

Bundesarbeitsgericht
Erster Senat

Urteil vom 8. Dezember 2015
- 1 AZR 785/14 -
ECLI:DE:BAG:2015:081215.U.1AZR785.14.0

I. Arbeitsgericht Herne

Urteil vom 9. Oktober 2013
- 5 Ca 1436/13 -

II. Landesarbeitsgericht Hamm

Urteil vom 6. Juni 2014
- 18 Sa 408/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Nein

Entscheidungsstichworte:

Gleichbehandlung - beurlaubte Beamte - Abfindung

Bestimmungen:

BetrVG § 75 Abs. 1, § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2; PostPersRG § 4

Hinweis des Senats:

Teilweise Parallelentscheidung zu führender Sache - 1 AZR 595/14 -
(streitgegenständlich ist vorliegend nur der Anspruch auf die Sozialplan-
abfindung)

BUNDESARBEITSGERICHT



1 AZR 785/14
18 Sa 408/14
Landesarbeitsgericht
Hamm

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
8. Dezember 2015

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. Dezember 2015 durch die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts Schmidt, den Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richt-

rin am Bundesarbeitsgericht K. Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Kunz und Stemmer für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 6. Juni 2014 - 18 Sa 408/14 - wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über eine Sozialplanabfindung. 1

Der Kläger war zunächst als Beamter bei der Deutschen Bundespost eingesetzt. Nach deren Privatisierung nimmt die Deutsche Telekom AG (*DT AG*) die Dienstherreneigenschaft für die ihr zugewiesenen Beamten der ehemaligen Deutschen Bundespost wahr. Die *DT AG* beurlaubte den Kläger unter Wegfall der Besoldung für eine Tätigkeit als Arbeitnehmer, ua. für die *Vivento Technical Services GmbH*. Bei dieser Gesellschaft waren neben Arbeitnehmern, die - wie der Kläger - in einem Beamtenverhältnis standen, weitere Arbeitnehmer tätig, die zuvor im Rahmen von Arbeitsverhältnissen bei Konzerngesellschaften der Deutschen Telekom AG beschäftigt wurden. 2

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten (*NSN S*) erwarb zum 1. Januar 2008 den Geschäftsbetrieb der *Vivento Technical Services GmbH*. Die mit dieser bestehenden Arbeitsverhältnisse gingen auf die *NSN S* über, die mit zuletzt rd. 950 Mitarbeitern, darunter ca. 190 beurlaubten Beamten der *DT AG*, an 16 Standorten in Deutschland Dienstleistungen auf dem Telekommunikationssektor erbrachte. 3

Die *NSN S* und deren Betriebsrat schlossen am 29. April 2013 einen Sozialplan über die beabsichtigte Betriebsschließung (*SP 2013*) ab. In diesem heißt es: 4

„Präambel

- (1) Infolge der Betriebsstilllegung, die im Interessenausgleich vom 29.04.2013 beschrieben ist, entsteht die Notwendigkeit, die wirtschaftlichen und sozialen Nachteile auszugleichen bzw. abzumildern, die den Mitarbeitern entstehen.
- (2) Die Betriebsparteien möchten durch diesen Sozialplan insbesondere die Bedingungen dafür schaffen, dass die von Arbeitslosigkeit bedrohten Mitarbeiter der NSN S bei ihrer notwendigen beruflichen Neuorientierung unterstützt werden. Zu diesem Zweck soll den Mitarbeitern nach Maßgabe dieses Sozialplans neben der Zahlung von Abfindungen auch der Abschluss von Transferarbeitsverhältnissen angeboten werden.
- (3) Das zur Verfügung stehende Sozialplanvolumen ist knapp bemessen und reicht nicht annähernd für den Ausgleich der wirtschaftlichen Nachteile aller Mitarbeiter aus. Vor diesem Hintergrund haben die Betriebsparteien das ihnen zustehende Ermessen so ausgeübt, dass die aus ihrer Sicht gravierenden wirtschaftlichen Nachteile gemildert werden, die im Hinblick auf die zukunftsgerichtete Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion des Sozialplans in erster Linie durch Arbeitslosigkeit entstehen. Sie verkennen dabei nicht, dass auch beurlaubten Beamten bei Rückkehr zur Deutschen Telekom AG Nachteile entstehen können, z. B. durch ein geringeres Entgelt oder einen Ortswechsel. Beurlaubte Beamte erleiden jedoch typischerweise wesentlich geringere wirtschaftliche Nachteile als diejenigen ohne Beamtenstatus, da sie normalerweise weder von Arbeitslosigkeit bedroht sind noch ihr Rückkehranspruch zur Deutschen Telekom AG bzw. ihr erworbener Besitzstand bestritten wird.

1. Geltungsbereich

- 1.1 Dieser Sozialplan gilt für alle Mitarbeiter von NSN S an allen Standorten in der Bundesrepublik Deutschland, soweit sie von personellen Maßnahmen infolge der Betriebsstilllegung gemäß des Interessenausgleichs betroffen sind oder betroffen sein werden.
- 1.2 Dieser Sozialplan gilt nicht für

...

- beurlaubte Beamte.

...“

In Nr. 2 SP 2013 waren Transfermaßnahmen und die Einrichtung einer Transfergesellschaft geregelt. Die Sozialplanabfindung (*Nr. 3 SP 2013*) bemisst sich nach den Faktoren Betriebszugehörigkeit, monatliches Bruttofixgehalt sowie dem Faktor 0,5.

5

Die NSN S kündigte das Arbeitsverhältnis zum 31. Dezember 2013. In den Betrieben der NSN S wurde seit dem Jahr 2010 unter den Arbeitnehmern das Bestehen von möglichen „Rückkehransprüchen“ zu Unternehmen des DT AG-Konzerns diskutiert. Grundlage für solche Überlegungen war ua. eine möglicherweise fehlende formwirksame Beendigung der vormaligen Arbeitsverhältnisse zur DT AG oder einer ihrer Konzerngesellschaften. Die Durchsicht der Personalakten der bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer durch die NSN S ergab, dass in knapp 130 Fällen kein Nachweis über die formgerechte Beendigung eines zuvor mit einer konzernzugehörigen Gesellschaft begründeten Arbeitsverhältnisses enthalten war. Bis zum Abschluss des SP 2013 hatten vier Arbeitnehmer der NSN S rechtskräftig das Fortbestehen ihrer Arbeitsverhältnisse erstritten. Die DT AG hatte sich bis zum Abschluss der Sozialplanverhandlungen weder gegenüber der NSN S noch gegenüber Arbeitnehmern ohne Beamtenstatus zu deren Weiterbeschäftigung bereit erklärt. Erst nach Abschluss des Sozialplans kam es unter gewerkschaftlicher Beteiligung zu Gesprächen über eine kollektive Regelung zur Fortsetzung von Arbeitsverhältnissen mit Arbeitnehmern der NSN S.

6

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, der vollständige Ausschluss von beurlaubten Beamten aus dem Geltungsbereich des SP 2013 sei nicht gerechtfertigt. Unter den vom Sozialplan erfassten Arbeitnehmern seien ehemalige Tarifangestellte aus dem Konzerngesellschaften der DT AG, deren Arbeitsverhältnis zu diesen mangels einer formwirksamen Aufhebung fortbestehe. Diese Arbeitnehmer verfügten wie die beurlaubten Beamten ebenfalls über ein un-

7

befristetes Beschäftigungsverhältnis zur DT AG oder ihren konzernangehörigen Gesellschaften.

Der Kläger hat - soweit für die Revision von Interesse - zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 68.335,20 Euro brutto nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 1. Januar 2014 zu zahlen. 8

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 9

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 2. November 2015 hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit dem Klageabweisungsantrag einen auf Feststellung der Nichtigkeit des SP 2013 gerichteten Hilfsantrag angekündigt. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung gegen die klageabweisende Entscheidung des Arbeitsgerichts zu Recht zurückgewiesen. Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf eine nach Nr. 3 SP 2013 berechnete Abfindung. Der Hilfsantrag der Beklagten ist dem Senat nicht zur Entscheidung angefallen. 11

1. Ein Abfindungsanspruch nach dem SP 2013 besteht nicht. Die bei der NSN S beschäftigten beurlaubten Beamten sind zwar von den Regelungen des Sozialplans erfasst (*Nr. 1.1 SP 2013*). Nach Nr. 1.2 SP 2013 werden sie jedoch von dessen persönlichen Geltungsbereich und damit von Sozialplanleistungen ausgeschlossen. 12

2. Der Ausschluss beurlaubter Beamter von Sozialplanleistungen ist mit dem betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 75 Abs. 1 *BetrVG*) vereinbar. Mit der durch Nr. 1.2 SP 2013 bewirkten Beschränkung des 13

anspruchsberechtigten Personenkreises haben die Betriebsparteien den ihnen bei der Gewährung von Abfindungsleistungen eröffneten Gestaltungsspielraum nicht überschritten.

a) Nach der Senatsrechtsprechung haben Sozialpläne eine zukunftsbezogene Ausgleichs- und Überbrückungsfunktion. Geldleistungen in Form einer Abfindung stellen kein zusätzliches Entgelt für die in der Vergangenheit erbrachten Dienste dar, sondern sollen die voraussichtlich entstehenden wirtschaftlichen Folgen eines durch Betriebsänderung verursachten Arbeitsplatzverlustes ausgleichen oder zumindest abmildern (*BAG 9. Dezember 2014 - 1 AZR 102/13 - Rn. 23*). 14

b) Die zukunftsbezogene Ausgleichsfunktion von Sozialplänen eröffnet den Betriebsparteien Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume, aufgrund derer sie die Nachteile in typisierender und pauschalierender Form ausgleichen können. Ein Beurteilungsspielraum besteht hinsichtlich der den Arbeitnehmern durch die Betriebsänderung voraussichtlich entstehenden wirtschaftlichen Nachteile und ein Gestaltungsspielraum beim Ausgleich oder der Abmilderung der von ihnen prognostizierten Nachteile (*BAG 11. November 2008 - 1 AZR 475/07 - Rn. 20, BAGE 128, 275*). 15

c) Hiernach durften die Betriebsparteien die beurlaubten Beamten ungeachtet der ihnen entstehenden wirtschaftlichen Nachteile von Sozialplanleistungen ausschließen. Hierin liegt kein Verstoß gegen den betriebsverfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. 16

aa) Der auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zurückzuführende betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zielt darauf ab, eine Gleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Sachverhalten sicherzustellen und eine gleichheitswidrige Gruppenbildung auszuschließen. Sind in einem Sozialplan für verschiedene Arbeitnehmergruppen unterschiedliche Leistungen vorgesehen, verlangt der Gleichheitssatz, dass diese Differenzierung sachlich gerechtfertigt ist. Maßgeblich hierfür ist vor allem der mit der Regelung verfolgte Zweck. Dabei ist bei einer personenbezogenen Un- 17

gleichbehandlung der Gleichheitssatz bereits dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass diese die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (*BAG 30. September 2014 - 1 AZR 1083/12 - Rn. 15, BAGE 149, 195*).

bb) Die bei NSN S beschäftigten beurlaubten Beamten sind als Arbeitnehmer iSd. § 5 Abs. 1 Satz 1 BetrVG von der dem SP 2013 zugrunde liegenden Betriebsänderung betroffen. Ihre Arbeitsverhältnisse sollten wegen der beabsichtigten Betriebsschließung durch eine betriebsbedingte Kündigung beendet werden. 18

Die beurlaubten Beamten sind zwar nach § 2 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes zum Personalrecht der Beschäftigten der Deutschen Bundespost (*Postpersonalrechtsgesetz - PostPersRG*) vom 14. September 1994 (*BGBI. I S. 2325*) Bundesbeamte im unmittelbaren Dienst des Bundes. Ihre ursprüngliche berufliche Tätigkeit bei der DT AG galt kraft der gesetzlichen Fiktion des § 4 Abs. 1 PostPersRG als Dienst. Die nach § 4 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 PostPersRG in der bis zum 5. Juni 2015 geltenden Fassung iVm. § 89 Abs. 2 Satz 1 BBG 1999, § 13 SUrlV beurlaubten Beamten sind jedoch aufgrund ihrer Beschäftigung in einem arbeitsrechtlichen Vertragsverhältnis Arbeitnehmer des jeweiligen Arbeitgebers. Der Beamte wird in seinem Beamtenverhältnis ohne Bezüge beurlaubt, wodurch seine beamtenrechtliche Dienstpflicht gegenüber seinem Dienstherrn entfällt, ohne dass sich jedoch der Status des Beamten hierdurch verändert. In dieser Doppelrechtsbeziehung finden hinsichtlich des ruhenden Beamtenverhältnisses nur diejenigen beamtenrechtlichen Vorschriften Anwendung, die sich auf seinen beamtenrechtlichen Status beziehen und die durch § 4 Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 4 PostPersRG ergänzt werden. Der Inhalt des Arbeitsverhältnisses bestimmt sich demgegenüber nach dem Arbeitsvertrag und den arbeitsrechtlichen Bestimmungen (*BAG 25. Mai 2005 - 7 AZR 402/04 - Rn. 15*). 19

cc) Die Betriebsparteien sind entsprechend der Präambel zum SP 2013 zu 20
Recht vom Bestehen von ausgleichsfähigen wirtschaftlichen Nachteilen bei der
Gruppe der beurlaubten Beamten ausgegangen. Deren Arbeitsverhältnisse
werden durch die wegen der beabsichtigten Betriebsschließung ausgesproche-
nen Kündigungen beendet. Nach ihrem Wirksamwerden entfällt der Vergü-
tungsanspruch aus dem beendeten Arbeitsverhältnis. Die Angehörigen dieser
Personengruppe waren allerdings nach dem Wirksamwerden der Kündigungen
nicht von Arbeitslosigkeit bedroht. Die Betriebsparteien konnten bei den beur-
laubten Beamten von einer gesicherten Weiterbeschäftigungsmöglichkeit an
anderer Stelle innerhalb des Konzerns der DT AG ausgehen. Der durch Nr. 1.2
SP 2013 bewirkte Ausschluss von Sozialplanleistungen ist nach dem in § 112
Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG enthaltenen Rechtsgedanken gerechtfertigt.

(1) Nach dieser Vorschrift hat die Einigungsstelle beim Ausgleich der durch 21
eine Betriebsänderung entstehenden Nachteile die Aussichten der betroffenen
Arbeitnehmer auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen (*Satz 1*). Nach § 112
Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 Satz 2 Halbs. 1 BetrVG soll sie diejenigen Arbeitnehmer von
Leistungen ausschließen, die in einem zumutbaren Arbeitsverhältnis im selben
Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens oder eines zum Kon-
zern gehörenden Unternehmens weiterbeschäftigt werden können, die Weiter-
beschäftigung jedoch ablehnen. Die Regelung gilt zwingend zwar nur für die
Entscheidung der Einigungsstelle und nicht für eine einvernehmliche Vereinba-
rung der Betriebsparteien. Ihr kann aber der allgemeine Gedanke entnommen
werden, dass ein Ausgleich von Nachteilen entbehrlich sein kann, wenn dem
Arbeitnehmer ein zumutbarer anderer Arbeitsplatz angeboten wird. Dieser
Grundsatz ist auch bei einer einvernehmlichen Regelung der Betriebsparteien
zu berücksichtigen (*BAG 6. November 2007 - 1 AZR 960/06 - Rn. 18, BAGE 124, 335*).

(2) Die Betriebsparteien konnten bei der Gruppe der beurlaubten Beamten 22
vom Bestehen einer zumutbaren Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ausgehen.
Selbst wenn diese nach ihrem Ausscheiden bei der NSN S kein neues Arbeits-
verhältnis mit einem anderen Arbeitgeber begründen konnten, waren sie im

Rahmen ihres Beamtenverhältnisses entsprechend dem ihnen übertragenen Amt zu beschäftigen.

(a) Der Einsatz der einem Postnachfolgeunternehmen zur Dienstleistung zugewiesenen Beamten konnte nach § 4 PostPersRG in der bei Abschluss des SP 2013 geltenden Fassung nur bei der jeweiligen Aktiengesellschaft oder einer anderen in § 1 des Postumwandlungsgesetzes genannten Aktiengesellschaft (§ 4 Abs. 3 Satz 1 PostPersRG) sowie bei den in § 4 Abs. 4 Satz 2 PostPersRG genannten Unternehmen erfolgen. Den der DT AG zugewiesenen Beamten mussten dabei jeweils eine auf Dauer angelegte gleichwertige Tätigkeit iSd. § 8 PostPersRG bei einer Organisationseinheit der privaten Postnachfolgeunternehmen oder - unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 PostPersRG - bei einem Tochter- oder Enkelunternehmen oder einer Beteiligungsgesellschaft übertragen werden. 23

(b) Durch Art. 143b Abs. 3 Satz 1 GG ist klargestellt, dass die Beschäftigung von Beamten bei privaten Unternehmen verfassungsrechtlich zulässig ist und die gemäß Art. 33 Abs. 5 GG anerkannten Strukturprinzipien des Beamtenrechts auch bei der Weiterbeschäftigung der Beamten der Deutschen Bundespost bei deren privaten Nachfolgeunternehmen grundsätzlich uneingeschränkt Anwendung finden (*BVerwG 22. Juni 2006 - 2 C 26/05 - zu 2 a der Gründe, BVerwGE 126, 182*). Der dem Beamten übertragene Aufgabenkreis ist als Amt im Sinne des Bundesbeamtenrechts anzusehen, weshalb er bei einem Einsatz bei dem Postnachfolgeunternehmen amtsangemessen zu beschäftigen ist. Nach § 8 PostPersRG findet § 18 BBesG ausdrücklich auch für die privaten Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost mit der Maßgabe Anwendung, dass gleichwertige Tätigkeiten bei den Aktiengesellschaften als amtsgemäße Funktionen gelten. Nur unter den Voraussetzungen von § 6 PostPersRG kann ein Beamter vorübergehend auf einem Arbeitsposten mit geringerer Wertigkeit verwendet werden (*BVerwG 22. Juni 2006 - 2 C 26/05 - zu 2 b der Gründe, aaO*). 24

- (c) Nach § 4 Abs. 4 Satz 2 PostPersRG können Beamte auch Tochter-, Enkelunternehmen und Beteiligungsgesellschaften von Postnachfolgeunternehmen zugewiesen werden. Diese Regelung ermöglicht es den Aktiengesellschaften, die im Zusammenhang mit der Konzernbildung bestehenden personalwirtschaftlichen Probleme zu lösen und die personelle Flexibilität zu erhöhen. Die Formulierung der Vorschrift („nach allgemeinen beamtenrechtlichen Grundsätzen zumutbar“) macht deutlich, dass der Bundesgesetzgeber auch hier am Grundsatz der amtsangemessenen Beschäftigung ausdrücklich festgehalten und die Übertragung einer amtsangemessenen Tätigkeit für unabdingbar erachtet hat (*BVerwG 3. April 2014 - 2 B 70/12 - Rn. 20*). 25
- (d) Der Einsatz im Rahmen des bestehenden Beamtenverhältnisses nach Wirksamwerden der von der NSN S ausgesprochenen Kündigungen ist eine zumutbare Beschäftigungsmöglichkeit. 26
- (aa) Nach der Senatsrechtsprechung sind die Betriebsparteien befugt, im Sozialplan zu regeln, unter welchen Voraussetzungen ein Arbeitsplatz zumutbar ist. Sie haben auch insoweit einen erheblichen Beurteilungsspielraum (*BAG 6. November 2007 - 1 AZR 960/06 - Rn. 21, BAGE 124, 335*). 27
- (bb) Umstände, wonach die Beschäftigung im Rahmen des zuvor ruhenden Beamtenverhältnisses bei einem Postnachfolgeunternehmen oder einer der in § 4 Abs. 4 Satz 1 PostPersRG genannten Gesellschaften als unzumutbar anzusehen sein könnten, sind weder ersichtlich noch vom Landesarbeitsgericht festgestellt. Ein mögliches Zurückbleiben der nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu erwartenden Bezüge aus dem Beamtenverhältnis hinter der gewährten Arbeitsvergütung vermag die Unzumutbarkeit ebenso wenig zu begründen, wie ein möglicher Wechsel des zukünftigen Einsatzorts. Es hält sich daher innerhalb des den Betriebsparteien zustehenden Gestaltungsspielraums, wenn diese - wie vorliegend - auf den Nichteintritt der Arbeitslosigkeit und die Gewährung der Bezüge aus dem Beamtenverhältnis abstellen und die Gruppe der beurlaubten Beamten durch die Regelung in Nr. 1.2 SP 2013 von Sozialplanleistungen ausschließen. 28

dd) Die Entscheidung der Betriebsparteien, Sozialplanleistungen nur für solche Arbeitnehmer vorzusehen, die nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses über keine zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit verfügen, wird aus Rechtsgründen nicht dadurch in Frage gestellt, weil Abfindungen auch Arbeitnehmern gewährt werden, deren Arbeitsverhältnisse mit der DT AG oder einer ihrer Konzerngesellschaften bei Abschluss des SP 2013 wegen einer vorherigen formunwirksamen Beendigung möglicherweise noch bestanden haben. Eine solche Weiterbeschäftigungsmöglichkeit ist mit der feststehenden Rückkehrperspektive von amtsangemessen zu beschäftigenden Beamten nicht vergleichbar. Die Betriebsparteien waren daher nicht gehalten, potentiell bestehende Arbeitsverhältnisse als zumutbare Anschlussbeschäftigung zu werten und die Arbeitnehmer mit „Rückkehransprüchen“ gleichermaßen von Sozialplanleistungen auszuschließen. 29

(1) Eine zumutbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit, die nach dem Rechtsgedanken des § 112 Abs. 5 Satz 2 Nr. 2 BetrVG den Ausschluss von Sozialplanleistungen rechtfertigen kann, setzt die Existenz einer tatsächlichen und allein vom Willen des Arbeitnehmers abhängigen Beschäftigungsmöglichkeit bei dem alten oder neuen Vertragsarbeitgeber voraus. Die tatsächliche Beschäftigung des von der Entlassung und damit vom Eintritt von Arbeitslosigkeit bedrohten Arbeitnehmers bei dem gleichen oder einem anderen Arbeitgeber muss in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gewährleistet sein (*Oetker in GK-BetrVG 10. Aufl. §§ 112, 112a Rn. 465 f.*). An einer solchen fehlt es, wenn der bisherige oder der neue Arbeitgeber nicht zur Beschäftigung des Arbeitnehmers bereit ist und sie von diesem erst gerichtlich durchgesetzt werden müsste. Für ein solches Verständnis spricht die Gesetzesbegründung des mit Wirkung vom 1. Mai 1985 geänderten § 112 Abs. 5 BetrVG (*Art. 2 Nr. 1 Buchst. b, Art. 16 Abs. 1 des Beschäftigungsförderungsgesetzes 1985 vom 26. April 1985, BGBl. I S. 710*), nach der dem Arbeitnehmer eine zumutbare andere Beschäftigung „angeboten“ werden muss (*BT-Drs. 10/2102 S. 27*). An einem solchen Angebot fehlt es, wenn der Arbeitgeber nicht zur Beschäftigung bereit ist und der Arbeitnehmer seinen Anspruch erst gerichtlich durchsetzen 30

muss. Unabhängig davon, ob sich der Arbeitnehmer überhaupt zu einer entsprechenden Klageerhebung entschließt, erhält er - anders als ein tatsächlich weiterbeschäftigter Arbeitnehmer - zunächst nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses kein Arbeitsentgelt, sondern ist wegen seiner Beschäftigungslosigkeit (§ 138 Abs. 1 Nr. 1 SGB III) auf den Bezug von Arbeitslosengeld angewiesen. Damit steht er wirtschaftlich jenen entlassenen Arbeitnehmern gleich, die kein Anschlussarbeitsverhältnis begründen können und die aus diesem Grund eine Sozialplanabfindung erhalten.

(2) Danach hat für die Arbeitnehmer mit einem vermeintlich fortbestehenden Arbeitsverhältnis zur DT AG oder einer ihrer Konzerngesellschaften - anders als für die Angehörigen der Gruppe der beurlaubten Beamten - bei Abschluss des SP 2013 keine vergleichbare Weiterbeschäftigungsmöglichkeit bestanden. 31

Der Kläger hat nicht substantiiert behauptet, die DT AG oder die jeweiligen Konzerngesellschaften seien bei Abschluss des SP 2013 zur vertragsgemäßen Beschäftigung derjenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse zu diesen Gesellschaften noch fortbestanden haben sollen, bereit gewesen. Ebenso hat er keinen Vortrag gehalten, wonach eine solche Bereitschaft der NSN S und ihrem Betriebsrat zu diesem Zeitpunkt bekannt war. Vielmehr mussten die rückkehrwilligen Arbeitnehmer ihre Ansprüche gegenüber der DT AG gerichtlich durchsetzen. Rechtlich unerheblich ist danach, ob und ggf. in welchem Umfang das Fortbestehen der Arbeitsverhältnisses bei objektiver Betrachtung zweifelhaft war und welche Erfolgsaussicht Klagen zur Durchsetzung der Beschäftigung gegen die bisherigen Arbeitgeber gehabt hätten. Ob das Verhalten der DT AG als schikanös anzusehen ist, kann dahinstehen. Der Kläger hat schon nicht behauptet, dass dieses Verhalten durch die NSN S oder deren Betriebsrat in kollusiven Zusammenwirken veranlasst worden ist. 32

3. Auf die vom Kläger erhobene Verfahrensrüge kommt es - ihre Zulässigkeit unterstellt - mangels Entscheidungserheblichkeit nicht an. 33

4. Der nur für den Fall ihres Unterliegens gestellte Hilfsantrag der Beklagten fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 34

Schmidt

K. Schmidt

Koch

Olaf Kunz

Stemmer