

Inhalt

| | |
|---|----|
| A. Einleitung..... | 1 |
| B. Anwendungsfälle des Festhaltensrechts..... | 5 |
| I. Illegale Arbeitnehmerüberlassung, § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG..... | 7 |
| 1. Scheinwerk- bzw. Scheindienstverträge..... | 8 |
| a. Motiv für den Einsatz von Scheinwerkverträgen..... | 8 |
| b. Abgrenzung zum echten Dienst-/Werkvertrag | 11 |
| c. Geringes Interesse am Festhalten..... | 13 |
| 2. Umgeschlagene Dienst- oder Werkverträge..... | 15 |
| a. Onsite-Werkverträge | 16 |
| b. Gefährliche Nähe zur Arbeitnehmerüberlassung..... | 19 |
| aa. Umschlagen in Arbeitnehmerüberlassung | 19 |
| bb. Rechtssichere Ausgestaltung nicht möglich | 22 |
| c. Erhebliches Interesse am Festhalten | 26 |
| aa. Nur beim Verleiher ist Weiterbeschäftigung möglich | 27 |
| bb. Nur beim Verleiher besteht Kündigungsschutz | 28 |
| cc. Sonstige Gründe | 30 |
| 3. Zwischenergebnis | 31 |
| II. Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung, § 9 Abs. 1 Nr. 1a AÜG | 31 |
| 1. Unerwünschte „Fallschirmlösung“..... | 32 |
| 2. Unbedenkliches Umschlagen eines vormals ordnungsgemäßen Onsite-Werkvertrages..... | 34 |
| III. Überschreiten der Überlassungshöchstdauer, § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG | 34 |
| 1. Bekämpfung von Personalführungsgesellschaften..... | 35 |
| a. Die Forderung des Schrifttums | 36 |
| b. Die Auffassung des BAG..... | 37 |
| c. Die Antwort des Gesetzgebers | 38 |
| 2. Ungeeignetes Umsetzungskonzept..... | 38 |

VIII

| | |
|--|----|
| IV. Ergebnis zum Abschnitt B. | 41 |
| C. Ausgestaltung des Festhaltensrechts | 43 |
| I. Ausübung des Festhaltensrechts | 44 |
| 1. Inhalt der Erklärung | 45 |
| 2. Schriftform | 46 |
| 3. Erklärungsfrist | 47 |
| a. Keine Kenntnis, dass Arbeitnehmerüberlassung | 47 |
| b. Keine Kenntnis, ob Offenlegung/Konkretisierung erfolgt | 49 |
| c. Keine Kenntnis von Überlassungshöchstdauer | 51 |
| d. Zwischenergebnis | 54 |
| 4. Keine Abgabe vor Beginn der Erklärungsfrist | 54 |
| 5. Vorlagepflicht des § 9 Abs. 2 AÜG | 55 |
| a. Modalitäten der Vorlagepflicht | 56 |
| b. Erschwert Ausübung des Festhaltensrechts | 57 |
| 6. Zwischenergebnis | 59 |
| II. Rechtsfolgen des Festhaltensrechts | 60 |
| 1. Arbeitsrechtliche Auswirkungen | 60 |
| a. Keine Rückabwicklungsprobleme | 62 |
| b. <i>Equal-Pay</i> Anspruch gegen Verleiher | 63 |
| c. Keine gewerberechtliche Auswirkung | 64 |
| 2. Kein erneutes Festhaltensrecht bei fortgesetzter Überlassung | 65 |
| a. Regelung geht von Fremdbestimmung des Arbeitnehmers aus | 66 |
| b. Inkonsequente Ausgestaltung | 66 |
| 3. Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen | 68 |
| a. Haftung des Entleihers sozialversicherungsrechtlich nicht geboten | 69 |
| aa. Der Einzugsstelle entgehen keine Beiträge | 70 |
| bb. Es existiert kein Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung | 71 |
| b. Strafbarkeit des Entleihers soll aufrechterhalten bleiben | 73 |

IX

| | |
|--|-----|
| aa. Strafbarkeitsrisiko bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung..... | 73 |
| bb. Ermöglichung der Strafbarkeit wegen Beitragshinterziehung | 76 |
| III. Ergebnis zum Abschnitt C. | 80 |
| D. Verfassungsmäßige Gebotenheit des Festhaltensrechts | 81 |
| I. Schutzbereich | 81 |
| II. Eingriff..... | 82 |
| 1. Fiktion eines neuen Arbeitsverhältnisses | 82 |
| 2. Unwirksamkeit des bestehenden Arbeitsverhältnisses..... | 84 |
| a. Arbeitsverhältnis mit Verleiher ist durchaus schutzwürdig..... | 84 |
| b. Geringe praktische Bedeutung schließt Schutzbedürftigkeit nicht aus | 87 |
| c. Einwand des Rechtsmissbrauchs greift nur in Ausnahmefällen | 88 |
| d. Keine ausreichende Kompensation durch Schadensersatzanspruch.. | 90 |
| 3. Zwischenergebnis | 90 |
| III. Rechtfertigung..... | 90 |
| 1. Illegale Arbeitnehmerüberlassung..... | 92 |
| a. Schutz des Leiharbeitnehmers | 93 |
| aa. Schutz vor Ausbeutung durch den Verleiher | 93 |
| bb. Herbeiführung eines Stammarbeitsverhältnisses mit dem Entleiher | 95 |
| cc. Schutz vor Verlust des Arbeitsplatzes | 97 |
| b. Schutz des Allgemeininteresses an einem funktionierenden Arbeitsmarkt..... | 109 |
| aa. Wesentlich veränderte Rahmenbedingungen..... | 112 |
| bb. Bekämpfung illegaler Strukturen kann Eingriff nicht rechtfertigen | 114 |
| c. Härtefallregelung erforderlich..... | 114 |
| aa. Festhaltensrecht als Mittel der Wahl..... | 115 |
| bb. Teleologische Reduktion nicht möglich | 117 |

| | | |
|-----|--|-----|
| d. | Ergebnis zum Abschnitt 1 | 119 |
| 2. | Verdeckte Arbeitnehmerüberlassung | 119 |
| a. | Schutz der Leiharbeitnehmer | 120 |
| aa. | Offenlegungspflicht ohne Mehrwert für Arbeitnehmer | 120 |
| bb. | Verschaffung eines Stammarbeitsverhältnisses nicht erforderlich | 121 |
| cc. | Zwischenergebnis..... | 125 |
| b. | Allgemeininteresse an einem geordneten Arbeitsmarkt | 126 |
| aa. | Durchsetzung der Offenlegungspflicht ist kein wichtiger Belang | 126 |
| bb. | Anwendung der §§ 9, 10 AÜG auf (sämtliche) verdeckte ANÜ | 129 |
| cc. | Zwischenergebnis..... | 135 |
| c. | Teleologische Reduktion nicht möglich | 135 |
| aa. | Abgrenzung von Missbrauch zu Compliance kaum möglich | 136 |
| bb. | Keine Anhaltspunkte für eine Differenzierung | 137 |
| cc. | Unbilligkeiten in Einzelfällen verbleiben | 138 |
| dd. | Zwischenergebnis..... | 139 |
| d. | Ergebnis zum Abschnitt 2. | 139 |
| 3. | Überschreitung der Überlassungshöchstdauer | 140 |
| a. | Schutz des Leiharbeitnehmers | 140 |
| aa. | Schutz vor „überlangem Einsatz“ | 140 |
| bb. | Herbeiführung eines Stammarbeitsverhältnisses | 146 |
| cc. | Zwischenergebnis..... | 148 |
| b. | Allgemeine Beschränkung und Zurückdrängung der Leiharbeit..... | 149 |
| aa. | Durchsetzung der Überlassungshöchstdauer | 149 |
| bb. | Automatisches Stammarbeitsverhältnis bei längerer Überlassung | 158 |
| cc. | Zwischenergebnis..... | 165 |
| c. | Teleologische Reduktion nicht möglich | 165 |

XI

| | |
|---|-----|
| d. Ergebnis zum Abschnitt 3 | 166 |
| IV. Ergebnis zum Abschnitt D..... | 167 |
| E. Verfassungskonforme Ausgestaltung des Festhaltensrechts..... | 169 |
| I. Erklärungsfrist..... | 169 |
| 1. Wegfall der Erklärungsfrist | 169 |
| a. Verleiher verdient keinen Vertrauensschutz..... | 170 |
| b. Rechtssicherheit durch Verwirkung ausreichend geschützt | 171 |
| c. Beschränkung des Gebrauchs zur Verhinderung von Missbrauch .. | 174 |
| d. Zwischenergebnis..... | 175 |
| 2. Auslegung der Erklärungsfrist..... | 175 |
| a. Fristbeginn erst mit Kenntnis des Arbeitnehmers..... | 176 |
| aa. Wortlaut..... | 177 |
| bb. Gesetzgebungsgeschichte..... | 177 |
| cc. Gesetzssystematik..... | 178 |
| dd. Sinn und Zweck..... | 180 |
| ee. Zwischenergebnis..... | 180 |
| b. Umfang der Kenntnis | 180 |
| aa. Rechtskenntnis erforderlich | 181 |
| bb. Umfang der Rechtskenntnis | 182 |
| c. Grenze der Auslegung..... | 184 |
| aa. Wortlautgrenze nicht überschritten | 185 |
| bb. Kein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers | 186 |
| d. Zwischenergebnis..... | 187 |
| II. Vorlagepflicht | 187 |
| 1. Wegfall der Vorlagepflicht..... | 187 |
| a. Unangemessene Beeinträchtigung der Erklärungsfreiheit..... | 187 |
| aa. Einschaltung der Bundesagentur für Leiharbeiter ohne Mehrwert..... | 188 |

XII

| | |
|---|-----|
| bb. Regelung zur Missbrauchsbekämpfung nicht erforderlich | 189 |
| cc. Unzumutbare Pflicht zur Anzeige des Arbeitgebers..... | 193 |
| dd. Zwischenergebnis..... | 194 |
| b. Dreitagefrist..... | 195 |
| 2. Verfassungskonforme Auslegung | 196 |
| a. Auslegung als „Soll“-Vorschrift | 196 |
| b. Verleiher darf sich nicht auf Verletzung des § 9 Abs. 2 AÜG berufen | 197 |
| aa. Vorlagepflicht soll nur den Arbeitnehmer schützen | 197 |
| bb. Ausnahme vom Formerfordernis wegen Unbilligkeit | 197 |
| cc. Zwischenergebnis..... | 201 |
| c. Fristbeginn erst mit Kenntnis von § 9 Abs. 2 AÜG..... | 201 |
| III. Kein Festhaltensrecht bei fortgesetzter rechtswidriger Überlassung | 201 |
| 1. Ausschluss des Festhaltensrechts ist nicht zu rechtfertigen | 201 |
| 2. Verfassungskonforme Auslegung | 203 |
| a. Reduzierung des § 9 Abs. 3 S. 2 AÜG auf „Missbrauchsfälle“ | 204 |
| b. Grenzen der verfassungskonformen Auslegung | 206 |
| IV. Ergebnis zum Abschnitt E. | 206 |
| F. Fazit | 209 |
| G. Empfehlung an den Gesetzgeber | 213 |
| H. Ergebnisse in Thesen..... | 215 |