

**Titel:**

**Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers bei Widerspruch nach Betriebsübergang**

**Normenketten:**

BGB § 613a

EFZG § 3

**Leitsätze:**

1. Ein wirksamer, erst nach einem Betriebsübergang erklärter Widerspruch des Arbeitnehmers wirkt auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück, mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis mit dem früheren Arbeitgeber über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs hinaus unverändert fortbesteht. Ist der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit für den Betriebserwerber tätig geworden, richten sich die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber nach den Grundsätzen des fehlerhaften bzw. faktischen Arbeitsverhältnisses. (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)

2. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber beginnt frühestens mit dem Betriebsübergang auf den Erwerber. Der insoweit maßgebliche Zeitpunkt wird bestimmt durch die Übernahme der tatsächlichen Leitungsmacht und damit die Führung des Betriebes durch den Betriebserwerber. (Rn. 25) (redaktioneller Leitsatz)

3. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis endet mit seiner Außerdienstsetzung, die erst mit der Erklärung des Widerspruches gegen den Betriebsübergang und der Einstellung der Arbeit für den Erwerber erfolgen kann. Sie kann aber auch schon früher erfolgen, wenn der Arbeitnehmer bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Arbeit einstellt, weil er arbeitsunfähig erkrankt oder einen Urlaub antritt und der Widerspruch gegen den Betriebsübergang vor Wiederaufnahme der Arbeit erfolgt. (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Betriebserwerber, Betriebsübergang, Widerspruch, Arbeitnehmer, Arbeitsleistung, fehlerhaftes Arbeitsverhältnis, Außerdienstsetzung, Darlegungs- und Beweislast

**Vorinstanz:**

ArbG Nürnberg, Urteil vom 16.03.2021 – 14 Ca 3512/20

**Rechtsmittelinstanz:**

BAG, Beschluss vom 21.07.2022 – 2 AZN 801/21

**Tenor**

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 16.03.2021 - 14 Ca 3512/20 - aufgehoben und die Klage abgewiesen.

II. Die Anschlussberufung wird zurückgewiesen.

III. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreites - beide Rechtszüge - zu tragen.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

**Tatbestand**

1

Die Parteien streiten um Vergütungsansprüche gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht.

2

Der 1957 geborene Zedent war bei der Schuldnerin nach dem Arbeitsvertrag vom 29.09.2004 (Bl. 68 ff der Akte) seit 04.10.2004 als technischer Koordinator beschäftigt mit einem monatlichen Bruttoarbeitsentgelt von 6.100,00 € zuzüglich des privaten Nutzungsvorteiles aus einem zur Verfügung gestellten Dienstwagen.

3

Mit Beschluss des Amtsgerichtes Ansbach, Abteilung für Insolvenzverfahren vom 27.11.2018 wurde die vorläufige Insolvenzverwaltung über das Vermögen der Schuldnerin angeordnet und der Kläger zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. In der Folgezeit suchte er einen Investor. Mit Beschluss des Amtsgerichtes Ansbach, Abteilung für Insolvenzverfahren vom 01.02.2019 (Bl. 6 ff der Akte) wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Unternehmensübertragungsvertrag vom 06.02./07.02.2019 (Bl. 61 ff der Akte) veräußerte er das Unternehmen der Schuldnerin im laufenden Betrieb an die Beklagte. Stichtag war nach Ziffer II. des Vertrages der 01.02.2019. In Ziffer IV. des Vertrages war der Übergang der Arbeitsverhältnisse auf die Beklagte nach § 613a BGB vorgesehen. Die dort auch vereinbarte gemeinsame Information der Arbeitnehmer nach § 613a Abs. 5 BGB erfolgte nicht.

#### 4

Der Zedent arbeitete am 01.02.2019. Danach erlitt er einen Unfall und war jedenfalls bis einschließlich 31.03.2019 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Die Beklagte erteilte dem Kläger die Abrechnung der Bezüge für Februar 2019 vom 14.03.2019 (Bl. 10 der Akte), leistete aber keine Zahlung. Sie bezahlte auch den Kaufpreis für das Unternehmen nicht an den Kläger. Der Kläger trat daraufhin mit Schreiben vom 30.03.2019 vom Kaufvertrag zurück. Der Zedent widersprach dem Betriebsübergang am 01.04.2019. Die Schuldnerin erteilte dem Zedenten Abrechnung der Bezüge für März 2019 vom 15.05.2019 (Bl. 11 der Akte) und zahlte die rückständigen Gehälter für Februar und März an den Zedenten aus. Mit Abtretungsvereinbarung vom 31.07./01.08.2019 (Bl. 12 der Akte) trat der Zedent seine Nettogehaltsforderung gegen die Beklagte für die beiden Monate an den Kläger ab.

#### 5

Nach fruchtlosem außergerichtlichen Schriftverkehr machte der Kläger einen Teilbetrag von 6.922,66 € aus abgetretenem Recht gegenüber der Beklagten am 30.06.2020 gerichtlich geltend.

#### 6

Die Beklagte bestritt einen Übergang des Arbeitsverhältnisses des Zedenten nach § 613a BGB. Der Kläger habe auch nach dem 01.02.2019 weiter die Geschäfte der Schuldnerin geführt und habe das Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern ausgeübt. Sie machte ferner geltend, der Kläger habe auf eigene Schuld bezahlt. Mit dem fristgerechten Widerspruch des Zedenten gegen den Betriebsübergang sei das Arbeitsverhältnis des Zedenten beim Kläger verblieben und zu keinem Zeitpunkt auf die Beklagte übergegangen. Der Kläger sei Schuldner der Entgeltforderungen des Zedenten und schulde diesem Annahmeverzugslohn nach § 615 BGB. Die Gehaltszahlungen des Klägers seien auf eigene Schuld des Klägers erfolgt, nicht auf Schuld der Beklagten. Es habe kein „faktisches Arbeitsverhältnis“ zwischen dem Zedenten und der Beklagten bestanden. Es sei auch mit Nichtwissen zu bestreiten, dass der Zedent seine Arbeitsleistung für die Beklagte erbracht habe.

#### 7

Mit Urteil vom 16.03.2021 verurteilte das Erstgericht die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung. Zur Begründung führte es aus, dass in Folge des Widerspruches des Zedenten gegen den Betriebsübergang dessen Arbeitsverhältnis weiter von Anfang an über den 01.02.2019 hinaus mit der Schuldnerin bestanden habe. Die rechtliche Beziehung des Zedenten zur Beklagten richte sich nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses. Der Zedent behalte danach seinen Anspruch auf Vergütung für geleistete Arbeit gegen die Beklagte. Jedenfalls habe er nach Erklärung der Klägervertreterin in der mündlichen Verhandlung vom 02.11.2021 während der Arbeitsunfähigkeit jederzeit telefonisch zur Verfügung gestanden. Dieser Anspruch sei wirksam abgetreten worden an den Kläger mit der Abtretungsvereinbarung vom 31.07./01.08.2019. Der Kläger sei nicht in Annahmeverzug gewesen und habe auch nicht auf eigene Schuld gezahlt.

#### 8

Das Urteil vom 16.03.2021 wurde der Beklagten am 12.04.2021 zugestellt. Sie legte am 16.04.2021 dagegen Berufung ein und begründete diese am 11.06.2021. Der Kläger legte am 02.08.2021 Anschlussberufung ein.

#### 9

Die Beklagte trägt in der Berufung vor:

#### 10

Das Erstgericht habe verfehlt entschieden. Es habe verkannt, dass dem Zedenten Annahmeverzugsansprüche gegen den Kläger zugestanden hätten. Mit der Unterrichtung über einen Betriebsübergang gebe der bisherige Betriebsinhaber zu verstehen, dass bei ihm eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit nicht mehr bestehe. Dadurch fehle es an der nach § 296 BGB gebotenen Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers. Die Annahmeverzugsansprüche des Zedenten seien mit der Zahlung durch den Kläger erloschen. Damit seien auch etwaige Vergütungsansprüche des Zedenten gegen die Beklagte aus faktischem Arbeitsverhältnis erloschen. Ein solches habe auch gar nicht bestanden. Am 01.02.2019 habe der Zedent zwar gearbeitet, aber nicht für die Beklagte. Das Insolvenzverfahren sei am 01.02.2019 erst um 12:00 Uhr mittags eröffnet worden. Der Zedent habe ohne Kenntnis davon nachmittags weitergearbeitet für die Schuldnerin, nicht für die Beklagte. Ab 02.07.2019 sei der Zedent arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Ein tatsächliches Involzugsetzen eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Zedenten und ihr, der Beklagten, sei aber frühestens mit der Unterzeichnung des Unternehmenskaufvertrages am 07.02.2019 möglich gewesen. Abgesehen davon handele es sich nach der Rückabwicklung des Unternehmenskaufvertrages bei den von der Beklagten vermeintlich zu zahlenden Löhnen um Verwendungen, die vom Kläger zu ersetzen wären. Der Forderung stehe daher auch die Einrede des „Dolo agit“ entgegen.

#### **11**

Die Beklagte, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte beantragt,

Das am 16.03.2021 verkündete und am 12.04.2021 zugestellte Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg zu Az. 14 Ca 3512/20 wird aufgehoben und die Klage abgewiesen.

sowie

Die Anschlussberufung wird zurückgewiesen.

#### **12**

Der Kläger, Berufungsbeklagte und Anschlussberufungskläger stellt folgende Anträge:

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 16.03.2021, Az. 14 Ca 3512/20 wird zurückgewiesen.

2. Hilfsweise für den Fall der Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils:

Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird die Beklagte verurteilt, an den Kläger weitere EUR 500,00 zu zahlen.

3. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

#### **13**

Der Kläger verteidigt in der Berufung das erstinstanzliche Urteil.

#### **14**

Es gehe um einen abgetretenen Anspruch auf Arbeitsvergütung, nicht um Annahmeverzugslohn. Solche Ansprüche bestünden gegen den Kläger auch nicht. Der Zedent habe seine Arbeitsleistung nicht beim Kläger angeboten. Der Kläger habe die Arbeitnehmer auch nicht vor dem Betriebsübergang über diesen informiert. Damit habe er auch keine gebotene Mitwirkungshandlung verweigert.

#### **15**

Die Rechtsbeziehung zwischen dem Betriebserwerber und dem Arbeitnehmer bei Widerspruch des Arbeitnehmers gegen den Betriebsübergang beurteile sich nach den Grundsätzen des faktischen Arbeitsverhältnisses. Danach schulde die Beklagte den Arbeitnehmern Arbeitsvergütung. Die Einrede des Dolo agit bestehe nicht und sei verspätet erhoben worden.

#### **16**

Die abgetretene Forderung sei fehlerhaft um 500,00 € zu niedrig berechnet worden. Mit der Anschlussberufung sei der Fehlbetrag noch geltend zu machen.

#### **17**

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Berufungsbegründung vom 11.06.2021 (Bl. 253 ff der Akte) und den weiteren Schriftsatz vom 20.08.2021 (Bl. 304 ff der Akte) sowie die

Berufungserwidern und Anschlussberufung mit Schriftsatz vom 02.08.2021 (Bl. 280 ff der Akte) sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

## **Entscheidungsgründe**

**18**

I. Die Berufung ist zulässig.

**19**

Die Berufung ist statthaft nach §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 2b ArbGG, § 511 Abs. 1 ZPO.

**20**

Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden nach § 66 Abs. 1

**21**

ArbGG, §§ 519, 520 ZPO.

**22**

Auch die Anschlussberufung ist zulässig.

**23**

II. Die Berufung ist begründet. Das Ersturteil war abzuändern und die Klage abzuweisen. Der Kläger hat keinen Entgeltanspruch gegen die Beklagte aus abgetretenem Recht nach § 611a BGB i.V.m. § 398 BGB. Der Zedent war nicht Inhaber eines Anspruches auf Vergütung gegen die Beklagte, den er an den Kläger hätte wirksam abtreten können.

**24**

1. Nach der Rechtsprechung des BAG wirkt ein wirksamer, erst nach einem Betriebsübergang erklärter Widerspruch des Arbeitnehmers auf den Zeitpunkt des Betriebsübergangs zurück, mit der Folge, dass das Arbeitsverhältnis mit dem früheren Arbeitgeber über den Zeitpunkt des Betriebsübergangs hinaus unverändert fortbesteht, BAG, Urteil vom 23.07.2009 - 8 AZR 538/08 -, Rn. 51, zitiert nach juris. Ist der Arbeitnehmer in der Zwischenzeit für den Betriebserwerber tätig geworden, richten sich die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber nach den Grundsätzen des fehlerhaften bzw. faktischen Arbeitsverhältnisses, LAG Nürnberg, Urteil vom 05.10.2011 - 2 Sa 765/10 -, Rn. 26 zitiert nach juris.

**25**

2. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebserwerber beginnt frühestens mit dem Betriebsübergang auf den Erwerber. Der insoweit maßgebliche Zeitpunkt wird bestimmt durch die Übernahme der tatsächlichen Leitungsmacht und damit die Führung des Betriebes durch den Betriebserwerber. Nach der Rechtsprechung des BAG tritt mit dem Wechsel in der Person des Betriebsinhabers der Betriebsübergang ein, also mit dem Wechsel der Person, die für den Betrieb der übertragenen Einheit als Inhaber verantwortlich ist. Verantwortlich ist die Person, die den Betrieb im eigenen Namen führt und nach außen hin als Betriebsinhaber auftritt. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem der neue Inhaber die Geschäftstätigkeit tatsächlich weiterführt. Einer besonderen Übertragung einer irgendwie gearteten Leitungsmacht bedarf es wegen des Merkmals der Fortführung des Betriebs nicht. Der bisherige Inhaber muss seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb einstellen, BAG, Urteil vom 21.02.2008 - 8 AZR 77/07 -, Rn. 19, zitiert nach juris.

**26**

Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der Kläger die Darlegungs- und im Bestreitensfall die Beweislast dafür, dass und zu welchem Zeitpunkt er seine wirtschaftliche Betätigung in dem Betrieb eingestellt hat und die Beklagte die Leitungsmacht in dem fortgeführten Betrieb übernommen und ausgeübt hat und dem Kläger deshalb Entgeltansprüche gegen die Beklagte zustehen können nach den Grundsätzen des fehlerhaften Arbeitsverhältnisses.

**27**

3. Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis endet mit seiner Außerfunktionssetzung. Diese Außerfunktionssetzung kann erst mit der Erklärung des Widerspruches gegen den Betriebsübergang und der Einstellung der Arbeit für den Erwerber erfolgen. Sie kann aber auch schon früher erfolgen, wenn der Arbeitnehmer bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Arbeit einstellt, weil er arbeitsunfähig erkrankt oder einen Urlaub antritt und der

Widerspruch gegen den Betriebsübergang vor Wiederaufnahme der Arbeit erfolgt. In diesem Fall besteht keine Notwendigkeit, vom allgemeinen Grundsatz der Rückwirkung der vertragsvernichtenden Erklärung abzuweichen wegen der sich dann ergebenden Rückabwicklungsschwierigkeiten, wenn es um die Bewertung des zu leistenden Wertersatzes für die erbrachte Arbeitsleistung geht. Denn bei dem Arbeitnehmer, der wegen Arbeitsunfähigkeit oder Urlaub keine Arbeitsleistung erbringt, ergeben sich keine derartigen Bewertungsprobleme im Rahmen von § 818 Abs. 2 BGB, BAG, Urteil vom 03.12.1998 - 2 AZR 754/97 -, Rn. 17, 18, zitiert nach juris, und im Anschluss daran LAG Nürnberg, Urteil vom 28.08.2003 - 8 Sa 142/03 -, Rn. 25, zitiert nach juris.

**28**

4. Für den vorliegenden Fall ergibt sich hieraus:

**29**

Unstreitig hat der Zedent dem Betriebsübergang auf die Beklagte in Schriftform am 01.04.2019 widersprochen. Damit ist sein Arbeitsverhältnis von Anfang an nicht auf die Beklagte übergegangen.

**30**

Ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis mit der Beklagten hat am 01.02.2019 nicht bestanden. Der Kläger, der aus abgetretenem Recht klagt, ist nach allgemeinen Grundsätzen in der Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er mit der Abtretung auch eine Forderung erworben hat, hier den Vergütungsanspruch des Zedenten für geleistete Arbeit nach § 611a BGB gegen die Beklagte als Betriebserwerber. Die Beklagte hat bestritten, dass sie am 01.02.2019 die Führungsmacht im Betrieb übernommen und der Kläger seine wirtschaftliche Betätigung eingestellt hat. Der Kläger hat zur tatsächlichen Übernahme der Leitungsmacht durch die Beklagte und den genauen Zeitpunkt nicht vorgetragen. Er hat nur auf den im Unternehmenskaufvertrag vereinbarten Stichtag des 01.02.2019 verwiesen. Auf den vertraglich vereinbarten Stichtag kommt es für den Betriebsübergang jedoch nicht an. Aus den im Verfahren vorgelegten Unterlagen ergibt sich eine tatsächliche Übernahme der Leitungsmacht durch den Beklagten am 01.02.2019 ebenfalls nicht. Mit E-Mail vom 04.03.2019 (Bl. 66 der Akte) beförderte die Beklagte eine Mitarbeiterin zur stellvertretenden Produktionsleiterin. Dies ist ein deutliches Indiz für die Übernahme der tatsächlichen Leitungsmacht durch die Beklagte spätestens ab diesem Zeitpunkt. Ferner sprechen auch für die tatsächliche Übernahme der Leitungsmacht durch die Beklagte auch die am 14.03.2019 von der Beklagten erteilten Bezügeabrechnungen für den Zedenten (Bl. 10 der Akte) und die genannte Mitarbeiterin (Bl. 74 der Akte). Mit E-Mail vom 20.02.2019 (Bl. 154 der Akte) erteilte die Beklagte der genannten Mitarbeiterin auch eine arbeitsbezogene Weisung. Auch dies ist ein Indiz eine Übernahme der tatsächlichen Leistungsmacht durch die Beklagte. Es wird aber daraus nicht ersichtlich, dass schon am Freitag, den 01.02.2019 eine tatsächliche Übernahme der Leitungsmacht durch die Beklagte und damit ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis zwischen dem Zedenten und der Beklagten bestanden haben könnte.

**31**

Damit ist für die Entscheidungsfindung davon auszugehen, dass im Ergebnis kein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis zwischen dem Zedenten und der Beklagten bestanden hat. Denn bereits ab Montag, den 04.02.2019 war der Zedent arbeitsunfähig erkrankt und blieb arbeitsunfähig bis zur Erklärung des Widerspruches gegen den Betriebsübergang. Damit gab es jedenfalls ab 04.02.2019 kein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis, weil es zu diesem Zeitpunkt bereits außer Vollzug gesetzt war.

**32**

Nachdem ein fehlerhaftes Arbeitsverhältnis zwischen dem Zedenten und der Beklagten nicht ersichtlich geworden ist, konnte der Zedent auch keine Arbeitsvergütung oder eine Lohnersatzleistung daraus an den Kläger abtreten.

**33**

Auf die Berufung hin war das Urteil des Erstgerichtes abzuändern und die Klage abzuweisen. Die Anschlussberufung war zurückzuweisen.

**34**

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

**35**

IV. Die Revision war nicht zuzulassen nach § 72 Abs. 1 und 2 Nr. 1 ArbGG.