



# Senat der Freien und Hansestadt Hamburg

## Personalamt

Personalamt, Steckelhörn 12, D - 20457 Hamburg

Senatsämter  
Fachbehörden  
- nachrichtlich zugleich für die ihrer Aufsicht  
unterstehenden juristischen Personen  
des öffentlichen Rechts -  
Bezirksämter  
Rechnungshof der Freien und Hansestadt  
Hamburg

Dienst- und Tarifrecht

P 1

P 10

Steckelhörn 12

D - 20457 Hamburg

Telefon 040 - 4 28 31 - 1689 Zentrale - 0

Telefax 040 - 4 28 31 - 2630

Ansprechpartner Ralph von der Reith

Zimmer 805

E-Mail ralph.vonderreith

@personalamt.hamburg.de

Az.: 102.70-13/3.52,8

15. Dezember 2004

### Personalvertretungsrecht

#### Mitbestimmung beim Einsatz von erwerbsfähigen Hilfebedürftigen im Rahmen des § 16 SGB II

Betroffener Kreis: Alle Dienststellen mit Personalvertretung

Wesentlicher Inhalt: Orientierungshilfen zur Prüfung der Mitbestimmung bei Einsätzen nach § 16  
Abs. 3 SGB II

Das Personalamt macht aus aktuellem Anlass auf Folgendes aufmerksam:

Nach § 16 Absatz 3 SGB II sollen für erwerbsfähige Hilfebedürftige, die keine Arbeit finden können, Arbeitsgelegenheiten geschaffen werden. Wenn solche Arbeiten, die im öffentlichen Interesse liegen und zusätzlich sein müssen, nicht als ABM gefördert werden, ist den erwerbsfähigen Hilfebedürftigen eine angemessene Entschädigung für Mehraufwendungen zu zahlen. Diese Arbeiten begründen kein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts. Die Vorschriften über den Arbeitsschutz und das Bundesurlaubsgesetz sind entsprechend anzuwenden. Die Regelung tritt zum 01.01.2005 in Kraft.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Beschäftigung in diesem Rahmen der Mitbestimmung des Personalrats unterliegt. Der einzig in Frage kommende Mitbestimmungsstatbestand ist der des § 87 Abs. 1 Nr. 2 HmbPersVG. Danach hat der Personalrat bei der „Einstellung“ mitzubestimmen.

Einstellung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, vgl. Beschlüsse vom 6.9.1995, Der Personalrat 1996, 118 und vom 18.6.2002, Der Personalrat, 467) die **Eingliederung des Betreffenden in die Dienststelle**. Dies geschieht zum einen durch tatsächliche Aufnahme der vorgesehenen Arbeit im Rahmen der Arbeitsorganisation der Dienststelle. Zum anderen ist ein rechtliches Band erforderlich, durch welches ein **Weisungsrecht** der Dienststelle, verbunden mit entsprechenden Schutzpflichten, und damit korrespondierend die Weisungsgebundenheit des Dienstleistenden, verbunden mit entsprechenden Schutzrechten, begründet werden.

Öffentliche Verkehrsmittel:

U1 Meißberg, Metrobus 3 und 6

Brandstwiete

Im Regelfall wird die Rechtsbeziehung zur Dienststelle durch Begründung eines Beamten- oder Arbeitsverhältnisses hergestellt.

In zwei jüngeren Entscheidungen hat das BVerwG (vgl. Beschlüsse vom 8.1.2003, Der Personalrat 2004, 148 und vom 13.4.2004, Der Personalrat 2004, 269) die Abgrenzung zwischen einer die Mitbestimmung als Einstellung auslösenden Eingliederung in die Dienststelle auf der einen und der mitbestimmungsfreien Leistung auf der Grundlage eines Werkvertrags auf der anderen Seite verdeutlicht.

Das Gericht hat im ersten Fall festgestellt, dass bei der teilweisen Übertragung des Krankentransports in einem Klinikareal auf ein klinikfremdes Unternehmen, das dafür Krankenwagen und Besatzungen stellt und bei dem die volle "Personalhoheit" über die eingesetzten Mitarbeiter verbleibt, eine mitbestimmungspflichtige Einstellung nicht vorliege, auch wenn sich deren Transporte von denjenigen der Mitarbeiter der Klinik äußerlich nicht unterscheiden, insbesondere der gemeinsamen Disposition durch eine klinikeigene Transportzentrale unterliegen.

Im zweiten Fall hat es demgegenüber beim Einsatz der von der DRK-Schwesternschaft gestellten Pflegekräfte an einem Universitätsklinikum den Mitbestimmungstatbestand der Einstellung bejaht und festgestellt, dass dieser Rechtssatz dem bezüglich des Krankentransports (s.o.) nicht widerspreche. Danach gilt:

- Maßgeblich für die Beurteilung, ob es sich bei einem Einsatz um eine mitbestimmungspflichtige Einstellung handelt, ist nach wie vor das Weisungsrecht der Dienststelle und die damit verbundene Weisungsgebundenheit des Dienstleistenden.
- Hiervon zu unterscheiden ist die Werkverträgen üblicherweise immanente Anweisung.
- Während die werkvertragliche Anweisung sachbezogen und ergebnisorientiert ist, ist das arbeitsvertragliche Weisungsrecht personenbezogen, ablauf- und verfahrensorientiert.
- Kennzeichnend für das zumindest teilweise arbeitsvertragliche Weisungsrecht sind Entscheidungen über Einsatz der Mitarbeiter, Regelungen der Arbeitszeit, von Dienst- und Rufbereitschaften, von Überstunden und ihrer Vergütung, Gewährung von Urlaub einschließlich Urlaubs- und Vertretungsplanung.

Bei der Bewertung der Frage, ob es sich beim Einsatz von Personen im Rahmen des § 16 SGB II um mitbestimmungspflichtige Einstellungen handelt, kommt es demnach entscheidend auf die Gegebenheiten des Einzelfalls an. Ausgehend von dem diesbezüglichen Beschluss der Staatsräte vom 25.10.2004 werden Beschäftigungsverhältnisse allein zwischen den jeweils Beschäftigten und dem entsendenden Beschäftigungsträger (z.B. HAB) bestehen. Sollten diese Beschäftigungsträger die typischen Arbeitgeberfunktionen und Weisungsrechte bezüglich der Art des Orts und des Umfangs der Arbeit behalten, während die „annehmende“ Dienststelle sich auf werkvertraglich übliche Anweisungen bezüglich des „zu verrichtenden Werks“ beschränkt, so wird es an einer die Einstellung begründenden Eingliederung fehlen. Dies wird immer dann der Fall sein, wenn der entsendende Beschäftigungsträger für ein Arbeitsverhältnis typische Entscheidungen wie etwa über den Einsatz der Mitarbeiter, Regelungen der Arbeitszeit, von Dienst- und Rufbereitschaften, von Überstunden und ihrer Vergütung, Gewährung von Urlaub einschließlich Urlaubs- und Vertretungsplanung trifft.

Werden solche Befugnisse in Einzelfällen demgegenüber von der den Einsatz annehmenden Dienststelle ausgeübt, so spricht dies für eine mitbestimmungspflichtige Einstellung. Wo die Gren-

ze liegt, ist aus der Rechtsprechung nicht sicher ableitbar. Diese Entscheidung ist vom Einzelfall abhängig.

Die Rechtsprechung des BVerwG, dass eine bloß vorübergehende und geringfügige Beschäftigung nicht zu einer die Mitbestimmung auslösenden Eingliederung in die Dienststelle führt (vgl. BVerwG vom 25.9.1995, ZfPR 1996, 51, 52), kann nur bedingt als Maßstab herangezogen werden. Das BVerwG hat in Anlehnung an § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV für Fälle einer befristeten Einstellung von Aushilfskräften die Vermutung aufgestellt, dass eine Tätigkeit vorübergehend und geringfügig ist, wenn sie aus besonderem, unvorhergesehenem Anlass anfällt und von vornherein auf die Dauer von nicht mehr als zwei Monaten im Jahr begrenzt ist. Es wird nicht in allen Fällen anzunehmen sein, dass die Einsätze im Rahmen des § 16 Abs. 3 SGB II aus „unvorhergesehenem Anlass“ (z.B. wegen krankheitsbedingter Abwesenheit) anfallen werden.

Unabhängig davon, ob die Mitbestimmung ausgelöst wird oder nicht, bleibt es den Dienststellen unbenommen, Dienstvereinbarungen mit ihren Personalräten beispielsweise über die Rahmenbedingungen dieser Beschäftigungen abzuschließen. Im Übrigen ist im Sinne einer vertrauensvollen Zusammenarbeit auch bei fehlender Mitbestimmung dringend anzuraten, den Personalrat über entsprechende Einsätze zu informieren.

Die dieser Bewertung zugrunde liegenden Beschlüsse des Bundesverwaltungsgerichts sind als Anlagen 1 und 2 beigelegt. Dieses Rundschreiben wird auch im Intranet bekannt gegeben.

Ralph von der Reith