

## **LArbG Baden-Württemberg Urteil vom 11.9.2013, 13 Sa 31/13**

Beschäftigungsanspruch im bestehenden Arbeitsverhältnis bei zwischenzeitlich beendetem mit einem anderen Arbeitgeber - Tarifvertrag Rationalisierungsschutz und Beschäftigungssicherung (TV Ratio) - §§ 611 Abs. 1, 613, 242 BGB

### **Leitsätze**

1. Im bestehenden Arbeitsverhältnis steht dem Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber grundsätzlich ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung zu.
2. Eine konkludente Ruhensvereinbarung, welche die arbeitsvertraglichen Hauptpflichten der Arbeitsvertragsparteien suspendiert, kommt nur dann in Betracht, wenn beide Parteien übereinstimmend vom Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses ausgehen.
3. Fehlt es an einer solchen Ruhensvereinbarung, ist es grundsätzlich nicht treuwidrig, wenn sich der Arbeitnehmer auf seinen Beschäftigungsanspruch beruft, auch wenn zwischenzeitlich ein Arbeitsverhältnis mit einem anderen Arbeitgeber bestanden hat.
4. Ein Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung kann nur für die Zukunft geltend gemacht werden.

### **Tenor**

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim - Kammern Heidelberg - vom 14. März 2013 (Az.:14 Ca 383/12) unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert und die Beklagte verurteilt, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen mit Tätigkeiten der Entgeltgruppe T4 des Entgelttarifvertrages der Deutschen Telekom AG (ERTV) zu beschäftigen.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Für die Beklagte wird die Revision zugelassen. Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

- 1 Der Kläger begehrt in der Berufungsinstanz von der Beklagten die Beschäftigung zu seinen arbeitsvertraglichen Bedingungen.
- 2 Der am 00.00.1961 geborene, verheiratete und zwei Kindern unterhaltspflichtige Kläger arbeitet nach vorangegangener Ausbildung zum Fernmeldehandwerker seit dem 1. September 1976 bei der Beklagten beziehungsweise deren Rechtsvorgängern als Servicetechniker, seit 1995 am Arbeitsort H. zu einer Vergütung nach Entgeltgruppe T4 des Entgelttarifvertrages der Deutschen Telekom AG (ERTV) in Höhe von monatlich EUR 3.244,97 brutto. Er ist einem schwerbehinderten Menschen gleichgestellt. Grundlage des Arbeitsverhältnisses der Parteien ist ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 19. November 1979 (vgl. Akten 2. Instanz Bl. 168; II/168) und ein Änderungsvertrag vom 1. Dezember 1992 (vgl. II/169 f.).
- 3 Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien fand kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahme der "Tarifvertrag Rationalisierungsschutz und Beschäftigungssicherung (TV Ratio)" vom 29. Juni 2002, abgeschlossen zwischen der Beklagten und der Gewerkschaft ver.di, Anwendung. Dieser Tarifvertrag diente nach § 1 Abs. 1 der sozialverträglichen Umsetzung von Rationalisierungsmaßnahmen zur Erhaltung, Sicherung und Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Beklagten. Der Kläger war von diesen Rationalisierungsmaßnahmen betroffen und vom 1. November 2003 bis 31. Dezember 2004 gemäß § 5 TV Ratio in eine Vermittlungs- und Qualifizierungseinheit der Beklagten versetzt.

- 4 Zum 1. Januar 2005 vermittelte die Beklagte dem Kläger gemäß § 7 Abs. 3 des TV Ratio in der Fassung vom 1. März 2004 (vgl. Anlagenband 1. Instanz Anlage 1; IA/1) einen Dauerarbeitsplatz bei einer Beteiligungsgesellschaft der Beklagten (sogenannte "Vermittlung in Geschäftsmodelle"), der V. GmbH & Co KG (künftig: VTS). Anlässlich dessen wurde dem Kläger ein dreiseitiger Vertrag vorgelegt, der unter anderem die Auflösung des bisherigen Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses mit der VTS vorsah. Der Kläger unterschrieb diesen Vertrag nicht.
- 5 Stattdessen unterzeichnete der Kläger am 8. Dezember 2004 lediglich einen Arbeitsvertrag mit der VTS (vgl. IA/2), beginnend ab 1. Januar 2005, dem er handschriftlich verschiedene Vorbehalte beifügte. Der Kläger arbeitete in der Folgezeit bei der VTS weiterhin als Servicetechniker in H. Der Geschäftsbetrieb der VTS ging zum 1. Januar 2008 gemäß § 613a BGB auf die N. GmbH & Co. KG (künftig: NSNS) über, wo der Kläger unverändert weiterarbeitete.
- 6 Die Firma NSNS schloss am 30. Juli 2009 mit dem bei ihr bestehenden Betriebsrat einen Interessenausgleich und Sozialplan (vgl. IA/4) betreffend einen Personalabbau. Ab 1. Juli 2010 vereinbarten diese Betriebsparteien eine Kurzarbeit "Null" (vgl. IA/5), von der auch der Kläger betroffen war. Der Kläger teilte der Beklagten mit Schreiben vom 28. Januar 2011 (vgl. IA/7) mit, dass er zwar einen Arbeitsvertrag bei der VTS abgeschlossen habe, ohne jedoch den von der Beklagten angebotenen Auflösungsvertrag zu unterzeichnen und er an seinem Arbeitsverhältnis bei der Beklagten festhalte. Mit Schreiben vom 8. August 2012 (vgl. IA/6) wandte sich die Firma NSNS unter der Überschrift "Ihre Ratiobetroffenheit" an den Kläger und bestätigte diesem "den ratiobedingten Wegfall" seines Arbeitsplatzes sowie, dass ein anderer freier Arbeitsplatz innerhalb des Unternehmens nicht zur Verfügung stehe. Gleichzeitig bot die Firma NSNS dem Kläger zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung den Abschluss eines Aufhebungsvertrages an.
- 7 Am 13. August 2012 schloss der Kläger mit der Firma NSNS einen Aufhebungsvertrag zum 31. Dezember 2012. Die Firma NSNS zahlte an den Kläger wegen des Verlustes des Arbeitsplatzes eine Abfindung in Höhe von EUR 120.000,00 und gab in der Bescheinigung nach § 312 SGB III (vgl. Akten 1. Instanz Bl. 60 ff.; I/60 ff.) eine Dauer der Betriebszugehörigkeit von 36 Jahren und eine Kündigungsfrist von 7 Monaten zum Monatsende an. Ferner teilte sie in dieser Bescheinigung mit, dass sie das Arbeitsverhältnis sonst am 31. August 2012 zum 30. März 2013 betriebsbedingt gekündigt hätte und kein zeitlich begrenzter oder unbegrenzter Ausschluss der ordentlichen Kündigungsmöglichkeit vorliege.
- 8 Der Kläger machte in der Folgezeit gegenüber der Beklagten geltend, mit ihr weiterhin in einem Arbeitsverhältnis zu stehen und forderte sie erfolglos auf, ihn ab 1. Januar 2013 arbeitsvertragsgemäß weiter zu beschäftigen. Mit seiner am 10. Oktober 2012 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 16. Oktober 2012 zugestellten Klage verfolgt der Kläger diese Ansprüche weiter.
- 9 Der Kläger hat erstinstanzlich vorgetragen, mangels Abschluss eines Aufhebungsvertrages oder eines sonstigen die gesetzlich erforderliche Schriftform erfüllenden Beendigungsaktes bestehe sein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten fort. Insbesondere folge aus dem TV Ratio selbst keine Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien. Es sei nicht rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Kläger darauf berufe, zumal es an einem Umstandsmoment für eine Verwirkung fehle. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der NSNS sei die Beklagte verpflichtet, ihn tatsächlich zu beschäftigen. Mit der Vermittlung des Klägers an die VTS sei das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ruhend gestellt worden. Sachgrund dafür sei das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit einem Dritten gewesen. Mit der betriebsbedingt veranlassten Beendigung des mit der NSNS bestehenden Arbeitsverhältnisses sei der Sachgrund für das Ruhen entfallen. Hierfür bedürfe es nicht zwingend des Ausspruchs einer betriebsbedingten Kündigung durch die NSNS. Auch ein auf ihre Initiative abgeschlossener Aufhebungsvertrag reiche aus. Ein Kündigungsschutz aufgrund eines von der NSNS mit der

Gewerkschaft ver.di abgeschlossenen Sanierungstarifvertrages finde auf den Kläger mangels Gewerkschaftszugehörigkeit keine Anwendung. Jedenfalls habe der Kläger keinen Anlass gehabt, an der Aussage von NSNS zu zweifeln, dass sein Arbeitsverhältnis wegen Entfalls seines Arbeitsplatzes gekündigt werde. Die Höhe der von NSNS gezahlten Abfindung sei in Bezug auf das mit der Beklagten bestehende Arbeitsverhältnis ohne Bedeutung. Für den Fall, dass man für das Rückkehrrecht des Klägers die Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist für maßgeblich halten sollte, mache der Kläger seinen Anspruch hilfsweise erst ab dem 1. April 2013 geltend. Der Anspruch des Klägers auf tatsächliche Beschäftigung gegenüber der Beklagten ergebe sich auch daraus, dass er den Arbeitsvertrag mit der VTS nur unter verschiedenen Vorbehalten angenommen habe. Aufgrund der von der NSNS seit 2009 durchgeführten Maßnahmen, handele es sich nicht mehr um einen zumutbaren Dauerarbeitsplatz im Sinne des TV Ratio.

10 Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt:

11 1. Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht.

12 2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen mit Tätigkeiten gem. Entgeltgruppe T4 des Entgelttarifvertrages der Deutschen Telekom AG (ERTV), welche die Ausbildung zum Fernmeldehandwerker erfordern, ab dem 01.01.2013 am Arbeitsort H. zu beschäftigen.

13 hilfsweise

14 Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen mit Tätigkeiten gem. Entgeltgruppe T4 des Entgelttarifvertrages der Deutschen Telekom AG (ERTV), welche die Ausbildung zum Fernmeldehandwerker erfordern, ab dem 1.4.2013 am Arbeitsort H. zu beschäftigen.

15 Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

16 die Klage abzuweisen.

17 Die Beklagte hat erstinstanzlich vorgetragen, das Arbeitsverhältnis der Parteien habe mit der Begründung eines Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der VTS geendet. Dies ergebe sich aus einer Gesamtschau der tarifvertraglichen Regeln des TV Ratio. Die Vermittlung eines rationalisierungsbetroffenen Arbeitnehmers auf einen Dauerarbeitsplatz bei der VTS in Anwendung des TV Ratio setze denknötwendig und rechtskonstitutiv einen Vertragswechsel in dem Sinne voraus, dass das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ende. Solches sei auch der Protokollnotiz zu § 3 Abs. 1 Anlage 8 TV Ratio betreffend einen Anspruch auf Wiederbegründung des Arbeitsverhältnisses in bestimmten Fällen zu entnehmen. Der Kläger habe sein Arbeitsverhältnis mit der NSNS gegen Zahlung einer hohen Abfindung beendet, obwohl in einem Sanierungstarifvertrag der NSNS mit der Gewerkschaft ver.di betriebsbedingte Beendigungskündigungen bis zum 31. Dezember 2012 ausgeschlossen seien. Angesichts dessen sei eine vom Kläger angekündigte Rückkehr zum 1. Januar 2013 verfrüht und treuwidrig, auch wenn die NSNS dem Kläger den Aufhebungsvertrag unterbreite habe. Die bei der Beklagten erworbene langjährige Betriebszugehörigkeit sei bei dem Aufhebungsvertrag berücksichtigt und abgegolten worden, so dass eine Rückkehr zur Beklagten ausgeschlossen sei, unabhängig davon, ob ein ruhendes Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien noch bestehe. Eine Rückkehr zur Beklagten komme allenfalls in solchen Fällen in Betracht, in denen das Arbeitsverhältnis bei der NSNS aus betriebsbedingten Gründen, ohne eigenständiges und selbstdispositives Handeln des Arbeitnehmers beendet worden ist, was beim Kläger nicht der Fall sei. Jedenfalls könne der Kläger nach dem TV Ratio nicht Beschäftigung an einem bestimmten Standort einfordern, da der Kläger bundesweit im Konzern eingesetzt werden dürfe. Gegebenenfalls müsse die Beklagte prüfen, welche Arbeit für den Kläger überhaupt zur Verfügung stehe, was völlig offen sei.

- 18 Das Arbeitsgericht hat mit einem am 14. März 2013 verkündeten Urteil der Klage auf Feststellung des ungekündigten Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien stattgegeben, sie im Übrigen aber als unbegründet abgewiesen. Das Arbeitsverhältnis der Parteien sei nicht in der gesetzlich gebotenen Schriftform beendet worden. Der TV Ratio regele weder ausdrücklich noch nach seinem Gesamtgefüge, dass ein Arbeitsverhältnis mit erfolgreicher Vermittlung in ein "Geschäftsmodell" automatisch ende, unbeschadet der Frage, ob dies rechtlich überhaupt möglich wäre. Insbesondere könne der Kläger ein neues Arbeitsverhältnis mit der VTS abschließen, ohne dasjenige mit der Beklagten zu beenden, sondern dieses nur ruhend stellen. Es fehle an einem Umstandsmoment für eine Verwirkung des Anspruchs des Klägers, sich auf dieses Arbeitsverhältnis zu berufen. Er habe die Unterzeichnung des Auflösungsvertrages abgelehnt und damit deutlich gemacht, dass er sein Arbeitsverhältnis bei der Beklagten nicht aufgeben wolle. Dem Kläger stehe aber - jedenfalls derzeit - kein Beschäftigungsanspruch gegenüber der Beklagten zu. Insoweit bedürfe es einer Auslegung der Ruhensvereinbarung. Danach sei der Kläger nicht berechtigt, ohne entsprechende Sachgründe zur Beklagten zurückzukehren. Zweck der Regelung sei, dass die Hauptleistungspflichten so lange suspendiert seien, wie der Kläger durch den neu vermittelten Arbeitgeber "betriebsbedingt" abgesichert sei. Eine solche Absicherung bestehe, solange der Kläger in einem Arbeitsverhältnis mit der VTS und der NSNS gestanden habe. Aber auch die Abfindungszahlung des vermittelten oder ihm nachfolgenden Arbeitgebers führe zu einer "betriebsbedingten" Absicherung des Klägers, da er unter Berücksichtigung seiner Betriebszugehörigkeit bei der Beklagten finanziell abgesichert sei. Der Kläger habe eine Abfindung - bezogen auch auf seine Betriebszugehörigkeit bei der Beklagten von 36 Jahren - in Höhe etwa eines Bruttomonatsgehalts pro Jahr erhalten und sei daher über den 1. Januar 2013 und auch über den 1. April 2013 hinaus weiterhin "betriebsbedingt" abgesichert, so dass die Beklagte nicht damit habe rechnen müssen, dass der Kläger von ihr Beschäftigung verlange. Hierfür spreche auch Sinn und Zweck der von der NSNS gezahlten Abfindung, so dass es widersprüchlich und ein Verstoß gegen § 242 BGB wäre, wenn der Kläger zugleich gegenüber der Beklagten sein Recht auf unveränderte Weiterbeschäftigung geltend mache.
- 19 Das Urteil des Arbeitsgerichts wurde dem Kläger am 17. April 2013 zugestellt. Hiergegen wendet er sich mit seiner Berufung, die am 17. Mai 2013 beim Landesarbeitsgericht eingegangen ist und innerhalb verlängerter Frist mit einem am 12. Juli 2013 eingegangenen Schriftsatz begründet wurde.
- 20 Der Kläger trägt vor, das Arbeitsgericht verkenne Grund und Inhalt der von den Parteien konkludent getroffenen Ruhensvereinbarung und schaffe einen neuen Ruhensstatbestand, der mit dem Willen der Parteien nicht in Einklang zu bringen sei. Die von den Parteien konkludent getroffene Ruhensvereinbarung sei allein am Bestand eines Arbeitsverhältnisses bei der VTS oder etwaigen Rechtsnachfolgern bis zu dessen betriebsbedingt veranlasster Beendigung / Kündigung geknüpft. Sachgrund des Ruhens sei nach einem objektiven Empfängerhorizont die Existenz eines Arbeitsverhältnisses mit einem Dritten unter Anrechnung der Betriebszugehörigkeit und des Besitzstandes bei der Beklagten. Die nur finanzielle Absicherung durch einen Dritten ohne den Bestand eines Arbeitsverhältnisses sei nicht Bestandteil der konkludent getroffenen Ruhensvereinbarung. Dies folge auch aus dem TV Ratio. Nur während des Bestandes eines anderweitigen zumutbaren Dauerarbeitsverhältnisses solle das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten ruhend gestellt werden. Mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit der NSNS zum 31. Dezember 2012 sei der Sachgrund für die Ruhensvereinbarung entfallen. Der Kläger könne sich auch auf den Wegfall des Ruhens redlicher Weise berufen, da es sich um eine von der NSNS herbeigeführte betrieblich veranlasste Beendigung des Arbeitsverhältnisses handele. Die Zahlung der im Aufhebungsvertrag mit der NSNS vereinbarten Abfindung stehe dem nicht entgegen. Die gegenteilige Ansicht lasse den Grundsatz der Vertragsfreiheit außer Acht. Der NSNS habe es freigestanden, die Zahlung einer wie auch immer gearteten Abfindung mit dem Kläger zu vereinbaren. Dies könne im Verhältnis zur Beklagten nicht rechtsmissbräuchlich sein, zumal sich nicht die Beklagte gegenüber dem Kläger zur Zahlung verpflichtet und der Kläger auf die Abfindungssumme auch keinerlei Einfluss genommen habe. Der Anspruch des Klägers ergebe sich zusätzlich auch daraus, dass unabhängig von der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses mit der

NSNS die "Zumutbarkeit" des Dauerarbeitsplatzes bei der NSNS entfallen sei und dies nach der Systematik des TV Ratio ein eigenständiges Rückkehrrecht zur Beklagten begründe. Die seit 2009 bestehende Unzumutbarkeit beruhe darauf, dass bei der NSNS in sozialplanpflichtigem Umfang Personal abgebaut und Kurzarbeit angeordnet worden sei. Spätestens sei Unzumutbarkeit aber mit der Mitteilung der NSNS gegenüber dem Kläger im Jahr 2012 betreffend den Wegfall seines Arbeitsplatzes und einer fehlenden anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeit eingetreten. Mit Wegfall der Zumutbarkeit sei der Kläger berechtigt, das mit der Beklagten weiterhin bestehende Arbeitsverhältnis wieder aufzunehmen. Soweit man auf die ordentliche Kündigungsfrist bei der NSNS abstellen wollte, sei die Beklagte hilfsweise jedenfalls seit 1. April 2013 verpflichtet, die Arbeitskraft des Klägers entgegenzunehmen. Die Beklagte sei verpflichtet, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen am Arbeitsort H. zu beschäftigen. Die Frage, ob der Kläger gegebenenfalls verpflichtet wäre, in Ausübung eines Direktionsrechts der Beklagten auch an einem anderen Ort zu arbeiten, stelle sich vorliegend nicht.

21 Der Kläger beantragt:

22 **1. Das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim, Kammern Heidelberg, vom 14.03.2013, Az. 14 Ca 383/12 wird abgeändert.**

23 **2. Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen mit Tätigkeiten der Entgeltgruppe T4 des Entgelttarifvertrages der Deutschen Telekom AG (ERTV), welche die Ausbildung zum Fernmeldehandwerker erfordern, ab dem 01.01.2013, hilfsweise ab dem 01.04.2013, am Arbeitsort H. zu beschäftigen.**

24 Die Beklagte beantragt:

25 **Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Mannheim - Kammern Heidelberg - vom 14.03.2013 zum Aktenzeichen 14 Ca 383/12 wird zurückgewiesen.**

26 Die Beklagte verteidigt das mit der Berufung angegriffene Urteil des Arbeitsgerichts. Der Kläger könne schon keine Beschäftigung am Arbeitsort H. verlangen, da er einem bundesweiten Versetzungsvorbehalt unterliege. Ebenso könne der Kläger angesichts des Direktionsrechts der Beklagten nicht verlangen, als Fernmeldehandwerker beschäftigt zu werden, was der Beklagten zwischenzeitlich auch unmöglich sei. Dem Kläger könne allenfalls ein Anspruch auf vertragsgerechte Beschäftigung mit einer Wertigkeit der Tätigkeit entsprechend der Entgeltgruppe T4 ERTV zustehen. Angesichts der zwischen den Parteien konkludent geschlossenen Ruhensvereinbarung stehe dem Kläger aber gar kein Beschäftigungsanspruch gegen die Beklagte zu. Die Einwendungen des Klägers gegen die erstinstanzliche Entscheidung seien unzutreffend. Folge man dem Begründungsansatz des Klägers, könne dieser in treuwidriger illoyaler Weise zu Lasten der Beklagten Bestandsschutzpositionen kapitalisieren und gleichzeitig von ihr widersprüchlich eine Beschäftigung und damit einhergehende Vergütung fordern. Dies sei in hohem Maße treuwidrig. Unter Beachtung der besonderen Dreieckskonstellation stelle sich der Abschluss des Aufhebungsvertrages zwischen dem nach dem SGB IX sonderkündigungsgeschützten Kläger und der NSNS unter Verkürzung der ordentlichen Kündigungsfrist und voller Kapitalisierung des sozialen Besitzstandes einschließlich der bei der Beklagten erbrachten Vordienstzeiten entsprechend § 162 BGB gegenüber der Beklagten als treuwidrig dar, soweit der Kläger nach der autonom veranlassten Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit der NSNS eine anschließende Beschäftigung durch die Beklagte fordere. Es werde bestritten, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers für den Fall des Nichtabschlusses des Aufhebungsvertrages von der NSNS unumgänglich betriebsbedingt ordentlich gekündigt worden wäre, zumal auf den Kläger der bei der NSNS bestehende Sanierungstarifvertrag mit tariflichem Sonderkündigungsschutz Anwendung finde. Es verstoße gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger an der Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses aktiv durch den Abschluss eines Aufhebungsvertrages gegen Zahlung einer Abfindung mitwirke, zumal damit der bei der Beklagten erworbene Besitzstand abgegolten werde.

Damit erlange der Kläger im Verhältnis zur Beklagten illoyal wirtschaftliche Vorteile, die er sich anrechnen lassen müsse.

- 27 Im Übrigen wird hinsichtlich des Vortrags der Parteien auf die zwischen ihnen in beiden Rechtszügen gewechselten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

### **I.**

- 28 Die Berufung des Klägers ist zulässig, da der Wert des Beschwerdegegenstandes EUR 600,00 übersteigt, § 64 Abs. 2 Buchstabe b ArbGG. Die Berufung ist auch frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG in Verbindung mit §§ 519, 520 ZPO.

### **II.**

- 29 Die Berufung des Klägers ist auch zum überwiegenden Teil begründet. Ihm steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Beschäftigung zu unveränderten Arbeitsbedingungen mit Tätigkeiten der Entgeltgruppe T4 des ERTV zu. Insoweit war das Urteil des Arbeitsgerichts abzuändern und der Klage stattzugeben.
- 30 1. Dem Kläger steht gegen die Beklagte der mit seiner Klage geltend gemachte Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung zu. Dies folgt aus dem arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch (§§ 611 Abs. 1, 613, 242 BGB), der seine Wurzel im allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmer hat, Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG (vgl. bereits BAG 10. November 1955 - 2 AZR 591/54 - BAGE 2, 221 = AP § 611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 2; vgl. auch BAG 27. Februar 1985 - GS 1/84 - BAGE 48, 122 ff. = AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14).
- 31 a) Zwischen den Parteien besteht ein Arbeitsverhältnis. Dies hat die Beklagte im Rechtsstreit zwar in Abrede gestellt und vorgetragen, dass das zwischen den Parteien ursprünglich bestehende Arbeitsverhältnis mit Abschluss des Arbeitsvertrages zwischen dem Kläger und der VTS am 1. Januar 2005 geendet habe. Dem entsprechenden Bestandsschutzantrag des Klägers hat das Arbeitsgericht mit seinem Urteil vom 14. März 2013 aber stattgegeben. Die Beklagte hat hiergegen kein Rechtsmittel eingelegt. Damit steht rechtskräftig fest, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht.
- 32 b) Im bestehenden Arbeitsverhältnis steht dem Kläger gegen die Beklagte ein Beschäftigungsanspruch zu, der aus §§ 611 Abs. 1, 613 iVm. § 242 BGB abzuleiten ist. Der Anspruch beruht unmittelbar auf der sich aus § 242 BGB unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung der Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG über den Persönlichkeitsschutz für den Arbeitgeber ergebenden arbeitsvertraglichen Förderungspflicht der Beschäftigungsinteressen des Arbeitnehmers (vgl. auch ErfK-Preis, 13. Auflage 2013, § 611 BGB Rn. 563, m.w.N.).
- 33 2. Es liegt kein Sonderfall vor, der es der Beklagten erlaube, im bestehenden Arbeitsverhältnis eine Beschäftigung des Klägers abzulehnen. Insbesondere kann sich die Beklagte nicht auf ein "ruhend" Arbeitsverhältnis berufen, in welchem ihre Beschäftigungspflicht gegenüber dem Kläger suspendiert wäre.
- 34 a) Es gibt keinen Anlass für die Annahme, die Parteien hätten einvernehmlich das Ruhen ihres Arbeitsverhältnisses vereinbart (vgl. zu der identischen Fallkonstellation LAG Berlin-Brandenburg 26. Juli 2012 - 14 Sa 1867/11 und 14 Sa 1969/11 - Rn. 140, juris).
- 35 Es liegt kein Fall eines gesetzlichen Ruhens des Arbeitsverhältnisses vor. Solches ergibt sich auch nicht aus dem TV Ratio, der hierfür keine Regelungen vorsieht. Eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung über das Ruhen ihres Arbeitsverhältnisses haben die Parteien weder schriftlich noch

mündlich getroffen. Zwar wird von den Parteien im Berufungsrechtszug eine "konkludente" Ruhensvereinbarung erörtert. Wann und wie diese mit welchem Inhalt geschlossen worden sein soll, wird von ihnen aber nicht schlüssig dargelegt. Gegen eine solche übereinstimmende Ruhensvereinbarung spricht der Umstand, dass die Beklagte von einer wirksamen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen ist. Eine Vereinbarung über das Ruhen der Hauptpflichten aus einem Arbeitsverhältnis kann aber nur dann angenommen werden, wenn beide Parteien übereinstimmend von einem bestehenden Arbeitsverhältnis ausgehen (vgl. BAG 7. Juni 1990 - 6 AZR 52/89 - Rn. 18, BAGE 65, 187 ff. = AP TVG § 1 Tarifverträge Metallindustrie Nr. 92). Vorliegend hat sich die Beklagte aber noch bis zum Ende des erstinstanzlichen Verfahrens auf den Standpunkt gestellt, das zwischen ihr und dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis sei bereits seit dem Jahr 2005 beendet. Dass die Beklagte in einem aus ihrer Sicht beendeten Arbeitsverhältnis (konkludent) eine Vereinbarung über das Ruhen der gegenseitigen Hauptpflichten hat treffen wollen, ist fernliegend. Deshalb fehlt es auch an jedem erkennbaren Inhalt einer etwaigen Ruhensvereinbarung. Vielmehr gleicht der vorliegende Fall der Konstellation, in welcher aufgrund eines arbeitsgerichtlichen Urteils, die Unwirksamkeit einer Kündigung, einer Befristung oder eines Aufhebungsvertrages festgestellt wird. Soweit der Arbeitnehmer in der Zeit beispielsweise zwischen Ablauf der Kündigungsfrist und dem arbeitsgerichtlichen Urteil vom Arbeitgeber nicht beschäftigt wird, beruht auch dies nicht auf einer konkludenten Vereinbarung über das Ruhen der Hauptpflichten.

- 36 b) Nachdem rechtskräftig das (Fort-) Bestehen eines von der Beklagten bestrittenen Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien erkannt wurde, kann der Kläger von der Beklagten die Zuweisung arbeitsvertragsgemäßer Beschäftigung verlangen. Dem steht nicht entgegen, dass der Kläger zwischenzeitlich ein neues Arbeitsverhältnis mit der VTS beziehungsweise im Wege des Betriebsübergangs mit der NSNS begründet hatte, welches gegen Zahlung einer Abfindung im Wege eines Aufhebungsvertrages beendet wurde. Insbesondere stellt sich das Beschäftigungsverlangen des Klägers gegenüber der Beklagten nicht als treuwidrig dar.
- 37 aa) Das zuletzt mit der NSNS bestehende Arbeitsverhältnis des Klägers steht einer Aufnahme der Beschäftigung bei der Beklagten schon deshalb nicht entgegen, da dies zum Ablauf des 31. Dezember 2012 beendet ist. Damit besteht für den Kläger tatsächlich die Möglichkeit, für die Beklagte zu arbeiten. Dass es für die Beklagte, die viele tausend Arbeitnehmer beschäftigt, unmöglich wäre, den Kläger überhaupt vertragsgemäß zu beschäftigen, hat diese nicht schlüssig vorgetragen. Vielmehr nimmt sie in ihren schriftsätzlichen Ausführungen Bezug auf das ihr zustehende Direktionsrecht gegenüber dem Kläger, welches eine vielfältige Einsatzmöglichkeit erlaube.
- 38 bb) Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers bei der NSNS nicht aufgrund einer betriebsbedingten Kündigung der NSNS, sondern aufgrund eines von der NSNS dem Kläger angebotenen Aufhebungsvertrages unter Bezugnahme auf betriebsbedingte Gründe und unter Abkürzung der von diesen Arbeitsvertragsparteien für maßgeblich gehaltenen Kündigungsfrist gegen Zahlung einer Abfindung beendet worden ist. Soweit dies vom LAG Schleswig-Holstein (5. Oktober 2010 - 3 Sa 110/10 - juris) in einem obiter dictum zu einer dort nicht zur Entscheidung anstehenden Frage eines Beschäftigungsanspruchs eines Arbeitnehmers anders gesehen werden sollte, kann dem nicht gefolgt werden (so auch LAG Berlin-Brandenburg 26. Juli 2012 - 14 Sa 1867/11 und 14 Sa 1969/11 - Rn. 163, juris).
- 39 (1) Indem es die Beklagte zuließ, dass sich der Kläger ohne förmliche Beendigung des mit ihr bestehenden Arbeitsverhältnisses einem anderen Arbeitgeber zuwandte und sie mit dem Kläger weder Vereinbarungen über die Modalitäten einer etwaigen Rückkehr traf, noch sein Fernbleiben von der Arbeit bei ihr - etwa durch den Ausspruch einer Kündigung - sanktionierte, hat sie sehenden Auges in Kauf genommen, dass sich der Kläger auf ein nach wie vor mit ihr bestehendes Arbeitsverhältnis berufen und von ihr Beschäftigung verlangen kann. Ein etwaiges Vertrauen der Beklagten darauf, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei auch ohne schriftliche Kündigung und ohne schriftlichen

Aufhebungsvertrag etwa "aus einer Gesamtschau der tarifvertraglichen Regeln des TV Ratio" (so die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren) beendet, ist nicht schützenswert.

- 40 (2) Der Kläger hatte auch berechtigten Anlass, von der Beklagten wieder Beschäftigung zu verlangen, nachdem er in seinem vormaligen Arbeitsverhältnis bei der NSNS nicht mehr beschäftigt wurde (Kurzarbeit "Null") und diese an ihn einen Aufhebungsvertrag herangetragen hatte, welcher auf bei ihr bestehenden betriebsbedingten Gründen zur Vermeidung einer betriebsbedingten Kündigung beruhte. Den Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung für den Fall, dass kein Aufhebungsvertrag abgeschlossen wird, hat die NSNS nicht nur gegenüber dem Kläger angekündigt, sondern auch gegenüber der Agentur für Arbeit (vgl. I/61) bestätigt. Die Beklagte hat keine Umstände vorgetragen, die an dieser Absicht zweifeln ließen. Es kommt nicht darauf an, ob sich der Ausspruch einer solchen Kündigung im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung als wirksam erweisen würde, da der Kläger nicht gehalten wäre, dagegen Kündigungsschutzklage zu erheben (vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 -, Rn. 61, AP BGB § 307 Nr. 52). Anhaltspunkte für ein kollusives Zusammenwirken des Klägers mit der NSNS gibt es nicht, zumal der Aufhebungsvertrag vor dem Hintergrund einer umfassenden Restrukturierungsmaßnahme bei der NSNS stand. Ob der Kläger von der Beklagten auch dann Beschäftigung verlangen könnte, wenn sein Arbeitsverhältnis mit der NSNS beispielsweise aus verhaltensbedingten Gründen gekündigt worden wäre, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.
- 41 (3) Der Kläger macht sein Beschäftigungsbegehren gegenüber der Beklagten nicht zur Unzeit geltend. Spätestens aufgrund seines Schreibens vom 28. Januar 2011 (vgl. IA/7) an die Beklagte wusste diese, dass sich der Kläger nach wie vor eines Arbeitsverhältnisses mit ihr berühmte. Angesichts der am 16. Oktober 2012 zugestellten vorliegenden Klage hatte die Beklagte auch genügend Zeit, sich auf das in der Zukunft liegende Beschäftigungsbegehren des Klägers einzustellen. Mangels ausdrücklicher oder konkludenter Vereinbarung der Parteien war der Kläger auch nicht gehalten, spezielle (Ankündigungs-) Fristen für die Geltendmachung seines Beschäftigungsverlangens einzuhalten. Dies gilt unbestritten für den Fall einer als unwirksam erkannten Kündigung eines Arbeitsverhältnisses und umso mehr in einem Fall wie vorliegend, wo es - wie vom Arbeitsgericht rechtskräftig festgestellt - sogar an jedem schriftlichen Beendigungsakt fehlt.
- 42 (4) Der von der Beklagten in den Vordergrund gerückte Umstand, der Vereinbarung einer hohen Abfindung des Klägers mit der NSNS - offenkundig unter Berücksichtigung seiner Betriebszugehörigkeit bei der Beklagten - steht seinem Beschäftigungsverlangen bei der Beklagten nicht entgegen. Für die Annahme, die Parteien hätten für die Geltendmachung eines Beschäftigungsverlangens durch den Kläger besondere Voraussetzungen - wie etwa das Fehlen einer finanziellen Absicherung des Klägers - vereinbart, ist mangels eines konkreten Tatsachenvortrags der Beklagten kein Raum, zumal diese ohnehin nicht von einem Ruhen, sondern von einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien ausging (vgl. LAG Berlin-Brandenburg 26. Juli 2012 - 14 Sa 1867/11 und 14 Sa 1969/11 - Rn. 143, juris). Die Entgegennahme einer hohen Abfindung des Klägers von der NSNS macht sein Beschäftigungsverlangen gegenüber der Beklagten auch nicht treuwidrig. Die Beklagte wird durch die Abfindungszahlung und die Berücksichtigung der bei ihr zurückgelegten Betriebszugehörigkeit des Klägers in keiner Weise belastet. Die Abfindung ist allein eine Leistung der NSNS an den Kläger, welche die Beklagte in keiner Weise betrifft. Ob und in welcher Höhe die NSNS an den Kläger Abfindungszahlungen erbringt, ist für die Frage des Beschäftigungsanspruchs des Klägers gegenüber der Beklagten ohne Belang. Dieser besteht, gleichgültig ob die NSNS eine große, eine kleine oder gar keine Abfindung zahlt. Es handelt sich insbesondere nicht um eine Zahlung der Beklagten, mit welcher sie sich von ihrer Beschäftigungspflicht "freikaufen" könnte. Der Umstand, dass der Kläger mit Glück oder Geschick sich außerhalb des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten Vorteile hat sichern können, macht es nicht treuwidrig, arbeitsvertragliche Ansprüche gegenüber der Beklagten einzufordern, die durch diese Vorteile des Klägers keinerlei eigene Nachteile erleidet. Dies gilt jedenfalls insoweit, wie der Kläger vorliegend allein einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung geltend macht.

- 43 3. Allerdings kann der Kläger von der Beklagten die mit seinem Antrag geltend gemachte tatsächliche Beschäftigung nicht - nunmehr rückwirkend - ab 1. Januar 2013 oder hilfsweise ab 1. April 2013 verlangen. Insoweit ist seine Berufung unbegründet und war zurückzuweisen.
- 44 a) Bei der Klage auf arbeitsvertragsgemäße Beschäftigung handelt es sich um eine Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO (vgl. BAG 29. Oktober 1997 - 5 AZR 573/96 - Rn. 16, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 51). Sie ist auf die Vornahme einer unvertretbaren Handlung - die Zuweisung der vertragsgemäßen Beschäftigung - gerichtet (vgl. GMP-Germelmann, ArbGG, 8. Auflage 2013, § 46 Rn. 64). Die Möglichkeit einer solchen Klage steht der Erhebung einer Feststellungsklage zwar nicht entgegen. Wie sich aus dem Wort "kann" in § 259 ZPO ergibt, steht dem Kläger aber ein Wahlrecht zu (vgl. RG 11. Mai 1926 - III 265/25 - RG 113, 410, 411; BGH 7. Februar 1986 - V ZR 201/84 - NJW 86, 2507). Dies hat der Kläger im vorliegenden Fall zugunsten der Leistungsklage ausgeübt. Die für eine Klage auf künftige Leistung gemäß § 259 ZPO erforderliche Besorgnis, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, ist vorliegend gerechtfertigt, nachdem die Beklagte einen Beschäftigungsanspruch des Klägers und zunächst sogar das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses bestritten hat.
- 45 b) Beschäftigungsansprüche können nur für die Zukunft geltend gemacht werden, die Arbeitsleistung für die Vergangenheit ist regelmäßig nicht mehr nachholbar (vgl. GMP-Germelmann, ArbGG, 8. Auflage 2013, § 46 Rn. 66). Auch wenn ein Beschäftigungsanspruch in der Vergangenheit bestanden haben sollte, so hat er sich bis zur gerichtlichen Entscheidung infolge Zeitablaufs in der Hauptsache erledigt. Zur Beschäftigung für eine zurückliegende Zeit kann ein Arbeitgeber ebenso wenig verurteilt werden, wie ein Arbeitnehmer zur Unterlassung von Wettbewerb nach Ablauf der Karenzzeit (vgl. BAG 13. Juni 1985 - 2 AZR 410/84 - Rn. 20, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 19).
- 46 c) Dementsprechend kommt es im Rahmen der vorliegenden Leistungsklage nicht auf die von den Parteien unterschiedlich beurteilt Frage an, ob der Kläger bereits ab 1. Januar 2013 oder 1. April 2013 von der Beklagten Beschäftigung verlangen kann. Jedenfalls im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht im September 2013 ist ein solcher Anspruch gegeben (siehe oben). Weder tatsächliche noch rechtliche Gründe stehen einem Beschäftigungsverlangen des Klägers jetzt entgegen. Für die Vergangenheit konnte die Beklagte nicht mehr zu einer tatsächlichen Beschäftigung des Klägers verurteilt werden, so dass der seit der Klageerhebung inzwischen überholte Leistungsantrag des Klägers, soweit er die Vergangenheit betrifft, abzuweisen war. Einen die Vergangenheit betreffenden Feststellungsantrag hat der Kläger - unbeschadet der Frage dessen Zulässigkeit - ebensowenig gestellt, wie einen bezifferten Zahlungsantrag für etwaige Annahmeverzugsansprüche, in dessen Rahmen inzident die Frage eines Beschäftigungsanspruchs auch für zurückliegende Zeiträume zu klären gewesen wäre.
- 47 4. Die Berufung des Klägers war ebenso als unbegründet zurückzuweisen, soweit in seinem Klageantrag das erläuternde Element "*welche die Ausbildung zum Fernmeldehandwerker erfordern*" enthalten ist. Der Kläger hat für diesen Zusatz keine schlüssige Begründung vorgetragen. Ein diesbezüglicher Anspruch ist nicht zu erkennen. Im schriftlichen Arbeitsvertrag des Klägers (vgl. II/168 ff.) ist keine Einschränkung des Direktionsrechts der Beklagten enthalten, so dass der Kläger grundsätzlich mit allen Tätigkeiten beschäftigt werden kann, die seiner Vergütungsgruppe entsprechen. Ebenso hat der Kläger keinen Anspruch darauf, am Arbeitsort H. eingesetzt zu werden. Einen solchen Anspruch hat der Kläger nicht schlüssig begründet. Zwar ist der Kläger vormals bei der Beklagten langjährig am Arbeitsort H. eingesetzt worden. Allein daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass das Direktionsrecht der Beklagten beschränkt wäre. Dies stellt letztlich auch der Kläger in seinem Berufungsbegründungsschriftsatz vom 12. Juli 2013 (dort Seite 17; vgl. II/58) nicht grundsätzlich in Abrede. Dass die Beklagte bislang gegenüber dem Kläger noch keine Weisung betreffend einen bestimmten Arbeitsort getroffen hat, führt nicht dazu, dass sich der Anspruch des Klägers auf einen bestimmten Ort seiner Wahl konkretisiert hätte. Mangels weitergehender Vereinbarungen der Parteien

dazu kann der Kläger im Rahmen seines Beschäftigungsantrags nur arbeitsvertragsgemäße Beschäftigung verlangen, wie er es der Sache nach auch mit Klage und Berufung begehrt.

### III.

- 48 Da die Beklagte ganz überwiegend unterlegen ist, waren ihr die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen aufzuerlegen, § 92 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Die Zuvielforderung des Klägers hinsichtlich seines Beschäftigungsantrags war verhältnismäßig geringfügig und hat keine besonderen Kosten verursacht. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision für die Beklagte gemäß § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zugelassen. Für den Kläger war die Revision nicht zuzulassen, weil insoweit die Voraussetzungen des § 72 Abs. 2 ArbGG nicht erfüllt sind.