



# BPG Kommunal

## Hinweise für den öffentlichen Sektor 2/2015

### Versorgung

- Konkretisierung der Informationsansprüche der Kommunen und Interessenten bei Konzessionsvergaben
- Neue Regelungen für die Netzkonzessionsvergabe geplant

### Entsorgung

- Müllverbrennungspreise, eine Never Ending Story?

### Sonderthema:

### Arbeitnehmerüberlassung

- OVG Münster: Geändertes Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) findet keine Anwendung auf eine tarifliche Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD



**Andreas Hoffmann**  
WP  
02151 508 464  
[hoffmann@bpg.de](mailto:hoffmann@bpg.de)



**Horst Hartung**  
WP, StB  
0211 172 98 117  
[hartung@bpg.de](mailto:hartung@bpg.de)



**Michael Freytag**  
Diplom-Volkswirt  
02151 508 425  
[freytag@bpg.de](mailto:freytag@bpg.de)



**Tom Wolf**  
StB  
02151 508 461  
[wolf@bpg.de](mailto:wolf@bpg.de)



## **Konkretisierung der Informationsansprüche der Kommunen und Interessenten bei Konzessionsvergaben**

*von Andreas Hoffmann BPG*

In der Vergangenheit war der Umfang der Informations- und Datenbereitstellung durch den bisherigen Konzessionär bei anstehenden Konzessionswechseln ein häufig strittiges Thema. Um einen wirtschaftlichen und angemessenen Kaufpreis für das Strom- oder Gasversorgungsnetz ermitteln zu können, sind aber gerade umfangreiche Informationen zum Netz erforderlich.

Am 21.05.2015 wurde die zweite überarbeitete Auflage des „Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers“ veröffentlicht ([www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)). Während der Leitfaden in seiner ersten Auflage vom 15.12.2010 vor allem der Klärung von weitgehend umstrittenen Grundsatzfragen diente, werden in der zweiten Auflage die vielfältige Rechtsprechung und die Gesetzesänderungen berücksichtigt. Insbesondere hinsichtlich der Informationsansprüche und Datenherausgabe wird die Auffassung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur dargestellt. Weitere wesentliche Elemente des überarbeiteten Leitfadens sind Feststellungen zum Auswahlverfahren (insbesondere Auswahlkriterien) und zum Kaufpreis sowie zum Umfang der zu übertragenden Verteilungsanlagen.

Der Leitfaden dient als Auslegungs- und Anwendungshilfe der beteiligten Marktakteure; ein Rechtsanspruch kann hieraus nicht abgeleitet werden. Die Kommune sollte sich u.E. dennoch bei der Datenanforderung auf den Leitfaden berufen, weil hierdurch die Aussichten, die gewünschten Daten und Informationen zu erhalten, deutlich erhöht werden.



Nach § 46 Abs. 2 S. 4 EnWG hat nur die Gemeinde einen unmittelbaren Informationsanspruch gegenüber dem bisherigen Konzessionär: „Der bisherige Nutzungsberechtigte ist verpflichtet, der Gemeinde spätestens ein Jahr vor Bekanntmachung der Gemeinde nach Absatz 3 diejenigen Informationen über die technische und wirtschaftliche Situation des Netzes zur Verfügung zu stellen, die für eine Bewertung des Netzes im Rahmen einer Bewerbung um den Abschluss eines Vertrages nach Satz 1 erforderlich sind. Die Bundesnetzagentur kann im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt Entscheidungen über den Umfang und das Format der zur Verfügung zu stellenden Daten durch Festlegung gegenüber den Energieversorgungsunternehmen treffen.“

Im Zuge eines transparenten und diskriminierungsfreien Konzessionsvergabeverfahrens haben die Interessenten den Anspruch, gleichartige Informationen über das zu konzessionierende Versorgungsgebiet zu erhalten, um für sich die Wirtschaftlichkeit des Netzbetriebes und nach Abschluss des Verfahrens einen nicht unwirtschaftlichen Kaufpreis zu ermitteln. Insofern erhalten auch die Bieter nach Unterzeichnung einer Vertraulichkeitserklärung Zugang zu den Informationen.

Der Umfang der vom Altkonzessionär bereitzustellenden Informationen ist bisher noch nicht gesetzlich geregelt, allerdings gab es zwischenzeitlich diesbezüglich BGH-Urteile (vgl. BGH, Urteil vom 14.04.2015, EnZR 11/14 – Stadt Springe). Die Empfehlung des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur hinsichtlich der zu Beginn eines Verfahrens zur Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten bereitzustellenden Daten und Informationen ist in der 2. Auflage des Leitfadens konkretisiert worden (vgl. Anlage). Zu den wesentlichen Ergänzungen zählen sicherlich:

- Originäre Anschaffungs- und Herstellungskosten der Anlagengüter des Versorgungsnetzes und der Grundstücke, aufgeteilt nach Anlagengruppen gemäß Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 Gas- bzw. StromNEV und Anschaffungsjahren
- In der Netzkostenkalkulation verwendete Nutzungsdauern je Anlagengruppe und etwaige Nutzungsdauerwechsel



- Kalkulatorische Restwerte, kalkulatorische Nutzungsdauern laut Genehmigungsbescheid sowie Detailangaben zu einzelnen Kostenbestandteilen
- Zugehörige Bilanz- und GuV-Werte des jeweiligen Konzessionsgebietes (soweit vorliegend), Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung

Obwohl Angaben zur Aufteilung der Erlösbergrenzen seitens der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamtes im überarbeiteten Leitfaden nicht mit aufgenommen wurden, sollten die Interessenten in der Lage sein, mit Hilfe der Daten gemäß Empfehlung des Leitfadens die Wirtschaftlichkeit des Netzbetriebes möglichst verlässlich zu beurteilen und ein Angebot bzgl. der von der Kommune bekanntzugebenden Auswahlkriterien abzugeben. So wird beispielsweise die Aufstellung von Business Plänen deutlich vereinfacht und verlässlicher.

Nach Abschluss des neuen Konzessionsvertrages hat der neue Konzessionär einen direkten Anspruch zur Herausgabe der erforderlichen Daten zum Betrieb des Netzes gegenüber dem bisherigen Konzessionär. Im Regelfall hat er diese Daten bereits von der Kommune erhalten.

Die Konkretisierung der Informationsansprüche im Rahmen der Überarbeitung des gemeinsamen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur sollte, sofern sich die Marktakteure hieran halten, unseres Erachtens Netzübernahmen vereinfachen und beschleunigen; die Transparenz wird erhöht.



**Kontakt für weitere Informationen:**

Andreas Hoffmann  
 BPG Krefeld  
 Wirtschaftsprüfer  
 Tel: 02151/508461  
 E-Mail: [hoffmann@bpg.de](mailto:hoffmann@bpg.de)



**Anlage:**

Daten- und Informationsansprüche der Kommune zu Beginn des Verfahrens zur Auswahl eines neuen Wegenutzungsberechtigten (Auffassung der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamtes: vgl. Ziff 40)

- a) Allgemeine Angaben zu Art, Umfang, Alter und Oberflächenstruktur der zu überlassenden Anlagegüter des Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes, insbesondere auch Art und Zugehörigkeit der jeweiligen Messeinrichtungen,
- b) Originäre historische Anschaffungs- und Herstellungskosten der Anlagegüter des zu überlassenden Elektrizitäts- bzw. Gasversorgungsnetzes und der Grundstücke, aufgeteilt nach Anlagengruppen gemäß Anlage 1 zu § 6 Abs. 5 S. 1 Gas- bzw. StromNEV und Anschaffungsjahren,
- c) In der Netzkostenkalkulation gem. § 6 Abs. 5 S. 1 Gas- bzw. StromNEV verwendete Nutzungsdauern je Anlagengruppe und etwaige Nutzungsdauerwechsel, unter Angabe des Jahres des Nutzungsdauerwechsels und der bis zum und ab dem Nutzungsdauerwechsel verwendeten Nutzungsdauern,
- d) Art und Besonderheiten des Elektrizitäts- bzw. Rohrleitungsnetzes (z.B. verbaute Materialien, herausragende Schadensereignisse) und der sonstigen Anlagegüter,
- e) Höhe der nicht aufgelösten Netzanschlussbeiträge und Baukostenzuschüsse,
- f) kalkulatorische Restwerte, kalkulatorische Nutzungsdauern laut Genehmigungsbescheid, aufwandsgleiche Kostenpositionen i.S.d. § 5 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Abschreibungen i.S.d. § 6 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Eigenkapitalverzinsung i.S.d. § 7 Strom- bzw. GasNEV, kalkulatorische Gewerbesteuer i.S.d. § 8 Strom- bzw. GasNEV, kostenmindernde Erlöse und Erträge i.S.d. § 9 Strom- bzw. GasNEV,
- g) Netzabsatzmengen im Konzessionsgebiet,



- h) zugehörige Bilanz- und GuV-Werte des jeweiligen Konzessionsgebietes, soweit diese vorliegen, Auskünfte über die auf das Konzessionsgebiet bezogene mehrjährige Vermögens-, Ertrags-, Finanz- und Investitionsplanung,
- i) neutrale Schadensberichte (soweit vorhanden),
- j) Angaben zum Konzessionsgebiet einschließlich eines Netzplans mit Kennzeichnung z.B. der Netzverknüpfungspunkte und derjenigen Leitungen, welche nicht vom Überlassungsanspruch nach § 46 Abs. 2 S. 2 EnWG erfasst werden,
- k) Strukturdaten gemäß § 27 Abs. 2 Strom- bzw. GasNEV (Veröffentlichungspflichten des Netzbetreibers) bezogen auf das Konzessionsgebiet, also insbesondere

*im Falle von Gasnetzen:*

- die Länge des Gasleitungsnetzes jeweils getrennt für die Niederdruck-, Mitteldruck- und Hochdruckebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
- die Länge des Gasleitungsnetzes in der Hochdruckebene nach Leitungsdurchmesserklassen,
- die im Vorjahr durch Weiterverteiler und Letztverbraucher entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden oder in Kubikmetern,
- die Anzahl der Ausspeisepunkte jeweils für alle Druckstufen und
- die zeitgleiche Jahreshöchstlast aller Entnahmen in Megawatt oder Kubikmetern pro Stunde und den Zeitpunkt des jeweiligen Auftretens;

*im Falle von Stromnetzen:*

- die Stromkreislänge jeweils der Kabel- und Freileitungen in der Niederspannungs-, Mittelspannungs-, Hoch- und Höchstspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,



- die installierte Leistung der Umspannebenen zum 31. Dezember des Vorjahres,
  - die im Vorjahr entnommene Jahresarbeit in Kilowattstunden pro Netz- und Umspannebene,
  - die Anzahl der Entnahmestellen jeweils für alle Netz- und Umspannebenen,
  - die Einwohnerzahl im Netzgebiet von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen der Niederspannungsebene zum 31. Dezember des Vorjahres,
  - die versorgte Fläche nach § 24 Abs. 2 Satz 2 und 3 StromNEV zum 31. Dezember des Vorjahres und
  - die geographische Fläche des Netzgebietes zum 31. Dezember des Vorjahres;
- l) das Konzessionsabgabenaufkommen (getrennt nach den jeweiligen Tarif- und Sondervertragskunden).



## Neue Regelungen für die Netzkonzessionsvergabe geplant

von Horst Hartung BPG

Laut einem Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums ist eine Überarbeitung der Vergabe von Netzkonzessionen in Arbeit. Paragraph 46 EnWG, der die Vergabe von Wegenutzungsverträgen regelt, soll auf Basis der ergangenen Rechtsprechung und noch offener Fragen überarbeitet und ergänzt werden.

Folgende Aspekte sollen dabei neu oder besser geregelt werden:

- Die Preisermittlung für Netze soll sich am objektiven Ertragswert orientieren. Der bisher in den Verträgen zugrunde gelegte Sachzeitwert soll nicht mehr Maßstab sein können. Der objektive Ertragswert lässt subjektive Bewertungskomponenten des jeweiligen Veräußerers und Erwerbers außen vor.
- Die Auswahlkriterien für die Netzkonzessionsvergaben sollen an dieser Stelle explizit aufgeführt und konkretisiert werden.
- Die Möglichkeit der unterlegenen Bieter, Klage gegen das Verfahren zu erheben, soll zeitlich eingegrenzt werden. Zudem sind die Bieter verpflichtet, vorher das Verfahren zu rügen.
- Der Umfang der Herausgabe von Daten des Altkonzessionärs soll konkreter definiert werden.
- Die Pflicht des Altkonzessionärs, die Konzessionsabgabe nach Ablauf des Vertrages weiter zu zahlen, soll ausgedehnt werden. Bisher beträgt diese Frist ein Jahr.





Inwieweit diese Neuregelungen im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) über die Entscheidungen der Gerichte oder die Vorgaben des neuen Leitfadens von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur aus Mai 2015 hinausgehen, ist zurzeit noch nicht absehbar. Bis zur Umsetzung durch den Gesetzgeber sind noch einige Hürden zu nehmen und auch Änderungen und Ergänzungen zu erwarten.

**Kontakt für weitere Informationen:**



Horst Hartung  
BPG Düsseldorf  
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater  
Tel: 0211/172 98 117  
E-Mail: [hartung@bpg.de](mailto:hartung@bpg.de)



## Müllverbrennungspreise, eine Never Ending Story?

von Michael Freytag BPG

In diversen Nachrichten aus Fernsehen, Funk und Presse werden immer wieder die hohen Verbrennungspreise für kommunalen Müll angeprangert. Demnach zahlen die öffentlichen Auftraggeber für den angelieferten Abfall Verbrennungspreise, die deutlich über den Preisen für gewerbliche Anlieferer liegen.

Wir möchten uns im Folgenden mit diesen Aussagen aus preisrechtlicher Sicht beschäftigen und die zum Teil sehr emotionale öffentliche Diskussion („Abzocke des Gebührenzahlers“, „Fall für den Staatsanwalt“) versachlichen.

Hinsichtlich der Auslegung preisrechtlicher Vorschriften haben wir uns im Wesentlichen auf die Kommentierung in Ebisch/Gottschalk, *„Preise und Preisprüfung bei öffentlichen Aufträgen“*, 8. Auflage 2010 und in Michaelis/Rhösa, *„Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen einschließlich Beschaffungswesen“*, lose Blattsammlung sowie diverse Urteile von Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichten gestützt. Die herangezogenen Quellen werden aus Gründen der Übersichtlichkeit dieses Beitrags jedoch nicht gesondert kenntlich gemacht.

### *Die Kalkulation der Verbrennungspreise für die Abfallmengen öffentlicher Auftraggeber*

Die Leistungen der Müllverbrennungsanlagen (MVA) für öffentliche Aufträge unterliegen der *„Verordnung PR 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen“* (VO PR). Nach dieser Vorschrift sollen öffentliche Aufträge prinzipiell immer zu Marktpreisen abgerechnet werden. Nur wenn kein Markt vorliegt, darf zu sog. Selbstkosten abgerechnet werden. Wie diese zu ermitteln sind, ergibt sich aus den *„Leitsätzen für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten“* (LSP).



Die Leistungen der Müllverbrennungsanlagen für öffentliche Auftraggeber werden meist zu Selbstkostenfestpreisen abgerechnet. Sowohl nach betriebswirtschaftlichen, als auch nach preisrechtlichen Ansätzen ist die Kalkulation des Verbrennungspreises einer MVA relativ einfach. Eine solche Anlage läuft, abgesehen von Reparaturen, Störfällen und Inspektionen, 365 Tage und 24 Stunden rund um die Uhr. Der - von wem auch immer - angelieferte Abfall wird in einem sog. Bunker gesammelt und von dort in die Verbrennungsöfen befördert. Es liegt also eine für alle Abfälle einheitliche Leistung vor und demnach fallen aus Sicht der Produktion bei der Verbrennung pro Tonne die gleichen Kosten an. Prinzipiell ermittelt sich der Verbrennungspreis pro Tonne aus der Division der Gesamtkosten durch die insgesamt verbrannten Mengen.

Auf den ersten Blick ist daher nicht einsichtig, warum - bei prinzipiell gleichen Kosten - für die Verbrennung des kommunalen Mülls andere, höhere Preise als für die Verbrennung des von Dritten angelieferten Mülls verlangt werden. Zur Klärung dieser Frage ist die Historie der Entstehung der Müllverbrennungsanlagen heranzuziehen.

Die meisten Müllverbrennungsanlagen in Deutschland sind in den 90iger Jahren des vorherigen Jahrhunderts errichtet worden. Um die gesetzlich vorgeschriebene Entsorgungssicherheit zu gewährleisten, wurden von den Kommunen damals von den Müllverbrennungsanlagen Verbrennungskapazitäten (Vorhaltekapazitäten) für ihren Hausmüll entsprechend ihrer jeweiligen Abfallwirtschaftskonzepte installiert. Aus heutiger Sicht waren diese Vorhaltekapazitäten jedoch deutlich zu hoch. Es wurden steigende, bzw. konstante Abfallmengen prognostiziert. Tatsächlich sanken aber seitdem die bei den öffentlichen Auftraggebern anfallenden Restmüllmengen zur Verbrennung.

Wegen der sinkenden Auslastung durch kommunalen Abfall sind die Müllverbrennungsanlagen bestrebt, ihre „freien“, nicht durch kommunalen Müll genutzten Kapazitäten durch Drittmengen auszulasten. Diese Leistungen werden zu Marktpreisen abgerechnet, die mittlerweile deutlich unter den Selbstkostenpreisen liegen.

Der wesentliche Teil der Aufwendungen einer MVA entfällt auf die hohen Investitionskosten (ca. 70 bis 80% der Gesamtkosten). Bei der Kalkulation des Verbrennungspreises werden die kalkulatorischen Abschreibungen und Zinsen für die Investitionen für die vereinbarten Vorhaltekapazitäten allein dem öffentlichen



Auftraggeber zugerechnet. Lediglich die deutlich niedrigeren, „reinen“ Verbrennungskosten werden in dem Verhältnis der von den öffentlichen Auftraggebern und von Dritten angelieferten Mengen aufgeteilt. Die anteiligen Erlöse aus den bei der Verbrennung entstehenden Energien sowie die Deckungsbeiträge aus der Nutzung „freier“ Vorhaltekapazitäten für Drittmengen werden kostenmindernd berücksichtigt.

Sofern bei der Planung der MVA aus damaliger Sicht keine Überdimensionierung abzusehen war, ist es bei einer Selbstkostenpreiskalkulation zulässig, die Fixkosten der vereinbarten Vorhaltekapazitäten in voller Höhe den öffentlichen Auftraggebern zuzurechnen, obwohl diese Kapazitäten mittlerweile nur noch zum Teil für die Verbrennung ihres Abfalls genutzt werden.

Obwohl sich mittlerweile ein Markt für Verbrennungsleistungen gebildet hat, darf weiterhin bei bestehenden Verträgen der kommunale Müll zu Selbstkostenpreisen abgerechnet werden. Denn preisrechtlich gilt der damals vereinbarte Preistyp während der gesamten Vertragslaufzeit. Dies steht auch nicht in Widerspruch dazu, dass eine MVA gleichzeitig ihre Leistungen aus der Vermarktung freier Kapazitäten zu Marktpreisen abrechnet.

#### *Voraussichtliche Entwicklung der Verbrennungspreise für kommunale Müllmengen*

Die meisten Entsorgungsverträge haben eine Laufzeit bis 20 Jahre und auch darüber hinaus. Mittlerweile hat die Rechtsprechung die „Zementierung“ der Vorhaltekapazitäten über derartig lange Zeiträume gelockert und Anpassungen an realistische Mengen verlangt. Allerdings ist hervorzuheben, dass es sich immer um Einzelfallentscheidungen handelte. Es kann daher aus diesen Urteilen nicht abgeleitet werden, dass die mit den einzelnen Müllverbrennungsanlagen vereinbarten Vorhaltekapazitäten prinzipiell den aktuellen Verhältnissen anzupassen sind.

Dass die öffentlichen Auftraggeber, sofern sie an den Müllverbrennungsanlagen beteiligt sind, wenig Intentionen haben, hier eine Änderung herbeizuführen, ist aus deren Sicht verständlich. Die Verbrennungspreise werden über die Gebühren an die Bürger weitergegeben und belasten somit den kommunalen Haushalt nicht. Die auf die Kommunen entfallenden Gewinne aus dem Betrieb einer MVA werden in ihren



Haushaltsplanungen berücksichtigt. Hiermit können öffentliche Aufgaben finanziert werden, die wahrscheinlich sonst nicht erfüllt werden könnten. Insoweit hat der Bürger einerseits als Gebührenzahler in seiner Abfallgebühr einen Verbrennungspreis zu entrichten, der über dem Marktpreis liegt, andererseits kommen ihm aber die von der MVA an die Kommune ausgeschütteten Gewinne wieder in anderer Form zugute.

Die immer wieder aufflammende Diskussion über die „zu hohen“ Entgelte für die Verbrennung des kommunalen Abfalls wird voraussichtlich kurz- und mittelfristig allein durch den Faktor „Zeit“ beendet werden. Die meisten Entsorgungsverträge laufen in naher Zukunft aus. Wenn anschließend Verbrennungsleistungen neu ausgeschrieben werden, sind diese nicht mehr zu Selbstkostenfestpreisen, sondern zu den niedrigeren Marktpreisen abzurechnen. In NRW haben beispielsweise die Städte Mönchengladbach, Mülheim, Bottrop und Essen die Müllverbrennung und die Verbrennungsleistungen für ihre Abfälle - zum Teil sogar europaweit – ausgeschrieben.

Aufgrund des Faktors „Zeit“ werden sich auch künftige niedrigere Preise allein dadurch ergeben, dass die damaligen hohen Investitionen weitgehend abgeschrieben sind. Die bisher in den Selbstkostenfestpreiskalkulationen angesetzten hohen Fixkosten für die Vorhaltekapazitäten werden sich dadurch deutlich reduzieren.

#### **Kontakt für weitere Informationen:**



Michael Freytag  
BPG Krefeld  
Diplom-Volkswirt  
Tel: 02151/508425  
E-Mail: [freytag@bpg.de](mailto:freytag@bpg.de)



## **OVG Münster: Geändertes Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) findet keine Anwendung auf eine tarifliche Personalgestellung nach § 4 Abs. 3 TVöD**

*von Tom Wolf BPG*

Bei Rechts- und Organisationsänderungen mit Aufgabenübertragungen ist die Personalgestellung für Kommunen und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts ein probates Mittel, Arbeitnehmer - unter Wahrung des bestehenden Arbeitsverhältnisses - in Rechts- und Organisationseinheiten außerhalb der Verwaltung, z. B. Eigengesellschaften oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, einzusetzen.

Durch die Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) – Verhinderung von Missbrauch der Arbeitnehmerüberlassung vom 28. April 2011 – wurde der Anwendungsbereich des AÜG grundlegend novelliert. Das novellierte AÜG ist seit dem 01.12.2011 wirksam.

Wesentliche Änderungen für die Kommunalwirtschaft sind insbesondere im Bereich der Erlaubnispflicht sowie in der Definition der Dauer der Arbeitnehmerüberlassung eingetreten. Die Neuregelung weitet den Anwendungsbereich gegenüber der davor bestehenden Rechtslage deutlich aus. Die Pflicht, die Erlaubnis zu einer Arbeitnehmerüberlassung einzuholen, ist demnach nicht mehr von der Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung abhängig, sondern grundsätzlich dann gegeben, wenn der Verleiher den Arbeitnehmer im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit einem Dritten zur Arbeitsleistung überlässt. „Dabei liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit unabhängig davon vor, ob Erwerbszwecke verfolgt werden“ (Geschäftsanweisung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, GA AÜG). Ferner wurde neu geregelt, dass die Überlassung von Arbeitnehmern nur noch vorübergehend erfolgen darf.



Rechtsunsicherheit ergibt sich, weil die vorgenannten Regelungen im Widerspruch zur dauerhaften Personalgestellung gemäß § 4 Abs. 3 Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) stehen. Aufgrund der Neuregelungen sehen sich kommunale Arbeitgeber gezwungen, Anträge auf Erlaubnis einer Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen von Personalgestellungen zu stellen, da Personalgestellung grundsätzlich in den Geltungsbereich des AÜG fällt.

Mit Beschluss vom 19.09.2014 – 20 A 281/13.PVB hat das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NW) jedoch entschieden, dass das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz keine Anwendung auf die Personalgestellung gemäß § 4 Abs. 3 TVöD findet.

In seiner Begründung führt das Gericht aus, dass die Personalgestellung zwar grundsätzlich eine Arbeitnehmerüberlassung darstelle, dass die Zielsetzung und der Schutzzweck des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes allerdings gegen dessen Anwendung auf Personalgestellungen nach TVöD sprechen würde. Sinn und Zweck der Personalgestellung bestünde darin, die sich aus dem TVöD ergebende, arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit innerhalb des bestehenden Arbeitsverhältnisses fortzusetzen. Die Personalgestellung eröffne deshalb dem betroffenen Arbeitnehmer die Möglichkeit, nicht nur sein Arbeitsverhältnis, sondern auch seinen zuverlässigen und solventen öffentlichen Arbeitgeber auf Dauer zu behalten. Während die Personalgestellung den Arbeitnehmer vor dem neuen Arbeitgeber schütze, wolle das AÜG dem Arbeitnehmer Schutz vor seinem bisherigen Arbeitgeber bieten.

Eine höchst richterliche Klärung steht zwar noch aus, dürfte jedoch zeitnah erfolgen, da das Bundesarbeitsgericht (BAG) über die Rechtsbeschwerde gegen eine Entscheidung des LAG Baden-Württemberg, wonach das Instrument der Personalgestellung eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung darstellen soll, zu entscheiden hat.



Für die Praxis empfehlen wir bis zu einer höchstrichterlichen Klärung, bei beabsichtigten Personalgestellungen Kontakt mit der Bundesagentur für Arbeit aufzunehmen und je nach Ergebnis der Sondierung vorsorglich eine Erlaubnis einzuholen.

**Kontakt für weitere Informationen:**



Tom Wolf  
BPG Krefeld  
Steuerberater  
Tel: 02151/508461  
E-Mail: [wolf@bpg.de](mailto:wolf@bpg.de)