

## CB-BEITRAG

Johannes Simon, LL.M. (Durham), RA/FAArbR

# Neue Risiken durch die AÜG-Reform – Alternative Gestaltungsformen des Fremdpersonaleinsatzes im Compliance-Check

Mit Wirkung zum 1. April 2017 ist das Gesetz zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) und verschiedener Nebengesetze in Kraft getreten. Ziel des neuen AÜG ist es laut Gesetzgeber, die Zeitarbeit auf ihre Kernfunktionen<sup>1</sup> hin zu orientieren.<sup>2</sup> Die Neuregelungen des AÜG führen dazu, dass Zeitarbeit unflexibler geworden ist und sowohl auf Seiten der Unternehmen (Entleiher) als auch der (Personal-)Dienstleister (Verleiher) im Falle von Verstößen durch den umfangreichen und teils sehr scharfen Sanktionskatalog<sup>3</sup> stark risikobehaftet ist. Gleichzeitig sollen Missbrauchskonstellationen durch Dienst-/Werkverträge verhindert werden.<sup>4</sup> Vor dem Hintergrund dieses Dilemmas sollen alternative Gestaltungsformen des Fremdpersonaleinsatzes dahingehend näher betrachtet werden, ob diese einen Compliance-mäßigen Fremdpersonaleinsatz ermöglichen.

## I. Weniger Flexibilität, mehr Risiko bei der Arbeitnehmerüberlassung

Die neuen Regelungen des AÜG schränken insbesondere die Flexibilität von Fremdpersonaleinsätzen im Wege der Arbeitnehmerüberlassung in zeitlicher Hinsicht ein.

### 1. Einschränkung der Flexibilität durch Höchstüberlassungsdauer

Vor Inkrafttreten des neuen AÜG war es in der Praxis üblich, auch im Falle von langfristigem Personalbedarf auf die Arbeitnehmerüberlassung zurückzugreifen. Nunmehr gilt nach § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG grundsätzlich eine Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten. In einem für das Kundenunternehmen qua Tarifbindung geltenden Tarifvertrag kann eine abweichende – d. h. kürzere oder längere – (Höchst-)Überlassungsdauer vereinbart werden bzw. über eine entsprechende Öffnungsklausel im Tarifvertrag durch Betriebsvereinbarung eine abweichende (Höchst-)Überlassungsdauer festgelegt werden.<sup>5</sup> Die Regelungsbefugnis der Tarifvertragsparteien ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht weiter eingeschränkt. Allerdings ist den Gesetzesmaterialien zu entnehmen, dass zumindest eine zeitlich bestimmte Obergrenze sicherzustellen ist.<sup>6</sup> Eine unbefristete Überlassung dürfte insoweit ausgeschlossen sein.<sup>7</sup> Dort wo das Kundenunternehmen nicht tarifgebunden ist, aber in den fachlichen Geltungsbereich eines Tarifvertrages mit entsprechender Öffnungsklausel für eine Betriebsvereinbarung fällt, ist der zeitliche Spielraum für die Erweiterung durch eine solche Betriebsvereinbarung bereits von Gesetzeswegen ausdrücklich auf 24 Monate beschränkt (vgl. § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG).<sup>8</sup>

Die Nichteinhaltung der Höchstüberlassungsdauer wird dreifach sanktioniert. Eine Überschreitung stellt zunächst für Verleiher und Entleiher gem. §§ 16 Abs. 1 Nr. 1e, Abs. 2 AÜG eine Ordnungswidrigkeit dar, die mit einer Geldbuße bis zu EUR 30.000 je Einzelfall geahndet werden kann. Für den Verleiher droht zudem der Entzug

der Erlaubnis im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung der Bundesagentur für Arbeit, § 3 Abs. 1 Nr. 1 AÜG und damit die Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz. Schließlich ordnet § 9 Abs. 1 Nr. 1b AÜG die Unwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeiter an, was wiederum dazu führt, dass nach § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis zwischen dem überlassenen Leiharbeiter und dem Kunden (Entleiher) begründet wird.<sup>9</sup> Zwar ist die Höchstüberlassungsdauer (leih-)Arbeitnehmerbezogen.<sup>10</sup> Damit kommt als Vermeidungsstrategie der gestaffelte Einsatz von Leiharbeitern auf demselben Arbeitsplatz in

1 Vgl. Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetzes v. 20.7.2016, BT-Drs. 18/9232.

2 Vgl. *Henssler/Pickenhahn* in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 40.

3 Vgl. hierzu *Förster/Simon* in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 367 ff.

4 Dies war als Programmsatz bereits im Koalitionsvertrag vom 16.12.2013 enthalten, vgl. dort S. 49.

5 Eine Abweichung von der Höchstüberlassung durch Tarifvertrag setzt lediglich die Tarifbindung des Entleihers voraus. Bei der Abweichung von der Höchstüberlassungsdauer dürfte es sich insoweit um eine Betriebsnorm nach §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 S. 2 TVG handeln, so dass es auf die Tarifbindung des jeweiligen Leiharbeiters nicht ankommt (vgl. dazu *Mehrens* in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 217).

6 Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 20.

7 *Koller-van Delden/Gallini*, DStR 2017, 206.

8 Zu den verfassungsmäßigen Bedenken hinsichtlich der Unterscheidung zwischen tarifgebundenen Kundenunternehmen und nicht tarifgebundenen Kundenunternehmen vgl. u. a. *Mehrens* in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 227; *Hamann*, ArbuR 2016, 136, 139.

9 Vgl. im Einzelnen zu den Rechtsfolgen bei Überschreitung der Höchstüberlassungsdauer *Mehrens* in: Henssler/Grau (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge, S. 228 ff.

10 Vgl. § 1 Abs. 1b S. 1 AÜG, wonach der Verleiher „denselben Leiharbeiter“ nicht länger als 18 aufeinanderfolgende Monate demselben Entleiher

18-Monats-Intervallen in Betracht (sog. „Leiharbeitnehmerkarussell“<sup>11</sup>). Mit gestaffelt wechselndem Personal bestünde jedoch – z. B. in langfristig angelegten Entwicklungsprojekten – immer wieder das Risiko des Verlustes von Know-how und der Bedarf für erneute Einarbeitungsphasen. Zudem wären langfristig angelegte Leiharbeitnehmerkarusselle auch (europa-)rechtlich nicht ganz unbedenklich. So haben bereits zur alten Rechtslage die arbeitsgerichtlichen Instanzengerichte das Merkmal der „vorrübergehenden“ Überlassung – welches sich weiterhin in § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG findet<sup>12</sup> – unter Bezugnahme auf die europäische Leiharbeitsrichtlinie<sup>13</sup> auch arbeitsplatzbezogen ausgelegt.<sup>14</sup> Auch wenn das BAG die Frage nach dem Erfordernis der (zumindest auch) arbeitsplatzbezogenen Betrachtung bisher offengelassen hat<sup>15</sup>, ist nicht auszuschließen, dass Arbeitsgerichte auch zukünftig eine ergänzende arbeitsplatzbezogene Betrachtung vornehmen.

## 2. Einschränkung der Flexibilität durch „Equal Pay/Equal Treatment“

Die Überlassung von Leiharbeitnehmern unterliegt grundsätzlich einem „Equal Pay/Equal Treatment“-Gebot.<sup>16</sup> Von diesem kann durch Verleiher-seitige Zeitarbeitstarifverträge für neun Monate und durch Entleiher-seitige Branchenzuschlagstarifverträge<sup>17</sup> für einen Zeitraum von 15 Monaten abgewichen werden, in zweiten Falle aber nur, soweit bereits nach sechs Wochen Einsatzdauer eine stufenweise Angleichung an das Vergütungsniveau des Entleihers erfolgt. Sanktioniert werden Verstöße gegenüber dem Verleiher und zwar mit einem Bußgeld bis zu EUR 500.000 je Einzelfall sowie dem Entzug der Erlaubnis.<sup>18</sup> Häufig wird die Dauer eines Einsatzes aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen, aber auch aufgrund von praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung von „Equal Pay/Equal Treatment“ damit faktisch bereits auf neun bzw. 15 Monate begrenzt sein.

## 3. Gefahr der schleichenden Integration bei Dienst-/Werkverträgen

Werk-/Dienstverträge als Gestaltungsalternative sind auch nach den neuen gesetzlichen Regelungen zeitlich unbegrenzt möglich. Allerdings sind die Risiken im Fall der Fehlabbildung zu einer Arbeitnehmerüberlassung nunmehr deutlich verschärft.<sup>19</sup> Neben dem erweiterten Sanktionskatalog des AÜG hat der Gesetzgeber durch die Einführung des sog. Bezeichnungs- und Konkretisierungsgebots in § 1 Abs. 1 S. 5 und S. 6 AÜG<sup>20</sup> faktisch die Möglichkeit einer sog. „Vorrats- oder Absicherungserlaubnis“ unterbunden.<sup>21</sup> Gerade bei längerfristigen z. T. auf mehrere Jahre angelegten Projekten dürfte eine rechtssichere Abgrenzung mit zunehmender Vertragslaufzeit schwieriger werden und das Risiko einer schleichenden Integration beinhalten, welche zu einer Einstufung als verdeckte Arbeitnehmerüberlassung und entsprechender Sanktionierung führen kann.<sup>22</sup>

## 4. Alternative Gestaltungsmittel

Dort, wo in Projekten längerfristig, zeitlich nicht absehbar oder stark integriert unter der Mitwirkung von Fremdpersonal gearbeitet wird, sind die Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG oder Werk-/Dienstverträge als Compliance-mäßige Umsetzungsmaßnahmen nicht geeignet. Daher sollen nachfolgend als mögliche Alternativen das Konzernprivileg, die Personalgestaltung, die befristete Einstellung des einzusetzenden Arbeitnehmers bei einem Kunden unter Ruhendstellung des „Stammarbeitsverhältnisses“ mit dem Dienstleister und der Gemeinschaftsbetrieb näher beleuchtet werden.

## II. Konzernprivileg

Auch für unternehmensübergreifende Personaleinsätze im Konzern gelten grundsätzlich die gleichen rechtlichen Anforderungen, wie bei Einsätzen von Fremdpersonal konzernfremder Unternehmen, d. h. sowohl eine „offene“ Arbeitnehmerüberlassung nach AÜG zwischen Konzernunternehmen als auch konzerninterne Werk-/Dienstverträge unterliegen grundsätzlich den gleichen rechtlichen Spielregeln.

### 1. Voraussetzungen des Konzernprivilegs

Das AÜG ist nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG (mit Ausnahme des Verbots der Überlassung in das Baugewerbe) nicht auf eine Gestellung von (Fremd-)Personal zwischen Konzernunternehmen anzuwenden, wenn der Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt wird. In diesem Fall gelten weder das Erfordernis einer Erlaubnis, noch die Einschränkungen über die Höchstüberlassungsdauer, noch die Regelungen über „Equal Pay/Equal Treatment“.<sup>23</sup> Zunächst muss es sich um Konzernunternehmen gem. § 18 AktG handeln.<sup>24</sup> Ferner darf der bei einem anderen Unternehmen einzusetzende Arbeitnehmer nicht zum Zweck der Überlassung eingestellt und beschäftigt werden. Die Vorschrift soll einen vorübergehenden Einsatz von Arbeitnehmern bei anderen Konzerngesellschaften ohne

überlassen darf (vgl. *Mehrens* in: Henssler/Grau (Hrsg.), *Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge*, S. 207).

11 *Koller-van Delden/Gallini*, DStR 2017, 206.

12 Nach § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG ist die Überlassung von Arbeitnehmern vorrübergehend bis zu einer Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b zulässig.

13 Richtlinie 2008/104/EG v. 19.11.2008 über Leiharbeit, ABl. 2008 L 327, 9.

14 Vgl. u. a. LAG Schleswig Holstein, Beschluss v. 8.1.2014 – 3 TaBV 43/13, BeckRS 2014, 65321; LAG Hamburg, Beschluss v. 29.8.2013 – 1 TaBV 3/13, BeckRS 2013, 73081; LAG Baden-Württemberg, Urteil v. 31.7.2013 – 4 Sa 18/13, BeckRS 2013, 71078 (vgl. hierzu insgesamt *Koller-van Delden/Gallini*, DStR 2017, 206, 207).

15 Vgl. BAG, Beschluss v. 30.9.2014 – 1 ABR 79/12, NZA 2015, 240.

16 „Equal Pay/Equal Treatment“ bedeutet, dass der eingesetzte Leiharbeitnehmer in allen Vergütungsbelangen so zu stellen ist, wie ein vergleichbarer Stammarbeitnehmer des Entleihers.

17 Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 24.

18 Nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 AÜG ist die Erlaubnis in diesem Fall zu versagen bzw. zu entziehen.

19 Vgl. hierzu *Simon/Vogel*, CB 2017, S. 193 ff.

20 Danach haben Verleiher und Entleiher die Überlassung von Arbeitnehmern von Beginn der Überlassung als solche zu bezeichnen (§ 1 Abs. 1 S. 5 AÜG) und die Person des Leiharbeitnehmers vor Überlassung unter Bezugnahme auf diesen Vertrag zu konkretisieren (§ 1 Abs. 1 S. 6 AÜG).

21 Durch eine bestehende Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis konnte nach der bis zum 31. März 2017 geltenden Rechtslage beim Vorliegen eines Scheinwerk-/Dienstvertrages – das Entstehen eines Arbeitsverhältnisses sowie die ordnungsrechtliche Sanktionierung einer „illegalen“ Arbeitnehmerüberlassung verhindert werden. Nunmehr wird auch beim Bestehen einer Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis ein Verstoß gegen die Offenlegungs- und Konkretisierungspflicht seitens Verleiher und Entleiher jeweils nach §§ 16 Abs. 1 Nr. 1c, Nr. 1d, Abs. 2 AÜG eine Ordnungswidrigkeit verwirkt, die mit einem Bußgeld bis zu EUR 30.000 je Einzelfall geahndet werden kann. Zudem wird nach den §§ 9 Abs. 1 Nr. 1a, 10 Abs. 1 S. 1 AÜG ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert.

22 Vgl. oben FN 19.

23 Vgl. *Kock* in: BeckOK Arbeitsrecht, 44. Edition (Stand 1.6.2017), § 1 AÜG, Rn. 200.

24 Ein Konzern liegt vor, wenn ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sind (BT-Drs. 10/3206, 33); vgl. hierzu im Einzelnen *Kock* in: BeckOK Arbeitsrecht, 44. Edition (Stand 1.6.2017), § 1 AÜG, Rn. 218-220.

formale Hürden ermöglichen.<sup>25</sup> Reine Verleihunternehmen innerhalb eines Konzerns sowie Personalführungsgesellschaften, deren Zweck die Einstellung und Überlassung von Personal an andere Konzernunternehmen ist, fallen nicht unter die Ausnahmegesetzvorschrift.<sup>26</sup> Der zu überlassende Arbeitnehmer sollte einen festen Stammarbeitsplatz im verleihenden Unternehmen innehaben, auf welchem der Schwerpunkt seiner Beschäftigung liegt. Entsprechende Verträge über den Einsatz bei dem anderen Konzernunternehmen sollten befristet werden, um ein plausibles Rückkehrszenario dokumentieren zu können.

## 2. Compliance Check Konzernprivileg

Das Konzernprivileg ermöglicht unternehmensübergreifende Einsätze von Arbeitnehmern innerhalb des Konzerns ohne diejenigen Einschränkungen, denen eine reguläre Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG unterfallen würde. Überdies kann bei dem (konzerninternen) Kundenunternehmen – anders als beim Werk-/Dienstvertrag – bei der Ausführung der Tätigkeit integriert und unter Ausübung von (tätigkeitsbezogenen) Weisungsrechten gearbeitet werden. Allerdings dürfte ein dauerhafter, zeitlich unbefristeter Einsatz nicht zulässig sein.<sup>27</sup> Denn insoweit würde es an dem Merkmal fehlen, dass die eingesetzte Person nicht zum Zweck der Überlassung beschäftigt werden darf.

Zudem ist darauf zu achten, dass auch bei befristeten Einsätzen und Rückkehr in das Stammarbeitsverhältnis, Einsätze bei anderen Konzernunternehmen dem Arbeitsverhältnis nicht das Gepräge geben. Denn ansonsten würde der Ausnahmeharakter der Vorschrift „aufgeweicht“.<sup>28</sup> Soweit ersichtlich, gibt es bislang keine Rechtsprechung, die eine konkrete Grenze vorgibt, wie groß der Anteil der Überlassungszeiträume an andere Konzernunternehmen gegenüber der Tätigkeit im Stammarbeitsverhältnis im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sein darf.<sup>29</sup> In einer jüngeren Entscheidung hat das BAG ausgeführt, dass nach dem gesetzlichen Leitbild eine vorübergehende Überlassung im Konzern voraussetzen würde, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung „normalerweise“ im Stammarbeitsverhältnis erbringt.<sup>30</sup> Wird der Arbeitnehmer jedenfalls aufgrund eines mit einem Konzernunternehmen geschlossenen Rahmenvertrages nie anderweitig als bei anderen Konzernunternehmen tätig, so ist dies ein starkes Indiz, dass die Einstellung zum Zweck der Überlassung an andere Konzernunternehmen erfolgte.<sup>31</sup> In der Literatur wird z. B. vertreten, dass Einsätze bei anderen Konzernunternehmen nicht mehr als die Hälfte der Gesamtarbeitszeit ausmachen dürfen.<sup>32</sup> Allerdings

sollte hier noch ein „Sicherheitsabschlag“ vorgenommen werden. Als Richtwert wird insoweit eine „25%-Grenze“ vorgeschlagen.<sup>33</sup> Denn einen Spielraum von 25% hat das BAG bei flexibler Arbeitszeit<sup>34</sup> und flexibler Vergütung<sup>35</sup> akzeptiert.<sup>36</sup> Unter Compliance-Gesichtspunkten scheint es geboten, diese vorgeschlagene „25%-Grenze“<sup>37</sup> nicht zu überschreiten und als Höchstgrenze festzulegen.

Schließlich wird vertreten, das Konzernprivileg sei europarechtswidrig, da die Leiharbeitsrichtlinie keine Privilegierung von Konzernunternehmen vorsehe.<sup>38</sup> Soweit ersichtlich, folgte allerdings bislang kein Gericht dieser Auffassung.<sup>39</sup>

## III. Personalgestellung

Bis zum Inkrafttreten des neuen AÜG war umstritten, ob es sich bei der Personalgestellung<sup>40</sup> um eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung handelt.<sup>41</sup> Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG nunmehr klargestellt, dass Personalgestellungen im öffentlichen Dienst – mit Ausnahme des Verbotes der Überlassung in das Baugewerbe – nicht dem Anwendungsbereich des AÜG unterfallen.<sup>42</sup> Begründet wird dies damit, dass eine Personalgestellung funktional als eine besondere Form der Aufgabenverlagerung anzusehen ist und im Bestandsschutzinteresse der betroffenen Arbeitnehmer erfolgt.<sup>43</sup> Denn für den Arbeitnehmer bleibt das Arbeitsverhältnis mit dem in besonderem Maße an Recht und Gesetz gebundenen und damit besonders „zuverlässigen“ öffentlichen Arbeitgeber erhalten.<sup>44</sup>

### Compliance Checkliste Konzernprivileg

Das AÜG findet keine Anwendung bei Verleih zwischen Konzerngesellschaften, soweit der Arbeitnehmer nicht zum Zweck des Verleihs eingestellt oder beschäftigt wird.

Der Arbeitnehmer sollte einen festen Stammarbeitsplatz im Unternehmen haben, auf welchem der Schwerpunkt der Beschäftigung liegt. Einsätze bei anderen Konzernunternehmen sollten einen Umfang von 25% nicht überschreiten

Die Überlassung an das andere Konzernunternehmen sollte zeitlich befristet werden, um ein plausibles Rückkehrszenario abzubilden.

Zu beachten: mögliche Europarechtswidrigkeit des Konzernprivilegs.

25 Kock in: BeckOK Arbeitsrecht, 44. Edition (Stand 1.6.2017), § 1 AÜG, Rn. 221.

26 Vgl. BT-Drs. 17/4804, 8; GA BA AÜG (Stand 20.3.2017), Ziff. 1.4.2, Abs. 8; Kock in: BeckOK Arbeitsrecht, 44. Edition (Stand 1.6.2017), § 1 AÜG, Rn. 221.

27 Vgl. LAG Baden-Württemberg, Beschluss v. 11.2.2016 – 3 TaBV 2/14, BeckRS 2016, 67031; Schüren/Fassholz, DB 2016, 1375, 1376.

28 LAG Thüringen, Urteil v. 23.11.2016 – 6 Sa 283/15, BeckRS 2016, 111694; Leuchten, NZA 2011, 608, 609.

29 Vgl. Schüren/Fassholz, DB 2016, 1375, 1378.

30 Vgl. BAG, Urteil v. 18.7.2012 – 7 AZR 451/11, DB 2012, 2584.

31 LAG Thüringen, Urteil v. 23.11.2016 – 6 Sa 283/15, BeckRS 2016, 111694; Sogenannte Konzernversetzungsklauseln dürften allerdings dennoch zulässig sein, da diese der Erweiterung des Direktionsrechts und nicht der Umgehung der Erlaubnispflicht nach §§ 1, 2 AÜG dienen (vgl. Kock in: BeckOK Arbeitsrecht, 44. Edition (Stand 1.6.2017), § 1 AÜG, Rn. 223.1).

32 Vgl. Schüren/Fassholz, DB 2016, 1375, 1378.

33 Vgl. Schüren/Fassholz, DB 2016, 1375, 1378.

34 BAG, Urteil v. 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, NZA 2006, 423.

35 BAG, Urteil v. 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, NZA 2005, 465.

36 Vgl. dazu im Detail Schüren/Fassholz, DB 2016, 1375, 1378.

37 Als Bemessungszeitraum wird insoweit das jeweilige Kalenderjahr empfohlen (vgl. Schüren/Fassholz, DB 2016, 1375, 1379).

38 Lembke, BB 2012, 2497, 2499; Hamann, RdA 2011, 321, 332 f.

39 Vgl. hierzu Schüren/Fassholz, DB 2016, 1375, 1378.

40 Die Personalgestellung ist ein Instrument der Tarifverträge des öffentlichen Dienstes, vgl. insbesondere § 4 Abs. 3 TVöD, wonach es dem öffentlichen Arbeitgeber im Falle der Aufgabenverlagerung auf einen Dritten ermöglicht wird, im öffentlichen Dienst beschäftigte Arbeitnehmer diesem Dritten dauerhaft – unter Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses mit dem öffentlichen Arbeitgeber – zur Erfüllung der verlagerten Aufgaben zur Verfügung zu stellen.

41 So z. B. Lembke, NJW 2014, 1329, 1334; a. A. OVG Münster, Beschluss v. 19.9.2014 – 20 A 281/13.PVB, BeckRS 2014, 57502.

42 Vgl. auch GA BA AÜG (Stand 20.3.2017), Ziff. 1.4.4, Abs. 2.

43 BT Drs. 18/9232, 22.

44 BT Drs. 18/9232, 22; vgl. hierzu Siebert, in öAT 2017, 45, der diese Begründung nur für bedingt tragfähig hält. Auch der öffentliche Arbeitgeber sei vor

### 1. Voraussetzungen der Personalgestellung

Gem. § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG liegt Personalgestellung vor, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers von dem bisherigen zu einem anderen Arbeitgeber verlagert werden und aufgrund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen Arbeitgeber weiter besteht und die Arbeitsleistung zukünftig bei einem anderen erbracht wird. Wesentliches Merkmal ist dabei die dauerhafte Übertragung der Aufgaben vom öffentlichen Arbeitgeber auf einen Dritten.<sup>45</sup> § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG findet daher keine Anwendung, wenn die Aufgabenübertragung und die Überlassung der Arbeitnehmer an den Dritten nur zeitweilig stattfindet.<sup>46</sup>

### 2. Compliance Check Personalgestellung

Der Anwendungsbereich der Personalgestellung ist eingeschränkt. Denn nur der öffentliche Arbeitgeber kann von diesem Instrument Gebrauch machen. Für öffentliche Arbeitgeber ist aber insbesondere von Relevanz, dass die Personalgestellung gerade auf Dauer angelegt ist. Von praktischer Relevanz dürften hier z. B. Konstellationen sein, in denen ein Krankenhaus eines öffentlichen Trägers Aufgaben auf eine private Servicegesellschaft überträgt und dieser dauerhaft Personal stellt.<sup>47</sup>

Auch die Bereichsausnahme der Personalgestellung wird teilweise als europarechtswidrig angesehen.<sup>48</sup> Denn die Leiharbeitsrichtlinie bezieht öffentliche Unternehmen ausdrücklich in ihren Geltungsbereich mit ein und sieht gerade keine Privilegierung vor.<sup>49</sup> Die Ruhrländkliniken Entscheidung des EuGH<sup>50</sup> jedenfalls verdeutlicht, dass die Leiharbeitslinie einen umfassenden Schutz sämtlicher Leiharbeiter verfolgt und somit für Bereichsausnahmen nach europarechtlichen Maßstäben wenig Raum sein dürfte.<sup>51</sup>

#### Compliance Checkliste Personalgestellung

Das AÜG findet keine Anwendung, wenn Aufgaben eines Arbeitnehmers (dauerhaft) aufgrund eines Tarifvertrages des öffentlichen Dienstes auf einen anderen Arbeitgeber verlagert werden und die Arbeitsleistung daher bei diesem anderen Arbeitgeber erbracht wird, das Arbeitsverhältnis mit dem bisherigen (öffentlichen) Arbeitgeber jedoch fortbesteht.

Merkmal der Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD ist gerade die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei dem anderen Arbeitgeber.

Zu beachten: mögliche Europarechtswidrigkeit der Personalgestellung.

### IV. Ruhendes Arbeitsverhältnis und Neuabschluss befristetes Arbeitsverhältnis

Neben der Arbeitnehmerüberlassung und Werk-/Dienstverträgen werden von Personaldienstleistungsunternehmen z. T. auch Personalvermittlungsmodelle angeboten. Eine Variante ist die Folgende: der Dienstleister und das Kundenunternehmen schließen einen Personalvermittlungsvertrag über die zeitlich befristete Vermittlung eines beim Dienstleister beschäftigten Arbeitnehmers in ein befristetes Arbeitsverhältnis mit dem Kundenunternehmen. Das (Stamm-)Arbeitsverhältnis mit dem Dienstleister wird für die Dauer des Bestehens des befristeten Arbeitsverhältnisses ruhend gestellt und es wird ein Wiederaufleben mit Ablauf der Befristung vereinbart.

### 1. Voraussetzungen der Befristung

Das Teilzeit und Befristungsgesetz (TzBfG) sieht die Möglichkeit der Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG und die Möglichkeit der sachgrundlosen Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG vor. Die sachgrundlose Befristung ist grundsätzlich bis zu einer Dauer von zwei Jahren<sup>52</sup> zulässig.<sup>53</sup> Einer Begründung für die Befristung bedarf es hier nicht. Soweit man von den Ausnahmetatbeständen nach §§ 14 Abs. 2a, Abs. 3 TzBfG absieht, kommt eine über zwei Jahre hinausgehende Befristung nur im Wege der Sachgrundbefristung nach § 14 Abs. 1 TzBfG in Betracht. In der vorliegenden Konstellation dürfte als Sachgrund regelmäßig der nur vorübergehende Bedarf an der Arbeitsleistung, z. B. aufgrund eines zeitlich abgrenzbaren Projekts<sup>54</sup>, in Betracht kommen. Jede Befristung eines Arbeitsvertrages bedarf nach § 14 Abs. 4 TzBfG zur Wirksamkeit der Schriftform.

### 2. Compliance Check Befristungsmodell

Das Befristungsmodell könnte insbesondere dort zum Einsatz kommen, wo zum einen eine Arbeitnehmerüberlassung aufgrund der im AÜG vorgesehenen grundsätzlichen Höchstüberlassungsdauer von 18 Monaten<sup>55</sup> für die Durchführung einer Beauftragung ausscheidet, zum anderen aber auch ein Werk-/Dienstvertrag nicht in Betracht kommt, weil die Tätigkeit stark integriert ist und auch seitens des Kundenunternehmens gegenüber dem einzusetzenden Arbeitnehmer tätigkeitsbezogene Weisungen erteilt werden müssen, um die gewünschten Arbeitsergebnisse zu erzielen.

Bereits im Rahmen einer sachgrundlosen Befristung wären „Einsätze“ des befristet beschäftigten Arbeitnehmers von bis zu zwei Jahren (24 Kalendermonate) möglich. Dies wären also sechs Monate mehr, als im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung nach AÜG, soweit nicht ein entsprechender kundenseitiger Tarifvertrag eine längere Einsatzzeit ermöglicht. Längere Befristungszeiten wären über § 14 Abs. 1 TzBfG möglich. Hier wären allerdings die von der Rechtsprechung

Missbrauch nicht gefeit. Dies zeige sich z. B. an den extensiv genutzten Regelungen des Befristungsrechts durch den öffentlichen Arbeitgeber.

45 Vgl. § 4 Abs. 3 TVöD; danach ist die Personalgestellung die auf Dauer angelegte Beschäftigung bei einem Dritten unter Fortsetzung des bestehenden Arbeitsverhältnisses (vgl. Protokollnotiz zu § 4 Abs. 3 TVöD).

46 Kock in: BeckOK Arbeitsrecht, 44. Edition (Stand 1.6.2017), § 1 AÜG, Rn. 229.

47 Dies geschieht i. d. R. aus Kostengründen, damit die private Servicegesellschaft neben dem gestellten Personal, welches beim öffentlichen Arbeitgeber verbleibt, eigenes Personal zu günstigeren Konditionen einstellen kann, welches nicht unter die Regelungen des TVöD fällt.

48 Vgl. u. a. Lembke, NZA 2017, 1, 11; Seel, öAT 2017, 48, 49; Siebert, öAT 2017, 45, 47.

49 Seel, öAT 2017, 48, 49; Siebert, öAT 2017, 45, 47.

50 EuGH (Fünfte Kammer), *Urt. v. 17.11.2016 – C-216/15*, NZA 2017, 41.

51 Als alternativer und europarechtskonformer Lösungsansatz wird z. B. vorgeschlagen, die Personalgestellung nicht vom Anwendungsbereich des AÜG auszuschließen, sondern hierfür eine gesetzliche Ausnahme von der Höchstüberlassungsdauer vorzusehen (vgl. *Ulrici*, EuZW 2017, 68, 71).

52 Zur sachgrundlosen Befristung bei Neugründung und gegenüber älteren Arbeitnehmern siehe §§ 14 Abs. 2a, Abs. 3 TzBfG.

53 Neben einer einmaligen kalendermäßigen Befristung bis zur Dauer von zwei Jahren kommt auch die Verlängerung einer zunächst kürzeren, den Zweijahreszeitraum unterschreitenden, Befristung in Betracht. Ein bereits bestehender, befristeter Arbeitsvertrag kann nach § 14 Abs. 2 S. 1, 2. HS TzBfG auch insgesamt bis zu drei Mal für eine Gesamtlaufzeit von zwei Jahren verlängert werden. Es sind also insgesamt maximal vier Befristungen zulässig, solange der Zweijahreszeitraum insgesamt nicht überschritten wird (vgl. *Bayreuther* in: BeckOK Arbeitsrecht, 44. Edition (Stand 1.3.2017), § 14 TzBfG, Rn. 92).

54 Vgl. hierzu *Müller-Glöge* in: ErfK, 17. Aufl. 2017, § 14 TzBfG, Rn. 23b.

55 Vgl. oben unter 2. a).

entwickelten Anforderungen an den jeweiligen Sachgrund zu beachten.<sup>56</sup> Im Fall der unwirksamen Befristung würde § 16 S. 1, 1. HS TzBfG ein Arbeitsverhältnis mit dem Kundenunternehmen fingieren.<sup>57</sup> Da der entsprechende Arbeitnehmer in einem (befristeten) Arbeitsverhältnis mit dem Kundenunternehmen steht und das Arbeitsverhältnis mit dem Dienstleister insoweit ruht, könnte das Kundenunternehmen für die Dauer des Bestehens des befristeten Arbeitsverhältnisses mit dem eingesetzten Arbeitnehmer auch uneingeschränkt das arbeitgeberseitige Direktionsrecht nach § 106 Gewerbeordnung ausüben.

### Compliance Checkliste Befristungsmodell

Es erfolgt der Abschluss eines befristeten Arbeitsverhältnisses zwischen dem Arbeitnehmer des Dienstleisters und dem Kundenunternehmen unter Ruhendstellung des Arbeitsverhältnisses mit dem Dienstleister für die Dauer der Befristung.

Bis zu einer Dauer von zwei Jahren ist eine Befristung ohne Sachgrund oder bei längerer Befristungsdauer bei Vorliegen eines Sachgrundes möglich.

Dieses Modell dürfte zulässig sein, solange keine Umgehung des AÜG erfolgt.

## V. Gemeinschaftsbetrieb

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts schließen sich der Gemeinschaftsbetrieb und die Arbeitnehmerüberlassung gegenseitig aus.<sup>58</sup> Die Argumentation des BAG lautet wie folgt:<sup>59</sup> bei der Arbeitnehmerüberlassung wird der Arbeitnehmer vollständig in den fremden Betrieb eines Dritten eingegliedert und dort innerhalb der fremden Betriebsorganisation zur Förderung des Betriebszwecks des Entleihers eingesetzt. Im Gemeinschaftsbetrieb erfolgt die Eingliederung in eine gemeinsame Betriebsorganisation zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks. Zudem werden die Weisungen im Gemeinschaftsbetrieb nicht durch den Verleiher als Dritten, sondern durch einen gemeinsamen, einheitlichen Leitungsapparat übergreifend für alle Arbeitnehmer der am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Unternehmen ausgeübt.

### 1. Voraussetzungen Gemeinschaftsbetrieb

Der Gemeinschaftsbetrieb ist nicht legal definiert. Allerdings hat der Gesetzgeber den Gemeinschaftsbetrieb als Rechtsfigur durch die Vermutungsregel in § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vorausgesetzt.<sup>60</sup> Nach dem BAG liegt ein Gemeinschaftsbetrieb vor, wenn die in einem Betrieb vorhandenen materiellen und immateriellen Betriebsmittel zweier oder mehrerer Unternehmen für einen einheitlichen arbeitstechnischen Zweck zusammengefasst, geordnet und gezielt eingesetzt werden und der Einsatz der menschlichen Arbeitskraft von einem einheitlichen Leitungsapparat gesteuert wird.<sup>61</sup> Für das Vorliegen eines Gemeinschaftsbetriebs sind drei Hauptmerkmale maßgeblich. Zunächst ist eine Vereinbarung über die einheitliche Leitung durch die beteiligten Unternehmen abzuschließen, auch Führungsvereinbarung genannt. Die Führungsvereinbarung muss nicht ausdrücklich schriftlich, sondern kann auch stillschweigend (konkudent) vereinbart werden.<sup>62</sup> Indizien für das Bestehen einer Führungsvereinbarung sind insbesondere die personelle und organisatorische Verknüpfung der Arbeitsabläufe, der arbeitgeberübergreifende Personaleinsatz und damit einhergehend

eine vertragliche Regelung, dass beide Arbeitgeber gegenüber allen Arbeitnehmern des Gemeinschaftsbetriebs berechtigt sind, arbeitsrechtliche Weisungen zu erteilen, unabhängig davon, zu welchem Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis besteht und schließlich, die gemeinsame Nutzung der Betriebsmittel.<sup>63</sup> Neben der Führungsvereinbarung bedarf es eines einheitlichen Leitungsapparates. Davon ist auszugehen, wenn die wesentlichen Funktionen des Arbeitgebers in personellen und sozialen Angelegenheiten von einer Stelle einheitlich wahrgenommen werden.<sup>64</sup> Solche wesentlichen Funktionen sind z. B. das Führen der Personalakten, das Erstellen wesentlicher arbeitsrechtlicher Dokumente (z. B. Arbeitsverträge, Kündigungen, Abmahnungen), die Einstellung und Versetzung von Arbeitnehmern und die Gewährung von Urlaub. Zudem ist die zumindest teilweise Personenidentität in der Geschäftsführung ein wichtiges Indiz für den einheitlichen Leistungsapparat.<sup>65</sup> Schließlich müssen beide Unternehmen sowohl einen einheitlichen als auch einen eigenen arbeitstechnischen Zweck verfolgen. Hierzu müssen die im Gemeinschaftsbetrieb vorhandenen Betriebsmittel gemeinsam genutzt werden. Nicht Voraussetzung ist hingegen, dass alle beteiligten Unternehmen eigene Betriebsmittel einbringen und einsetzen.<sup>66</sup> Wichtig ist zudem, dass die jeweiligen Teilleistungen bei der Verfolgung des einheitlichen arbeitstechnischen Zwecks jeweils in eigener unternehmerischer Verantwortung erbracht werden. Dies ist insbesondere für diejenigen Fälle relevant, wo sich der Beitrag eines Unternehmens darauf beschränkt, dem Gemeinschaftsbetrieb Personal zu stellen. Hier ist Voraussetzung für die Bildung eines Gemeinschaftsbetriebs, dass durch das personalstellende Unternehmen zumindest auch eigene Betriebszwecke verfolgt werden und sich der Betriebszweck nicht in der Überlassung von Personal zur Verfolgung fremder Betriebszwecke erschöpft.<sup>67</sup>

### 2. Compliance Check Gemeinschaftsbetrieb

Das AÜG findet auf den unternehmensübergreifenden Personaleinsatz im Gemeinschaftsbetrieb keine Anwendung.<sup>68</sup> Damit ist insbesondere ein dauerhafter unternehmensübergreifender Personaleinsatz möglich, solange der Gemeinschaftsbetrieb besteht. Auch der Grundsatz von „Equal Pay/Equal Treatment“ nach dem AÜG findet keine Anwendung. Vielmehr hat das BAG ausdrücklich klargestellt, dass für die am Gemeinschaftsbetrieb beteiligten Arbeitgeber im Verhältnis zu ihren Arbeitnehmern unterschiedliche

56 Vgl. zum projektbedingten Einsatz z.B. BAG, Urteil v. 24.9.2014 – 7 AZR 987/12, NZA 2015, 301; BAG, Urteil v. 4.12.2013 – 7 AZR 277/12, NZA 2014, 480.

57 Vgl. Bayreuther in: BeckOK Arbeitsrecht, 44. Edition (Stand 1.3.2017), § 16 TzBfG, Rn. 1.

58 Vgl. u.a. BAG, Urteil v. 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, BeckRS 2010, 76066; BAG, Beschluss v. 16.4.2008 – 7 ABR 4/07, NZA-RR 2008, 583; BAG, Urteil v. 25.10.2000 – 7 AZR 487/99, NJW 2001, 1516; BAG, Urteil v. 3.12.1997 – 7 AZR 764/96, NJW 1998, 3374.

59 BAG, Urteil v. 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, BeckRS 2010, 76066; vgl. auch Schmid/Topoglu, ArbRAktuell 2014, 40, 42.

60 Seel, öAT 2017, 48, 49.

61 BAG, Urteil v. 11.12.2007 – 1 AZR 824/06, NZA-RR 2008, 298.

62 Schmid/Topoglu, ArbRAktuell 2014, 40, 41.

63 Schönhöft/Lermen, BB 2008, 2515, 2516.

64 Vgl. BAG, Urteil v. 23.9.2010 – 8 AZR 567/09, BeckRS 2010, 76066.

65 Vgl. BAG, Beschluss v. 11.2.2004 – 7 ABR 27/03, NZA 2004, 618.

66 Vgl. BAG, Urteil v. 5.11.1987 – 2 AZR 190/87, BeckRS 1987, 30723691.

67 BAG, Urteil v. 25.10.2000 – 7 AZR 487/99, NJW 2001, 1516.

68 Vgl. FN 58.

Vergütungsordnungen zur Anwendung kommen können; denn die betriebliche Vergütungsordnung betrifft immer nur die Leistungsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus dem Arbeitsverhältnis.<sup>69</sup> Soweit der Gemeinschaftsbetrieb als Gestaltungsoption in Betracht kommt, müssen die tatsächlichen Voraussetzungen zum einen geschaffen<sup>70</sup>, aber auch nach außen hin dokumentiert werden.<sup>71</sup> Insoweit empfiehlt sich in der Praxis regelmäßig, eine schriftliche Führungsvereinbarung abzuschließen. In dieser sollten die wesentlichen Punkte, insbesondere die gegenseitige Übertragung des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts geregelt werden. Es sollte eine Personenidentität in der Geschäftsführung der beteiligten Unternehmen hergestellt werden. Das heißt, der/die jeweilige(n) Geschäftsführer sollten wechselseitig bei den beteiligten Unternehmen bestellt werden. Zudem ist eine einheitliche Personalabteilung zu bilden, welche für die wesentlichen Arbeitgeberfunktionen zuständig ist. Für die Dokumentation des einheitlichen Betriebszwecks ist zu empfehlen, die Unternehmenssatzungen jeweils dahingehend anzupassen, dass neben dem jeweils verfolgten eigenen Geschäftszweck auch der gemeinsame Betriebszweck in der Satzung festgeschrieben wird.<sup>72</sup> Soweit die Voraussetzungen eines „echten“ Gemeinschaftsbetriebs vorliegen, ist dieser eine rechtssichere Alternative zur Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG. Allerdings hat diese Rechtssicherheit ihren Preis. Zunächst ist zu beachten, dass die Ausweitung des Kündigungsschutzes und damit auch der Sozialauswahl auf alle in dem Gemeinschaftsbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer erfolgt.<sup>73</sup> Zudem wäre die zuständige Arbeitnehmervertretung (Betriebsrat) unternehmensübergreifend für alle Arbeitnehmer im Gemeinschaftsbetrieb zuständig.<sup>74</sup> Schließlich wird zum Teil vertreten, die im Gemeinschaftsbetrieb beschäftigten Arbeitnehmer wären den beteiligten Unternehmen über die besonderen Zurechnungsregeln des § 5 Mitbestimmungsgesetz bzw. § 2 Abs. 2 Drittelbeteiligungsgesetz wechselseitig zuzurechnen, unabhängig davon, ob das einzelne beteiligte Unternehmen selbst die maßgeblichen Schwellenwerte überschreitet.<sup>75</sup>

### Compliance Checkliste Gemeinschaftsbetrieb

Gemeinschaftsbetrieb und Arbeitnehmerüberlassung stehen in einem Exklusivitätsverhältnis.  
Erforderlich ist die Schaffung der Voraussetzungen des Gemeinschaftsbetriebs, d. h. der Abschluss einer Führungsvereinbarung zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks sowie die Errichtung eines gemeinsamen Leitungsapparates.  
Es empfiehlt sich die Dokumentation der Voraussetzungen.

## VI. Fazit

Durch die Reform des AÜG ist Arbeitnehmerüberlassung komplexer, unflexibler und riskanter geworden. Für Konstellationen langfristiger oder sogar dauerhafter Fremdpersonaleinsätze ist die Arbeitnehmerüberlassung durch die Einführung der achtzehnmonatigen

Höchstüberlassungsdauer kein tauglicher Lösungsansatz. Zwar gilt für Werk-/Dienstverträge keine derartige zeitliche Beschränkung. Jedoch steigt gerade bei langfristigen Projekten in vielen Fällen das Risiko einer schleichenden Integration. Zudem sind Werk-/Dienstverträge dort, wo gerade arbeitsteilig und integriert gearbeitet werden soll, von vornherein nicht geeignet. Hier gilt es, andere Lösungsansätze für einen Fremdpersonaleinsatz zu finden, die einen Compliance-Check bestehen können.

Im öffentlichen Dienst stellt die Personalgestellung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2b AÜG ein mögliches Gestaltungsmittel dar, da diese gerade auf Dauer angelegt ist. Abzuwarten bleibt, ob die Personalgestellung einer europarechtlichen Überprüfung unterzogen wird.

Außerhalb des öffentlichen Dienstes ist insbesondere der Gemeinschaftsbetrieb eine Alternative, um langfristige Fremdpersonaleinsätze – rechtssicher vom AÜG abzugrenzen. Denn Arbeitnehmerüberlassung und Gemeinschaftsbetrieb stehen in einem Exklusivitätsverhältnis, soweit die vom BAG aufgestellten Voraussetzungen des Gemeinschaftsbetriebes geschaffen werden. Dies muss zwar mit einer arbeitgeberübergreifenden Sozialauswahl und ggf. einer Erweiterung der Mitbestimmung erkaufte werden. Die z. T. Strafbarkeitsrisiken auslösende verdeckte Arbeitnehmerüberlassung wäre jedoch ausgeschlossen.

## AUTOR



**Johannes Simon** ist *Salary Partner* im Bereich *Arbeitsrecht* bei der *Wirtschaftskanzlei Taylor Wessing*. Er berät nationale und internationale Unternehmen in den Bereichen *Fremdpersonaleinsatz*, *Personalflexibilisierung* und *innerbetriebliches Outsourcing*. Herr Simon tritt regelmäßig als *Fach-Referent* zum Thema *Compliance* und *flexibler Personaleinsatz* auf. Er ist zudem *Co-Autor* eines *Praxishandbuchs zur AÜG Reform*.

- 69 BAG, Beschluss vom 12.12.2006 – 1 ABR 38/05, BeckRS 2007, 41934.  
70 Die Begründung eines Gemeinschaftsbetriebs dürfte eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG darstellen und insoweit bei Bestehen eine Betriebsrats die entsprechenden Mitbestimmungs- und Beteiligungsrechte auslösen (vgl. Seel, öAT 2017, 48, 50).  
71 Schmid/Topoglu, ArbRAktuell 2014, 40, 42.  
72 Vgl. LAG München, Urteil vom 2.12.1998 – 7 Sa 127/98, BeckRS 1998, 30463958; Schmid/Topoglu, ArbRAktuell 2014, 40, 42.  
73 Vgl. BAG, Urteil v. 24.2.2005 – 2 AZR 214/04, BeckRS 2005, 41739.  
74 Seel, öAT 2017, 48, 51.  
75 Dafür LG Hamburg, Beschluss v. 21.10.2008 – 417 O 171/07, BeckRS 2009, 07094; dagegen LG Hannover, Beschluss v. 14.5.2012 – 25 O 65/11, BeckRS 2013, 12440; das BAG hat dies bisher soweit ersichtlich offengelassen (vgl. BAG, Beschluss v. 13.3.2013 – 7 ABR 47/11, AP Nr. 1 zu § 5 DrittelbG).