

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil	Einleitung	29
§ 1	Problemstellung	29
§ 2	Gang der Untersuchung	32
Zweiter Teil	Grundlagen	33
§ 3	Betriebsübergang	33
A.	Richtlinie 2001/23/EG und ihre Vorgänger	33
B.	§ 613a BGB als Umsetzungsnorm	34
C.	Regelungen der Richtlinie 2001/23/EG und des § 613a BGB	35
	I. Tatbestand	35
	1. Voraussetzungen eines Betriebsübergangs	35
	2. Sprachliche Unterschiede ohne Auswirkungen	36
	a) Allgemeine Definitionen im deutschen Arbeitsrecht	36
	b) Rechtsprechung des EuGH und des BAG speziell zum Betriebsübergangsrecht	38
	aa) Wirtschaftliche Einheit als maßgeblicher Anknüpfungspunkt des EuGH	38
	bb) Gleicher Anknüpfungspunkt bei § 613a BGB	41
	c) Ergebnis	41
	II. Rechtsfolge	42
§ 4	Leiharbeit	43
A.	Richtlinie 2008/104/EG	43
B.	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz als Umsetzungsgesetz	44
C.	Anwendungsbereich und Rechtsbeziehungen	45
	I. Leiharbeitsrichtlinie	45
	II. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	46
	1. Anwendungsbereich	46

2. Rechtsbeziehungen	47
a) Beziehungen zum Leiharbeitnehmer	47
aa) Vertragliche Beziehungen nur zum Verleiher	47
bb) Beziehung des Leiharbeitnehmers zum Entleiher	48
(1) Entleiher ist nach bisherigem Verständnis nicht Arbeitgeber	48
(2) Rechtliches Band zwischen Leiharbeitnehmer und Entleiher	50
(a) Der Entleiher und die Arbeitsleistung	50
(b) Grundlagen vertraglicher Sekundäransprüche	53
(3) Im Einzelnen: Aus Pflichtverletzungen resultierende Ansprüche	55
(a) Ansprüche des Entleihers gegen den Leiharbeitnehmer	55
(b) Ansprüche des Leiharbeitnehmers gegen den Entleiher	55
(4) Bezeichnung als Arbeitsverhältnis nach bisherigem Verständnis irreführend	56
(5) Ergebnis	58
cc) Möglichkeit eines Vertragsbeitritts des Entleihers	58
b) Zwischenergebnis	58
3. Anwendung allgemeiner Bestimmungen	59
D. Problem des Dauerverleihs	59
I. Definition des Dauerverleihs	59
1. Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG	60
a) Wortlaut	60
b) Historie	61
c) Systematik	61
aa) Anlehnung an Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom I-Verordnung	61
bb) Orientierung an Art. 57 Abs. 3 AEUV	62
d) Zweck	66
aa) Zweck der Flexibilität	66
bb) Weitere teleologische Gesichtspunkte für die Definition nicht entscheidend	67
e) Zwischenergebnis	67

2. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	67
a) Wortlaut	67
b) Historie	68
aa) Keine zweckorientierte Betrachtungsweise	68
bb) Keine starre Höchstsüberlassungsgrenze	68
c) Systematik	69
aa) Orientierung am früheren Konzernprivileg des § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG a.F.	69
bb) Zweckorientierte Betrachtungsweise in Anlehnung an §§ 3 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 und 14 TzBfG	71
d) Zweck	74
e) Zwischenergebnis zu § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG n.F.	75
3. Ergebnis zur Definition und Konkretisierung	75
II. Zulässigkeit des Dauerverleihs	76
1. Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG	77
a) Wortlaut	77
aa) Kein ausdrückliches Verbot des Dauerverleihs	77
bb) Verbot folgt auch nicht aus der englischen Fassung	77
cc) Zwischenergebnis	78
b) Systematik	78
aa) Zulässigkeit mangels ausdrücklichen Verbots?	78
bb) „Kleine“ Leiharbeitsrichtlinie 91/383/EWG	78
cc) Zwischenergebnis	79
c) Gesetzgebungsgeschichte	79
aa) Regelungswille?	79
bb) Anerkennung des deutschen Modells – Grundentscheidung der Richtlinie	81
d) Zweck	82
aa) Besonders/nicht minder schutzbedürftig	82
bb) Leiharbeit nicht prekär	83
cc) Verbot als unzulässige Beschränkung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/104/EG	83
dd) Keine missbräuchliche Anwendung im Sinne des Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2008/104/EG	84
ee) Ziele der Richtlinie, Art. 2 und Art. 6 Abs. 1-3 der Richtlinie 2008/104/EG	85
ff) Zweck der Flexibilität	86

gg) Regelung des Dauerverleihs?	86
e) Primärrecht, insbesondere Art. 16 GRC	88
f) Ergebnis	88
2. Arbeitnehmerüberlassungsgesetz	89
a) Eigener Regelungswille bei Einfügung des § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG n.F.?	89
aa) Wortlaut	89
bb) Systematik	90
cc) Gesetzgebungsgeschichte	91
(1) Keine Rechtsfolge trotz Kritik	91
(2) Ausschluss des Dauerverleihs als ausdrückliches Ziel?	92
(a) Herausnahme dieses Passus‘	92
(b) Schlussfolgerung aus Verzicht auf diesen Passus	93
(3) Einfügung des Begriffs „vorübergehend“	93
(4) Wegfall der Höchstüberlassungsdauer zum 1.1.2004	94
dd) Zweck	95
(1) Nicht allein Flexibilität maßgeblich	95
(2) Allein Ausschluss des Drehtür-Effekts beabsichtigt	95
ee) Art. 12 Abs. 1 GG	96
ff) Zwischenergebnis	96
b) Ergebnis: kein Regelungswille	96
3. Ergebnis zur Zulässigkeit des Dauerverleihs	98
III. Folge eines Dauerverleihs bei Annahme dessen Unzulässigkeit	98
1. Keine Fiktion eines Arbeitsverhältnisses	98
2. Keine Arbeitsvermittlung	101
3. Versagungs- bzw. Widerrufsgrund?	102
4. Zustimmungsverweigerungsrecht nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG	104
5. Keine Ordnungswidrigkeit	105
6. Ergebnis	105
IV. Ergebnis zum Dauerverleih	105

Dritter Teil	Problem: Übergang der Leiharbeitnehmer beim Übergang des Entleihunternehmens?	107
§ 5	Bisheriges Verständnis: kein Übergang der Leiharbeitnehmer	107
A.	Deutsches Verständnis	107
B.	Äußerungen des EuGH	110
C.	Ergebnis zum bisherigen Verständnis	110
§ 6	Übergang der Leiharbeitnehmer: der Fall <i>Albron</i> des EuGH	112
A.	Verleihkonstruktion und Betriebsübergang im Fall <i>Albron</i>	112
B.	Übergang der Leiharbeitnehmer – Entscheidung des EuGH	113
	I. Betriebsübergang zweifelsfrei gegeben	113
	II. Arbeitsverhältnisse der Leiharbeitnehmer erfasst	114
	III. Kein Vertrauensschutz für Altfälle	114
§ 7	Verleihkonstruktion im Fall <i>Albron</i> ist zulässige Leiharbeit	116
Vierter Teil	Begründung für den Übergang der Leiharbeitnehmer	117
§ 8	Mögliche Begründungswege für den Übergang der Leiharbeitnehmer	117
A.	Nichtvertraglicher Arbeitgeber – Begründung des EuGH	117
	I. Der „Veräußerer“ nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) der RL 2001/23/EG	117
	1. Argumentation des EuGH	117
	2. Zwischenergebnis	120
	II. Definition des „Übergangs“ nach Art. 1 Abs. 1 lit. b) RL 2001/23/EG	120
	III. Rechtsfolge	121
	1. Interpretation der Aussage des EuGH in der Literatur	121
	2. Festanstellung einzig beim Erwerber als angestrebtes Ergebnis	122
	IV. Zwischenergebnis	124
B.	Zuordnungslösung	124
	I. Zuordnungslösung des Generalanwalts Bot	124

II. Zuordnungslösung von Raab	127
1. Grundgedanke	128
2. Wesentlicher Unterschied zum Ansatz des nichtvertraglichen Arbeitgebers	129
3. Kein Unterschied zum Ansatz des Generalanwalts	130
III. Rechtsfolge der Zuordnungslösung	130
C. „Rechtsmissbrauch“ bzw. unzulässige Umgehung	131
I. Rechtslage nach deutschem Recht	132
1. Rechtsmissbrauchsverbot	132
a) Dogmatik und Voraussetzungen	132
b) Rechtsfolge	134
2. Unzulässige Umgehung	135
a) Dogmatik	135
aa) Verschiedene Theorien	136
(1) Subjektive Theorie	136
(2) Objektive Theorie	136
(3) Weitere Theorien	136
bb) Bundesarbeitsgericht vertritt die objektive Theorie	137
cc) Auseinandersetzung mit den verschiedenen Theorien	137
(1) Erfordernis einer Umgehungsabsicht überzeugt nicht	138
(2) Umgehungsabsicht auch als Wertungsgesichtspunkt abzulehnen	139
(3) Objektive Theorie entspricht anerkannter Methodik der Auslegung und Analogie	140
b) „Rechtsfolge“	140
3. Verhältnis und Abgrenzung der Gesetzesumgehung zum Rechtsmissbrauch	141
II. Rechtslage nach der Rechtsprechung des EuGH	143
1. Verhältnis der Gesetzesumgehung zum Rechtsmissbrauch	143
2. Unterscheidung zwischen einem nationalen und dem genuin unionsrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbot	145
a) Nationale Missbrauchsverbote zur Begrenzung unionsrechtlicher Rechtspositionen	145
b) Genuin unionsrechtliches Rechtsmissbrauchsverbot	146

3. Herleitung	147
4. Voraussetzungen	148
a) EuGH Rechtsprechung vor dem Fall Emsland-Stärke	148
b) EuGH Rechtsprechung seit dem Fall Emsland-Stärke	149
5. Rechtsfolge	151
III. Anwendung der unzulässigen Umgehung auf den konkreten Fall	152
1. Literaturäußerungen zur Anwendung dieses Begründungswegs auf den Fall <i>Albron</i>	152
2. Vorliegen der unzulässigen Umgehung und Rechtsfolge	154
a) Beurteilung mit der herrschenden Meinung im deutschen Recht	154
b) Beurteilung nach den Rechtsprechungsgrundsätzen des EuGH	156
aa) Vorliegen der Voraussetzungen	156
(1) Objektives Element	156
(2) Subjektives Element	157
(3) Widerlegbare Vermutung bei Konzernsachverhalten?	158
(a) Widerspruch zur EuGH-Rechtsprechung?	158
(b) Typisierungen des europäischen Gesetzgebers	160
(c) Zwischenergebnis	161
bb) Rechtsfolge	162
IV. Zwischenergebnis	163
D. Zurechnungslösung	164
I. Voraussetzungen	164
II. Rechtsfolge	165
III. Begründung	165
IV. Zwischenergebnis	166
E. Andere Begründungswege: keine Festanstellung beim Erwerber	166
I. Übergang nur als Leiharbeitsverhältnis	167
II. Keine Anwendbarkeit der Richtlinie 2001/23/EG	168

§ 9 Voraussetzungen und Reichweite eines Übergangs der Leiharbeitnehmer und Entscheidung für einen Begründungsweg	170
A. Können Leiharbeitnehmer bei einem Betriebs(teil)übergang des Entleihbetriebs(teils) überhaupt auf den Erwerber übergehen?	170
I. Die Rechtssache <i>Jouini</i>	170
1. Andere Konstellation: kein Übergang des Entleihunternehmens	170
2. Keine Rückschlüsse aus dieser Rechtssache möglich	171
3. Ergebnis	173
II. Maßgeblichkeit welcher Norm(en)?	173
1. Vorrang der Vorgaben der Richtlinie	174
2. Ausnahme	175
3. Dennoch: „Praktische Konkordanz“ von Richtlinie und Umsetzungsnorm/Definition	178
III. Richtlinie 2001/23/EG	178
1. Wortlaut der Richtlinienbestimmungen	178
a) Arbeitsvertragliches Verhältnis für den Übergang unbedingt erforderlich?	178
aa) Alternative Nennung in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1	178
bb) Definitionsmacht der Mitgliedstaaten ändert nichts an der Möglichkeit eines nichtvertraglichen Arbeitsverhältnisses	179
b) Bezugsperson für die Rechte und Pflichten ist nicht eindeutig	180
c) Ergebnis zum Wortlaut	181
2. Systematik	181
a) Systematik der Richtlinie – Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1	181
b) Systematik der Richtlinie – Art. 2 Abs. 2 UAbs. 2	182
c) Ergebnis zur Systematik	184
3. Historie	184
4. Zweck	185
a) Allgemeine Schutzzweckproblematik	185
aa) Schutz nur über das Leiharbeitsunternehmen grundsätzlich ausreichend – vorübergehender Verleih	186
bb) Andere Beurteilung beim Dauerverleih?	187
cc) Keine anderweitige Einsatzmöglichkeit	188
dd) Schutz über das Entleihunternehmen	189

ee)	Weitere Einschränkung dieses Schutzes	191
	(1) Lediglich Ausgleich des Schutzdefizits aufgrund der Verleihkonstruktion beabsichtigt	191
	(2) Beispielsfall: Vereinigung	192
ff)	Überdies: Aspekt der Vermeidung	193
	(1) Erfordernis des gleichen Betriebszwecks	194
	(2) Folgerung beim Nichtvorliegen des gleichen Betriebszwecks – Vermeidung	194
	(3) Ergebnis zur Problematik der Vermeidung eines Betriebs(teil)übergangs	197
gg)	Weitere Einwände tragen nicht	197
	(1) Bruch mit bekannter Dogmatik hinzunehmen	197
	(2) Schutz wird nicht grundlos versagt	198
hh)	Zwischenergebnis zur allgemeinen Schutzzweckproblematik	198
b)	Doppelter Schutz?	198
	aa) „Zu viel“ Schutz?	198
	bb) Regelmäßig kein doppelter Schutz	199
c)	Ergebnis zum Zweck	202
5.	Ergebnis zur Auslegung	202
IV. § 613a Abs. 1 S. 1 BGB		203
1.	Auslegung	203
	a) Wortlaut	203
	b) Systematik	203
	aa) § 613a Abs. 1 S. 1 BGB	203
	bb) §§ 611-630 BGB	204
	c) Historie	204
	d) Zweck	204
2.	Ergebnis	205
V.	Ergebnis	205
B.	Keine Beschränkung auf Konzernsachverhalte	205

C. Maßgeblichkeit des Status‘ und der Rolle des Personals im Entleihbetrieb	206
I. Als Voraussetzung auf Tatbestandsseite eines Betriebsübergangs	207
1. Allgemein zur Rolle des Personals bei einem Betriebsübergang	207
a) Bedeutung der Übernahme des Personals durch den Erwerber	207
b) Bedeutung des Personals und seiner Zusammensetzung vor dem Betriebsübergang	209
2. Voraussetzung ist auf Tatbestandsseite abzulehnen	210
a) Möglicherweise Verkennung der Art des übertragenen Unternehmens	211
aa) Art des übertragenen Entleihbetriebs je nach Betriebszweck unterschiedlich	211
bb) Personal muss nicht in jedem Fall maßgeblich sein	212
b) Widerspruch zur Gesamtbetrachtung des EuGH	213
3. Ergebnis zur Voraussetzung als Voraussetzung des Tatbestandes eines Betriebsübergangs	213
II. Als Voraussetzung auf Rechtsfolgenseite eines Betriebsübergangs	214
III. Ergebnis	215
D. Folge der Anwendbarkeit: festes Arbeitsverhältnis einzig mit dem Erwerber	215
I. Wortlaut	215
II. Vertrag zu Lasten Dritter	216
1. Rechtssache Werhof	217
2. Unternehmenskaufvertrag hier kein unzulässiger Vertrag zu Lasten eines Dritten	218
3. Ergebnis zum Vertrag zu Lasten eines Dritten	220
III. Zweck der Richtlinie	220
1. Inhaltsänderung	220
2. Teleologische Aspekte für die Anwendbarkeit der Betriebsübergangsregelungen	222
3. Ergebnis zum Zweck	223
IV. Ergebnis	223

E. Entscheidung für einen Begründungsweg	223
I. Ansatz des nichtvertraglichen Arbeitgebers	224
1. Konstruktion des nichtvertraglichen Arbeitgebers	224
a) Gewünschte Rechtsfolge kann nicht erreicht werden	224
b) Widerspruch zum nationalen Verständnis unbeachtlich	226
aa) Widerspruch zum nationalen Verständnis	226
(1) Deutsches Recht	226
(2) Niederländisches Recht	228
bb) Widerspruch unbeachtlich	229
c) Kein Subsidiaritätsverhältnis	230
2. Definition des Übergangs	230
3. Schutzzweckproblematik nicht ausreichend berücksichtigt	233
a) Auch vorübergehender Verleih erfasst?	234
aa) Urteil und die Schlussanträge	235
(1) Tenor und Vorlagefrage	235
(2) Begründungen	236
(3) Auswirkungen der Schlussanträge auf das Urteil	238
(a) Grundsätzliche Bedeutung der Schlussanträge für die Entscheidungen des EuGH	239
(b) Bedeutung der Schlussanträge für die Entscheidung des EuGH im konkreten Fall <i>Albron</i>	239
bb) Ergebnis: Vorübergehender Verleih ist erfasst	240
b) Nur befristete Wirkung der Richtlinie und des § 613a BGB?	240
aa) Auslegung	241
(1) Wortlaut	241
(2) Systematik	241
(a) Zeitraum der Aufrechterhaltung der Arbeitsbedingungen, Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 der Richtlinie bzw. des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB	241
(b) Weiterhaftung, Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie bzw. des § 613a Abs. 2 BGB	242

(3) Zweck	242
(4) Ergebnis zur Auslegung	243
bb) EuGH zieht eine befristete Wirkung selbst nicht in Betracht	243
c) Weitere Voraussetzungen fehlen	244
d) Ergebnis zur Schutzzweckproblematik	244
4. Keine Beschränkung auf Konzernsachverhalte	244
5. Zwischenergebnis	245
6. Exkurs: bindende Wirkung des EuGH-Urteils	245
II. Zuordnungslösung	247
1. Unterschiede zum Ansatz über den nichtvertraglichen Arbeitgeber	247
a) Anderer Ansatz der Prüfung	247
b) Kein Rückgriff auf den nichtvertraglichen Arbeitgeber	249
c) Schutz bei einem Inhaberwechsel lediglich als Einleitung	251
d) Zwischenergebnis zu den Unterschieden	252
2. Kritik an der Zuordnungslösung	252
a) Zwingender Charakter	252
b) Bindung an die wirtschaftliche Einheit	252
c) Voraussetzungen bleiben unklar	255
aa) Dauerverleih wird ebenfalls gefordert	255
bb) Keine anderweitige Verleihtätigkeit oder keine anderweitige Einsatzmöglichkeit?	256
(1) Dauerverleih gilt nur für Leiharbeiternehmer im übertragenen Entleihbetrieb(steil)	257
(2) Ausgleich des Schutzdefizits auch hier erforderlich	258
(3) Voraussetzung keiner anderweitigen Verleihtätigkeit nicht ebenso geeignet wie Voraussetzung keiner anderweitigen Einsatzmöglichkeit	259
(4) Ergebnis	260
cc) Voraussetzung einer wirtschaftlichen Einheit des Leiharbeitsunternehmens im übertragenen Entleihbetriebs(teil) fehlt	261
dd) Zwischenergebnis	261
d) Keine Beschränkung auf Konzernsachverhalte	261

e) Rechtliche Konstruktion	262
3. Ergebnis	263
III. Rechtsmissbrauch bzw. unzulässige Umgehung	263
1. Konturenlosigkeit des Umgehungsaspekts	263
a) Umgehungsaspekt an sich überzeugend	263
b) Teleologische Aspekte nicht ausreichend berücksichtigt	264
aa) Greift der Lösungsansatz nur bei einem Dauerverleih ein?	264
(1) Nach dem deutschen Recht (objektive Theorie)	264
(2) Nach der Rechtsprechung des EuGH (zwei Elemente)	265
(3) Dauerverleih im Ergebnis nicht zwingend	266
bb) Konzernsachverhalt nicht erforderlich	267
cc) Weitere Voraussetzungen fehlen	267
c) Ergebnis zum Umgehungsaspekt und teleologischen Aspekten	267
2. Eigenes Institut des Rechtsmissbrauchs ist abzulehnen	268
3. Unklare Rechtsfolge	269
4. Rechtliche Konstruktion	269
5. Ergebnis zum Rechtsmissbrauch bzw. der unzulässigen Umgehung	270
IV. Zurechnungslösung	270
1. Vermeidung des Rückgriffs auf einen nichtvertraglichen Arbeitgeber	270
2. Voraussetzungen	271
3. Rechtliche Konstruktion	273
4. Ergebnis zur Zurechnungslösung	274
V. Eigener Begründungsweg – die gespaltene Veräußererstellung	275
1. Verfolgte Ziele	275
2. Voraussetzungen	276
a) Dauerverleih	276
b) Keine anderweitige Einsatzmöglichkeit	276
aa) Freier Arbeitsplatz	278
bb) Vergleichbarer (gleichwertiger) Arbeitsplatz	280
cc) Weiterbeschäftigung objektiv möglich und zumutbar	281

dd) Unternehmensbezug, ausnahmsweise auch Konzernbezug	283
c) Wirtschaftliche Einheit des Leiharbeitsunternehmens im übertragenen Entleihbetrieb(steil)	283
aa) Definition der wirtschaftlichen Einheit	284
bb) Besonderheiten bei betriebsmittellarmen Betrieben	284
cc) Spezielle Kriterien für Leiharbeitsunternehmen	285
(1) Einsatzbereite Gesamtheit	286
(2) Charakteristische Dienstleistung	288
(a) Gesamtheit von Arbeitnehmern	289
(b) Zweck der Gesamtheit	289
(c) Verwaltungsstruktur zur Organisation des Verleihs inklusive Verleih-Know- How	290
(d) Maßgeblichkeit der Tätigkeit beim Entleiher	291
dd) Spezieller Fall beim Vorliegen der Voraussetzungen der Lösung über die gespaltene Veräußererstellung	294
(1) Ausgleich des Schutzdefizits entsprechend dem Schutz über das Leiharbeitsunternehmen	295
(2) Verwaltungsstruktur beim Dauerverleih nicht entscheidend	295
(3) Anwendung auf den Fall <i>Albron</i>	297
(4) Übrige Voraussetzungen müssen weiterhin vorliegen	297
3. Konstruktion	298
a) Zwei Veräußerer (zumindest) im Sinne des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1	298
b) Weiterhin Betriebsübergang des Entleihbetriebs	302
4. Rechtsfolge dieser Lösung	303
a) Wesentliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen	303
aa) Arbeitsaufgabe	303
bb) Dauer der Arbeitszeit	304
cc) Lage der Arbeitszeit	304
dd) Arbeitsentgelt	305

ee) Kollektivrechtliche Regelungen	305
b) Regelungen zur Leiharbeit hinfällig	306
c) Nebenansprüche aus dem Arbeitsverhältnis	308
d) Ergebnis zur Rechtsfolge	309
5. Ergebnis	309
VI. Ergebnis zu den Begründungswegen	310
Fünfter Teil Auswirkungen nach den jeweiligen Begründungswegen	311
§ 10 Erläuterungen zu den involvierten Personen	312
A. Wer ist alles „Veräußerer“ im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG?	312
I. Ansatz des nichtvertraglichen Arbeitgebers	312
1. Verwendung des Wortes „auch“	312
2. Verlust der Arbeitgebereneigenschaft	313
3. Maßgeblichkeit nur des nichtvertraglichen Arbeitgebers in der Argumentation	314
4. Ergebnis	315
II. Zuordnungslösung	316
III. Lösung über den Rechtsmissbrauch bzw. eine unzulässige Umgehung	316
IV. Zurechnungslösung	317
V. Lösung der gespaltenen Veräußererstellung	317
B. Wer ist Arbeitgeber der (vormaligen) Leiharbeitnehmer?	318
I. Nach dem Betriebsübergang	318
II. Vor dem Betriebsübergang	318
1. Ansatz des nichtvertraglichen Arbeitgebers	318
2. Zuordnungslösung	319
3. Lösung über den Rechtsmissbrauch bzw. eine unzulässige Umgehung	319
4. Zurechnungslösung	320
5. Lösung der gespaltenen Veräußererstellung	320
C. Zuordnung der Arbeitnehmer	321
I. Ansatz des nichtvertraglichen Arbeitgebers	321
1. Eindeutige Zuordnung erforderlich?	321
a) Sichtweise des EuGH	322

b) Rechtsprechung des BAG	323
c) Eindeutige Zuordnung aber keineswegs immer notwendig	323
2. EuGH Fall <i>Jouini</i>	325
a) Meinungsstand in der Literatur	326
b) Kein Zuordnungsproblem in dieser Rechtssache	326
3. Zwischenergebnis	327
II. Zuordnungslösung	328
1. Vorab: eindeutige Zuordnung als Ziel?	328
2. Zuordnung jedoch nur als rechtliche Konstruktion	329
3. Ergebnis zur Zuordnungslösung	330
III. Lösung über den Rechtsmissbrauch bzw. eine unzulässige Umgehung	330
IV. Zurechnungslösung	331
V. Lösung der gespaltenen Veräußererstellung	332
VI. Zuordnung in – theoretisch möglichen – Zweifelsfällen	332
1. Keine Probleme nach der Lösung der gespaltenen Veräußererstellung	333
2. Ebenfalls keine Probleme bei Anwendung der Begründung über einen Rechtsmissbrauch bzw. eine unzulässige Umgehung	334
3. Lösung der Problemfälle bei Anwendung der Begründung über den nichtvertraglichen Arbeitgeber	335
a) Allgemeine Kriterien	336
aa) Personelle Komponente	336
bb) „Angehören“	336
b) Umgang mit Problemfällen	337
aa) Arbeitnehmer in übergeordneten Unternehmensbereichen	337
bb) Arbeitnehmer mit wechselndem Einsatzort	338
(1) Rechtsprechung	339
(2) Meinungsstand in der Literatur	339
c) Übertragbarkeit der Lösungsansätze zu Problemfällen	340
aa) Vergleichbarkeit mit einem bekannten Problemfall	340
bb) Anwendung der Schwerpunkt Betrachtung	342
4. Widerspruch der EuGH-Lösung	343
VII. Abschließende Beurteilung	344

D. Verleiher: Verlust seiner Leiharbeitnehmer	345
§ 11 Auswirkungen des neuen Verständnisses	347
A. Haftung	347
I. Weiterhaftung an sich – gesetzliche Vorgaben	347
1. Regelung in der Richtlinie	347
2. Regelung in § 613a Abs. 2 BGB	348
II. Wer haftet neben dem Betriebserwerber?	350
1. Wortlaut	350
2. Systematik	351
3. Historie	351
4. Zweck	355
a) Keine Beeinflussung des Vertragspartnerwechsels	355
b) Erhalt des Erlöses	356
c) Vermeidung einer unangemessenen Erweiterung der Haftung	357
d) Ergebnis zur Auslegung nach dem Zweck	358
5. Ergebnis zur Auslegung	358
III. Weitere Regelungen im deutschen Recht	360
1. § 25 HGB	360
2. § 28 HGB	360
3. § 419 BGB a.F.	361
B. Unterrichtung	361
I. Allgemeines zur Unterrichtungspflicht	361
II. Verpflichteter?	363
1. Bisher immer Personenidentität	363
2. Auslegung	363
a) Wortlaut	363
b) Systematisch-teleologisch	363
aa) Information über die rechtlichen Folgen – Weiterhaftung	363
bb) Auskunftsanspruch des Arbeitnehmers	364
cc) Gesamtschuldner	366
dd) Zeitpunkt der Unterrichtung	367
ee) Ergebnis zu den systematisch-teleologischen Aspekten	368
c) Historie	368

d) Zweck	369
aa) Klarheit über Akzeptanz des Betriebsübergangs	369
bb) Unmittelbare Unterrichtung geboten	370
cc) Zwischenergebnis zum Zweck	371
e) Ergebnis zur Auslegung	371
3. Abgleich mit den Ergebnissen der Begründungswege	372
III. Abschließende Beurteilung	373
C. Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers	373
I. Folge der Ausübung des Widerspruchsrechts	373
1. Meinungsstand und gesetzliche Grundlagen	373
a) Rechtsprechung des EuGH	373
aa) Maßgebliche Person	373
bb) Arbeitsvertragliche Beziehung zu dieser Person erforderlich?	376
b) Folge des § 613a BGB	378
2. Umdenken hinsichtlich der Verwendung der Bezeichnungen erforderlich	380
a) Auslegung	380
aa) Wortlaut	380
bb) Historie	380
cc) Zweck	381
(1) Freie Wahl des Arbeitgebers	381
(2) Sicherung des status quo	381
(3) Widerspruchsrecht als Durchsetzungsvehikel	382
b) Ergebnis der Auslegung	383
3. Beurteilung der Begründungswege	383
II. Adressat des Widerspruchs	385
1. Auslegung	386
2. Beurteilung der jeweiligen Begründungswege	387
III. Ergebnis zum Widerspruchsrecht	387
D. Betriebszugehörigkeit	388
I. Maßgeblichkeit der Betriebszugehörigkeit	388
1. Betriebszugehörigkeit „an sich“	388
2. Dauer der Betriebszugehörigkeit	389
II. Betriebsübergang und Betriebszugehörigkeit	392
1. Grundfall	392
2. Umdenken für den Spezialfall	393

III. Einzig vertragliches Verhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer entscheidend?	395
1. Wortlaut	395
2. Systematik	395
a) Systematik innerhalb der einzelnen Normen	395
b) Systematik innerhalb des jeweiligen Gesetzes	397
aa) KSchG	397
bb) SGB IX	397
cc) §§ 611 ff. BGB	397
dd) BUrlG	398
c) § 14 AÜG	399
d) Ergebnis	400
3. Historie	400
4. Zweck	401
a) § 1 Abs. 1 KSchG	401
b) § 1 Abs. 3 KSchG	402
c) § 9 iVm. § 10 Abs. 2 KSchG	403
d) § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX	404
e) § 4 BUrlG	405
f) § 622 Abs. 2 BGB	406
g) § 626 BGB	406
5. Ergebnis zur Auslegung	407
IV. Grundsatz bei Übernahme der Leiharbeitnehmer durch den Entleiher	407
V. Besonderheiten für den Fall des Übergangs der Leiharbeitnehmer beim Betriebs(teil)übergang des Entleihbetriebs(teils)	408
1. Betriebsübergang selbst	408
2. Leiharbeitnehmer werden zu Stammarbeitnehmern	408
3. Zeitliche Abfolge der Beurteilung wichtig	408
4. Ergebnis	410
VI. Auswirkungen nach den jeweiligen Lösungen	410
1. Nichtvertraglicher Arbeitgeber	410
2. Zuordnungslösung	411
3. Rechtsmissbrauch bzw. unzulässige Umgehung	412
4. Zurechnungslösung	414
5. Gespaltene Veräußererstellung	414
VII. Ergebnis	415

E. Abwicklung des Vertrags zwischen Verleiher und Entleiher	416
I. Bestehen eines Dienstverschaffungsvertrags zwischen Verleiher und Entleiher vor dem Betriebsübergang	416
II. Kein Übergang dieses Vertrags auf den Erwerber	416
III. Abwicklungsschwierigkeiten	419
IV. Konsequenzen der Abwicklungsschwierigkeiten – Schadensersatz	421
1. Ansprüche des Entleihers	421
a) §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 BGB: Schadensersatz statt der Leistung wegen Nichtleistung	421
b) §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB: Schadensersatz statt der Leistung wegen nachträglicher Unmöglichkeit	422
c) §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB Verzögerungsschaden	423
2. Ansprüche des Verleihers	423
a) Anspruch auf Vergütung	423
aa) § 326 BGB	424
(1) § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB	424
(2) § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB	424
(a) Sphärentheorie	425
(b) Vorrangig vertragliche Vereinbarungen, §§ 276, 278 BGB entsprechend	425
(c) Sphärentheorie verstößt gegen das Verschuldensprinzip und die Privatautonomie	429
(3) Zwischenergebnis zu § 326 BGB	430
bb) Ergebnis zum Anspruch auf die Vergütung	430
b) Nichtbeschäftigung des Leiharbeitnehmers	430
c) §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB: Verletzung von Nebenpflichten	433
aa) Veräußerung und damit einhergehender Verlust der Arbeitnehmer	433
(1) Leiharbeitnehmer wird zum Stammarbeitnehmer	433
(2) Exkurs: Nur das Leiharbeitsverhältnis geht über	434
bb) Verletzung von Informationspflichten	435

V. Vermeidung bzw. Verringerung dieser Abwicklungsschwierigkeiten	435
1. Beendigung des Dienstverschaffungsvertrags vor bzw. mit dem Zeitpunkt des Betriebsübergangs	435
a) Auflösende Bedingung	436
aa) Vorliegen eines Betriebsübergangs des entleihenden Unternehmens als auflösende Bedingung	436
(1) Zwingender Charakter der Richtlinie 2001/23/EG und des § 613a BGB	436
(2) Unzulässige Bedingung	438
bb) Ergebnis	438
b) Aufhebungsvertrag	439
c) Kündigung	441
d) Beendigung aufgrund des Übergangs des Leiharbeitnehmers?	441
2. Möglichkeiten, den Vertrag nach dem Betriebsübergang zu beenden	441
F. Haftung des Entleihers gegenüber dem Erwerber aus Mängelgewährleistungsrecht	442
I. Nacherfüllung, Rücktritt und Minderung	443
1. Vorliegen eines Mangels	443
a) Sachmangel an einem einzelnen Gegenstand	444
aa) Vor der Reform	444
bb) Nach der Reform	445
b) Rechtsmangel an einem einzelnen Gegenstand	446
aa) Vor der Reform	447
bb) Nach der Reform	448
(1) Einzelner Rechtsmangel überhaupt als Mangel des Unternehmens?	448
(2) Einzelner Rechtsmangel als Sach- oder Rechtsmangel des Unternehmens?	450
(3) Zwischenergebnis zum Vorliegen eines Mangels	450
2. Vorrang der Nacherfüllung	451
3. Nacherfüllung in Form der Nachlieferung oder Nachbesserung	451
4. Rücktritt und Minderung	452

II. Schadensersatzansprüche	454
1. Schadensersatz neben der Leistung	454
2. Schadensersatz statt der Leistung	456
3. Schadensminderungsobliegenheit des Erwerbers	457
4. Culpa in contrahendo, §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 BGB	458
III. Aufwendungsersatz	460
IV. Individualvertragliche Regelungen in der Praxis	461
Sechster Teil Endergebnis hinsichtlich der Begründungswege	463
§ 12 Abschließende Beurteilung	463
Siebter Teil Wesentliche Ergebnisse	467
I. Dauerverleih	467
II. Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 der Richtlinie 2001/23/EG und des § 613a Abs. 1 S. 1 BGB auf Leiharbeitnehmer bei einem Betriebs(teil)übergang des Entleihunternehmens und Voraussetzungen hierfür	467
III. Auswirkungen eines Übergangs der Leiharbeitnehmer bei einem Betriebs(teil)übergang des Entleihunternehmens	468
Literaturverzeichnis	471