

# Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Der Betriebsübergang	20
II. Die Leiharbeit	23
III. Die Leiharbeit im Betriebsübergang	29
IV. Der Gang der Bearbeitung	31
B. Der Forschungsstand zur Leiharbeit im Betriebsübergang	35
I. Der Übergang des Verleiherbetriebs nach bisherigem Verständnis	36
II. Der Übergang des Entleiherbetriebs nach bisherigem Verständnis	37
III. Der Standpunkt der Rechtsprechung	38
IV. Zwischenergebnis zum Forschungsstand	40
C. Die Rechtssache „Albron Catering“	41
I. Das Verfahren bis zum EuGH	42
1. Die vertraglichen Beziehungen in der Rechtssache Albron Catering	42
2. Die nationalen niederländischen Regelungen	44
3. Die Klage des Herrn Roest beim Kantonrechter	45
4. Das Verfahren vor dem Gerechtshof te Amsterdam als Berufungsgericht	46
II. Das Verfahren vor dem EuGH	46
1. Die Standpunkte von Albron Catering und niederländischer Regierung	47
2. Die Schlussanträge des Generalanwalts Bot	48
3. Die Entscheidung des EuGH	50
III. Das nachfolgende Urteil des Gerechtshof te Amsterdam	52
1. Die Stellungnahme von Albron Catering zu der Entscheidung des EuGH	52
2. Die Entscheidung des Gerechtshof te Amsterdam vom 25. 10. 2011	53
IV. Die „erga omnes“-Wirkung des EuGH-Urteils	55

V. Das Verhältnis des Urteils zu bisherigen Rechtserkenntnissen	57
VI. Der begonnene, aber unvollendete Gedankengang des EuGH	62
D. Das „Arbeitsverhältnis“ zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	66
I. Die Rechtsbeziehungen innerhalb der nationalen Arbeitnehmerüberlassung	67
1. Das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer	69
2. Das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher	72
3. Das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	74
a. Die gespaltene Arbeitgeberstellung als Ausgangspunkt	75
b. Die gesetzlichen Vorgaben und die Äußerungen der Rechtsprechung	76
c. Die rechtsdogmatische Einordnung des Rechtsverhältnisses durch die Literatur	77
aa. Die Annahme eines „Arbeitsverhältnisses“ präferierende Lehren	78
(1) Die Lehre vom Doppelarbeitsverhältnis	78
(a) Die dogmatische Konstruktion	79
(b) Die kritische Würdigung	79
(2) Der rechtliche Gedanke des Vertragsbeitritts	80
(a) Die dogmatische Konstruktion	81
(b) Die kritische Würdigung	82
(3) Die partielle Vertragsübernahme	86
(a) Die dogmatische Konstruktion	86
(b) Die kritische Würdigung	86
(4) Zwischenergebnis zu den ein „Arbeitsverhältnis“ präferierenden Lehren	88
bb. Ein unmittelbares „Arbeitsverhältnis“ ablehnende Lehren	88
(1) Der unechte Vertrag zugunsten Dritter	89
(a) Die dogmatische Konstruktion	90
(b) Die kritische Würdigung	90

(c) Die ergänzenden dogmatischen Hilfskonstruktionen	91
(aa) Die Abtretung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung	92
(i) Der Verstoß gegen § 399 Alt. 1 BGB	92
(ii) Die fehlende Erfüllungswirkung im Überlassungsverhältnis	95
(iii) Das jederzeitige Austauschrecht des Verleiher	96
(iv) Die Problematik der „vertragsbezogenen“ Gestaltungsrechte	97
(v) Die Inkonsistenz des dogmatischen Ansatzes	98
(vi) Zwischenergebnis zur Abtretung des Anspruchs auf die Arbeitsleistung	98
(bb) Die Ausübungsermächtigung hinsichtlich des Direktionsrechts	98
(i) Der Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter	99
(ii) Die Drittenschadensliquidation	102
(iii) Zwischenergebnis zur Ausübungsermächtigung	103
(d) Zwischenergebnis zum unechten Vertrag zugunsten Dritter	104
(2) Der echte Vertrag zugunsten Dritter	104
(a) Die dogmatische Konstruktion	104
(b) Die kritische Würdigung	106
(aa) Die Interessenlage hinsichtlich der primären Arbeitsleistung	106
(bb) Die Überdehnung des Willens der Leiharbeitsvertragsparteien	107
(cc) Das entgegenstehende Gesamtkonstrukt der Arbeitnehmerüberlassung	108
(dd) Die fehlende Benennung des Dritten	109

(ee) Die interessengerechte sekundärrechtliche Haftung	110
(c) Zwischenergebnis zum echten Vertrag zugunsten Dritter	113
d. Das Zuwendungsverhältnis als „Arbeitsverhältnis“	113
aa. Der Widerspruch zu nationalen gesetzlichen Regelungen	114
(1) Der Widerspruch zu den Regelungen des AÜG	114
(a) Der § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG	115
(b) Der § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG	117
(c) Der § 11 Abs. 6 S. 1 und Abs. 7 AÜG	118
(d) Zwischenergebnis zum Widerspruch zu den Regelungen des AÜG	119
(2) Der Widerspruch zu sonstigen gesetzlichen Regelungen	120
(a) Der § 7 S. 2 BetrVG	120
(b) Der § 14 Abs. 2 S. 2 TzBfG	121
(c) Der § 42d Abs. 6 S. 1 EStG	124
(d) Zwischenergebnis zum Widerspruch zu sonstigen Regelungen	126
bb. Die nationalen Indizien für die Annahme eines „Arbeitsverhältnisses“	126
(1) Der Arbeitnehmerbegriff im nationalen deutschen Recht	127
(2) Der Leiharbeitnehmer als Arbeitnehmer des Entleihers nach nationalen Maßstäben	128
(a) Das Weisungsrecht	129
(b) Die organisatorische Eingliederung	130
(c) Die Fremdnützigkeit der Tätigkeit	132
(d) Zwischenergebnis zur Arbeitnehmereigenschaft nach nationalen Maßstäben	133
(3) Der Gleichlauf von materiellem Recht und Prozessrecht	133
cc. Zwischenergebnis zum Zuwendungsverhältnis als „Arbeitsverhältnis“	135

<b>II. Das „Arbeitsverhältnis“ aufgrund europarechtlicher Anforderungen</b>	<b>136</b>
1. Der „Arbeitnehmer“ nach dem historischen Verständnis des EuGH	138
2. Der persönliche Anwendungsbereich nach dem heutigen Gesetzestext	139
3. Die weiteren Grenzen der definitorischen Hoheit der Mitgliedstaaten	140
a. Der historische Hintergrund	141
b. Die primärrechtlichen Zielvorgaben des europäischen Arbeitsrechts	144
c. Das Argument der Teilharmonisierung	146
d. Der Grundsatz des „effet utile“	148
e. Zwischenergebnis zu den weiteren Grenzen der definitorischen Hoheit	150
4. Der Art. 2 Abs. 2 S. 1 der Betriebsübergangsrichtlinie	151
a. Der mittelbare Schutz des Leiharbeitsvertrags	153
aa. Der Bestand des Leiharbeitsvertragsverhältnisses	155
bb. Der verringerte Lohnanspruch und die Beendigung von Equal Treatment	160
(1) Der verringerte Lohnanspruch	160
(2) Die Beendigung von Equal Treatment	162
cc. Zwischenergebnis zum mittelbaren Schutz des Leiharbeitsvertrags	163
b. Die Wertungen der Leiharbeitsrichtlinie	164
aa. Der Erwägungsgrund 14 der Leiharbeitsrichtlinie	164
bb. Das „entleiherbetriebsbezogene Modell“ als europarechtliches Vorbild	166
(1) Das „entleiherbetriebsbezogene Modell“	167
(2) Die Bedeutung des „entleiherbetriebsbezogenen Modells“ für die Auslegung	169
cc. Zwischenergebnis zu den Wertungen der Leiharbeitsrichtlinie	170
c. Der Umkehrschluss zu Art. 2 Abs. 2 S. 2 lit. c) der Betriebsübergangsrichtlinie	171

## **Inhaltsverzeichnis**

d.	Das „Arbeitsverhältnis“ trotz jederzeitiger Beendigungsmöglichkeit	172
e.	Die konkrete Schutzbedürftigkeit des Leiharbeitnehmers	174
aa.	Die Dauer der Überlassung	176
(1)	Die vergleichende Betrachtung	180
(2)	Die Notwendigkeit der gewandelten engeren Beziehung zum Entleiher	181
(3)	Die sonstigen Gründe	182
(4)	Zwischenergebnis zur Dauer der Überlassung	183
bb.	Die numerische Häufigkeit der Überlassung	183
cc.	Der Grund der Überlassung	185
dd.	Die besonderen Anforderungen an die ausgeübten Tätigkeiten	186
ee.	Zwischenergebnis zu den Korrekturen	191
f.	Zwischenergebnis zum „Arbeitsverhältnis“ nach der Betriebsübergangsrichtlinie	191
5.	Der Begriff des „Arbeitsverhältnisses“ in § 613a BGB	192
a.	Die Bedeutung der richtlinienkonformen Auslegung	192
b.	Die Auslegungsfähigkeit des nationalen Rechts	195
6.	Zwischenergebnis zum „Arbeitsverhältnis“ zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	197
E.	Der Sprung des Leiharbeitnehmers in die Stammbelegschaft beim Erwerber	199
I.	Der Fall „Albron Catering“ – eine Einzelfallentscheidung des EuGH	202
II.	Die unmittelbare Übertragung auf die „normale“ Leiharbeit	206
1.	Die Person des „Veräußerers“ im Sinne der Betriebsübergangsrichtlinie	206
a.	Die Person des „Veräußerers“ nach dem EuGH in der Sache „Albron Catering“	207

b.	Die Bestimmung des „Veräußerers“ über ein Zurechnungsmodell	209
aa.	Die Unbestimmtheit des Begriffs der „dauerhaften“ Überlassung	209
(1)	Die einheitliche Auslegung des Begriffs der „Dauerhaftigkeit“ nach dem AÜG	210
(2)	Die „Dauerhaftigkeit“ in einer Negativabgrenzung zu § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG	211
bb.	Die übrigen Merkmale der Zurechnungsformel	213
cc.	Zwischenergebnis zur Zurechnungsformel	214
c.	Die Kriterien zur Bestimmung der Person des „Veräußerers“	214
aa.	Der Sinn und Zweck der Betriebsübergangsrichtlinie	214
bb.	Die Maßgeblichkeit anderer Kriterien aufgrund der Atypik der Leiharbeit	216
d.	Der Entleiher als „Veräußerer“	217
aa.	Die Nutzung des Betriebsvermögens	218
bb.	Das Direktionsrecht	219
cc.	Zwischenergebnis zum Entleiher als „Veräußerer“	220
e.	Der Verleiher als „Veräußerer“	220
f.	Zwischenergebnis zur Person des „Veräußerers“	223
2.	Der Eintritt in die „Rechte und Pflichten“	224
a.	Der bisherige Forschungsstand zur Auslegung des Begriffs „Rechte und Pflichten“	224
b.	Die Auslegung des Begriffs der „Rechte und Pflichten“	225
aa.	Die grammatischen Auslegungen	225
(1)	Der Wortlaut der Betriebsübergangsrichtlinie	226
(a)	Die deutsche Sprachfassung	227
(b)	Die englische Sprachfassung	227
(c)	Die französische Sprachfassung	228
(d)	Zwischenergebnis zu den verschiedenen Sprachfassungen	229
(2)	Der Wortlaut des § 613a BGB	229
(3)	Zwischenergebnis zur grammatischen Auslegung	230

## *Inhaltsverzeichnis*

<b>bb. Die systematische Auslegung</b>	<b>230</b>
(1) Die Systematik der Betriebsübergangsrichtlinie	230
(a) Das systematische Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 Ua. 1 und Ua. 2	231
(b) Das systematische Verhältnis von Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1, 2	232
(c) Die Erwägungsgründe 3 und 6 Hs. 2 der Richtlinie	233
(d) Zwischenergebnis zur systematischen Auslegung der Richtlinie	233
(2) Die Systematik innerhalb des § 613a BGB	233
(a) Das systematische Verhältnis zwischen § 613a Abs. 1 S. 1, 2, 4 BGB	233
(b) Das systematische Verhältnis zwischen § 613a Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB	234
(c) Die systematische Stellung des § 613a BGB im Gesamtkonzept des BGB	235
(3) Zwischenergebnis zur systematischen Auslegung	239
<b>cc. Die historische Auslegung</b>	<b>239</b>
(1) Die Einfügung des § 613a BGB in das BGB	240
(2) Die Entstehung der Betriebsübergangsrichtlinie 77/187/EWG vom 14. 2. 1977	243
(a) Der unzureichende Schutz des Arbeitnehmers vor Betriebsübergängen	244
(b) Die Divergenz der nationalen Regelungen	244
(c) Der Erlass der Richtlinie	245
(d) Zwischenergebnis zur historischen Auslegung der Richtlinie 77/187/EWG	247
(3) Die nationale Gesetzesänderung vom 13. 8. 1980	247
(4) Die Richtlinien 98/50/EG und 2001/23/EG	249
(5) Das Gesetz zur Änderung des Seemannsgesetzes und anderer Gesetze	250

(6) Zwischenergebnis zur historischen Auslegung	251
dd. Die teleologische Auslegung	251
(1) Das Telos der Betriebsübergangsrichtlinie	252
(2) Das Telos des § 613a BGB	256
(3) Zwischenergebnis zur teleologischen Auslegung	258
ee. Die verfassungskonforme Auslegung des § 613a BGB	259
(1) Die Grundrechte als Teil der objektiven Wertesordnung	259
(2) Die Einschlägigkeit der Grundrechte aus der Grundrechtecharta	260
(3) Der Anwendungsvorrang der Grundrechtecharta	264
ff. Die europarechtskonforme Auslegung	265
(1) Die Grundrechte des Entleihers/Veräußerers	266
(a) Das Eigentumsrecht aus Art. 17 Abs. 1 S. 1 GrCh	266
(aa) Der Schutzbereich	267
(bb) Der Eingriff in den Schutzbereich	267
(cc) Die Rechtfertigung dieser Eingriffe	269
(i) Das Bestehen einer Einschränkungsmöglichkeit	269
(ii) Die Verhältnismäßigkeit als Schranke der Schranke	270
(aaa) Der legitime Zweck und die Geeignetheit	270
(bbb) Die Erforderlichkeit	271
(ccc) Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	272
(dd) Zwischenergebnis zum Eigentumsrecht aus Art. 17 GrCh	274
(b) Das Recht auf Unternehmensfreiheit aus Art. 16 GrCh	274
(aa) Der Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit	274

## Inhaltsverzeichnis

(bb) Der Eingriff	275
(cc) Zwischenergebnis zum Recht auf Unternehmensfreiheit aus Art. 16 GrCh	276
(2) Die Grundrechte des Erwerbers	276
(a) Das Eigentumsrecht aus Art. 17 GrCh	276
(b) Das Grundrecht auf Vertragsfreiheit aus Art. 16 GrCh	277
(aa) Der Schutzbereich	277
(bb) Der Eingriff	278
(cc) Die Rechtfertigung	278
(dd) Zwischenergebnis zum Grundrecht auf Vertragsfreiheit aus Art. 16 GrCh	282
(3) Das Grundrecht des Leiharbeitnehmers auf Berufsfreiheit aus Art. 15 GrCh	282
(a) Der Schutzbereich	282
(b) Der Eingriff	282
(c) Zwischenergebnis zum Grundrecht auf Berufsfreiheit aus Art. 15 GrCh	283
(4) Das Grundrecht des Verleiher aus Art. 16 GrCh	283
(5) Zwischenergebnis zur grundrechtechartakonformen Auslegung gg. Zwischenergebnis zu den Auslegungsmethoden	284
c. Die dogmatischen Friktionen durch das Erstarken zum Vollarbeitsverhältnis	285
aa. Die Frage nach dem Inhalt des übergegangenen „Arbeitsverhältnisses“	285
(1) Die Fiktion eines Arbeitsvertrags zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer	286
(a) Die Außerachtlassung der Privatautonomie	287
(b) Der Verstoß gegen Rechtssicherheit und Rechtsklarheit	288
(c) Die Probleme beim „Wiederaufleben“ des Arbeitsverhältnisses	288
(d) Die Probleme bei einem atypischen Leiharbeitsverhältnis	288

(e) Die Nichtexistenz vergleichbarer Arbeitnehmer beim Entleiher	289
(f) Zwischenergebnis zur Fiktion eines Arbeitsvertrags	290
(2) Das inhaltsgleiche Erstarken des Leiharbeitsverhältnisses	290
(3) Zwischenergebnis zum Inhalt des übergehenden „Arbeitsverhältnisses“	291
bb. Das Problem der Vermittlungsprovision im Betriebsübergang	292
(1) Die Grundgedanken der Vermittlungsprovision bei der Arbeitnehmerüberlassung	293
(2) Das Bestehen einer Zahlungsverpflichtung bei einem Betriebsübergang	294
(3) Zwischenergebnis zum Problem der Vermittlungsprovision im Betriebsübergang	297
cc. Die Figur des „Vertrags zulasten Dritter“	297
(1) Der Unternehmenskaufvertrag als „Vertrag zulasten Dritter“?	298
(a) Das Vorliegen eines „Vertrags zulasten Dritter“	298
(b) Die Rechtsfolge des Unternehmenskaufvertrags zulasten Dritter	299
(2) Die Betriebsveräußerung als Verfügung zulasten Dritter	300
(3) Die entsprechende Anwendung der Grundsätze des „Vertrags zulasten Dritter“	301
(4) Zwischenergebnis zur Figur des „Vertrags zulasten Dritter“	302
dd. Das Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers nach § 613a Abs. 6 BGB	302
(1) Die teleologische Reduktion des Widerspruchsrechts bei der Leiharbeit	304
(2) Die dogmatischen Friktionen durch das Widerspruchsrecht	305
(a) Die Rechtsfolgen des Widerspruchsrechts	305

## Inhaltsverzeichnis

(b) Die wechselseitige Informationspflicht bzgl. der Unterrichtung	310
ee. Die wirtschaftliche Situation des Leiharbeitnehmers	311
ff. Zwischenergebnis zu den sonstigen dogmatischen Friktionen	313
3. Zwischenergebnis zum Sprung des Leiharbeitnehmers in die Stammbelegschaft	314
<b>F. Die Erhaltung des Status quo als Rechtsfolge</b>	<b>316</b>
<b>I. Das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Erwerber</b>	<b>318</b>
1. Die von Forst unterbreiteten „Vorschläge“ zur Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses	319
a. Die Analogie zu § 613a BGB bzw. die Gesamtanalogie	319
b. Die entsprechende Heranziehung der §§ 774, 412, 401 BGB	320
c. Der Anspruch auf Vertragsübernahme	322
d. Zwischenergebnis zu den „Vorschlägen“ von Forst	323
2. Die eigene Bewertung	323
a. Die rechtliche Ausgangsbasis für den Austausch einer Vertragspartei	323
b. Die konkrete rechtliche Ausgestaltung des Übergangs	324
c. Der Verstoß der Rechtsfortbildung gegen die Grundrechtecharta	328
aa. Die Grundrechte des Verleiher	328
bb. Die Grundrechte des Erwerbers	331
d. Zwischenergebnis der eigenen Bewertung	331
3. Die sonstige rechtliche Ausgestaltung	332
a. Die entsprechende Haftung des Erwerbers nach § 613a Abs. 2 BGB	332
b. Die Unwirksamkeit der Kündigung nach § 613a Abs. 4 BGB	333
4. Zwischenergebnis zum Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Erwerber	336
<b>II. Das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Entleiher</b>	<b>337</b>

<b>III. Das Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer</b>	<b>338</b>
<b>IV. Das Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher</b>	<b>339</b>
1. Das Bestehen einer Nachhaftung nach § 613a Abs. 2 BGB	339
2. Die Existenz eines Widerspruchsrechts des Leiharbeitnehmers	341
3. Zwischenergebnis zum Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher	345
<b>V. Das Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Erwerber</b>	<b>346</b>
<b>VI. Das Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Erwerber</b>	<b>347</b>
1. Der Übergang der Leiharbeitnehmer/ Dienstverschaffungsverträge als Pflichtverletzung	349
2. Die konkreten Ansprüche	350
a. Die Rückabwicklung des Vertrags und die Kaufpreisminderung	350
b. Die mögliche Herleitung von Schadensersatzansprüchen	351
3. Zwischenergebnis zum Rechtsverhältnis zwischen Entleiher und Erwerber	353
<b>VII. Zwischenergebnis zu der Erhaltung des Status quo</b>	<b>354</b>
<b>G. Das Fazit</b>	<b>356</b>
<b>H. Abschließende Thesen</b>	<b>361</b>
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>375</b>