

# **Projekt Westfalentarif**

## **Stellungnahme zur Gründung einer Gesellschaft für den Westfalentarif**

Hannover, den 08.10.2014

bbt+ Rechts- und Steuerkanzlei  
Theaterstraße 16  
30159 Hannover  
Telefon: 05 11 / 22 00 74 - 0  
Telefax: 05 11 / 22 00 74 - 99  
E-Mail: [info@bbt-kanzlei.de](mailto:info@bbt-kanzlei.de)

## Inhaltsverzeichnis

I.	Ausgangssituation .....	3
II.	Rechtsformvergleich GbR / GmbH.....	4
	1. Organisationsstruktur.....	4
	a) GmbH .....	4
	b) Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) .....	5
	2. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen.....	6
	3. Besteuerung .....	8
	4. Zwischenergebnis.....	8
III.	Organisations- und Entscheidungsstrukturen der Gesellschaft .....	10
IV.	Rechtliche und steuerliche Aspekte der Umsetzung .....	11
	1. Finanzierung der Gesellschaft .....	11
	2. Besteuerung der Gesellschaft.....	11
	3. Vergaberechtliche Rahmenbedingungen .....	13
	4. Arbeitsrechtliche Aspekte einer Personalgestellung.....	15
Anlage	Schaubild Leistungsbeziehungen	

## I. Ausgangssituation

Die fünf Tarifregionen in Westfalen-Lippe haben sich zusammen mit dem Zweckverband Nahverkehr Westfalen-Lippe (NWL) in dem Projekt „Tarifharmonisierung und Tarifentwicklung in Westfalen-Lippe“ mittels eines Kooperationsvertrages zusammengeschlossen, um die Strukturen und Inhalte für einen neuen Gemeinschaftstarif in Westfalen-Lippe aufzubauen. Geplant ist die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft für den Westfalentarif.

Hierbei stellen sich insbesondere folgende Fragestellungen zu der

- Errichtung der Gesellschaft in Form einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR) oder GmbH,
- Ausgestaltung der Organisations- und Entscheidungsstrukturen in der Gesellschaft
- sowie rechtliche und steuerliche Aspekte der Umsetzung des operativen Geschäfts

## **II. Rechtsformvergleich GbR / GmbH**

Bei der Wahl einer Organisation bzw. Rechtsform stellt sich die grundsätzliche Frage, ob einzelne Rechtsformen mit besonderen Vor- oder Nachteilen verbunden sind. Im vorliegenden Fall kommt insbesondere die GmbH oder die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in Betracht. Nachfolgend sollen die Strukturen dieser beiden Gesellschaftsformen sowie die hiermit verbundenen Vor- und Nachteile skizziert werden.

### **1. Organisationsstruktur**

#### **a) GmbH**

Die Organisation der GmbH richtet sich nach dem GmbH-Gesetz. Bei einer GmbH handelt es sich um eine rechtlich selbständige juristische Person des Privatrechts mit eigenem Vermögen. Bei der konkreten Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages belassen die Vorschriften des GmbH-Gesetzes einen weiten Spielraum.

Die GmbH ist eine Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung, die nicht nur zum Betrieb eines Handelsgewerbes, sondern zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden kann (§ 1 GmbHG). Die Errichtung erfolgt auf Grundlage eines notariell zu beurkundenden Gesellschaftsvertrages sowie Eintragung im Handelsregister.

Die gesetzlichen Organe der GmbH sind Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlungen. Die Bildung eines Aufsichtsrates ist fakultativ, wenn nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt werden. Es besteht allerdings auch die Möglichkeit, weitere Organe in der Gesellschaftssatzung vorzusehen, wie z. B. den Beirat mit Beratungsfunktionen oder den Verwaltungsrat mit Entscheidungsfunktionen.

Die Geschäftsführung vertritt die Geschäfte des Unternehmens und vertritt die Gesellschaft nach außen (§ 35 GmbHG). Dabei unterliegt die Geschäftsführung grundsätzlich keinen Beschränkungen. Gleichwohl kann die Geschäftsführung aber zumindest mit Wirkung im Innenverhältnis Beschränkungen unterliegen. Solche Einschränkungen können sich insbesondere aus der Satzung, dem Anstellungsvertrag oder der Geschäftsordnung ergeben.

Die Gesellschafterversammlung ist das oberste Organ der GmbH. In § 46 GmbHG ist geregelt, welche Zuständigkeiten zwingend der Gesellschafterversammlung zuzuordnen sind. Die Satzung kann die Kompetenzen der einzelnen Gesellschaftsorgane in weitem Umfang individuell und bedarfsgerecht regeln.

## **b) Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (GbR)**

Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts die „GbR“ oder auch „BGB-Gesellschaft“ ist die Grundform der Personengesellschaften. Ihre rechtliche Verankerung ist im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 705 ff. BGB) zu finden.

Diese Form einer Gesellschaft ist die einfachste und formell am wenigsten präzisierete. Sie gilt nicht als eigenständige juristische Person, sondern als eine Personenvereinigung. Nach der Rechtsprechung kann die BGB eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, sofern sie durch eine Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründet. Die Errichtung erfolgt auf Grundlage eines Vertrages. Die GbR kann nicht ins Handelsregister eingetragen werden.

Gesellschafter der GbR haften gegenüber den Gläubigern der GbR grundsätzlich unbeschränkt. Die GbR benötigt dementsprechend kein Mindestkapital, da die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten des Unternehmens als Gesamtschuldner unbeschränkt haften. Eine Haftungsbeschränkung ist lediglich durch individuelle Vereinbarung mit den Vertragspartnern möglich. Aus diesem Grunde bietet sich die

GbR lediglich dann an, wenn ein eindeutig überschaubares bzw. beherrschbares Haftungsrisiko besteht.

Wenn nicht anders festgelegt, sind alle Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt. Daher kann im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, wer die Geschäftsführung übernimmt und an welche Vorgaben er sich zu halten hat. Neben der Ernennung eines oder mehrerer gemeinsam arbeitender Geschäftsführer ist auch eine mehrheitliche Beschlussfassung möglich oder die Aufteilung von Aufgaben. Die Vertretung der GbR gegenüber Dritten entspricht der Geschäftsführung.

Neben der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung können im Gesellschaftsvertrag weitere Organe wie z. B. ein Aufsichtsrat, Beirat oder Verwaltungsrat vorgesehen werden.

## **2. Kommunalrechtliche Rahmenbedingungen**

Die unbeschränkte Haftung der GbR führt zu kommunalrechtlichen Problemen. Gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 3 GO NRW dürfen Unternehmen oder Einrichtungen in der Rechtsform des privaten Rechts nur durch Kommunen gegründet werden, wenn eine Rechtsform gewählt wird, welche die Haftung der Gemeinde auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Die Aufsichtsbehörde kann hiervon in begründeten Fällen Ausnahmen zulassen. Diese Regelung findet auch Anwendung, wenn eine Tochtergesellschaft von Kommunen bzw. ein Zweckverband sich an einem Unternehmen bzw. Einrichtung in privater Rechtsform beteiligen möchte (vgl. § 108 Abs. 3 und Abs. 6 GO NRW).

Damit ist festzuhalten, dass die Gründung einer GbR kommunalrechtlich zunächst im Regelfall ausgeschlossen ist. Eine GbR kann lediglich ausnahmsweise nur dann kommunalrechtlich zulässig sein, wenn insbesondere durch die Art und Weise der Betätigung der Gesellschaft ausgeschlossen ist, dass Haftungsrisiken entstehen oder Haftungsrisiken durch vertragliche Beschränkungen minimiert werden können.

Sofern eine Gesellschaft im Rechtsverkehr nach außen gegenüber Dritten auftritt, ist jedoch zunächst davon auszugehen, dass haftungsrelevante Tatbestände geschaffen werden. Im vorliegenden Fall soll die Gesellschaft gegenüber der Genehmigungsbehörde bzw. der Beantragung von Tarifen als auch gegenüber privaten Dritten durch den Abschluss von Verträgen tätig werden. Sollte daher die Rechtsform der GbR gewählt werden, ist der Aufsichtsbehörde gegenüber zu belegen, dass Haftungsrisiken ausgeschlossen werden können. Ein Ausschluss von Haftungsrisiken wird im vorliegenden Fall allerdings nur schwer darstellbar sein, so dass aus kommunalrechtlichen Gründen die Errichtung einer GbR nicht zu empfehlen ist.

Demgegenüber ist die GmbH in ihrer Haftung beschränkt und damit kommunalrechtlich unproblematisch. Die GmbH haftet mit ihrem gesamten Gesellschaftsvermögen. Bei der Gründung einer GmbH ist die direkte Haftung durch den Gesellschafter auf die zu zahlende Stammeinlage beschränkt. Der Gesellschafter der GmbH – von Ausnahmefällen abgesehen – haftet nicht, soweit er seine Einlagen vollständig erbracht hat und der Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes vorsieht. Eine Haftung kann sich insoweit nur aus der Verletzung besonderer Pflichten ergeben (z. B. Überwachungspflichten gegenüber der Geschäftsführung).

Bei Errichtung einer GmbH können auch die weiteren kommunalrechtlichen Vorgaben erfüllt werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass die Errichtung eines Aufsichtsrats durch die kommunalrechtliche Bestimmung nicht zwingend vorgegeben ist. Die Steuerung und Kontrolle kann auch durch die Gesellschafterversammlung gewährleistet werden.

### 3. Besteuerung

Die GmbH ist kraft Rechtsform körperschafts- und gewerbsteuerpflichtig. Dies umfasst grundsätzlich die gesamte Tätigkeit der GmbH. Da es sich bei der GmbH um eine Kapitalgesellschaft handelt, erfolgt keine automatische Gewinn- bzw. Verlustzurechnung bei den Gesellschaftern der GmbH. Auf Ebene der Gesellschafter ergeben sich erst Steuerfolgen, wenn Ausschüttungen vorgenommen werden.

Die GbR als Personengesellschaft selbst unterliegt unter Berücksichtigung eines Freibetrags von 24.500 € nur der Gewerbesteuer. Die Ertragsbesteuerung ansonsten wird auf die Ebene der Gesellschafter verlagert. Die Besteuerungsgrundlagen werden jedoch bei der GbR ermittelt und festgestellt. Diese Erfassung erfolgt grundsätzlich unabhängig von Entnahmen oder Einlagen. Vergütungen, die der Gesellschafter von der Gesellschaft für seine Tätigkeit im Dienst der Gesellschaft oder für die Hingabe von Darlehen oder für die Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen hat sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb (Sonderbetriebseinnahmen und –ausgaben). Hieraus wird deutlich, dass der Aufwand bei einer GbR deutlich höher als bei einer GmbH ist.

### 4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass sowohl die GmbH als auch die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im vorliegenden Fall in Betracht kommen und die Organisationsstrukturen den Wünschen der Partner angepasst werden können.

Im Gegensatz zur GbR hat die GmbH allerdings klare Regelungen für die Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung. Bei einer GbR besteht somit ein höherer Regelungsbedarf.

Nachteilig ist bei der GbR gegenüber der GmbH die grundsätzlich unbeschränkte Haftung der Gesellschafter. Da die Möglichkeit der Haftungsbegrenzung Voraussetzung



zung für die kommunalrechtliche Zulässigkeit der Errichtung einer Gesellschaft in privater Rechtsform ist, kommt die Errichtung einer GbR nur dann in Betracht, wenn insbesondere durch die Art und Weise der Betätigung der Gesellschaft ausgeschlossen ist, dass Haftungsrisiken entstehen oder Haftungsrisiken durch vertragliche Beschränkungen minimiert werden können. Ein Ausschluss von Haftungsrisiken wird im vorliegenden Fall allerdings nur schwer darstellbar sein, so dass aus kommunalrechtlichen Gründen die Errichtung einer GbR nicht zu empfehlen ist.

Die GbR und GmbH unterscheiden sich bei der Besteuerung und der Veranlagung. Die Zurechnung der Ergebnisse ist bei einer GmbH deutlich einfacher gestaltbar und im Regelfall auch weniger aufwendig als bei einer GbR.

Aus kommunalrechtlichen und steuerlichen Gründe ist daher die GmbH als Rechtsform zu empfehlen.

### **III. Organisations- und Entscheidungsstrukturen der Gesellschaft**

Grundsätzlich können sowohl die GmbH als auch die GbR der Ausgestaltung der Satzung, den Wünschen der beteiligten Gesellschafter angepasst werden.

Entscheidend ist jedoch für die Ausgestaltung der Organisations- und Entscheidungsstrukturen, welche Aufgaben auf die Gesellschaft übertragen werden sollen. Soweit die Aufgaben der Gesellschaft feststehen, können die Zuständigkeiten für Entscheidungen auf die Organe der Gesellschaft verteilt werden.

Neben der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung können sowohl bei der GbR als auch bei der GmbH weitere Beratungs-, Kontroll- und/oder Entscheidungsorgane im Gesellschaftsvertrag verankert werden. Die Festlegung der notwendigen Organe, deren Zuständigkeiten sowie deren Besetzung und die Stimmverteilung orientiert sich wiederum an den zu erledigenden Aufgaben.

#### **IV. Rechtliche und steuerliche Aspekte der Umsetzung**

##### **1. Finanzierung der Gesellschaft**

Maßgeblich für die Umsetzung des operativen Geschäftes ist neben der Frage, welche Aufgaben auf die Gesellschaft übertragen werden sollen, auch die Frage, wie diese Aufgaben finanziert werden. Hierbei kommt eine Finanzierung über Leistungsaustausch (Vergütung/Entgelte) in Betracht, als auch die Gewährung von Zuschüssen durch die Gesellschafter (Gesellschafterbeiträge) oder allgemeine Zuschüsse bzw. Drittmittel. Die Art und Weise der Finanzierung hat wiederum Auswirkungen auf den Umsatz- und Ertragsbesteuerung der Gesellschaft.

##### **2. Besteuerung der Gesellschaft**

Zweck der neuen Gesellschaft ist die Entwicklung des Westfalen-Tarifs und damit die Sicherung und Weiterentwicklung der Attraktivität und Leistungsfähigkeit des ÖPNV innerhalb des Verbundes. Die Zusammenarbeit erstreckt sich insbesondere auf die Abstimmung des Verbundtarifs, Aufteilung der Verbundtarifeinnahmen, Abstimmung des Vertriebs, der Werbung und Öffentlichkeitsarbeit sowie Fahrgastinformation.

Es ist anzunehmen, dass die neu zu gründende Gesellschaft über kein oder jedenfalls sehr wenig eigenes Personal verfügen wird. Die Aufgabenerfüllung wird daher durch den „Einkauf“ von entsprechenden Dienstleistungen vorgenommen werden. Diese Dienstleistungen werden im Regelfall durch die an der Gesellschaft beteiligten Partner erbracht. Die Dienstleistung, die die neu zu gründende Gesellschaft von den Gesellschaftern erhalten wird, wird zu marktüblichen Entgelten vergütet, ebenso wie die Dienstleistung, die bei sogenannten Drittunternehmen bezogen werden. Die von der Gesellschaft zukünftig zu erbringende Leistung liegt im Besonderen Interes-

se auch der Aufgabenträger. Dementsprechend werden die durch die Partner erbrachten Leistungen der Gesellschaft in Rechnung gestellt und die Gesellschaft stellt im Gegenzug ihre Leistungen den Partnern in Rechnung. Aufgabenträger können ebenfalls Leistung gegen eine angemessene Vergütung in Rechnung stellen. Darüber hinaus kann durch die Aufgabenträger die Betätigung der Gesellschaft auch durch allgemeine Zuschüsse sichergestellt werden.

Festzuhalten ist an dieser Stelle, dass die im Verkehrsbereich teilweise geübte Praxis, einzelne Leistung durch einzelne Partner erbringen zu lassen und die jeweiligen erbrachten Leistungen am Ende eines Geschäftsjahres abzugleichen und ggf. erbrachte Mehrleistungen finanziell auszugleichen, grundsätzlich steuerlich problematisch ist. Dies zumindest dann, wenn die Leistungen insgesamt nicht jeweils ordnungsgemäß in Rechnung gestellt wurden. Die Leistungen der Partner innerhalb des Verkehrsverbundes werden für den Verkehrsverbund erbracht; dementsprechend handelt es sich hierbei grundsätzlich um einen umsatzsteuerlichen Leistungsaustausch zwischen Gesellschafter und GbR/GmbH. Die GbR/GmbH erbringt wiederum einen umsatzsteuerlichen Leistungsaustausch gegenüber ihren Gesellschaftern. Die teilweise geübte Praxis der „Aufrechnung“ innerhalb von Verkehrsverbänden entspricht daher nicht den steuerlichen Anforderungen.

Aus umsatzsteuerlicher Sicht ist sowohl eine Zuschussgewährung gemäß 10.2 des UStAE möglich als auch ein Leistungsaustausch mit den Gesellschaftern, die im Wege der „normalen“ Rechnungslegung abgebildet wird. Auch die Kombination von Beidem ist möglich, wenn die Abgrenzung klar vorgenommen werden kann. Dieses Vorgehen sollte dann mit der Finanzverwaltung abgestimmt werden. Vor diesem Hintergrund ergeben sich die in der Anlage als Schaubild dargestellten Leistungsbeziehungen.

Sollte die GmbH als Rechtsform gewählt werden, lässt sich das Risiko von sog. verdeckten Gewinnausschüttungen aufgrund der Regelungen des § 8 Abs. 7 KStG vermeiden.

### 3. Vergaberechtliche Rahmenbedingungen

Das Vergaberecht ist sowohl bei einer Beauftragung der Gesellschaft durch ihre Gesellschafter als auch bei der Beauftragung der Gesellschaft durch die Gesellschaft zu beachten,

1. wenn es sich bei dem jeweiligen Auftraggeber um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB handelt,
2. wenn ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB vergeben wird und
3. kein Ausnahmetatbestand im Sinne der §§ 100 ff. GWB vorliegt.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass im vorliegenden Fall sowohl die Gesellschaft als auch die Gesellschafter öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB sind und damit dem Vergaberecht unterliegen.

Allerdings liegt kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB vor, wenn die Leistungsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern als sog. Inhouse-Geschäft anzusehen sind. Die Möglichkeit vergabefreier Inhouse-Geschäfte wurde durch die Rechtsprechung des EuGH entwickelt (EuGH, Urteil vom 18. November 1999, Rs. C 107/98 "Teckal", Rn. 50). Ein sogenanntes Inhouse-Geschäft zwischen einem öffentlichen Auftraggeber liegt vor,

1. wenn der öffentliche Auftraggeber über die fragliche Einrichtung eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt (Kontrollkriterium) und
2. diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen mit der oder den Stellen, die ihre Anteile innehaben verrichtet (Wesentlichkeitskriterium).

In vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass das Kontrollkriterium im Verhältnis der Gesellschafter und der Gesellschaft vorliegt, da ausreichend ist, wenn öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen beteiligten öffentlichen Auftraggebern

eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausüben (EuGH, Urteil vom 13.11.2008, Rs. 324/07 „Coditel Brabant SA“).

Darüber hinaus muss die Gesellschaft im Wesentlichen für die an ihr beteiligten öffentlichen Auftraggeber tätig sein. In der Rechtsprechung ist bisher umstritten, ab wann eine Betätigung für Dritte schädlich ist. Der EuGH sieht einen Drittumsatz bis zu 10 % noch als zulässig an (EuGH, Urteil vom 19.04.2007, Rs. C 295/05 „Asemfo/TRAGSA“). In Art. 12 Abs. 1 der neuen Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (RL 2014/24/EU), die im April 2014 in Kraft getreten ist und innerhalb von zwei Jahr in nationales Recht umzusetzen ist, werden die Voraussetzungen an ein Inhouse-Geschäft nunmehr erstmalig geregelt; danach können bis zu 20 % Drittumsätze erzielt werden, ohne dass das Wesentlichkeitskriterium beeinträchtigt wird. Da im vorliegenden Fall nicht beabsichtigt ist, dass die Gesellschaft gegenüber Dritten tätig wird, ist auch davon auszugehen, dass das Wesentlichkeitskriterium erfüllt wird.

Nach der Regelung des Inhouse-Geschäfts in Art. 12 Abs. 2 der neuen Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (RL 2014/24/EU), ist bei Vorliegen des Kontrollkriteriums und des Wesentlichkeitskriterium von einem Inhouse-Geschäft sowohl bei einer Beauftragung der Gesellschaft durch die Gesellschafter als auch bei einer Beauftragung der Gesellschafter durch die Gesellschaft auszugehen.

Dementsprechend bestehen gegen die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft und gegenseitige Beauftragung keine vergaberechtlichen Bedenken.

#### **4. Arbeitsrechtliche Aspekte einer Personalgestaltung**

Unter der Annahme, dass die neu zu errichtende Gesellschaft über kein Personal verfügt, muss geprüft werden, wie die neue Gesellschaft in die Lage versetzt wird, ihre Leistung zu erbringen.

Soweit die Gesellschaft kein eigenes Personal beschäftigt und sich Leistungen auf der Grundlage von Dienst- bzw. Werkverträgen einkauft, ist diese Vorgehensweise arbeitsrechtlich unproblematisch. Arbeitsrechtlich problematisch kann jedoch eine Personalgestaltung sein, da davon auszugehen ist, dass eine erlaubnispflichtige Arbeitnehmerüberlassung vorliegt.

§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG in seiner bis zum 01.12.2011 geltenden Fassung beschränkte die Erlaubnispflichtigkeit der Arbeitnehmerüberlassung und den wesentlichen Anwendungsbereich des Gesetzes auf Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) gewerbsmäßig Leiharbeiter überlassen wollten. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit setzt insoweit nach allgemeiner Ansicht voraus, dass beim Verleiher mit der Überlassung der Arbeitnehmer eine Gewinnerzielungsabsicht bestand. Erfolgt eine Arbeitnehmerüberlassung hingegen – wie hier – nur gegen Kostenerstattung, war der Anwendungsbereich des AÜG – von Ausnahmekonstellationen abgesehen – in aller Regel nicht eröffnet.

Mit Wirkung zum 01.12.2011 wurde das AÜG in zahlreichen Details geändert. U.a. war nunmehr Voraussetzung für die Erlaubnispflichtigkeit gem. § 12 Abs. 1 S. 1 AÜG nicht mehr die gewerbsmäßige Überlassung, sondern nur noch die Überlassung „im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung“. Des Weiteren wurde ein neuer Satz 2 in § 1 Abs. 1 AÜG eingefügt, wonach die Überlassung von Arbeitnehmern an Entleiher „vorübergehend“ erfolgt. Nach der Neuregelung ist der Anwendungsbereich des AÜG damit bereits dann eröffnet, wenn der Verleiher eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig davon, ob sie Erwerbszwecken dient oder nicht.

Problematisch ist auch die Zulässigkeit der hergebrachten Formen der Personalgestaltung im Sinne des § 4 Abs. 3 TVöD, die quasi definitionsgemäß auf Dauer angelegt ist, vor dem Hintergrund des neu eingefügten § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht in einer aktuellen Entscheidung vom 09.12.2013 (Az.: 9 AZR 51/13) klargestellt, dass mangels ausdrücklicher Rechtsfolgenanordnung im Gesetz nicht die für eine sog. illegale Arbeitnehmerüberlassung in den § 9, 10 AÜG vorgesehenen Rechtsfolgen auslösen kann, der Arbeitnehmer sich also nicht auf das Bestehen eines zum Entleiher fingierten Arbeitsverhältnis berufen kann. Nach gegenwärtigem Rechtsstand unklar ist jedoch weiterhin, ob eine auf Dauer angelegte Personalgestaltung/Arbeitnehmerüberlassung den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit im Sinne des § 16 Nr. 1 AÜG erfüllt. Entgegen der in Teilen des Schrifttums und der Instanzenrechtsprechung vertretenen Ansicht sprechen u.E. die besseren Argumente dafür, auch hier mangels ausdrücklicher Rechtsfolgenanordnung und im Sinne der vorgenannten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts eine Anwendung des Tatbestands abzulehnen (in diesem Sinne wohl auch BAG vom 09.12.2013, Rn. 34).

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der Einkauf von Leistungen auf der Grundlage von Dienst- bzw. Werkverträgen gegenüber einer Personalgestaltung bzw. Arbeitnehmerüberlassung auf Grund der hiermit verbundenen Probleme vorzuziehen ist.

Hannover, 08.10.2014



Dr. Dietrich Borchert  
Rechtsanwalt



Anlage: Schaubild Leistungsbeziehungen

