

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. Inkonsistente Ausgestaltung	66
3. Sozialversicherungsrechtliche Auswirkungen	68
a. Haftung des Entleiher sozialversicherungsrechtlich nicht geboten	69
aa. Der Einzugsstelle entgehen keine Beiträge	70
bb. Es existiert kein Grundsatz der gesamtschuldnerischen Haftung	71
b. Strafbarkeit des Entleiher 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

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. Gesetzesystematik	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 Leiharbeitnehmer 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