbs danke ich für ihre Unterstützung.

nehmer womöglich zu einem Personalüberhang und machen eine betriebsbedingte Kündigung erforderlich. Jedenfalls beim Betriebsteilübergang führt das nach der Rechtsprechung des BAG zu einer diffizilen Sozialauswahl: Die widersprechenden Arbeitnehmer müssen nach ihren Sachgründen gefragt werden und je nach Gewicht desselben können sie Arbeitnehmer im beim Veräußerer zurückgebliebenen Teilbetrieb verdrängen¹. Auch beim Übergang eines vollständigen Betriebs ist die Suche nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten aufwendig; bei der Verteilung der im Unternehmen freien Arbeitsplätze an einen "Bewerberüberhang" unter den Widersprechern ist wiederum eine Auswahlentscheidung erforderlich. Jedes Kündigungsgeschehen an sich bedeutet "Ärger" und bringt Unruhe ins Unternehmen.

Zweitens ist der Erwerber regelmäßig an der Übernahme einer funktionsfähigen Belegschaft interessiert. Auch wenn er womöglich Personal abbauen will, kündigen und widersprechen regelmäßig die falschen Arbeitnehmer - nämlich diejenigen, auf deren Wissen und Erfahrung der Übernehmer angewiesen ist, jedenfalls vorerst. Um diese Nachteile zu vermeiden und die Arbeitnehmer von der Ausübung ihres Widerspruchsrechts abzuhalten, werden derartige Betriebsübergänge in der Rechtspraxis vom Veräußerer mit Rückkehrzusagen gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern "abgemildert": Mit ihrer Hilfe soll dem Arbeitnehmer ein verlängerter Überlegenszeitraum eröffnet werden, so dass der Arbeitnehmer den neuen Arbeitgeber erst einmal "ausprobieren" kann und nicht vorschnell zum Widerspruch greift. Solche Rückkehrzusagen gleichen Wiedereinstellungszusagen für entlassene Arbeitnehmer. Wie jene können diese im Tarifvertrag, in einer Betriebsvereinbarung und in einer arbeitsvertraglichen Regelung (Gesamt- oder Einzelzusage) enthalten sein.

II. Die Rückkehrzusage und ihre Umsetzung

1. Vereinbarung der Rückkehrzusage

Ein Versprechen des Arbeitgebers, den vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer auf dessen Wunsch hin wieder einzustellen, kann individualvertraglich, in einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag geregelt werden.

2. Inhalt der Rückkehrzusage

Der Inhalt der Rückkehrzusage ergibt sich durch Auslegung nach den allgemeinen Regeln. Im Unterschied zum jetzt (tatbestandlich²) normierten Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613 a VI BGB³ begründet die Rückkehrzusage kein Gestaltungsrecht, sondern einen Anspruch. Meist ist die Rückkehrzusage befristet, etwa auf zwei Jahre nach der Umstrukturierungsmaßnahme. Es wird auch anders als dort nicht etwa (rückwirkend) der Übergang des Arbeitsverhältnisses vermieden, vielmehr ist der Anspruch des Arbeitnehmers gerichtet auf (Wieder-)Begründung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses zum Betriebsveräußerer. Nur theoretisch denkbar ist ein Anspruch auf Vertragsübernahme, weil an diesem notwendig dreiseitigen Rechtsgeschäft auch der Erwerber mitwirken müsste. In aller Regel wollen die Vertragsparteien auch kein ruhendes Arbeitsverhältnis zum Veräußerer begründen, das parallel zum beim Erwerber bestehenden Arbeitsverhältnis bestünde und das dann durch die Ausübung des Rückkehrrechts "aktiviert" würde.

Das Widerspruchsrecht des § 613 a VI BGB kann mit Einräumung des Rückkehranspruchs nicht abbedungen werden: Denn der Widerspruch ist mit Blick auf die Ausgestaltung als Gestaltungsrecht und infolge seiner Rückwirkung das stärkere Recht. Zudem kann der Arbeitgeber sich durch eine Rückkehrzusage nicht der Informationspflicht nach § 613 a V BGB entziehen. Bei fehlender besonderer Ausformulierung räumt die Einstellungszusage des alten Arbeitgebers dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags ein⁴. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer ein Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrags zu machen, das der Arbeitnehmer zur (Wieder-)Begründung des Arbeitsverhältnisses nur noch annehmen muss. Bestimmte Anforderungen an den Inhalt des Arbeitsvertragsangebots, etwa Vergleichbarkeit mit dem alten Arbeitspatz sowie die Anerkennung der Betriebszugehörigkeit, sind üblich.

3. Freier Arbeitsplatz als Anspruchsvoraussetzung?

a) Regelmäßig: Allenfalls Einstellungsvorang. Inwieweit der Anspruch davon abhängig ist, dass für den rückkehrwilligen Arbeitnehmer ein freier Arbeitsplatz beim alten Arbeitgeber besteht, kann bei unklarem Wortlaut der Rückkehrvereinbarung schnell zu Streitigkeiten führen. Im Zweifel ist die Rückkehrzusage – ebenso wie Wiedereinstellungszusagen oder der Wiedereinstellungsanspruch in der Rechtsprechung des BAG⁵ – im Sinne eines bloßen Einstellungsvorrangs zu verstehen: Der Arbeitgeber sagt mithin zu, den Arbeitnehmer dann einzustellen, wenn ein Arbeitsplatz frei ist. Er spricht in aller Regel keine Arbeitsplatzgarantie zu; weder kann er die Bereitstellung eines Arbeitsplatzes auf Dauer garantieren, noch gar die Freikündigung eines von einem anderen Arbeitnehmer besetzten Arbeitsplatzes. Das ist für den verständigen Arbeitnehmer auch ohne weiteres erkennbar.

Probleme bereitet in diesem Zusammenhang der konkurrierende Vorrang anderer Personengruppen, seien es interne, wie der Teilzeiter nach § 9 TzBfG, der in die Normalarbeit strebende Nachtarbeiter nach ArbZG, der Auszubildende des § 78 a BetrVG oder andere Arbeitnehmer, die einen "leidensgerechten Arbeitsplatz" beanspruchen⁶. In Betracht kommen aber auch externe Wiedereinstellungsberechtigte, seien es jene mit dem richterrechtlich fundierten kündigungsschutzrechtlichen Wiedereinstellungsanspruch⁷ oder solche kraft tariflichen oder vertraglichen Wiedereinstellungsanspruchs. Eine Vorrangregel gibt das Gesetz nicht. Das legte zunächst ein umfassendes Auswahlermessen des Arbeitgebers nahe, der dann entscheiden könnte, welchem der konkurrierenden Vorrangsberechtigten er den "Zuschlag" gibt; begrenzt könnte dieses allenfalls über das billige Ermessen des § 315 BGB dahin werden, dass der Arbeitgeber auch die dem jeweiligen Einstellungsvorrang zu Grunde liegenden sozialen Gesichtspunkte mit einbeziehen muss. Mit der Einstellung eines der Bevorrechtigten wäre der Arbeitsplatz dann nicht

4) BAG (5. 4. 2001), NZA 2001, 893 (895) = EzA § 626 BGB n. F. = MDR 2001, 1243 m. Anm. Nicolai.

6) BAG (29. 1. 1997), NZA 1997, 709 = EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 42 = AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

¹⁾ BAG (18. 3. 1999), NZA 1999, 870 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 40 = AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG (22. 4. 1993), NZA 1993, 357 = EzA § 613 a BGB Nr. 112 = AP Nr. 102 zu § 613 a BGB.

²⁾ Interessanterweise fehlt im neuen § 613 a VI BGB jede Ausführung zur Rechtsfolge des Widerspruchs, was insb. beim nachträglichen Widerspruch die Frage nach der Rückwirkung aufwirft. Insofern zeigt sich einmal mehr legislative Erkenntnisresistenz. S. zum bisherigen Recht Staudinger/Richardi/Annuβ, BGB, 1999, § 613 a Rdnrn. 127, 133 m. w. Nachw.

³⁾ BGBl I 2002, 1163 (1167 f.); dazu Worzalla, NZA 2002, 353; Willemsen/Lemke, NJW 2002, 1159; Gaul/Otto, DB 2002, 634.

⁵⁾ BAG (28. 6. 2000), NZA 2000, 1097 = EzA § 1 KSchG Wiedereinstellungsanspruch Nr. 5 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung = ZIP 2000, 1781 m. w. Nachw.

⁷⁾ S. nur BAG, NZA 2000, 1097 m. w. Nachw.

mehr frei, so dass der Vorrang der Konkurrenten erlösche. Zu befürchten ist aber, dass die Gerichte dem gesetzlichen Einstellungsvorrang mehr Gewicht einräumen werden, als jedenfalls einem arbeitsvertraglichen. Das spricht dann dafür, dass der Teilzeiter oder Nachtarbeiter, jedenfalls aber der Auszubildende des § 78 a BetrVG Vorrang vor dem Rückkehrer verdiente. Zu befürchten ist auch, dass dem tariflichen Wiedereinstellungsanspruch gegenüber dem arbeitsvertraglichen der stärkere Rang eingeräumt wird, obschon es sich nur um einen Individualanspruch und nicht eine betriebliche Besetzungsregel handelt, die allein einen solchen normativen Vorrang gegenüber anderen Rechtsgründen vermitteln könnte.

b) Betriebsbedingte Kündigung wegen des rückkehrbedingten Personalüberhangs. Ist der Rückkehranspruch dagegen nach der anspruchsbegründenden Regelung eindeutig nicht von einer freien Stelle beim alten Arbeitgeber abhängig, stellen sich im Vollzug erhebliche Folgeprobleme, wenn kein Arbeitsplatz und damit keine Beschäftigungsmöglichkeit gegeben ist - nicht anders als beim Widerspruchsrecht des § 613 a VI BGB8: Folgt nämlich aus der Formulierung der Rückkehrvereinbarung, dass der Anspruch des Rückkehrers auch bei fehlendem freien Arbeitsplatz bestehen soll, entstünde beim Arbeitgeber eine Überbesetzung, sobald der Rückkehrer seinen Anspruch durchsetzt. Ob dieser Überhang vom Arbeitgeber mit einer betriebsbedingten Kündigung - sei es des gerade eingestellten Rückkehrers selbst oder eines vergleichbaren Arbeitnehmers - kompensiert werden kann, ist zunächst zweifelhaft.

Einerseits lässt sich dem Arbeitgeber vorhalten, dass er den Personalüberhang selbst verursacht hat, weshalb es am dringenden betrieblichen Erfordernis i.S. von § 1 II KSchG fehle. Dem Arbeitgeber lässt sich sogar vorhalten, dass er mit der über einen Einstellungsvorrang hinausreichenden Rückkehrzusage letztlich eine die eigene Kapazität übersteigende Beschäftigung versprochen habe. Nur lautet die Gegenfrage: Kann der Arbeitgeber sich seiner Freiheit, einen Personalüberhang abzubauen, überhaupt begeben; kann er sich zur Mindestbeschäftigung ausdrücklich verpflichten? Ich meine nein: Dagegen streitet nicht nur die Freiheit der Arbeitsnachfrage, wie sie in § 41 GewO (noch) ausdrücklich formuliert ist und wie sie in der BAG-Rechtsprechung zur außerordentlichen (betriebsbedingten) Kündigung an sich unkündbarer Arbeitnehmer9 zutreffend akzeptiert wird.

Das gegenteilige Ergebnis ist wenig überzeugend. Wenn nämlich der Arbeitgeber einzelnen Arbeitnehmern einen Arbeitsplatz garantieren könnte, würde die Sozialauswahl hintertrieben: Der Arbeitgeber wäre um Freikündigung zu Gunsten der Rückkehrer bemüht, um Kosten zu sparen. Während man für die im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmer darüber streiten kann, ob das Sozialauswahlgebot dadurch hintertrieben werden kann, dass der Arbeitgeber einzelnen Arbeitnehmern mit der Unkündbarkeit einen "besseren Rang" zusagt¹⁰, ist das für Rückkehrer nicht möglich. Denn sie sind in Ermangelung eines bestehenden (ruhenden) Arbeitsverhältnisses von vornherein gar nicht berechtigt, am Sozialauswahlspiel teilzunehmen: Dem Arbeitgeber würde andernfalls eine umfassende Manipulationsmöglichkeit eröffnet.

4. Rückkehr und Einstellungsmitbestimmung nach § 99 BetrVG

Für den Betriebsrat des Veräußerers ist die Rückkehr solcher privilegierter Arbeitnehmer eine Last: Muss er doch fürchten, dass ein Verdrängungswettbewerb ausgelöst wird. Die Frage, ob in solchen Fällen § 99 BetrVG greift, ist bislang nicht erörtert. Ihr ist deshalb zunächst für den Widerspruch des § 613 a VI BGB nachzugehen.

a) Rückkehr des widersprechenden Arbeitnehmers als Einstellung? Erklärt der Arbeitnehmer nach Betriebsübergang seinen Widerspruch, so verhindert dies den Ubergang des Arbeitsverhältnisses auf den Erwerber. Die entscheidende Frage, ob die Eingliederung eines Arbeitnehmers, der kraft Widerspruchs zum Alt-Arbeitgeber "zurückkehrt", nach § 99 BetrVG der Mitbestimmung unterfällt, hat das BAG bislang nicht entschieden. In einer vielzitierten Entscheidung aus dem Jahr 1975 hat es lediglich gemeint, dass der Übergang der Arbeitsverhältnisse nach § 613 a I 1 BGB keine Einstellung sein könne, weil es sich nicht um eine personelle Einzelmaßnahme handelt¹¹. In der Tat: Einschlägig ist insofern § 111 S. 3 Nr. 3 BetrVG. Auch in der Literatur herrscht ein diffuses Bild, gerade dieser Fall wird nicht behandelt; zum Teil meint die Lehre, § 99 BetrVG müsse weichen, wenn und soweit den Arbeitgeber eine gesetzliche Pflicht zur Beschäftigung kraft Gesetzes treffe, die vom Betriebsrat nicht vereitelt werden dürfe¹². Fehlender Entscheidungsspielraum des Arbeitgebers bei der Beschäftigung des Arbeitnehmers jedoch soll die Mitbestimmung ausschließen, namentlich im Fall des § 613 a BGB und § 78 a BetrVG. In einer neuen Entscheidung hat das BAG – obiter – lediglich gemeint, dass die Rückkehr eines Arbeitnehmers im ruhenden Arbeitsverhältnis keiner Zustimmung des Betriebsrats bedürfe¹³.

Das ist etwas kurz gegriffen: Bei Übergang eines ganzen Betriebs ist die Einstellung des widersprechenden Arbeitnehmers notwendig zu bejahen. Der Arbeitnehmer hängt ohne Betriebszugehörigkeit "in der Luft" und würde - so ein Arbeitsplatz frei ist - in dem Betrieb erstmals eingegliedert14. Was vor Betriebsübergang eine zustimmungspflichtige Versetzung von einem Betrieb in einen anderen gewesen wäre, kann jetzt nicht mitbestimmungsfrei sein. Durch und durch problematisch hingegen ist der bisherige Teilbetriebsübergang, bei dem der Arbeitnehmer mit seinem Widerspruch erreichen will, dass er andere Arbeitnehmer in der Sozialauswahl verdrängt. In jedem Fall wird man die Versetzung problematisieren müssen, wenn der Arbeitnehmer einen anderen Arbeitsbereich begehrt. Denn sein bisheriger Arbeitsplatz ist beim Erwerber. Fraglich ist aber darüber hinaus, ob nicht der - seinerseits fragwürdige individualarbeitsrechtliche Schutz der Arbeitnehmer in der

⁸⁾ Hierzu nur Staudinger/Richardi/Annuß (o. Fußn. 2), § 613 a Rd-nrn. 134 f. m. w. Nachw.

⁹⁾ BAG (5. 2. 1998), NZA 1998, 771 = EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 2 m. instruktiver Anm. Walker = AP Nr. 143 zu § 626 BGB; BAG (11. 3. 1999), NZA 1999, 818 = EzA § 626 BGB n. F. Nr. 177 = AP Nr. 150 zu § 626 BGB = DB 1999, 1612; BAG (17. 9. 1998), NZA 1999, 258 = EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 3 = AP Nr. 148 zu § 626 BGB = DB 1999, 154; gerade für die Kündigung widersprechender unkündbarer Arbeitnehmer Staudinger/Richardi/Annuβ (o. Fußn. 2), § 613 a Rdnr. 136 m. w. Nachw.

¹⁰⁾ Mit Recht verneinend: v. Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, 13. Aufl. (2002), § 1 Rdnrn. 456 ff.; Weller, RdA 1986, 223; Löwisch, DB 1998, 877 (881); a.A. etwa Etzel, in: KR, 6. Aufl. (2002), § 1 KSchG Rdnrn. 639 f; Oetker, ZfA 2001, 287 (329, 339 f.) jew. m. w. Nachw. A. A. Bütefisch, Die Sozialauswahl, 2000, S. 145 ff., die nur in Ausnahmefällen auf Grund Tarif- oder Einzelvertrags ordentlich unkündbare Arbeitnehmer in die Sozialauswahl einbezieht.

¹¹⁾ BAG (7. 11. 1975), EzA § 118 BetrVG Nr. 7 = AP Nr. 3 zu § 99 BetrVG 1972.

¹²⁾ Löwisch/Kaiser, BetrVG, 5. Aufl. (2002), § 99 Rdnr. 7; so wohl auch Kraft, in: GK-BetrVG, 6. Aufl. (1998) § 99 Rdnr. 31 (anders Rdnr. 27 für die Übernahme nach § 78 a BetrVG); Stege/Weinspach, BetrVG, 8. Aufl. (1999), § 99 Rdnr. 19 l; Richardi, BetrVG, 8. Aufl. (2002) § 99 Rdnr. 41 für die Übernahmeverpflichtung nach § 78 a BetrVG; Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, § 99 Rdnr. 23; Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 7. Aufl. (1999), § 99 Rdnr. 49, 51; für den Mitbestimmungserhalt bei § 78 a BetrVG auch Matthes, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR, 2. Aufl. (2000), § 352 Rdnr. 18.

¹³⁾ BAG, NZA 2001, 893 (unter II 2 c aa [2]). 14) S. BAG (21. 3. 1996), NZA 1996, 974 = EzA § 102 BetrVG 1972 Nr. 91 = AP Nr. 81 zu § 102 BetrVG 1972.

aufnehmenden Belegschaft betriebsverfassungsrechtlich zu verstärken ist. Das *BAG* will bekanntlich den Sachgrund des Arbeitnehmers für den Widerspruch entgegen § 1 III KSchG als zusätzliches "weiches" Sozialauswahlkriterium gelten lassen¹⁵. Die entscheidende Frage liegt nun darin, ob der widersprechende Arbeitnehmer nur seine alte Betriebszugehörigkeit rückwirkend aktualisiert, vergleichbar dem ruhenden Arbeitsverhältnis, oder ob er mit seinem Widerspruch nicht vielmehr eine erneute Eingliederung begehrt.

Mir liegt, gerade mit Blick auf die Möglichkeit, dass der widersprechende Arbeitnehmer keinen Sachgrund hat und andere Arbeitnehmer von ihrem Arbeitsplatz verdrängen kann, letzteres näher. Denn nur so kann der Betriebsrat auch kollektivrechtlich und präventiv über § 99 II Nr. 3 BetrVG der Gefahr begegnen, dass andere Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz verlieren.

Dieses Problem wird nunmehr nachhaltig dadurch verschärft, dass der Beginn der Widerspruchsfrist nicht mehr notwendig mit Betriebsübergang oder Kenntnis von ihm zu laufen beginnt, sondern erst mit der – hinreichenden – Unterrichtung nach § 613 a V BGB über die Folgen des Betriebsübergangs. Wenn nämlich ein Arbeitnehmer etwa 18 Monate nach Betriebsübergang widerspricht, so stellt sich die rückwirkende Wiederbegründung des alten Arbeitsverhältnisses und die ex nunc begehrte Zuweisung eines Arbeitsplatzes eher als Eingliederung dar. Man kann darüber hinaus sogar für das ruhende Arbeitsverhältnis nach gewisser Zeit eine "Ausgliederung" des Arbeitnehmers annehmen, so dass die Rückkehr eine Eingliederung und damit eine Einstellung bedeutet¹⁶.

- b) Zugesagte Rückkehr des Arbeitnehmers zum Alt-Arbeitgeber als Einstellung i. S. von § 99 BetrVG. Anders als im Fall des Betriebsübergangs lässt sich für die Wiedereinstellung nach vorangegangenem, aber rechtswirksam beendetem Arbeitsverhältnis kein Gesichtspunkt finden, mit dem die mitbestimmungspflichtige Einstellung verneint werden kann¹⁷. Wie das BAG jetzt richtig konstatiert, schließt selbst die rechtskräftige Verurteilung des Arbeitgebers zum Abschluss eines Arbeitvertrags die Mitbestimmung nicht aus¹⁸. Für § 99 BetrVG müssen freilich mitbestimmungsfreier Vertrag und die eigentliche vertragsgemäße Beschäftigung - Eingliederung - unterschieden werden, weshalb das Argument des BAG, das Arbeitsverhältnis des die Wiedereinstellung begehrenden Arbeitnehmers sei beendet, nicht weit trägt. Die Mitbestimmung hindert nur die Beschäftigung, aber nicht den Vertragsschluss¹⁹. Umgekehrt kann der Arbeitsvertrag und damit auch jede Rückkehrzusage nicht die Mitbestimmung des Betriebsrats ausschalten.
- c) Kein Verzicht auf das Mitbestimmungsrecht nach § 99 BetrVG. Der Betriebsrat kann auf seine Mitbestimmungsrechte nicht verzichten, weil ihm diese nicht zur Wahrnehmung eigener, sondern der Interessen Dritter, eingeräumt sind²⁰. In einer Betriebsvereinbarung, insbesondere derjenigen, die den Rückkehranspruch begründet, kann daher nicht vereinbart werden, dass der Betriebsrat bei der Wiedereinstellung eines Arbeitnehmers auf Grund der Rückkehrklausel sein Mitbestimmungsrecht aus § 99 BetrVG nicht ausübt²¹.
- d) Zustimmungsverweigerungsgrund nach § 99 II Nr. 3 BetrVG. Ist beim ehemaligen Arbeitgeber kein Arbeitsplatz für den zurückkehrenden Arbeitnehmer frei, entsteht durch die Einstellung des Rückkehrers ein Personalüberhang beim alten Arbeitgeber, der die Arbeitsplätze anderer Arbeitnehmer gefährdet. Gerade § 99 II Nr. 3 BetrVG soll eine Manipulation der Sozialauswahl verhindern²². Sie droht im Falle des § 613 a VI BGB besonders, weil der widersprechende Arbeitnehmer seine ursprüngliche Betriebszugehörigkeit in der Sozialauswahl behält. Insofern kommt es

betriebsverfassungsrechtlich auch überhaupt nicht darauf an, ob der widersprechende Arbeitnehmer unter Umständen schon deshalb aus der Sozialauswahl herausfällt, weil er gar keinen Sachgrund für den Widerspruch hat, weshalb der Arbeitsplatz vergleichbarer Arbeitnehmer nicht gefährdet ist. Denn jeder Personalüberhang infolge des Widerspruchs kann über kurz oder lang zu einer Kündigung führen²³. Daran vermag auch die Regelung der Rückkehrzusage in einer Betriebsvereinbarung nichts zu ändern: Dem Betriebsrat mag man - wie dem Arbeitgeber - widersprüchliches Verhalten vorwerfen, wenn dem Arbeitnehmer zuerst die Rückkehr auch bei fehlendem freien Arbeitsplatz zugesagt wird und diese dann per Zustimmungsverweigerung unmöglich macht. Während man beim Arbeitgeber an § 242 BGB denken mag, kann der Betriebsrat zum Zeitpunkt des Abschlusses der Betriebsvereinbarung nicht zu Lasten der Betriebsbelegschaft auf spätere Rechte aus § 99 BetrVG verzichten.

e) Rechtsfolgen der Zustimmungsverweigerung. Hat der Rückkehrer bereits einen Arbeitsvertrag, bleibt dieser von der
Zustimmungsverweigerung zunächst unberührt²⁴. Allerdings bewirkt die Zustimmungsverweigerung ein Beschäftigungsverbot²⁵, das den Arbeitgeber nach herrschender Meinung grundsätzlich auch dann zur (personenbedingten)
Kündigung des Arbeitnehmers berechtigt, wenn er Kündigungsschutz genießt²⁶. Das wiederum gebietet richtigerweise mit Blick auf die Sozialauswahl die vorrangige Kündigung desjenigen Arbeitnehmers mit Beschäftigungsverbot²⁷.
Hat der Arbeitnehmer dagegen nur die Rückkehrzusage, ist
der geschuldete Abschluss infolge des Beschäftigungsverbotes zwar nicht unmöglich i. S. von § 275 I BGB, wohl
aber verlangt der Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis, das er
infolge der Kündigung sofort wieder verliert. Seinem An-

¹⁵⁾ Vgl. die Nachw. in Fußn. 1.

¹⁶⁾ S. Rieble/Gutzeit, BB 1998, 638 (640 f.).

¹⁷⁾ BAG (25. 6. 1987), NZA 1988, 391 = AP Nr. 14 zu BGB § 620 Bedingung = EzA § 620 BGB Bedingung Nr. 8 = BB 1988, 1123; Däubler/Kittner/Klebe (o. Fußn. 12), § 99 Rdnrn. 48, 51; Richardi (o. Fußn. 12), § 99 Rdnr. 44.

¹⁸⁾ BAG, NZA 2001, 893; Nägele, BB 1998, 1686 (1689); so auch klar Matthes, in: Münchener Hdb. z. ArbeitsR (o. Fußn. 12), § 352 Rd-nr. 21.

¹⁹⁾ Anerkannt seit BAG (2. 7. 1980), EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 28 = NJW 1981, 703 = AP Nr. 9 zu Art. 33 Abs. 2.

²⁰⁾ Allgemein: Esther Schmidt, Der Verzicht auf betriebsverfassungsrechtliche Befugnisse 1995, S. 152f.; für Sozialplan und Interessenausgleich: BAG (29. 11. 1983), NJW 1984, 1650 = AP Nr. 10 zu § 113 BetrVG 1972; BAG (26. 8. 1997), NZA 1998, 216 = AP Nr. 117 zu § 112 BetrVG 1972; zu § 87: BAG (23. 6. 1992), NZA 1992, 1098 = AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; Gutzeit, AR-Blattei SD 530.14.2 Rdnr. 2 m. w. Nachw.

²¹⁾ Ob es zur Disposition des Betriebsrats steht, anstelle des Zustimmungserfordernisses des § 99 BetrVG eine bloße Anzeige der Einstellung genügen zu lassen, hat *BAG*, NZA 2001, 893 offen gelassen; zur Frage eines Teilverzichts auf Mitbestimmungsrechte s. *Schmidt* (o. Fußn. 20), S. 153 ff.

²²⁾ BAG (15. 9. 1987), NZA 1988, 624 = EzA § 99 BetrVG 1972 Nr. 56 = AP Nr. 45 zu § 99 zu BetrVG 1972 = SAE 1988, 192 m. Anm. Oetker.

²³⁾ S. Kraft, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 12), § 99 Rdnr. 139. 24) BAG, NZA 2001, 893; BAG, AP Nr. 5 zu § 101 BetrVG 1972; Kraft, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 12), § 99 Rdnrn. 122 f.; Däubler/Kittner/ Klebe (o. Fußn. 12), § 99 Rdnr. 216; Richardi (o. Fußn. 12), § 99 Rdnr. 282; v. Hoyningen-Huene, RdA 1982, 205 (209).

²⁵⁾ BAG, NZA 2001, 893; BAG (2. 7. 1980), AP Nr. 5 zu § 101 BetrVG 1972; Kraft, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 12), § 99 Rdnr. 123; Däubler/Kittner/Klebe (o. Fußn. 12), § 99 Rdnr. 216; v Hoyningen-Huene, RdA 1982, 205 (209).

²⁶⁾ Kraft, in: GK-BetrVG (o. Fußn. 12), § 99 Rdnr. 123; ErfK/
Hanau/Kania, 2. Aufl. (2001), § 99 BetrVG Rdnr. 45; Däubler/Kittner/
Klebe (o. Fußn. 12), § 100 Rdnr. 41; v. Hoyningen-Huene, RdA 1982,
205 (210 f.); insofern a. A. Richardi (o. Fußn. 12), § 99 Rdnr. 295.

²⁷⁾ Vgl. für Arbeitnehmer ohne Kündigungsschutz *BAG*, NZA 1986, 64 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 35 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

spruch steht also der "dolo agit"-Einwand entgegen. Ist mithin kein Arbeitsplatz im Geltungsbereich der Rückkehrklausel frei, führt der Rückkehranspruch bei Widerstand des Betriebsrats nicht zu einem dauerhaften Arbeitsverhältnis.

III. Rückkehroption in der Sozialauswahl beim Erwerber

1. Verschlankende Umstrukturierung als Regelfall

Praktisch nie gelingt es, schon vor der Übertragung eines Betriebs(teils) die Einheit so schlank zu machen, dass sie sich passgenau in das Erwerberkonzept einfügt. Früher oder später kommt es beim Erwerber zu einem Personalüberhang. Dann freilich liegt es aus Sicht des Erwerber-Betriebsrats nahe, darauf zu drängen, dass die übernommenen Arbeitnehmer mit Rückkehrzusage zuerst gekündigt werden, gerade weil sie eine "Rückfahrkarte" haben. Der Betriebsrat dient so seiner traditionellen Stammbelegschaft und könnte durch einen Widerspruch gegen die Kündigung versuchen, den Personalabbau zu exportieren - zurück zum Veräußerer, der aus seiner Sicht für das Problem verantwortlich ist. Dementsprechend stellt sich die Frage, ob solche Arbeitnehmer mit Rückkehrzusage in der Sozialauswahl der Arbeitnehmer im Erwerberbetrieb entweder nicht mehr vergleichbar oder sozial stärker sind, oder ob bei ihnen die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit über § 1 II 2 Nr. 1 lit. b KSchG zu Buche schlägt.

2. Vergleichbarkeit

Die Rückkehrberechtigten – und nur diese – besitzen einen Anspruch auf eine aus Sicht des Erwerbers unternehmensfremde Weiterbeschäftigung, alle anderen sind auf die gesetzlichen Weiterbeschäftigungsansprüche innerhalb des Unternehmens angewiesen. Dadurch entsteht unter denjenigen Arbeitnehmern, die um die zukünftigen Arbeitsplätze konkurrieren, für die Sozialauswahl ungewohnte Ungleichheit. Freilich: der normale bloße Einstellungsvorrang kann beim Erwerber von vornherein keinen Ausschluss aus der Sozialauswahl rechtfertigen. Denn es steht in der Sekunde der Kündigungsentscheidung überhaupt nicht fest, ob der Arbeitnehmer seine Rückfahrkarte überhaupt wird einlösen können.

Für die Vergleichbarkeit im ersten Schritt der Sozialauswahl gibt das aber kein Argument ab. Denn im Erwerberbetrieb wird die arbeitsplatzbezogene Austauschbarkeit nicht dadurch in Frage gestellt, dass für manche Arbeitnehmer noch zusätzlich andere Arbeitsplätze in einem fremden Unternehmen in Betracht kommen.

Denn die soziale Auswahl ist streng betriebsbezogen²⁸. Eine Einbeziehung von Arbeitnehmern anderer Betriebe des Unternehmens oder des Konzerns ist – vom Gemeinschaftsbetrieb einmal abgesehen²⁹ – grundsätzlich unzulässig. Auch wenn man die Austauschbarkeit der Arbeitnehmer mit der herrschenden Meinung (fälschlich) am Direktionsrecht festmacht³⁰, würde schon das betriebsübergreifende Direktionsrecht kraft arbeitsvertraglicher Mobilitätsklausel nicht den Kreis der Sozialauswahl erweitern, sondern nur eine Ausweitung der Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bedeuten³¹. Hier gilt überdies: Der Rückkehranspruch bewirkt keine Ausweitung des Direktionsrechts, da der kündigende Arbeitgeber die Rückkehr zum Heimatbetrieb nicht anordnen kann.

3. Soziale Stärke – Rückkehranspruch als Arbeitsmarktchance?

Mithin ist über den Rückkehranspruch in der Sozialauswahl zu entscheiden: Ist derjenige Arbeitnehmer des Erwerbers weniger schutzbedürftig, weil er eine Rückfahrkarte zum Veräußerer hat? Man wird zuerst schon fragen müssen, ob Arbeitsmarktchancen überhaupt berücksichtigungsfähig sind³², weil letztlich verdeckt ein Leistungsgesichtspunkt berücksichtigt wird, dem der Sozialbezug gerade mangelt³³. Wer das mit der herrschenden Meinung gleichwohl bejaht, wird dazu neigen, auch eine Rückkehrzusage als Arbeitsmarktchance zu sehen³⁴. Freilich überzeugt diese Gleichstellung nicht: Denn die Rückkehrzusage ist eine sehr singuläre Arbeitsmarktchance. Dem 58jährigen mit sporadischen Erkrankungen verhilft sie kaum zu glänzenden Berufsaussichten. Wegen ihrer Singularität ist sie auch nicht von besonderem Wert. Denn selbst wenn die Rückfahrkarte sicher eingelöst werden könnte, heißt das für den Arbeitnehmer nicht, dass der Arbeitsplatz beim Veräußerer auch nur gleich sicher ist. Eben deshalb kann eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht berücksichtigt werden³⁵.

Möglich wäre dies allenfalls dann, wenn die Sozialauswahl im Erwerbetrieb zugleich auch noch die relative Sicherheit des Arbeitsplatzes im Veräußererbetrieb bemessen könnte. Das müsste dann für etwaige betriebsbedingte Kündigungen – die durch den Export der Rückkehrer erst verursacht werden – dort heißen: Der Erwerber muss sich Gedanken über die hypothetische Sozialauswahl im Veräußererbetrieb machen, eine absurde Vorstellung einer doppelten Sozialauswahl.

Gerade der Gemeinschaftsbetrieb – im kündigungsschutzrechtlichen Sinn – gibt ein klares Gegenbeispiel ab: Dort ist Voraussetzung, dass die Führungsvereinbarung der beteiligten Vertragsarbeitgeber auch den wechselseitigen Arbeitseinsatz und die Freisetzung deckt³⁶. Nur deshalb können die Arbeitnehmer der beteiligten Unternehmen in

28) BAG (15. 12. 1994), NZA 1995, 413 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 76 = AP Nr. 66 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG (26. 2. 1987), NZA 1987, 775 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 24 = AP Nr. 15 zu KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl; Schiefer, NZA 1995, 662 (663); Weller, AuR 1986, 225 (230).

29) Dazu ausf. Bütefisch (o. Fußn. 10), S. 84ff.

30) BAG (15. 6. 1989), NZA 1990, 226 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 27 = AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG, NZA 1986, 260 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 20 = AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; BAG (29. 3. 1990), NZA 1991, 181 = AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 29; aus der Lit. etwa Oetker, in: Festschr. f. Wiese, 1998, S. 333 (346); ErfK/Ascheid (o. Fußn. 26), § 1 KSchG Rdnrn. 481 f. Richtig dagegen Löwisch, KSchG, 2000, § 1 Rdnrn. 337 ff.; Dorndorf, in: HK-KSchG, 1999, § 1 Rdnrn. 1045 ff.; Preis, NZA 1997, 1073 (1083); Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 1999, Rdnr. 665; dem zuneigend Gutzeit, Anm. zu BAG, EzA Nr. 36 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl.

31) BAG (21. 1. 1999), NZA 1999, 539 = EzA § 1 KSchG Nr. 51 = AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = ZIP 1999, 852; Lück, Probleme der Sozialauswahl nach § 1 III KSchG, 1993, S. 13, 111f. Ebenso

Bütefisch (o. Fußn. 10), S. 74f.

32) So in der Tat BAG (12. 10. 1979), EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 12 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG (24. 3. 1983), NJW 1984, 78 (80) = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 21 = AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; Kittner/Däubler/Zwanziger, BetrVG, 5. Aufl. (2001), § 1 KSchG Rdnr. 469; Etzel, in: KR (o. Fußn. 10), § 1 KSchG Rdnr. 657, der auch ein Zweitarbeitsverhältnis berücksichtigen will; Jobs, DB 1986, 538 (540); Schröder, ZTR 1995, 394 (400); a. A. Linck, Die soziale Auswahl bei betriebsbedingter Kündigung, 1989, S. 99 ff., und Lammermann, Aktuelle Probleme im Rahmen der betriebsbedingten Kündigung unter besonderer Berücksichtigung der betriebsbehnen und sozialen Auswahl, 1996, S. 225, jeweils wegen des fehlenden Zusammenhangs zum Arbeitsverhältnis. Für Berücksichtigung nur bei Bezug zum Arbeitsverhältnis Bütefisch (o. Fußn. 10), S. 252 ff.

33) So ausdr. auch Bütefisch (o. Fußn. 10), S. 253.

34) Windbichler, ArbeitsR im Konzern, 1989, S. 161, 264 f. 35) Weshalb Neyses, DB 1983, 2414 (2416), die Arbeitsmarktchancen nur innerhalb anderer Kriterien berücksichtigt; a. A. Windbichler (o. Fußn. 34), S. 161, 264 f.

36) Richtig und klar *Bütefisch* (o. Fußn. 10), S. 84 ff.; *Zöllner*, in: Festschr. f. Semler, 1993, S. 995 ff, 1008; klar auch mit Nachdruck *BAG* (13. 6. 1985), EzA § 1 KSchG Nr. 41 = AP Nr. 10 zu § 1 KSchG 1969 (unter A II 5 a).

der Schicksalsgemeinschaft der Sozialauswahl zusammengefasst werden. Nur so kann eine unternehmensübergreifend gleichmäßige Verteilung der Beschäftigungschancen erreicht werden. Hier dagegen würde die eine Ungleichheit der vom Betriebsübergang betroffenen Arbeitnehmer - etwas bessere Chance durch Rückkehrzusage - mit einer anderen Ungleichheit vergolten: dem Nachrang in der Sozialauswahl, und zwar ohne dass sich die gewollte Kompensation auch nur feststellen ließe.

Zu guter Letzt wird diese Ungleichheit dann auch noch auf dem Rücken Dritter ausgetragen: Wenn im Rahmen der Sozialauswahl beim Erwerber ein rückkehrberechtigter Arbeitnehmer weichen müsste, so könnte dieser beim Veräußerer einen dortigen Arbeitnehmer verdrängen. Das aber wäre für diesen Arbeitnehmer des Veräußerers ein einseitiges Spiel nur zu seinen Lasten. Denn die Belegschaft beim Veräußerer (immer: nach Teilbetriebsübergang kann durch solche "Freikündigung" nur verlieren, nie aber auf Kosten von Arbeitnehmern beim Erwerber "gewinnen", weil sie keine Rechte auf Arbeitsplatzwechsel hat. Das belegt einmal mehr: Sozialauswahl ist nur innerhalb einer einheitlichen "Gefahrengemeinschaft" möglich, also unternehmensübergreifend nur dann, wenn die Sozialauswahl wie beim Gemeinschaftsbetrieb in beide Richtungen "verdrängend" erfolgen kann.

4. Weiterbeschäftigungsmöglichkeit

Während die Sozialauswahl des § 1 III KSchG streng betriebsbezogen ist, muss nach Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten innerhalb des Unternehmens gesucht werden und zwar unabhängig vom Widerspruch des Betriebsrats, § 1 II 2 Nr. 1 lit. b KSchG³⁷. Eine konzernweite Erstreckung der Weiterbeschäftigungsobliegenheit - sie wird praktisch bei der Ausgliederung in ein Konzernunternehmen - kann aus dem KSchG grundsätzlich nicht abgeleitet werden³⁸. Weiterbeschäftigungsmöglichkeit heißt: Freier Arbeitsplatz beim kündigenden Arbeitgeber, den dieser mit dem von der Kündigung betroffenen Arbeitnehmer besetzen kann³⁹. Die Rückkehrzusage sichert dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abschluss eines Arbeitsvertrags mit dem früheren Arbeitgeber. Soweit dieser mit dem neuen Arbeitgeber konzernverbunden ist, könnte man von einer "Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im Konzern" sprechen. Doch verlangt der Wechsel des Arbeitnehmers von einem Konzernunternehmen zum anderen grundsätzlich einen Arbeitgeberwechsel, also den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags⁴⁰. Es fehlt an der für Weiterbeschäftigung im Sinne des KSchG erforderlichen Kontinuität⁴¹.

Vor allem aber: Das KSchG verlangt, dass die Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zur Disposition des Arbeitgebers steht, dass also er entscheiden kann, dass der Arbeitnehmer auf dem freien Arbeitsplatz beschäftigt wird. Das ist unproblematisch bei freien Arbeitsplätzen im Unternehmen, dagegen hoch problematisch bei Arbeitsplätzen im Konzern. Allenfalls die Konzernmutter kann - wenn die Konzernleitungsmacht soweit reicht - bei Töchtern die Aufnahme von überschüssigen Arbeitskräften anordnen, die Töchter hingegen haben solchen Einfluss nicht. Einem konzernangehörigen Unternehmen wird man deshalb auch im Fall der Konzernversetzungsklausel⁴² nicht ohne weiteres aufgeben können, auf die Kündigung zu verzichten und den Arbeitnehmer in einem anderen Konzernunternehmen weiterzubeschäftigen.

Im Fall der Rückkehrzusage ist die Rückkehroption von vornherein keine taugliche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit des jetzigen Arbeitgebers, weil die Entscheidung darüber, ob der (Wieder)Einstellungsanspruch geltend gemacht wird, ausschließlich dem Arbeitnehmer als Anspruchsinhaber zusteht. Der Arbeitgeber kann diesen Anspruch nicht geltend machen⁴³.

Daraus folgt für die kündigungsschutzrechtliche Seite: Rückkehrzusage und Widerspruch begründen individuelle Weiterbeschäftigungsrechte des Arbeitnehmers gegenüber einem fremden Arbeitgeber, die nicht zur Disposition des Arbeitgebers stehen, ihm also keinen Spielraum zur Weiterbeschäftigung ermöglichen. Allein der Arbeitnehmer entscheidet, ob er beim Erwerber den Arbeitsplatz zu verteidigen sucht, oder ob er eine womöglich oder vermeintliche vorhandene Beschäftigungsmöglichkeit beim Veräußerer wahrnimmt. Diese Freiheit des Arbeitnehmers führt zur konsequenten Trennung der Kündigung beim Erwerber und der Rückfahrkarte zum Veräußerer. Sie begründet für den Arbeitnehmer in der Tat auch einen Nachteil: Er kann die beiden Beschäftigungsoptionen nicht in einen rechtlichen Zusammenhang stellen - sei es durch Sozialauswahl, sei es mit Blick auf die Weiterbeschäftigung; er muss sie vielmehr getrennt verfolgen.

5. Arbeitsplatzwahlfreiheit des rückkehrberechtigten Arbeitnehmers

Wollte man die Rückkehrzusage im Rahmen von Sozialauswahl oder Weiterbeschäftigungsmöglichkeit zu Lasten des Arbeitnehmers berücksichtigen, so bedeutete dies: Der Erwerber könnte vom Arbeitnehmer mit Kündigungsdruck "verlangen", dass er seine Rückkehroption – oder sein Widerspruchsrecht nach § 613 a VI – BGB geltend macht. Indes ist die Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 I GG eine freie Entscheidung des Arbeitnehmers. Das Widerspruchsrecht wurde gerade zum Schutz dieser Arbeitsplatzwahlfreiheit vom BAG entwickelt und aus diesem Grunde vom EuGH gebilligt⁴⁴. Damit ist es nicht zu vereinbaren, dass der Arbeitnehmer seine individuelle Arbeitsplatzwahlfreiheit "sozialnützig" zum Erhalt der Arbeitplätze Dritter einsetzen

Die Rechtsprechung des BAG zum Sachgrund des Widerspruchs bei Teilbetriebsübergang⁴⁵ zeigt die Missbrauchsanfälligkeit einer solchen Rückfahrkarte. Ihre Berücksichtigung in der Sozialauswahl wäre gleichfalls ein Missbrauch, nur eben nicht durch den Arbeitnehmer, sondern durch den Erwerber und seine Belegschaft, die Arbeitslosigkeit "exportieren" wollen.

IV. Ergebnis

1. Rückkehrzusagen können einem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis auf einen Betriebserwerber übergeht, die Angst vor der Verfristung seines Widerspruchsrechts nehmen. Sie können aber dem Arbeitnehmer nur die

1969 Betriebsbedingte Kündigung; *Windbichler* (o. Fußn. 34), S. 155. 38) Klar: *BAG* (22. 5. 1986), NZA 1987, 125 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 22 = AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = SAE 1987, 129 (m. Anm. Windbichler).

39) BAG (13. 9. 1973), NJW 1974, 470 (L) = AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969; BAG, NZA 1995, 413; Kittner/Däubler/Zwanziger (o. Fußn. 32), § 1 KSchG Rdnr. 371; Etzel, in: KR (o. Fußn. 10), § 1 KSchG Rdnrn. 231, 719; zur Definition des "freien" Arbeitplatzes *BAG* (29. 3. 1990), NZA 1991, 181 (182 f.) = AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

40) Klar Bütefisch (o. Fußn. 10), S. 75.

41) v. Hoyningen-Huene/Linck (o. Fußn. 10), § 1 Rdnr. 373; Bütefisch. (o. Fußn. 10), S. 75 sieht darüber hinaus verfassungsrechtliche Bedenken bei einer konzernweiten Ausdehnung von Weiterbeschäftigung und Sozialauswahl.

42) Vgl. Fußn. 31.

43) Auch ist die Wiedereinstellungszusage zwischen Veräußerer und Arbeitnehmer kein Vertrag zugunsten des Erwerbers i.S. von § 328

44) BAG (7. 4. 1993), NZA 1993, 795 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 30 = AP Nr. 22 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl; EuGH (16. 12. 1992), NZA 1993, 169 = AP Nr. 97 zu BGB § 613 a = EzA § 613 a BGB Nr. 105.

45) S. o. Fußn. 1.

³⁷⁾ BAG (17. 5. 1984), NZA 1985, 489 = AP Nr. 21 zu § 1 KSchG

Rückkehr auf einen freien Arbeitsplatz versprechen. Eine Arbeitsplatzgarantie ist nicht möglich, weil das letztlich zur Freikündigung eines beim Veräußerer verbliebenen Arbeitnehmers führt.

2. Der Betriebsrat des für die Aufnahme des Rückkehrers vorgesehenen Betriebs beim Veräußerer hat – auch nach Teilbetriebsübergang – ein Zustimmungsrecht nach § 99 BetrVG, weil sich die Rückkehr als Einstellung darstellt. Der Betriebsrat kann die Zustimmung insbesondere nach § 99 II Nr. 3 BetrVG verweigern, wenn er befürchten muss, dass der rückkehrende Arbeitnehmer andere Arbeitnehmer in der Sozialauswahl verdrängt. Die Rückkehrzusage ist kein Instrument, mit dem der Arbeitgeber die Zusammensetzung der Belegschaft "gestalten" und das Zustimmungsrecht des Betriebsrats beseitigen kann.

3. Eine etwaige Rückkehrmöglichkeit eines Arbeitnehmers zum Veräußerer darf im Rahmen der Sozialauswahl beim Erwerber keine Rolle spielen. Sie schmälert nicht ihre soziale Schutzbedürftigkeit – auch wenn der dortige Betriebsrat den eigenen Personalüberhang gerne auf dem Rücken des Veräußerers austrüge. Die Rückkehroption ist auch keine kündigungsschutzrechtlich maßgebliche Weiter-

beschäftigungsmöglichkeit.