

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 27. Januar 2016  
- 5 AZR 9/15 -  
ECLI:DE:BAG:2016:270116.U.5AZR9.15.0

I. Arbeitsgericht Leipzig

Urteil vom 28. März 2014  
- 10 Ca 4144/12 -

II. Sächsisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 28. November 2014  
- 3 Sa 232/14 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

---

Entscheidungsstichworte:

Rückkehrzusage - Verlangen eines Vertragsangebots - Annahmeverzug

Bestimmungen:

BGB §§ 145, 147, 151, 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1, § 275 Abs. 1, §§ 276, 278, 280 Abs. 1 und Abs. 2, §§ 293, 294, 295, 311a Abs. 1, § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1, § 611 Abs. 1, § 615 Satz 1; ZPO § 286 Abs. 1 Satz 1, § 894 Satz 1

Leitsatz:

Führt bei rückwirkender Begründung des Arbeitsverhältnisses die bisher fehlende arbeitsvertragliche Bindung zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung in der Vergangenheit, ist der Arbeitgeber hierfür regelmäßig nicht verantwortlich iSv. § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB, wenn ihm der Arbeitnehmer den zur Verwirklichung seines Rückkehrrechts erforderlichen Abschluss eines Arbeitsvertrags nicht angetragen, sondern von ihm nur die Abgabe eines Vertragsangebots verlangt hat.

Hinweis des Senats:

Führende Entscheidung zu weiteren Parallelsachen

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 9/15  
3 Sa 232/14  
Sächsisches  
Landesarbeitsgericht

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
27. Januar 2016

## URTEIL

Kleinert, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin und  
Anschlussrevisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter, Revisionsbeklagter und  
Anschlussrevisionskläger,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Januar 2016 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die

Richterin am Bundesarbeitsgericht Weber sowie die ehrenamtlichen Richter Kremser und Pollert für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Sächsischen Landesarbeitsgerichts vom 28. November 2014 - 3 Sa 232/14 - unter Zurückweisung der Anschlussrevision des Klägers teilweise aufgehoben, soweit es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Leipzig vom 28. März 2014 - 10 Ca 4144/12 - abgeändert.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

3. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Vergütung für den Zeitraum August 2009 bis Mai 2013. 1

Der Kläger war seit Juni 1991 bei der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin beschäftigt. Anlässlich der Ausgliederung des Breitbandkabelgeschäfts beurlaubte die Beklagte ihn. Gleichzeitig begründete der Kläger ein Arbeitsverhältnis mit der K D V S GmbH & Co. KG (im Folgenden KDVS). Mit Auflösungsvertrag vom 30. April 2005 beendeten die Parteien ihr Arbeitsverhältnis einvernehmlich zum 31. Dezember 2005. Sie vereinbarten ein zeitlich begrenztes Rückkehrrecht nach Maßgabe der zwischen der Beklagten, der Gewerkschaft ver.di und mehreren Kabelgesellschaften (darunter der KDVS) geschlossenen „Schuldrechtlichen Vereinbarung vom 8. April 2005“ (im Folgenden SV). Diese lautet auszugsweise: 2

- „1. Die D T AG räumt den Arbeitnehmern einzelvertraglich ein Rückkehrrecht zur D T AG ein

- a. innerhalb eines Zeitraums von 24 Monaten (berechnet ab dem 1. Januar 2004) ohne das Vorliegen besonderer Gründe (allgemeines Rückkehrrecht),
  - b. nach Ablauf des allgemeinen Rückkehrrechts für weitere 36 Monate ein Rückkehrrecht unter besonderen Bedingungen (besonderes Rückkehrrecht).
- ...
2. Besondere Bedingungen (im Sinne des Absatzes 1.b) liegen vor, wenn
    - a. das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der Voraussetzungen des § 1 Absatz 2 ff KSchG aus dringenden betrieblichen Gründen wirksam gekündigt wird  
oder ...
  3. Der Arbeitnehmer kann von seinem Rückkehrrecht nach der Ziffer 1 frühestens 6 Monate nach Beginn des Rückkehrzeitraums für das allgemeine Rückkehrrecht Gebrauch machen. Es ist bei dem Rückkehrrecht nach Ziffern 1 a. und b. eine Ankündigungsfrist von 3 Monaten einzuhalten. Im Falle des besonderen Rückkehrrechts nach Ziffer 1 b. i.V.m. 2 a. findet eine Rückkehr jedoch erst nach Ablauf der für den Arbeitgeber (Kabelgesellschaft bzw. Rechtsnachfolger) geltenden jeweiligen individuellen Kündigungsfrist statt, soweit diese länger ist, als die dreimonatige Ankündigungsfrist.“

Am 9. Dezember 2008 kündigte die KDVS das Arbeitsverhältnis des Klägers wegen Wegfalls seines Arbeitsplatzes außerordentlich unter Einhaltung einer sozialen Auslauffrist. Im Kündigungsschutzprozess einigten sich der Kläger und die KDVS auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Ablauf des 31. Juli 2009. 3

Mit Schreiben vom 10. Dezember 2008 kündigte der Kläger an, von seinem besonderen Rückkehrrecht Gebrauch zu machen. Die Beklagte lehnte ab. 4

Am 19. Januar 2009 reichte der Kläger beim Arbeitsgericht eine Klage mit dem Antrag ein: 5

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger mit Wirkung vom 1. August 2009 ein Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrags zu unterbreiten, wonach der Kläger als vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer in Vergütungsgruppe T 7 Stufe 4 nach § 10 des Entgelttarifvertrages zu beschäftigen ist und die Tarifverträge der D T AG in ihrer jeweiligen Fassung als unmittelbar zwischen den Parteien vereinbart gelten.

Am 8. Juli 2009 bot der Kläger der Beklagten schriftlich seine Arbeitskraft ab dem 1. August 2009 an. 6

Das Arbeitsgericht gab der Klage statt. Mit Schriftsatz vom 29. November 2012 erklärte der Kläger, er nehme das vom Arbeitsgericht ausgerichtete Vertragsangebot an. Das Landesarbeitsgericht wies die Berufung der Beklagten zurück. Die Entscheidung ist seit dem 26. April 2013 rechtskräftig. Am 9. Mai 2013 unterzeichnete der Kläger einen ihm von der Beklagten vorgelegten „Anstellungsvertrag für tarifliche Arbeitnehmer vom 7. Mai 2013“ (im Folgenden AV 7./9. Mai 2013). Darin heißt es ua.: 7

„Präambel

Auf der Basis der Schuldrechtlichen Vereinbarung vom 08.04.2005 zwischen der D T AG, den Kabelgesellschaften und der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di zu Rückkehrrechten der zu den Kabelgesellschaften gewechselten Arbeitnehmer steht dem Arbeitnehmer ein Wiedereinstellungsanspruch bei der D T AG zu. Dieser Anspruch wurde in dem Verfahren - AZ - vor dem Arbeitsgericht L ausgeurteilt.

Der nachstehende Arbeitsvertrag regelt abschließend die Bedingungen des auf der Grundlage des Wiedereinstellungsanspruches wieder zu begründenden Arbeitsverhältnisses.

§ 1 Tätigkeit

1. Sie werden für die Gesellschaft als Arbeitnehmer in L tätig.
2. Die Gesellschaft ist - nach Abwägung der beiderseitigen Interessen - berechtigt, Ihnen auch eine andere, Ihren Fähigkeiten und Kenntnissen entsprechende, mindestens gleichwertige Tätigkeit zu übertragen und Sie im Unternehmen der Gesellschaft an einem anderen Ort innerhalb der Bundesrepublik Deutsch-

land zu beschäftigen.

§ 2 Beginn und Dauer des Anstellungsverhältnisses

Das Anstellungsverhältnis beginnt am 01.08.2009 und gilt unbefristet.“

Auf der Grundlage des AV 7./9. Mai 2013 wird der Kläger seit dem 1. Juni 2013 beschäftigt und vergütet. 8

Der Kläger hat geltend gemacht, die Beklagte sei wegen Annahmeverzugs zur Zahlung verpflichtet. Das wiederholte Angebot seiner Arbeitsleistung und der Antrag im Vorprozess seien von Anfang an auf das endgültige Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses gerichtet gewesen. Jedenfalls schulde ihm die Beklagte Schadensersatz, weil sie die vertragliche Pflicht, ihm ein Arbeitsvertragsangebot zu unterbreiten, schuldhaft verletzt habe. 9

Der Kläger hat, soweit für die Revision noch von Bedeutung, zuletzt sinngemäß beantragt, 10

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger Vergütung für die Monate August 2009 bis Mai 2013 iHv. 199.773,59 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengelds iHv. 27.751,22 Euro und erhaltener Entgeltsicherung gemäß § 421j SGB III iHv. 15.068,10 Euro sowie erzielten Arbeitsentgelts iHv. 42.277,56 Euro nebst Zinsen in gestaffelter Höhe zu zahlen mit der Maßgabe, dass hiervon 6,65 Euro monatlich auf den Bausparvertrag des Klägers bei der Bausparkasse S einzuzahlen sind.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Ein Vergütungsanspruch wegen Annahmeverzugs könne bei einem rückwirkend begründeten Arbeitsverhältnis nicht entstehen. Ein Anspruch aus § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB oder §§ 280, 286 BGB komme nicht in Betracht. Der Kläger habe sich, wie seine Antragstellung im Vorprozess belege, nicht binden wollen, sondern bewusst offengelassen, ob er das von ihm begehrte Vertragsangebot annehme oder nicht. Nach Begründung des Arbeitsverhältnisses fehle es am erforderlichen Angebot der Arbeitsleistung. 11

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - das Urteil des Arbeitsgerichts teilweise abgeändert und die Klage abgewiesen, soweit der Kläger Vergütung für den Zeitraum 26. April bis 31. Mai 2013 und eine vor dem 10. Mai 2013 beginnende Verzinsung der Klageforderung begehrte. Die Beklagte verfolgt mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger begehrt mit seiner Anschlussrevision die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. 12

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist begründet (A.), die Anschlussrevision des Klägers unbegründet (B.). Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten gegen das klagestattgebende Urteil des Arbeitsgerichts zu Unrecht teilweise zurückgewiesen. Die Klage ist insgesamt unbegründet. 13

A. Der Kläger hat unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Anspruch auf Vergütung für den Zeitraum 1. August 2009 bis 25. April 2013. 14

I. Ein Vergütungsanspruch folgt nicht aus Annahmeverzug, § 611 Abs. 1, § 615 Satz 1 BGB. Der Anspruch setzte ein erfüllbares, dh. tatsächlich durchführbares Arbeitsverhältnis voraus. Daran fehlt es bei einem rückwirkend begründeten Arbeitsverhältnis für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum (*BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 22*). Zwar ist ein Vertragsschluss mit Rückwirkung möglich, nicht aber eine rückwirkende tatsächliche Beschäftigung (*vgl. BAG 17. März 2015 - 9 AZR 702/13 - Rn. 15*). 15

1. § 615 Satz 1 BGB gewährt keinen eigenständigen Anspruch, sondern hält den ursprünglichen Erfüllungsanspruch aufrecht (*BAG 24. September 2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 23, BAGE 149, 169*). Die gesetzliche Vergütungspflicht des Arbeitgebers knüpft nach § 611 Abs. 1 BGB an die Leistung der „versprochenen“ Dienste an. In Annahmeverzug kann ein Arbeitgeber nur geraten, 16

wenn zum Zeitpunkt des Angebots der Arbeitsleistung ein erfüllbares Arbeitsverhältnis besteht, aufgrund dessen der Arbeitnehmer berechtigt ist, die Arbeitsleistung zu erbringen und es dem Arbeitgeber obliegt, die Arbeitsleistung anzunehmen (*vgl. BAG 25. Februar 2015 - 5 AZR 886/12 - Rn. 14*).

2. Vor Abschluss des Arbeitsvertrags bestand keine Obliegenheit der Beklagten, die Arbeitsleistung des Klägers anzunehmen. 17

a) Mit der Ankündigung im Schreiben vom 10. Dezember 2008, von seinem besonderen Rückkehrrecht Gebrauch machen zu wollen, konnte der Kläger allein die Ankündigungsfrist nach Nr. 3 Satz 2 SV wahren, nicht aber die erneute Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten erreichen. Nr. 1 SV räumt den Arbeitnehmern „*einzelvertraglich*“ ein Rückkehrrecht zur Beklagten ein. Die SV begründet den Anspruch damit nicht normativ mit unmittelbarer und zwingender Wirkung. Sie trifft lediglich eine vereinheitlichende Regelung für individualvertragliche Umsetzungsakte (*BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 -; 13. Juni 2012 - 7 AZR 459/10 - Rn. 23; 19. Oktober 2011 - 7 AZR 471/10 - Rn. 24*). Die Rückkehr zur Beklagten erforderte den erneuten Abschluss eines Arbeitsvertrags. 18

b) Das Zustandekommen eines Arbeitsvertrags konnte der Kläger nur mit übereinstimmenden Willenserklärungen - Antrag und Annahme (§§ 145 bis 147 BGB) - erwirken. Beide Voraussetzungen waren bis zum 25. April 2013 nicht erfüllt. Die Angebotserklärung der Beklagten galt gemäß § 894 Satz 1 ZPO erst mit Rechtskraft des Berufungsurteils am 26. April 2013 als abgegeben. Eine Annahme iSv. § 147 ff. BGB war vorher nicht möglich (*zum Zugang des Angebots als Voraussetzung einer Verurteilung zur Annahme vgl. BAG 15. Oktober 2013 - 9 AZR 688/12 - Rn. 25*). Die vom Kläger im vorliegenden Verfahren mit Schriftsatz vom 29. November 2012 erklärte Annahme des vom Arbeitsgericht ausgeurteilten Vertragsangebots ging ins Leere. Ein Arbeitsverhältnis konnte erst begründet werden, als der Kläger das durch rechtskräftiges Urteil fingierte Vertragsangebot der Beklagten annahm. 19



3. Der nach dem 25. April 2013 mit Wirkung zum 1. August 2009 erfolgte Vertragsschluss ermöglichte nicht im Nachhinein die Durchführung des Arbeitsverhältnisses im Rückwirkungszeitraum. 20
- a) Seit Inkrafttreten des § 311a Abs. 1 BGB idF des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (*BGBI. I S. 3138*) kommt die Abgabe von Willenserklärungen, mit denen rückwirkend ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll, ebenso wie die Verurteilung zur Abgabe solcher Erklärungen in Betracht. Der Zeitpunkt, zu dem die Willenserklärung wirkt, beurteilt sich nach materiellem Recht. Die Fiktion der Angebotserklärung bewirkt sämtliche Rechtsfolgen, die eine im selben Zeitpunkt abgegebene wirksame Willenserklärung mit entsprechendem Inhalt hätte (*BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 19 f. mwN*). 21
- b) Auch wenn die auf Abschluss eines Arbeitsvertrags gerichteten Willenserklärungen zurückwirkten, führte dies nicht zu einer Obliegenheit der Beklagten, die Arbeitsleistung des Klägers für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum anzunehmen. Das Arbeitsverhältnis konnte in der Vergangenheit tatsächlich nicht durchgeführt werden (*vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 26 mwN*). Der Kläger konnte die Arbeitsleistung für in der Vergangenheit liegende Zeiträume nicht mehr nachholen. Der Zeitablauf führte die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung herbei, weil sich in einem Vollzeitverhältnis ohne Möglichkeit zur vertragsgerechten Nachholung der Arbeitsleistung der Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht umfassend auswirkt (*vgl. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 23*). 22
- II. Der Vergütungsanspruch folgt auch nicht aus § 611 Abs. 1, § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB iVm. § 275 Abs. 1 BGB. Die Beklagte hat die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung weder allein noch weit überwiegend zu verantworten. 23
1. Nach § 275 Abs. 1 BGB führt die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zum Ausschluss des Leistungsanspruchs des Arbeitgebers. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf die Gegenleistung entfällt nach § 326 Abs. 1 BGB, bleibt aber gemäß § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB erhalten, wenn der Gläubiger für den 24

Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, aufgrund dessen der Schuldner nicht zu leisten braucht. Verantwortlich nach § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB meint Vertretenmüssen iSd. §§ 276, 278 BGB, dh. mindestens fahrlässiges Handeln (*BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 26 ff.*).

2. Der Anwendung von § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB im Arbeitsrecht steht § 615 BGB nicht entgegen. Die dienstvertraglichen Regeln des Annahmeverzugs verdrängen § 326 BGB nicht. Vielmehr ergänzen sich beide. Wird dem Arbeitnehmer die geschuldete Arbeitsleistung unmöglich, bestimmt sich die Rechtsfolge für seinen Vergütungsanspruch nach § 615 BGB, wenn sich der Arbeitgeber bei Eintritt der Unmöglichkeit im Annahmeverzug befindet, ansonsten nach § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB. Beruht die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung aufgrund ihres Fixschuldcharakters allein auf dem Zeitablauf, wird der Vergütungsanspruch - unabhängig vom Verschulden des Arbeitgebers - nach § 615 BGB aufrechterhalten, wenn die Voraussetzungen des Annahmeverzugs zur Zeit des Eintritts der Unmöglichkeit vorlagen. Fehlt es hieran, zB weil das Arbeitsverhältnis nicht erfüllbar war (*vgl. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 24 ff.*), ein Fall des § 297 BGB gegeben war (*vgl. BAG 23. September 2015 - 5 AZR 146/14 - Rn. 26*) oder der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung entgegen §§ 294 ff. BGB nicht angeboten hatte, kann der Vergütungsanspruch nach § 326 Abs. 2 BGB aufrechterhalten werden, wenn dessen Voraussetzungen (*BAG 23. September 2015 - 5 AZR 146/14 - Rn. 26*) erfüllt sind. 25

3. Die im Streitzeitraum 1. August 2009 bis 25. April 2013 fehlende arbeitsvertragliche Bindung der Parteien ist der Umstand iSd. § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB, auf den sich die Verantwortung der Beklagten beziehen muss. Sie führte zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung im Rückwirkungszeitraum. Die Beklagte war hierfür weder allein noch weit überwiegend verantwortlich. 26

a) Die Initiativlast für eine Wiedereinstellung liegt - vorbehaltlich einer abweichenden Rückkehrregelung (*vgl. BAG 14. Mai 1997 - 7 AZR 159/96 - zu 1 der Gründe, BAGE 85, 367; 29. September 2005 - 8 AZR 573/04 - Rn. 27*) - beim Arbeitnehmer, also hier beim Kläger. Er gab außergerichtlich kein Ver- 27

tragsangebot ab und holte dies auch mit der am 19. Januar 2009 eingereichten Klage nicht nach. Der Kläger genügte damit seiner Obliegenheit nicht.

aa) Dem Kläger stand es nach der SV frei, der Beklagten den Abschluss eines Arbeitsvertrags durch ein eigenes Angebot anzutragen und erforderlichenfalls mit einer Leistungsklage die Abgabe der Annahmeerklärung durch die Beklagte zu erwirken. Im Falle seines Obsiegens hätte mit Rechtskraft des Urteils die Fiktion der Annahmeerklärung der Beklagten nach § 894 Satz 1 ZPO unmittelbar zum Vertragsschluss geführt. 28

bb) Die Beklagte war zwar verpflichtet, das vom Kläger geforderte Angebot zum rückwirkenden Abschluss eines Arbeitsvertrags abzugeben. Weil sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist, wurde ihre Willenserklärung mit der Rechtskraft des Berufungsurteils fingiert. Der Vertragsschluss setzte jedoch zusätzlich die Annahme des Vertragsangebots durch den Kläger voraus. Diese lag außerhalb des Verantwortungsbereichs der Beklagten. 29

b) Die Initiativlast für den Abschluss des Arbeitsvertrags verblieb damit weiterhin beim Kläger. Die Beklagte war schon aus diesem Grund für den fehlenden Vertragsschluss, der zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung führte, weder allein noch weit überwiegend verantwortlich. Die Überlegung des Landesarbeitsgerichts, der Kläger hätte ein vor dem 1. August 2009 abgegebenes Angebot der Beklagten mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit noch vor dem 1. August 2009 angenommen, ist danach nicht entscheidungserheblich. Die Bewertung im Berufungsurteil hält zudem einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Sie wird, wie von der Beklagten zu Recht gerügt, von den tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht getragen. Die unterlassene Abgabe eines eigenen Vertragsangebots und die Antragstellung des Klägers im Vorprozess lassen die Schlussfolgerungen im Berufungsurteil nicht zu. 30

aa) Die Prüfung, ob ein verspätetes Angebot allein oder - ggf. in welchem Grad - mitursächlich für einen nur noch rückwirkend möglichen Vertragsschluss war, unterliegt der freien richterlichen Beweiswürdigung des Tatsachengerichts. 31

Nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann gewonnene Überzeugung des Berufungsgerichts von der Kausalität im Sinne einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit revisionsrechtlich nur darauf überprüft werden, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO mit dem Prozessstoff unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (*BAG 24. April 2008 - 8 AZR 257/07 - Rn. 26 ff.; 27. März 2014 - 6 AZR 989/12 - Rn. 37*).

bb) Das Landesarbeitsgericht hat entgegen § 286 ZPO den von ihm festgestellten Prozessstoff nur unvollständig gewürdigt. Es hat außer Acht gelassen, dass der Kläger, indem er selbst kein Vertragsangebot abgab, sondern im ersten Schritt nur die Abgabe einer Angebotserklärung von der Beklagten verlangte, noch nicht das endgültige Zustandekommen eines Arbeitsvertrags erstrebte. Das seiner Klage stattgebende Urteil ermöglichte es ihm, ohne schon mit dessen Rechtskraft vertraglich gebunden zu sein, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände frei über die erneute Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten zu entscheiden (*vgl. BAG 19. Oktober 2011 - 7 AZR 672/10 - Rn. 17, 26*). Wäre es dem Kläger um einen unmittelbaren Vertragsschluss gegangen, hätte er von der Beklagten die Annahme eines entsprechenden Vertragsangebots verlangt und hierauf geklagt. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Kläger im vorliegenden Verfahren mit Schriftsatz vom 29. November 2012 erklärten Annahme des vom Arbeitsgericht ausgeurteilten Vertragsangebots. Die - wie bereits ausgeführt - ins Leere gehende Erklärung entfaltete für den Kläger keine Bindungswirkung. Ob der Kläger ein Angebot der Beklagten annehmen würde, war bis zum tatsächlichen Vertragsschluss offen.

32

III. Der Kläger kann auch nicht aufgrund Schuldnerverzugs der Beklagten Schadensersatz wegen entgangener Vergütung nach § 280 Abs. 1 und Abs. 2, §§ 286, 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB verlangen. Hierauf kann im Streitfall als Anspruchsgrundlage neben § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht zurückgegriffen werden. Die Umstände, die zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung geführt

33

haben, sind identisch mit den Tatsachen, die einen möglichen Verzug der Beklagten mit der Abgabe des Vertragsangebots begründen (vgl. BAG 19. August 2015 - 5 AZR 975/13 - Rn. 36).

B. Die Anschlussrevision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht die Klage hinsichtlich der für den Zeitraum 26. April bis 31. Mai 2013 geltend gemachten Ansprüche abgewiesen. Der Kläger hat auch für diesen Zeitraum keinen Anspruch auf Vergütung. 34

I. Ein Vergütungsanspruch folgt nicht aus Annahmeverzug, § 611 Abs. 1, § 615 Satz 1 BGB. 35

1. Zwischen den Parteien wurde nicht bereits am 26. April 2013 ein Arbeitsverhältnis rückwirkend zum 1. August 2009 begründet. Der Kläger nahm das Vertragsangebot erst mit Unterzeichnung des Arbeitsvertrags am 9. Mai 2013 an. Die mit Schriftsatz vom 29. November 2012 erklärte Annahme war wirkungslos. Nach Rechtskraft der Entscheidung waren weder die Erklärung der Annahme des durch Urteil fingierten Vertragsangebots durch den Kläger noch - nach § 151 BGB - deren Zugang entbehrlich. 36

a) Nach § 151 Satz 1 BGB braucht die Annahme eines Vertragsangebots dem Antragenden gegenüber nicht erklärt zu werden, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Eine derartige Verkehrssitte kann im Allgemeinen bei unentgeltlichen Zuwendungen und bei für den Antragsempfänger lediglich vorteilhaften Rechtsgeschäften angenommen werden. Trifft dies zu, wird nur die Verlautbarung der Vertragsannahme gegenüber dem Antragenden entbehrlich, nicht aber die Annahme als solche. Auch im Falle des § 151 Satz 1 BGB ist ein als Willensbetätigung zu wertendes, nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsempfängers erforderlich, das vom Standpunkt eines unbeteiligten objektiven Dritten aufgrund aller äußeren Indizien auf einen wirklichen Annahmewillen schließen lässt (vgl. BAG 18. August 2011 - 8 AZR 312/10 - Rn. 30, BAGE 139, 52; 15. Mai 2012 - 3 AZR 610/11 - Rn. 56, BAGE 141, 222; BGH 37

12. Oktober 1999 - XI ZR 24/99 - zu II 2 der Gründe; 14. Oktober 2003 - XI ZR 101/02 - zu II 2 a der Gründe).

- b) Danach sind schon die Voraussetzungen für die Entbehrlichkeit einer Erklärung gegenüber der Beklagten nicht erfüllt. Die Beklagte hat hierauf nicht verzichtet. Auch aus der Verkehrssitte ergibt sich nicht, dass eine Annahmeerklärung entbehrlich gewesen wäre. Die - sofortige - Annahme des Vertragsangebots und damit Neubegründung des Arbeitsverhältnisses wäre für den Kläger nicht nur vorteilhaft gewesen. Er hätte vielmehr - was mit der von ihm gewählten Geltendmachung des Rückkehrrechts durch Verlangen (nur) der Abgabe eines Angebots und eine hierauf gerichtete Klage gerade vermieden wird (vgl. BAG 9. Februar 2011 - 7 AZR 91/10 - Rn. 20) - unmittelbar die aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Pflichten einhalten müssen. 38
- c) Es fehlte zudem bis zum 9. Mai 2013 an einer Annahme durch den Kläger. 39
- aa) In welchen Handlungen eine ausreichende Betätigung des Annahmewillens zu finden ist, kann grundsätzlich nur durch Würdigung des konkreten Einzelfalls entschieden werden. 40
- bb) Eine Annahme iSv. § 147 BGB war vor der durch Urteil fingierten Abgabe des Vertragsangebots nicht möglich. Sie kann deshalb in den Erklärungen des Klägers vor Rechtskraft des Berufungsurteils nicht gesehen werden. Eine Betätigung des Annahmewillens kann auch nicht darin gesehen werden, dass der Kläger das Vertragsangebot nach Rechtskraft der Entscheidung nicht ablehnte; der sofortige Vertragsschluss war für den Kläger nicht ausschließlich vorteilhaft. 41
2. Für den Zeitraum 26. April bis 8. Mai 2013 wurde das Arbeitsverhältnis damit nur rückwirkend begründet. Es war für den in der Vergangenheit liegenden Zeitraum nicht erfüllbar. 42
3. Nach Neubegründung des Arbeitsverhältnisses bot der Kläger seine Arbeitsleistung im Zeitraum 9. bis 31. Mai 2013 nicht an. 43

- a) Der Arbeitgeber kommt gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug, wenn er im erfüllbaren Arbeitsverhältnis die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) genügt, wenn der Arbeitgeber ihm erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen. Streiten die Parteien über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses, genügt ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers. Dieses kann darin liegen, dass der Arbeitnehmer gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses protestiert und/oder eine Bestandsschutzklage einreicht. Lediglich für den Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon ausgegangen, ein Angebot der Arbeitsleistung sei regelmäßig nach § 296 BGB entbehrlich. Zudem kann ein Angebot der Arbeitsleistung ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn offenkundig ist, dass der Arbeitgeber auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt, insbesondere er durch einseitige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit auf das Angebot der Arbeitsleistung verzichtet hat (*BAG 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 19*). 44
- b) Danach hätte der Kläger die Arbeitsleistung tatsächlich anbieten müssen. Der Bestand des neu begründeten Arbeitsverhältnisses stand zwischen den Parteien außer Streit. Die Beklagte erklärte nach Vertragsschluss nicht mehr, sie werde die Leistung des Klägers nicht annehmen oder sei nicht verpflichtet, ihn zu beschäftigen. Ein wörtliches Angebot (§ 295 BGB) - das der Kläger ebenfalls nicht abgegeben hat - hätte demnach nicht genügt. Ein Angebot war auch nicht ausnahmsweise entbehrlich, weil die Beklagte vor rechtskräftiger Entscheidung des Rückkehrrechtsstreits dessen Arbeitsleistung nicht angenommen hatte. Als der Kläger seine Arbeitsleistung anbot, bestand mangels eines bestehenden Arbeitsverhältnisses keine Obliegenheit der Beklagten, diese anzunehmen (*zum fehlenden Anspruch auf Beschäftigung vgl. BAG 17. März 2015 - 9 AZR 702/13 - Rn. 27, 28*). Nach Rechtskraft des Berufungsurteils stellte die Beklagte die Rückkehr des Klägers nicht mehr in Frage. 45

- II. Der Vergütungsanspruch wurde im Zeitraum 26. April bis 31. Mai 2013 nicht nach § 611 Abs. 1, § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB aufrechterhalten. Nicht die Beklagte, sondern allein der Kläger war für die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung verantwortlich iSv. § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB, indem er erst am 9. Mai 2013 das durch Urteil fingierte Vertragsangebot annahm und nach Vertragsschluss seine Arbeitsleistung nicht anbot. 46
- III. Der Kläger kann auch nicht aufgrund Schuldnerverzugs von der Beklagten Schadensersatz wegen entgangener Vergütung nach § 280 Abs. 1 und Abs. 2, §§ 286, 249 Abs. 1, § 251 Abs. 1 BGB verlangen. Die Beklagte hat ihre Verpflichtungen aus der Rückkehrzusage im Zeitraum 26. April bis 31. Mai 2013 nicht verletzt. Mit Rechtskraft der Berufungsentscheidung galt das Vertragsangebot der Beklagten als abgegeben. Der Kläger konnte das Angebot durch einfaches „Ja“ annehmen, ohne dass es weiterer Mitwirkungshandlungen der Beklagten, insbesondere eines von ihr formulierten Vertragsangebots bedurft hätte. 47
- C. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. 48

Müller-Glöge

Biebl

Weber

Kremser

Pollert