

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 15. Dezember 2022  
- 2 AZR 99/22 -  
ECLI:DE:BAG:2022:151222.U.2AZR99.22.0

I. Arbeitsgericht  
Frankfurt (Oder)

Urteil vom 26. Mai 2021  
- 6 Ca 1054/20 -

II. Landesarbeitsgericht  
Berlin-Brandenburg

Urteil vom 16. Dezember 2021  
- 10 Sa 871/21 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsübergang - Annahmeverzug

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 99/22

10 Sa 871/21

Landesarbeitsgericht

Berlin-Brandenburg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
15. Dezember 2022

## URTEIL

Freitag, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsklägerin und Anschluss-  
revisionsbeklagte,

pp.

Kläger, Berufungskläger, Revisionsbeklagter und Anschluss-  
revisionskläger,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 2022 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann und Dr. Schlünder sowie die ehrenamtliche Richterin Nielebock und den ehrenamtlichen Richter Prinz für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 16. Dezember 2021 - 10 Sa 871/21 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen bis zum 30. April 2021 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, sowie über Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüche. 1

Der Kläger arbeitete mit einer anerkannten Betriebszugehörigkeit seit 2. Oktober 2003 zuletzt als Hausleiter in dem von der Beklagten mit 21 Beschäftigten in F betriebenen Einrichtungshaus zu einem monatlichen Grundgehalt von 2.300,00 Euro brutto zuzüglich Überlassung eines Dienstwagens. 2

Ende 2019 entschied sich die Beklagte, den Betrieb des Einrichtungshauses zum 31. Mai 2020 aufzugeben und an die P Unternehmensgruppe zu veräußern. 3

Die Beklagte unterrichtete mit Schreiben vom 25. März 2020 alle Mitarbeiter gemäß § 613a Abs. 5 BGB über einen bevorstehenden Betriebsübergang zum 31. Mai 2020 auf die P GmbH (im Folgenden P Immobilien). Diese erwarb das Betriebsgrundstück vom Gesellschafter der Beklagten und sagte die Weiterbeschäftigung aller Mitarbeiter der Beklagten zu. 4

Die „P Gruppe“ gründete in der Folgezeit, ohne Kenntnis der Beklagten, für den tatsächlichen Betrieb des Einrichtungshauses eine eigene Gesellschaft, die P GmbH & Co. KG (im Folgenden P Markt), die am 27. April 2020 ins Handelsregister eingetragen wurde. 5

Der Kläger schloss am 19. Mai 2020 mit der P Markt einen Arbeitsvertrag, wonach er ab dem 1. Juni 2020 in dem bisherigen Möbelhaus als Verkäufer mit einer 6-monatigen Probezeit und einer monatlichen Vergütung von 2.000,00 Euro brutto tätig werden sollte. Dieses Arbeitsverhältnis kündigte die P Markt mit Schreiben vom 25. Mai 2020 zum 17. Juni 2020. In einem gerichtlichen Vergleich vereinbarte die P Markt mit dem Kläger ua. eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. Juni 2020 sowie die Zahlung einer Abfindung von 10.000,00 Euro brutto. 6

Mit einem an die Beklagte gerichteten Antwortschreiben vom 23. Juli 2020 widersprach der Kläger ua. vorsorglich einem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die P Markt und machte die Zahlung seiner Vergütung für die Monate Juni 2020 und Juli 2020 geltend. Daneben bat er um Mitteilung, wann und wo er seine Arbeit wieder aufnehmen könne. Mit Schreiben vom 3. August 2020 forderte die Beklagte den Kläger auf, das ihm überlassene Fahrzeug zurückzugeben. 7

Die Beklagte kündigte mit Schreiben vom 28. Oktober 2020 vorsorglich ein etwaiges Arbeitsverhältnis mit dem Kläger ordentlich zum 30. April 2021. Gegen diese Kündigung hat der Kläger keine Klage erhoben. 8

Der Kläger hat gemeint, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei nicht durch einen Betriebsübergang beendet worden. Die P Immobilien habe den Betrieb des Möbelhauses zu keinem Zeitpunkt geführt. Das Unterrichtungsschreiben sei deshalb nicht ordnungsgemäß und sein Widerspruch nicht verfristet. Für die Zeit vom 1. Juli 2020 bis 30. April 2021 sei die Beklagte zur Zahlung der nicht auf die Arbeitsverwaltung übergegangenen Vergütungsbestandteile sowie zur Abgeltung des noch offenen Urlaubs im Umfang von 22,91 Tagen verpflichtet. 9

Der Kläger hat zuletzt beantragt 10

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien bis zum 30. April 2021 fortbestanden hat;
2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 23.000,00 Euro brutto abzüglich 12.913,80 Euro netto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins auf 3.045,30 Euro ab dem 1. Oktober 2020,

- 1.015,10 Euro ab dem 1. November 2020,  
1.015,10 Euro ab dem 1. Dezember 2020,  
1.015,10 Euro ab dem 1. Januar 2021,  
998,90 Euro ab dem 1. Februar 2021,  
998,90 Euro ab dem 1. März 2021,  
998,90 Euro ab dem 1. April 2021,  
998,90 Euro ab dem 1. Mai 2021  
zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger weitere 2.431,98 Euro brutto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszins ab dem 1. August 2021 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB durch einen sog. Kettenbetriebsübergang - zunächst zum Ablauf des 31. Mai 2020 von der Beklagten auf die P Immobilien und nachfolgend auf die P Markt - beendet worden. Der Widerspruch vom 23. Juli 2020 sei verfristet, zumindest aber treuwidrig, da der Kläger durch den Vergleichsschluss mit der P Markt sein Widerspruchsrecht verwirkt habe. Vergütungsansprüche aus Annahmeverzug bestünden nicht. 11

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und der Klage bis auf Annahmeverzugsansprüche für den Zeitraum 1. Juli 2020 bis 7. August 2020 stattgegeben. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte eine Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, der Kläger mit seiner Anschlussrevision eine vollständige Stattgabe der Klage. 12

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Beklagten ist ebenso wie die Anschlussrevision des Klägers begründet. Die vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen tragen sein Urteil nicht. Da der Senat nicht selbst in der Sache entscheiden kann, ist das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). 13

- A. Die Revision der Beklagten ist ebenso wie die Anschlussrevision des Klägers zulässig. 14
- I. Die Zulässigkeit der Revision wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Landesarbeitsgericht in den - später berichtigten - Entscheidungsgründen seines Urteils ausführt, eine Zulassung der Revision komme nicht in Betracht, da die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorlägen und im Übrigen auf die Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde hinweist. Das Landesarbeitsgericht hat die Revision in dem verkündeten Tenor des Berufungsurteils zugelassen. Eine im Tenor unbeschränkt ausgesprochene Zulassung der Revision kann in den Entscheidungsgründen nicht mehr wirksam beschränkt (*BAG 2. Oktober 2018 - 5 AZR 376/17 - Rn. 11, BAGE 163, 326*) oder ausgeschlossen werden. 15
- II. Die Anschlussrevision ist ebenfalls zulässig. Sie ist innerhalb der Frist des § 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO beim Bundesarbeitsgericht eingegangen und so gleich begründet worden. 16
- B. Die Revision der Beklagten ist begründet. 17
- I. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft - wenn auch in den Gründen seines Urteils unausgesprochen - angenommen, das Arbeitsverhältnis der Parteien bestehe über den 31. Mai 2020 bis zum 30. April 2021 fort, weshalb dem Kläger auch die vom Berufungsgericht zugesprochenen Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüche zustünden. Die tatsächlichen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts rechtfertigen seine Annahme indes nicht. Das Berufungsgericht durfte weder einen Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf die P Immobilien gemäß § 613a Abs. 1 Satz 1 BGB ausschließen noch den von ihm erklärten Widerspruch iSv. § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB als rechtzeitig ansehen. 18
1. Das Landesarbeitsgericht hat unter Verletzung der Rechtsnorm des § 613a Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 und Abs. 6 Satz 1 BGB (*vgl. § 73 Abs. 1 Satz 1 ArbGG*) angenommen, das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 25. März 2020 sei unzureichend gewesen, weil die P Immobilien den Betrieb der Beklagten nicht übernommen habe, so dass sich der im Juli 2020 erfolgte Widerspruch 19

des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses noch als rechtzeitig erweise.

2. Damit geht das Berufungsgericht offenbar davon aus, dass tatsächlich ein Betriebsübergang stattgefunden hat. Anders kann die Prüfung der Verwirkung des Widerspruchsrechts nach § 613a Abs. 6 Satz 1 BGB nicht verstanden werden. Allerdings äußert sich das Landesarbeitsgericht nicht dazu, wer Betriebsübernehmer ist, sondern schließt nur die P Immobilien als Übernehmerin aus, da diese das Möbelhaus nicht „tatsächlich betrieben“ habe. Mit diesen Ausführungen kann in der konkreten Konstellation ein Betriebsübergang auf die P Immobilien aber nicht verneint werden. 20

a) § 613a BGB setzt voraus, dass ein „Betrieb“ oder ein „Betriebsteil“ auf einen neuen Inhaber übergeht. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist darunter der Übergang einer ihre Identität bewahrenden wirtschaftlichen Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit zu verstehen (*EuGH 27. Februar 2020 - C-298/18 - [Grafe und Pohle] Rn. 22; 13. Juni 2019 - C-664/17 - [Ellinika Nafpigeia] Rn. 36; vgl. auch BAG 22. Juli 2021 - 2 AZR 6/21 - Rn. 14*). Der Übergang eines Betriebs - verstanden als wirtschaftliche Einheit - ist anhand einer Gesamtabwägung verschiedener Teilaspekte festzustellen (*vgl. zuletzt EuGH 24. Juni 2021 - C-550/19 - [Obras y Servicios Públicos und Acciona Agua] Rn. 90; BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 61, BAGE 170, 244*). Eine vorübergehende Unterbrechung der Betriebstätigkeit schließt einen Betriebsübergang nicht aus, solange sie nicht zur Annahme einer Betriebsstilllegung führt (*vgl. EuGH 7. August 2018 - C-472/16 - [Colino Sigüenza] Rn. 42 ff.; 15. Juni 1988 - C-101/87 - [Bork International] Rn. 16*). 21

b) Ein Betriebsübergang kann auch in der Form erfolgen, dass die Arbeitsverhältnisse der betreffenden Arbeitnehmer zunächst auf einen ersten Erwerber und dann auf einen zweiten oder weitere Erwerber übergehen (*sog. Kettenbetriebsübergang, vgl. BAG 21. August 2014 - 8 AZR 619/13 - Rn. 29*). In einer solchen Situation kann der Arbeitnehmer ein etwa noch bestehendes Recht, dem durch den vorangegangenen Betriebsübergang eingetretenen Übergang seines 22

Arbeitsverhältnisses zu widersprechen, allerdings nur dann noch wirksam ausüben, wenn er erfolgreich dem mit dem weiteren Betriebsübergang verbundenen Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf den neuen Inhaber iSv. § 613a Abs. 6 Satz 2 BGB widersprochen hat (vgl. BAG 19. November 2015 - 8 AZR 773/14 - Rn. 21 ff., BAGE 153, 296).

c) Der bloße Umstand, dass die P Immobilien das Möbelhaus zu keinem Zeitpunkt „tatsächlich betrieben“ hat, genügt vorliegend nicht, um einen Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf diese Gesellschaft - jedenfalls als Zwischenerwerberin - auszuschließen. 23

aa) Das Landesarbeitsgericht geht selbst davon aus, dass es bezüglich des Betriebs „Möbelhaus“ nicht zu einer Stilllegung durch die Beklagte gekommen ist, die einen Betriebsübergang ausschliesse (vgl. BAG 14. Mai 2020 - 6 AZR 235/19 - Rn. 91, BAGE 170, 244), da es bei der Prüfung des vom Kläger erklärten Widerspruchs vom Vorliegen eines Betriebsübergangs ausgeht. Die - nicht eindeutig festgestellte - Unterbrechung der Betriebstätigkeit kann angesichts dessen nur „vorübergehend“ gewesen sein. 24

bb) Das Landesarbeitsgericht lässt bei seiner Prüfung unberücksichtigt, dass während einer nur vorübergehenden Unterbrechung der Betriebstätigkeit dem Kriterium der „tatsächlichen Führung“ des Betriebs für die Frage eines Betriebsübergangs nur nachrangige Bedeutung zukommen kann. Stattdessen hätte es eine Prüfung aller Gesamtumstände durchführen müssen, um festzustellen, ob, wann und auf wen ein Betriebsübergang stattgefunden hat. Dabei ist es nicht ausgeschlossen, dass auf die P Immobilien - als Zwischenerwerberin - zunächst ein Betriebsübergang stattgefunden hat und es in der Folgezeit - während der Unterbrechung der Betriebstätigkeit - zu einem weiteren Betriebsübergang auf die P Markt gekommen ist. Zu dieser nicht durchgeführten Prüfung bestand auch Veranlassung, da sich die Beklagte ausdrücklich auf einen „Kettenbetriebsübergang“ zunächst auf die P Immobilien und dann auf die P Markt berufen hat. 25



- cc) Weiter hätte das Landesarbeitsgericht in den Blick nehmen müssen, dass der Kläger mit Schreiben vom 23. Juli 2020 nur gegenüber der Beklagten - und nicht gegenüber der möglichen Zwischenerwerberin - dem Übergang seines Arbeitsverhältnisses auf die P Markt widersprochen hat. 26
3. Das Berufungsurteil erweist sich nicht - auch nicht teilweise - aus anderen Gründen als richtig (*vgl. § 561 ZPO*) und ist deshalb aufzuheben (*§ 562 Abs. 1 ZPO*). Solange der Übergang des Arbeitsverhältnisses des Klägers auf die P Immobilien nicht ausgeschlossen ist, kann jedenfalls der Bestand des Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der Beklagten bis 30. April 2021 nicht festgestellt werden. Die dem Kläger vom Landesarbeitsgericht zugesprochenen Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüche hängen vom Bestand des Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten bis zu diesem Zeitpunkt ab und würden bei einem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die P Immobilien ab dem 1. Juni 2020 entfallen, da es dann an einem wirksamen und rechtzeitigen Widerspruch des Klägers fehlen könnte. 27
- II. Der Senat kann nicht selbst in der Sache entscheiden, weshalb das Verfahren an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist (*vgl. § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO*). 28
1. Zur Frage eines Betriebsübergangs und eines rechtzeitigen bzw. wirksamen Widerspruchs des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses bedarf es weiterer Feststellungen des Landesarbeitsgerichts, zumal der Kläger das Vorliegen eines Betriebsübergangs insgesamt - auch auf die P Markt - bestreitet. Das Berufungsgericht hat insoweit nur festgestellt, dass sich die Beklagte entschlossen habe, den Betrieb des Einrichtungshauses zum 31. Mai 2020 aufzugeben und an die „P Unternehmensgruppe“ zu veräußern, wobei die P Immobilien das Betriebsgrundstück nicht von der Beklagten, sondern von deren Gesellschafter erworben und zugesagt habe, im Zuge der Betriebsfortführung auch alle Mitarbeiter der Beklagten weiterzubeschäftigen. Hinsichtlich der daraufhin tatsächlich erfolgten Geschehnisse hat das Landesarbeitsgericht keine Feststellungen getroffen. Das lässt keine Beurteilung zu, ob, wann und auf wen trotz einer 29

möglichen vorübergehenden Betriebsunterbrechung ein Betriebsübergang stattgefunden hat oder ob dies nicht der Fall war.

2. Davon hängt auch die Frage ab, ob Annahmeverzugs- und Urlaubsabgeltungsansprüche gegen die Beklagte überhaupt bestehen können. 30
3. Es kommt keine Abweisung des Antrags zu 1. aus prozessualen Gründen in Betracht. Das Landesarbeitsgericht hat allerdings keine Ausführungen zu diesem Antrag gemacht und die Frage eines Bestands des Arbeitsverhältnisses eher „inzident“ beantwortet. 31
- a) Der Klageantrag zu 1. ist auf die Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses in der Vergangenheit gerichtet, obwohl nach § 256 Abs. 1 ZPO eine Feststellungsklage grundsätzlich den gegenwärtigen Bestand eines Rechtsverhältnisses betreffen muss. 32
- b) Trotz des Vergangenheitsbezugs des Antrags besteht das besondere Feststellungsinteresse aber in den Fällen, in denen sich - wie im Streitfall - aus ihm Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft, insbesondere mögliche Ansprüche auf Vergütung ergeben können (*BAG 24. Mai 2022 - 9 AZR 337/21 - Rn. 37*). 33
4. Ebenso wenig kommt eine Abweisung des Antrags zu 3. (Urlaubsabgeltung) und von Teilen des Antrags zu 2. (Annahmeverzugsvergütung für Februar bis April 2021) aus prozessualen Gründen in Betracht. 34
- a) Allerdings fehlen auch hier Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur Klageerweiterung in der Berufungsinstanz, mit welcher der Kläger - über die zuvor eingeklagten Beträge hinaus - Annahmeverzugsvergütung auch für die Monate Februar bis April 2021 und Urlaubsabgeltung geltend gemacht hat. Das Berufungsgericht hat möglicherweise nicht erkannt, dass der Kläger im Rahmen seiner Berufung eine Klageerweiterung vorgenommen hat. Jedenfalls indem er den neuen Streitgegenstand „Urlaubsabgeltung“ damit eingeführt hat, handelt es sich um eine Klageänderung iSv. § 263 ZPO. 35

- b) Soweit das Berufungsgericht die Sachdienlichkeit der Klageänderung iSv. § 533 Nr. 1 ZPO - wie hier - nicht geprüft hat, kann diese Frage offenbleiben, da sich die Beklagte im Berufungsverfahren jedenfalls auf die abgeänderte Klage eingelassen hat, ohne der Änderung zu widersprechen (*vgl. § 533 Nr. 1, § 267 ZPO*). 36
- c) Auch das Vorliegen der Voraussetzungen des § 533 Nr. 2 ZPO ist zu bejahen. Die Abweisung der vom Kläger in der Berufungsinstanz vorgenommenen Klageerweiterung wäre nur in Betracht gekommen, wenn für die Entscheidung über diesen Streitgegenstand Vorbringen erforderlich gewesen wäre, das unter den Voraussetzungen des § 67 Abs. 4 ArbGG nicht hätte berücksichtigt werden können (*vgl. dazu BAG 9. Februar 2022 - 5 AZR 347/21 - Rn. 23 f.*). Der Kläger hat den Vortrag zu seiner Klageerweiterung aber bereits in der Berufungsbegründung gehalten. 37
- III. Die Anschlussrevision des Klägers ist ebenfalls begründet. 38
1. Das Landesarbeitsgericht hat unter Verletzung der Rechtsnormen der §§ 294 ff. BGB (*vgl. § 73 Abs. 1 Satz 1 ArbGG*) angenommen, dem Kläger stehe für den Zeitraum 1. Juli 2020 bis 7. August 2020 keine Annahmeverzugsvergütung gegen die Beklagte zu, da er seine Arbeitsleistung der Beklagten tatsächlich und nicht nur wörtlich habe anbieten müssen. Ferner hat es für den Zeitraum vom 8. August 2020 bis 31. Dezember 2020 unter Zugrundelegung eines Arbeitslosengeldes von 42,54 Euro täglich einen zu hohen Abzugsbetrag an erhaltenem Arbeitslosengeld des Klägers angesetzt. 39
2. Das Landesarbeitsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, zur Begründung des Annahmeverzugs genüge im vorliegenden Fall - für den Zeitraum 1. Juli 2020 bis 7. August 2020 - ein wörtliches Angebot nicht, sondern es sei „im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis“ - bis zur Rückforderung des Dienstwagens durch die Beklagte - ein tatsächliches Angebot des Klägers nach § 294 BGB erforderlich gewesen (*zu den grundsätzlichen Maßstäben für Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis vgl. zuletzt BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 15 mwN*). Mit diesen Ausführungen betreffend ein „unstreitig bestehendes Arbeits- 40

verhältnis“ ignoriert das Berufungsgericht die eigenen Feststellungen, wonach sich die Beklagte auf den Standpunkt gestellt hat, das Arbeitsverhältnis der Parteien sei gemäß § 613a BGB durch einen Betriebsübergang zum Ablauf des 31. Mai 2020 beendet worden. Insoweit ist es auch verfehlt, wenn das Landesarbeitsgericht weiter ausführt, „nach den obigen Feststellungen (sowie nach dem Verständnis des Klägers)“ habe im Klagezeitraum ein Arbeitsverhältnis bestanden. Das wird von der Beklagten gerade in Abrede gestellt und ist nicht „unstreitig“.

3. Das den Annahmeverzugsanspruch abweisende Urteil des Landesarbeitsgerichts erweist sich auch für den Zeitraum 1. Juli 2020 bis zum Eingang des Schreibens des Klägers vom 23. Juli 2020 bei der Beklagten nicht aus anderen Gründen als richtig (*vgl. § 561 ZPO*), weil es an einem wörtlichen Angebot der Arbeitsleistung des Klägers gefehlt hätte. Das Landesarbeitsgericht hat nicht genügend das Unterrichtungsschreiben der Beklagten vom 25. März 2020 in den Blick genommen. Das Schreiben belegt, dass die Beklagte die Annahme der Arbeitsleistung des Klägers ablehnt (*vgl. § 295 BGB*) und es nicht einmal eines wörtlichen Angebots bedurfte, um Annahmeverzug der Beklagten zu begründen. 41

a) Die Beklagte hat dem Kläger in dem Unterrichtungsschreiben vom 25. März 2020 mitgeteilt, dass sie ihren Geschäftsbetrieb zum 31. Mai 2020 einstelle, sie mit diesem Datum aus dem Arbeitsverhältnis mit dem Kläger ausscheide und die P Immobilien in ihre Arbeitgeberstellung eintrete. Die Leitung des Betriebs werde von der neuen Arbeitgeberin ausgeübt und das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten erlösche. Für den Fall eines Widerspruchs könne der Kläger bei der Beklagten auf seinem bisherigen Arbeitsplatz nicht mehr beschäftigt werden, so dass voraussichtlich eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen werden müsse. 42

b) In dieser Konstellation bedarf es keines tatsächlichen oder wörtlichen Angebots des Arbeitnehmers zur Begründung des Annahmeverzugs (*vgl. BAG 22. Oktober 2009 - 8 AZR 766/08 - Rn. 17*). Erklärt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer vor dem Betriebsübergang, dass eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit wegen des Wegfalls seines Arbeitsplatzes nicht mehr gegeben ist, so macht er 43

damit deutlich, der ihm obliegenden Mitwirkungshandlung nicht nachkommen zu wollen. Er gerät damit in Annahmeverzug, ohne dass es noch eines Angebots der Arbeitsleistung von Seiten des Arbeitnehmers bedürfte (*BAG 27. November 2008 - 8 AZR 1021/06 - Rn. 49; 24. Juli 2008 - 8 AZR 1020/06 - Rn. 49*).

c) Das wird nicht durch die Mitteilung der Beklagten in Frage gestellt, wonach der Kläger auf seinem „bisherigen“ Arbeitsplatz nicht mehr beschäftigt werden könne und bei einem Widerspruch „voraussichtlich“ eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen werde. Die Beklagte kündigt dem Kläger die Schließung ihrer Betriebsstätte an, ohne eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit zu benennen oder eine solche - vorsorglich - zuzuweisen. Damit stellt die Beklagte nicht klar, dass der Kläger bei einem Widerspruch gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses tatsächlich beschäftigt würde. 44

4. Das Landesarbeitsgericht hat die für den Zeitraum vom 8. August 2020 bis 31. Dezember 2020 zuerkannten Annahmeverzugsansprüche zudem fehlerhaft berechnet. Es ist zu Lasten des Klägers von einem unzutreffenden Arbeitslosengeldbezug ausgegangen (1.301,10 Euro statt 1.284,90 Euro pro Monat). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger ein Arbeitslosengeld von 42,54 Euro täglich erhalten. Wird das Arbeitslosengeld für einen vollen Monat gezahlt, ist dieser mit 30 Tagen anzusetzen (§ 154 Satz 2 SGB III). Dies ergibt einen Anrechnungsbetrag von 1.276,20 Euro pro Monat. Dass der Kläger sogar einen Anrechnungsbetrag von 1.284,90 Euro pro Monat hinnimmt, beruht darauf, dass er selbst - vom Landesarbeitsgericht erneut unbeachtet - auf einen rückwirkenden Änderungsbescheid der Agentur für Arbeit hingewiesen hat, wonach sein Arbeitslosengeld ab Juli 2020 auf 42,83 Euro pro Tag erhöht wurde. Der vom Landesarbeitsgericht angerechnete Betrag von 1.301,10 Euro monatlich ist rechnerisch erst ab dem 1. Januar 2021 in Abzug zu bringen, weil sich das Arbeitslosengeld des Klägers auf 43,37 Euro täglich erhöhte. 45

5. Der Senat kann bezüglich der Anschlussrevision des Klägers nicht in der Sache selbst entscheiden (*vgl. § 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO*). Ob dem Kläger überhaupt Annahmeverzugsansprüche für den Zeitraum 1. Juli 2020 bis 7. August 2020 zustehen, hängt vorrangig davon ab, ob zwischen den Parteien in die- 46

sem Zeitraum noch ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Zur Frage eines Betriebsübergangs und eines rechtzeitigen bzw. wirksamen Widerspruchs des Klägers gegen den Übergang seines Arbeitsverhältnisses bedarf es weiterer Feststellungen des Landesarbeitsgerichts (*Rn. 23 ff., 29*).

IV. Sollte das Landesarbeitsgericht im fortgesetzten Berufungsverfahren 47  
zum Ergebnis kommen, dass zwischen den Parteien bis 30. April 2021 - mangels Betriebsübergangs oder wegen eines wirksamen Widerspruchs des Klägers - ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, wird es sich mit folgenden weiteren Fragen zu befassen haben:

1. Die Beklagte hat in beiden Vorinstanzen geltend gemacht, selbst wenn 48  
ein Arbeitsverhältnis der Parteien bis 30. April 2021 bestanden habe und ein Angebot der Arbeitsleistung durch den Kläger entbehrlich gewesen sei, stehe ihm der geltend gemachte Annahmeverzug auch deshalb nicht zu, da er anderweitigen Erwerb gehabt habe - nämlich die gegenüber der P Markt erzielte Abfindung von 10.000,00 Euro - beziehungsweise anderweitiger Erwerb vom Kläger böswillig unterlassen worden sei. Zur Begründung hat sich die Beklagte auf einen Vermittlungsvorschlag der Agentur für Arbeit vom 16. September 2020 sowie die ihrer Ansicht nach unzureichenden Angaben des Klägers zu weiteren Vermittlungsvorschlägen oder Eigenbemühungen bezogen. Mit diesem jedenfalls nicht offensichtlich unbeachtlichen Vorbringen hat sich das Berufungsgericht bisher nicht befasst.

2. Sollte das Landesarbeitsgericht dem Kläger erneut Annahmeverzugsan- 49  
sprüche zuerkennen, wird es - um einen wiederholten Verstoß gegen den Antragsgrundsatz (§ 308 Abs. 1 Satz 2 ZPO) zu vermeiden - zu berücksichtigen haben, dass der Kläger mit seinen Anträgen gestaffelte Zinsen für einen ersten (zusammengefassten) Teilbetrag erst ab dem 1. Oktober 2020 und nicht bereits seit dem 1. September 2020 geltend macht. Daneben wird es eine Begründung dafür nachzuholen haben, warum es dem Kläger Zinsen für die monatlichen Annahmeverzugsbeträge bereits ab dem 1. des Folgemonats zuspricht, obwohl nach § 3 Nr. 2 des Arbeitsvertrags der Parteien die Vergütung jeweils zum 10. des Folgemonats zu zahlen ist, und aus welchen Gründen der Kläger, der Zinsen aus

der Bruttovergütung abzüglich erhaltenen (Netto-)Arbeitslosengeldes verlangt, lediglich Zinsen „auf den sich ergebenden Nettobetrag“ beanspruchen kann. Der Arbeitnehmer kann die Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB vielmehr aus der in Geld geschuldeten Bruttovergütung beanspruchen (*BAG 7. März 2001 - GS 1/00 - BAGE 97, 150*).

V. Das Landesarbeitsgericht hat auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu entscheiden. 50

Koch

Niemann

Schlünder

Prinz

Nielebock