

RECHT UND PRAXIS DER
**EIN-EURO-
JOBS** Beschäftigungs-
verhältnisse
ohne Arbeitsvertrag
nach dem SGB II

HANDBUCH

Prof. Dr. Günther Stahlmann (Hg.), Hochschule Fulda
| Prof. Dr. Uwe-Dietmar Berlit, Richter am Bundes-
verwaltungsgericht | Prof. Dr. Renate Bieritz-Harder,
Fachhochschule Oldenburg/Ostfriesland/Wilhelms-
haven | Prof. Dr. Peter Trenk-Hinterberger, Otto-
Friedrich-Universität Bamberg

© 2006 Hofmann

ISBN-13: 978-3-9809050-6-0

ISBN-10: 3-9809050-6-3

Umschlaggestaltung: Gabrielle Pfaff, Berlin

Druck und Bindung: Rosch-Buch Druckerei GmbH, Scheßlitz

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrecht zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Bestellungen an:

Dr. Albert Hofmann
Carl-Goerdeler-Str. 124
60320 Frankfurt/M

Fax: (069) 56 003 758

E-Mail: dr.hofmann@t-online.de

Der Preis des Handbuchs beträgt 22 €

In dem angegebenen Preis sind die
Versandkosten enthalten.

Vorwort

Im Zusammenhang mit der Verabschiedung des SGB II hat die Bundesregierung die Erwartung geäußert, durch »im öffentlichen Interesse liegende, zusätzliche Arbeiten« ohne Arbeitsvertrag könne die Arbeitslosigkeit merklich verringert werden. 600.000 bis 700.000 Menschen sollten alsbald in solchen »Arbeitsgelegenheiten« beschäftigt werden, die ihre umgangssprachliche Bezeichnung als Ein-Euro-Jobs dem Umstand verdanken, dass bei ihnen zwar kein Lohn, aber eine regelmäßig pauschalierte Entschädigung für den arbeitsbedingten Mehraufwand in Höhe von 1 bis 2 Euro pro Stunde gezahlt wird. Im Jahre 2005 haben bereits 593.000 Menschen eine solche Beschäftigung ausgeübt, nicht eingerechnet die Beschäftigten in »Optionskommunen«.

Die Ein-Euro-Jobs verdienen nicht nur angesichts der großen Zahl davon Betroffener eine eingehende Betrachtung, sondern auch deshalb, weil sie mit einer Vielzahl von rechtlichen Problemen einhergehen. Neben Fragen aus der Sicht des Grundgesetzes und des internationalen Rechts stehen Fragen nach den Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern, leistungsberechtigter Person und Leistungserbringern, nach den gesetzlichen Anforderungen an Ein-Euro-Jobs im Allgemeinen und im konkreten Einzelfall und nach den beschäftigungsrechtlichen, sozialrechtlichen, datenschutzrechtlichen und steuerrechtlichen Konsequenzen für die Stellung der Beschäftigten und Maßnahmeträger. Bei allen diesen Rechtsfragen soll dieses Handbuch Hilfen zur Klärung bereithalten.

Das Handbuch wendet sich an die Berater/-innen in den Sozial- und Wohlfahrtsverbänden und in den Gewerkschaften sowie gleichermaßen an die Mitarbeiter/-innen der Leistungs- und Maßnahmeträger, an die Rechtsanwält/-innen und die mit den entsprechenden Rechtsstreitigkeiten befassten Richter/-innen. Nicht zuletzt will es auch den in Ein-Euro-Jobs beschäftigten Menschen Grundlageninformationen zur Wahrung ihrer Rechte an die Hand geben.

Nur über die weitere Klärung der gesetzlichen Implikationen und Grenzen von Ein-Euro-Jobs kann dieser seit dem Inkrafttreten des SGB II quantitativ massiv ausgeweitete Beschäftigungssektor ein Mindestmaß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erlangen. Besser wäre es freilich, wenn – ungeachtet aller Diskussion um Normüberflutung –

in einigen Aspekten der Gesetzgeber selbst diese Klarheit schaffen würde.

Begleitet wird das Handbuch von einer eigenen Website:
<http://www.ein-euro-job-handbuch.de>

Dort finden sich neben im Internet veröffentlichten Entscheidungen von Gerichten zu Ein-Euro-Jobs einschlägige Nachrichten und Materialien aus der Praxis der Leistungs- und der Beschäftigungsträger, ferner Informationen zur wissenschaftlichen und öffentlichen Diskussion um diese Beschäftigungsform und zu weiteren Quellen.

Das Handbuch befindet sich auf dem Stand des SGB II vom 1.8.2006. Es berücksichtigt damit die Neufassung des SGB II durch das sog. Fortentwicklungsgesetz nach der am 20.7.2006 verabschiedeten Fassung (BGBl. I, 1706).

Die Verfasser, August 2006

D Die beschäftigungsrechtliche, sozialrechtliche und steuerrechtliche Stellung bei Ein-Euro-Jobs

I Die beschäftigungsrechtliche Stellung bei Ein-Euro-Jobs

1 Öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis ohne Arbeitsvertrag

Die Beschäftigung im Rahmen eines Ein-Euro-Jobs begründet kraft Gesetzes kein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts (§ 16 Abs. 3 S. 2 SGB II). Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts ist die Gesamtheit der durch einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag begründeten Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.¹ Das Ein-Euro-Job-Rechtsverhältnis, das gerade nicht durch einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag begründet wird, kann mithin kein (privatrechtliches) Arbeitsverhältnis sein; es ist vielmehr ein **öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis sozialrechtlicher Natur**.² Dies gilt sowohl im Verhältnis zum Leistungsträger (also z.B. der Arbeitsagentur) als auch im Verhältnis zum Maßnahmeträger;³ und es gilt ferner unabhängig davon, ob die MAE-Beschäftigung bei einem öffentlich-rechtlichen Träger (z.B. bei einer Kommune) oder bei einem privatrechtlich organisierten Maßnahmeträger (z.B. bei einem Wohlfahrtsverband) erfolgt.

- 1 Der Arbeitsvertrag ist ein privatrechtlicher Dienstvertrag, durch den sich der Arbeitnehmer zur Leistung unselbständiger Arbeit verpflichtet; dazu im Einzelnen z.B. ErfK-Preis, 2006 § 611 BGB Rz 4 ff.
- 2 Vgl. schon oben B III (→ S. 93 ff.), B IV 3 (→ S. 112 ff.) und B V (→ S. 122 ff.), ebenso LSG Rheinland-Pfalz, SuP 2005, 726 (im Zusammenhang mit dem Rechtsweg zu den Sozialgerichten) sowie eingehend Stahlmann, info also 2005, 243 ff.
- 3 Anders für das Verhältnis MAE-Beschäftigter und Maßnahmeträger ArbG Berlin, NJW 2005, 3741 (»privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art«, daher Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten); diese Entscheidung ist freilich durch LAG Berlin, 2.12.2005 – 8 Ta 1987/05 dahin abgeändert worden, dass ein öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis vorliegt und nur der Rechtsweg zu den Sozialgerichten zulässig ist (auch unter Hinweis auf die in Fn. 2 zitierte Entscheidung des LSG Rheinland-Pfalz). Ebenso LAG Rheinland-Pfalz, 3.2.2006 – 10 Ta 14/06: kein privatrechtliches Beschäftigungsverhältnis bzw. kein Arbeitsverhältnis; auch kein faktisches Arbeitsverhältnis, weil ein solches immer eine auf die Begründung eines Arbeitsverhältnisses gerichtete Willensübereinstimmung der Beteiligten voraussetzt (die gerade nicht gegeben ist).

Die Rechtsstellung des MAE-Beschäftigten im Rahmen dieses Beschäftigungsverhältnisses ist allerdings gesetzlich nur rudimentär geregelt; die insofern bestehende Regelungslücke ist verfassungsrechtlich höchst bedenklich.⁴ Angesichts der bestehenden gesetzlichen Regelungslücke und unbeschadet der begrifflichen Bezeichnung des Beschäftigungsverhältnisses (z.B. als »öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverhältnis eigener Art«)⁵ müssen für die bereits vorhandenen und die noch zu begründenden MAE-Beschäftigungsverhältnisse konkrete Rechte und Pflichten der an diesem Rechtsverhältnis Beteiligten entwickelt werden, die in die rechtsstaatliche Landschaft von heute passen. Bis zu einer gesetzlichen Regelung der Rechtsstellung der Betroffenen (sofern sie denn überhaupt kommt) wird man diese Rechte und Pflichten ungeachtet der grundsätzlichen Probleme der richtigen Einordnung des Beschäftigungsverhältnisses⁶ insbesondere zu konkretisieren haben aus

- dem Gesetz, z.B. aus § 16 Abs. 3 S. 2 SGB II und der dort angeordneten entsprechenden Anwendung bestimmter Vorschriften bzw. Grundsätze, ferner aus §§ 56 ff. SGB II (Mitwirkungspflichten) bzw. § 31 SGB II (Sanktionsregelungen), und zwar unter Berücksichtigung der mit diesen gesetzlichen Regelungen im Hinblick auf die MAE-Beschäftigung verfolgten Zwecke,
- der analogen Anwendung von Vorschriften, die eine Schutzbedürftigkeit von Dienstleistenden unterstellen, insbesondere weil das Maß dieser Schutzbedürftigkeit einen solchen Grad erreicht, dass die geleisteten Dienste nach ihrer sozialen Typik mit denen von Arbeitnehmern vergleichbar sind,
- Vereinbarungen, nämlich aus der Eingliederungsvereinbarung (§ 15 SGB II) bzw. aus dem diese Eingliederungsvereinbarung ersetzenden Verwaltungsakt (Zuweisungsbescheid, § 15 Abs. 1 S. 6 SGB II) sowie aus der Vereinbarung zwischen dem Leistungsträger und dem Maßnahmeträger (§ 17 Abs. 2 SGB II),
- der ergänzenden Auslegung dieser Vereinbarungen, sofern diese Regelungslücken enthalten. Gerade bei atypischen Rechtsverhältnissen, die – wie das hier in Frage stehende – noch keine spezielle

4 So zu Recht Stahlmann, info also 2005, 250.

5 Zu weiteren Bezeichnungen vgl. Stahlmann, info also 2005, 245.

6 Siehe oben B V 3 (→ S. 128 ff.).

gesetzliche Regelung gefunden haben, ist die ergänzende Auslegung der gegebene (vorläufige) Weg zur Ausfüllung von Regelungslücken.

Dabei müssen die vorhandenen Regelungen gleichsam zu Ende gedacht und die festgestellten Regelungslücken geschlossen werden, und zwar unter Berücksichtigung der Leitgedanken des Gesetzes (insbesondere zur MAE-Beschäftigung), des Gebots der Normalisierung (im Sinne einer »Brückenfunktion« der MAE-Beschäftigung in den ersten Arbeitsmarkt), der Interessenlage der Beteiligten, der Vereinbarungszwecke und nicht zuletzt der Rechtssicherheit, stets verbunden mit der Frage, was unter diesen Umständen jeder Beteiligte als im Sinne eines gerechten Interessenausgleichs liegend und als zumutbar ansehen kann.

Sofern der Maßnahmeträger einen MAE-Beschäftigten an eine weitere Einsatzstelle (eines anderen Maßnahmeträgers) abgibt, ändert dies nichts an der dargestellten Rechtsnatur des Beschäftigungsverhältnisses. Durch diese Überlassung entsteht freilich eine weitere rechtliche Komplikation, weil nunmehr die ursprüngliche Einsatzstelle den MAE-Beschäftigten gewissermaßen »verleiht« und die neue Einsatzstelle dementsprechend zum »Entleiher« wird. Zwar liegt hier keine (genehmigungspflichtige) Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG vor, da MAE-Beschäftigte keine Arbeitnehmer sind. Gleichwohl wird man nicht umhin kommen, jedenfalls elementare Grundsätze des Rechts der Arbeitnehmerüberlassung auch für diese Konstellation heranzuziehen.⁷

2 Tarifverträge

Tarifverträge können nach § 1 Abs. 1 TVG in ihrem normativen Teil lediglich Rechtsnormen enthalten, die den Inhalt, den Abschluss und die Beendigung von »Arbeitsverhältnissen« (einschließlich der Ausbildungsverhältnisse) ordnen. Für den Begriff des Arbeitsverhältnisses sind die allgemeinen arbeitsrechtlichen Definitionen maßgebend.⁸

7 Da diese Konstellation in der Praxis eher die Ausnahme sein dürfte, wird auf sie im Folgenden nur bei einzelnen Fragestellungen eingegangen.

8 Dazu oben 1.

Vom normativen Teil der Tarifverträge können mithin nicht die Beteiligten sonstiger, insbesondere auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhender Beschäftigungsverhältnisse erfasst werden,⁹ und zwar unabhängig davon, ob sie Mitglieder von Tarifvertragsparteien sind (also z.B. MAE-Beschäftigte einer Gewerkschaft angehören). Die Parteien von Tarifverträgen können sich zwar nach § 1 Abs. 1 TVG auch darauf beschränken, allein schuldrechtliche Regelungen zu treffen, die Rechte und Pflichten der Tarifvertragsparteien begründen. Auch diese Regelungen können sich nur auf Rechte und Pflichten zur Ausgestaltung von Arbeitsverhältnissen (Ausbildungsverhältnissen), nicht hingegen von anderen – insbesondere öffentlich-rechtlichen – Beschäftigungsverhältnissen beziehen.¹⁰

Schließlich erstreckt zwar § 12a TVG das TVG auch auf die dort genannten arbeitnehmerähnlichen Personen und ermöglicht damit, dass für sie Tarifverträge abgeschlossen werden können. Die Regelung des § 12a TVG setzt aber (unter anderem) voraus, dass die arbeitnehmerähnlichen Personen auf Grund von Dienst- und Werkverträgen für andere Personen tätig sind.¹¹

Da die Beschäftigung im Rahmen von Ein-Euro-Jobs kein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts begründet (§ 16 Abs. 3 S. 2 SGB II bzw. oben 1.) und die MAE-Beschäftigten – nach hier vertretener Ansicht – auch nicht auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags tätig werden, kommt eine **tarifvertragliche Regelung** dieser öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnisse **nicht in Betracht**.¹² Ferner sind damit auch die Tarifverträge, die in den jeweiligen Tarifbereichen der Beschäftigungsstellen vorhanden sind, auf die Ein-Euro-Job-Beschäftigungsverhältnisse nicht anwendbar.¹³ Zudem finden die

9 Unstreitig, vgl. nur ErfK-Franzen, 2006 § 1 TVG Rz 20 ff.

10 Vgl. nur ErfK-Franzen, 2006 § 1 TVG Rz 60 ff.

11 Dazu z.B. Däubler, 2003 § 12a Rz 32 ff. (Bearb.: Reinecke).

12 Anders Zwanziger, AuR 2005, 13, der von einem öffentlich-rechtlichen Dienstvertrag zwischen dem MAE-Beschäftigten und dem Maßnahmeträger ausgeht und deshalb § 12a TVG für anwendbar hält.

13 So zutreffend Rixen, Soziale Sicherheit 2005, 154. Anders Zwanziger, AuR 2005, 134, wonach das TVG mit der Folge anwendbar sei, dass die Tarifvertragsparteien über die Höhe der Mehraufwandsentschädigung verhandeln, Beschäftigte einschließlich der Ein-Euro-Mitarbeiter sogar dafür streiken dürfen. Dagegen zu Recht Stahlmann, info also 2005, 248.

kirchlichen kollektiven Arbeitsrechtsregelungen keine Anwendung, soweit sie – ebenso wie die vorgenannten Tarifverträge – auf Arbeitsverhältnisse abstellen.¹⁴

3 Mitbestimmung

3.1 Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht

3.1.1 Wahlrecht zum Betriebsrat

§ 7 S. 1 BetrVG regelt das aktive Wahlrecht zum Betriebsrat: Danach sind wahlberechtigt alle Arbeitnehmer des Betriebs, die das 18. Lebensjahr vollendet haben. Arbeitnehmer i.S.d. BetrVG – und damit auch i.S.d. § 7 S. 1 BetrVG –¹⁵ sind nach § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG Arbeiter und Angestellte einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten, unabhängig davon, ob sie im Betrieb, im Außendienst oder mit Telearbeit beschäftigt werden. Dabei geht der Arbeitnehmerbegriff des BetrVG vom allgemeinen Begriff des Arbeitnehmers aus: Danach ist Arbeitnehmer, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags zur Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet ist.¹⁶

Die Wahlberechtigung von MAE-Beschäftigten scheidet zunächst nicht an § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG. Danach gelten nicht als Arbeitnehmer i.S.d. BetrVG Personen, deren Beschäftigung nicht in erster Linie ihrem Erwerb dient und die überwiegend zu ihrer Heilung, Wiedereingewöhnung, sittlichen Besserung oder Erziehung beschäftigt werden. Bei MAE-Beschäftigten hingegen steht – auch wenn kein Arbeitsverhältnis begründet wird – die Arbeitsleistung im Vordergrund: die mitverfolgten »rehabilitativen« Ziele ändern daran nichts. Die Arbeit ist dabei nicht primär ein Therapiemittel, sondern hat eine eigenständige Bedeutung (z.B. Verbesserung der Vermittlungsfähigkeit).¹⁷

14 Vgl. Zetl, Die Mitarbeitervertretung 2005, Heft 1, 18.

15 Allg. Ansicht, vgl. nur ErfK-Eisemann, 2006 § 7 BetrVG Rz 1.

16 Vgl. nur ErfK-Preis, 2006 § 611 BGB Rz 45 m.w.N.; BAG AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 52.

17 So zutreffend BVerwGE 110, 287 zum gleichlautenden § 4 Abs. 5 Nr. 2 BPersVG und im Hinblick auf die gemeinnützige und zusätzliche Arbeit nach § 19 Abs. 2 BSHG.

Die überwiegende Ansicht in der Fachliteratur verneint aber die Wahlberechtigung von MAE-Beschäftigten mit der Begründung, dass diese nicht in einem Arbeitsverhältnis zum Einsatzbetrieb stehen.¹⁸ Dieser Ansicht ist zu folgen. Entscheidend ist zunächst, dass es wegen der nach § 16 Abs. 3 S. 2 SGB II getroffenen Regelung, wonach durch eine Arbeitsgelegenheit mit Entschädigung für Mehraufwendungen kein Arbeitsverhältnis im Sinne des Arbeitsrechts begründet wird, bereits an der durch Arbeitsvertrag vermittelten, rechtlichen Bindung zum Betrieb fehlt. Hinzu kommt, dass MAE-Beschäftigte (überhaupt) nicht – also zu niemandem – in einem Arbeitsverhältnis, sondern in einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis sozialrechtlicher Natur stehen. Insofern bietet sich – jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang – ein Rückgriff auf die Rechtsprechung des BAG an, wonach bei Sozialhilfeempfängern, die nach § 19 BSHG zu gemeinnütziger und zusätzlicher Arbeit herangezogen wurden, die Arbeitnehmereigenschaft zu verneinen war, wenn sie lediglich Hilfe zum Lebensunterhalt und eine angemessene Entschädigung für Mehraufwendungen erhielten.¹⁹ Folgt man dem, so fehlt auch den MAE-Beschäftigten die Arbeitnehmereigenschaft i.S.d. §§ 5 Abs. 1, 7 S. 1 BetrVG.²⁰ MAE-Beschäftigte sind deshalb auch **nicht** nach § 7 S. 2 BetrVG **wahlberechtigt** (»Werden Arbeitnehmer eines anderen Arbeitgebers zur Arbeitsleistung überlassen, so sind diese wahlberechtigt, wenn sie länger als drei Monate im Betrieb eingesetzt werden«).

Wenn demgegenüber Schulze eine Wahlberechtigung der MAE-Beschäftigten unter Bezugnahme auf § 7 Abs.1 S. 2 BetrVG annimmt, weil es im Rahmen dieser Vorschrift nach dem Willen des Gesetzgebers nicht auf das formelle Band eines Arbeitsvertrages ankomme, sondern auf die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb,²¹ so übersieht er dabei, dass nicht nur der Wortlaut des Gesetzes, sondern auch die Gesetzesbegründung unzweifelhaft das Vorliegen der Eigenschaft als »Arbeitnehmer« i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 1 BetrVG voraus-

18 Vgl. nur Schaff, AiB 2005, 4; Zwanziger, AuR 2005, 14; Geiger, 2006, 425.

19 Vgl. BAG AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 216.

20 Ebenso für Zivildienstleistende BAG, DB 2002, 1278; für Strafgefangene, die als Freigänger in einem Betrieb eingesetzt werden, vgl. BAG AP BetrVG 1972 § 5 Nr. 18.

21 Vgl. Schulze, NZA 2005, 1332 ff.

setzen: Dem Gesetzgeber ging es ausschließlich um Leiharbeitnehmer – also reguläre Arbeitnehmer – sowie um reguläre Arbeitnehmer, die aufgrund der Vergabe von einzelnen Aufgaben an Drittfirmen im Entleiher- bzw. Tätigkeitsbetrieb eingesetzt werden.²²

Die Verneinung der Wahlberechtigung (und des Arbeitnehmerstatus) i.S.d. §§ 5 Abs. 1, 7 BetrVG widerspricht auch nicht den nachfolgenden Ausführungen zur Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Eingliederung von MAE-Beschäftigten: Die Regelungen der §§ 5 Abs. 1, 7 BetrVG sollen festlegen, wer zur Belegschaft gehört, die der Betriebsrat repräsentiert; ihnen ist lediglich zu entnehmen, wie die statusbezogene betriebsverfassungsrechtliche Repräsentation zu organisieren ist. Dagegen sagt die Regelung nichts darüber aus, innerhalb welcher Grenzen sich der Betriebsrat bei beschäftigungsrelevanten Vorgängen für die Interessen der von ihm vertretenen Beschäftigten einsetzen darf. Der Schutzzweck des Mitbestimmungstatbestandes reicht aber gerade weiter und erfordert nicht, dass der einzugliedernde Beschäftigte auch Arbeitnehmer des Einsatzbetriebes wird.²³

Sind MAE-Beschäftigte aber **nicht wahlberechtigt** i.S.d. § 7 BetrVG, so sind sie auch **nicht wählbar** (§ 8 Abs. 1 BetrVG) und **nicht mitzuzählen** bei den Werten des § 9 BetrVG (Zahl der Betriebsratsmitglieder in Abhängigkeit von der Anzahl der wahlberechtigten Arbeitnehmer) sowie des § 38 BetrVG (Freistellungen von Betriebsratsmitgliedern bei einer bestimmten Zahl von Arbeitnehmern).

3.1.2 Wahlrecht zum Personalrat

§ 13 Abs. 1 BPersVG²⁴ regelt das aktive Wahlrecht zum Personalrat: Danach sind wahlberechtigt alle Beschäftigten, die am Wahltag das 18. Lebensjahr vollendet haben. Beschäftigte i.S.d. BPersVG – und damit auch des § 13 Abs. 1 BPersVG – sind nach § 4 Abs. 1 BPersVG grundsätzlich die Beamten, Angestellten und Arbeiter einschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Damit werden alle Personen

22 Vgl. BT-Drs. 14/5741, 2, 24, 28, 36.

23 Dazu unten 3.1.3 (→ S. 280 ff.) bis 3.1.9 (→ S. 294 ff.).

24 Im Folgenden werden stellvertretend für die Regelungen der Landespersonalvertretungsgesetze grundsätzlich die Vorschriften des BPersVG herangezogen; nur bei signifikanten Abweichungen wird auch auf landesrechtliche Normen verwiesen.

erfasst, die persönlich auf der Grundlage eines Beamtenverhältnisses, eines Arbeitsverhältnisses oder eines Berufsausbildungsverhältnisses in eine Dienststelle eingegliedert sind und durch ihre Tätigkeiten an der Erfüllung der Aufgaben der Dienststelle mitwirken.²⁵ Die Beschäftigteneigenschaft setzt damit die beamten-, arbeits- oder ausbildungsrechtliche Zugehörigkeit zur Dienststelle sowie die durch die tatsächliche Beschäftigung bewirkte Eingliederung in die Dienststelle voraus. Bei MAE-Beschäftigten liegt aber allenfalls eine Eingliederung durch tatsächliche Beschäftigung vor: Wegen der in § 16 Abs. 3 S. 2 SGB II normierten Festlegung, dass durch eine Arbeitsgelegenheit mit Entschädigung für Mehraufwendungen kein Arbeitsverhältnis begründet wird, fehlt es bereits an der erforderlichen beamten-, arbeits- oder ausbildungsrechtlichen Bindung zur Dienststelle.²⁶

In Weiterentwicklung der Judikatur des BVerwG,²⁷ wonach Personen, die nach § 19 BSHG gemeinnützige und zusätzliche Arbeit in einer Dienststelle leisten, dann zu den Beschäftigten im Sinne des Personalvertretungsrechts gehören, wenn ihnen dafür das übliche Arbeitsentgelt gezahlt wird, sie hingegen keine Beschäftigten in diesem sind, wenn ihnen Hilfe zum Lebensunterhalt zuzüglich einer angemessenen Mehraufwandsentschädigung gewährt wird (§ 19 Abs. 2 1. HS., Alt. 2 BSHG), fehlt auch den MAE-Beschäftigten die Beschäftigteneigenschaft i.S.d. § 4 Abs. 1 BPersVG.²⁸

25 Vgl. Altvater, 2004 § 4 Rz 2.

26 Ebenso Kröll, PersR 2005, 135; Süllwold, ZfPR 2005, 83; Geiger, 2006, 425. Auch hier ist – wie bei § 5 Abs. 2 Nr. 4 BetrVG (oben 3.1.1. mit Fn. 13) – die Beschäftigteneigenschaft nicht wegen § 4 Abs. 5 BPersVG ausgeschlossen: In Fortführung der Judikatur des BVerwG (ZfPR 2000, 197) ist davon auszugehen, dass MAE-Beschäftigte ebenso wenig wie früher Sozialhilfeempfänger in der Variante der »GZ-Arbeit« mit Mehraufwandsentschädigung zu dem in dieser Vorschrift genannten Personenkreis gehören.

27 PersR 2000, 243.

28 Zu beachten ist freilich, dass in den Personalvertretungsgesetzen einiger Länder der Beschäftigtenbegriff weiter gefasst ist. So gelten nach § 4 Abs. 2 NdsPersVG und § 4 Abs. 2 BbgPersVG auch Personen als Beschäftigte, die nicht in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, aber den Weisungen der Dienststelle unterliegen, in der sie tätig sind. Danach müssten MAE-Beschäftigte, die den Weisungen der jeweiligen Dienststelle unterliegen, dort als Beschäftigte angesehen werden. Ebenso stellt § 4 Abs. 2 PersVG Sachsen-Anh. auf die weisungsgebundene Beschäftigung in der Dienststelle ab, wobei es auf ein Arbeits- oder Dienstverhältnis zum Träger der Dienststelle nicht ankommt. Nach § 3 Abs. 1 MBG Schleswig-

Die Verneinung der Wahlberechtigung (und des Beschäftigtenstatus) i.S.d. §§ 4 Abs. 1, 13 Abs. 1 BPersVG widerspricht auch nicht den nachfolgenden Ausführungen zur Mitbestimmung des Personalrats bei der Eingliederung von MAE-Beschäftigten: Die Regelungen der §§ 4 Abs. 1, 13 Abs. 1 BPersVG sollen festlegen, wer zur Belegschaft gehört, die der Personalrat repräsentiert; ihnen ist lediglich zu entnehmen, wie die statusbezogene personalvertretungsrechtliche Repräsentation zu organisieren ist. Dagegen sagt die Regelung nichts darüber aus, innerhalb welcher Grenzen sich der Personalrat bei beschäftigungsrelevanten Vorgängen für die Interessen der von ihm vertretenen Beschäftigten einsetzen darf. Der Schutzzweck des Mitbestimmungstatbestandes reicht aber gerade weiter und erfordert nicht, dass der einzugliedernde Beschäftigte auch Angehöriger des öffentlichen Dienstes wird.

Sind aber MAE-Beschäftigte **nicht wahlberechtigt** i.S.d. § 13 BPersVG, so sind sie auch **nicht wählbar** (§ 14 BPersVG) und **zählen** bei der Größe der Personalvertretungen (§ 16 BPersVG) oder bei Freistellung nach § 46 Abs. 4 BPersVG **nicht mit**. Schließlich haben sie nicht die Rechtsstellung von Beschäftigten, etwa im Hinblick auf das Teilnahmerecht an Personalversammlungen (§ 48 Abs. 1 BPersVG) oder das Beschwerderecht nach § 68 Abs. 1 Nr. 3 BPersVG.

3.1.3 Weitere Einbindung des Betriebsrats

Nach § 90 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Planung von »Arbeitsplätzen« rechtzeitig unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten. Versteht man unter Arbeitsplatz i.S.d. § 90 Abs. 1 BetrVG den räumlich-funktionalen Bereich, in dem der Beschäftigte im Rahmen seiner Arbeitsaufgabe in einem bestimmten Arbeitssystem tätig wird,²⁹ so sind auch diejenigen Stellen, auf denen MAE-Beschäftigte beschäftigt werden sollen, Arbeitsplätze im Sinne der genannten Vorschrift. Zu den Unterlagen,

Holstein sind Beschäftigte auch Personen, die aufgrund anderer Rechtsverhältnisse in der Dienststelle tätig sind; man wird davon ausgehen können, dass dies auch auf MAE-Beschäftigte zutrifft mit der Folge, dass sie hiernach Beschäftigte sind. Dazu auch Kröll, PersR 2005, 135; Süllwold, ZfPR 2005, 91.

29 Vgl. nur ErfK-Kania, 2006 § 90 BetrVG Rz 5.

die der Arbeitgeber³⁰ dem Betriebsrat vorzulegen hat, gehören dann auch die Antragsunterlagen, die der Arbeitgeber beim Leistungsträger (also z.B. der Bundesagentur für Arbeit) eingereicht hat.³¹ Der Arbeitgeber hat zudem mit dem Betriebsrat die vorgesehenen Maßnahmen und ihre Auswirkungen auf die Arbeitnehmer so rechtzeitig zu **beraten**, dass Vorschläge und Bedenken des Betriebsrats bei der Planung berücksichtigt werden können (§ 90 Abs. 2 BetrVG).

Bei unterlassener, wahrheitswidriger, unvollständiger oder verspäteter Information kann der Arbeitgeber mit einer Geldbuße bis zu 10 000 Euro belegt werden (§ 121 BetrVG). Bei Streitigkeiten über die Voraussetzungen der Unterrichts- und Beratungspflicht entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren (§§ 2a, 80 ff. ArbGG). Der Betriebsrat kann seine Rechte auf Information und Beratung auch mit einer einstweiligen Verfügung durchsetzen, wenn die erforderliche Eilbedürftigkeit gegeben ist. Bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen die genannte Verpflichtung kommt ein Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG in Betracht (Antrag beim Arbeitsgericht, dem Arbeitgeber aufzugeben, die erforderliche Handlung vorzunehmen).

Wird die Beschäftigung von MAE-Beschäftigten geplant, so hat der Betriebsrat insbesondere darauf zu achten, dass die auszuführenden Arbeiten »zusätzlich« sind, also durch die MAE-Beschäftigten keine Verdrängung und Verlagerung regulärer Beschäftigung erfolgt. Der Betriebsrat kann zur Wahrnehmung dieser Aufgabe – zweckmäßigerweise: schriftlich unter Fristsetzung – die Vorlage von Personalplanungsunterlagen zur Einsicht verlangen, in diese Unterlagen Einblick nehmen sowie eine rechtzeitige und umfassende Unterrichtung durch den Arbeitgeber einfordern (§ 92 Abs. 1 S. 1 BetrVG). Zur Personalplanung in diesem Sinne gehören die Personalbedarfs-, Personaldeckungs-, Personalentwicklungs- und Personaleinsatzplanung.³² Nach § 92 Abs. 1 S. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat über

30 Im Folgenden wird der Begriff »Arbeitgeber« im untechnischen Sinne verwendet, weil es sich im Hinblick auf MAE-Beschäftigte nicht um einen Arbeitgeber im Sinne des Arbeitsrechts handelt (Arbeitgeber im Sinne des Arbeitsrechts ist derjenige, der die Leistung von Arbeit von einem anderen kraft Arbeitsvertrags verlangen kann; vgl. ErfK-Preis, 2006 § 611 BGB Rz 209).

31 So auch Stähle, AiB 2005, 71.

32 Vgl. BAG AP BetrVG 1972 § 92 Nr. 3.

Art und Umfang der erforderlichen Maßnahmen und über die Vermeidung von Härten zu beraten. Dieses Beratungsrecht besteht nur hinsichtlich der mit der Personalplanung verbundenen personellen Maßnahmen. Beschränkt sich die Personalplanung des Arbeitgebers (zunächst) nur auf eine Personalbedarfsplanung, so ist der Arbeitgeber nicht gehalten, darüber von sich aus mit dem Betriebsrat zu beraten, weil sich aus der Ermittlung des künftigen Personalbedarfs allein noch keine personellen Maßnahmen ergeben können. Erst, wenn aus der Personalbedarfsplanung im Rahmen der Personaldeckungsplanung konkrete Maßnahmen folgen (sollen), hat der Arbeitgeber darüber von sich aus mit dem Betriebsrat zu beraten.³³ Anhand der Unterlagen zur Personalplanung (z.B. dem Stellenplan) kann der Betriebsrat dann den gegenwärtigen und künftigen Personalbedarf und die damit zusammenhängenden personellen Maßnahmen erkennen. Ist freilich keine Personalplanung vorhanden, so kann sie vom Betriebsrat auch nicht erzwungen werden.³⁴

Kommt der Arbeitgeber seiner Unterrichtungspflicht nicht, wahrheitswidrig, unvollständig oder verspätet nach, so droht ihm ein Bußgeld bis zu 10 000 Euro (§ 121 BetrVG). Bei Streitigkeiten über das Bestehen und den Umfang der Rechte und Pflichten nach § 92 BetrVG entscheidet das Arbeitsgericht im Beschlussverfahren (§§ 2a, 80 ff. ArbGG).³⁵ Bei groben Verstößen des Arbeitgebers gegen die genannte Verpflichtung kommt ein Verfahren nach § 23 Abs. 3 BetrVG in Betracht (Antrag beim Arbeitsgericht, dem Arbeitgeber aufzugeben, die erforderliche Handlung vorzunehmen).

3.1.4 Weitere Einbindung des Personalrats

Durch die tatsächliche Eingliederung in die Dienststelle werden MAE-Beschäftigte zu Angehörigen der Dienststelle, so dass der Personalrat im Rahmen seines allgemeinen Antragsrechts nach § 68 Abs. 1 Nr. 1 BPersVG Maßnahmen beantragen kann, die den Angehörigen der Dienststelle und damit auch den MAE-Beschäftigten dienen.³⁶

33 Vgl. BAG AP BetrVG 1972 § 92 Nr. 3.

34 Dazu ErfK-Kania, 2006 § 92 BetrVG Rz 6.

35 BAG AP BetrVG 1972 § 92 Nr. 3; Stähle, AiB 2005, 71.

36 Ebenso zu Recht Süllwold, ZfPR 2005, 90.