

## Über den Missbrauch von Freiwilligendiensten

Unter einem Missbrauch versteht man, dass jemand *etwas böswillig falsch, übertrieben viel oder unerlaubt* gebraucht (Wahrig: Wörterbuch der deutschen Sprache). Ein Rechtsmissbrauch ist dann klarer zu erkennen, wenn ein gesetzlich geregeltes Verbot verletzt wird. Schwieriger zu beurteilen sind die Fälle, in denen eine gesetzlich geregelte Erlaubnis absichtlich falsch oder übermäßig gebraucht und dadurch zweckwidrig oder so eingesetzt, dass übergeordnete Rechtsgüter verletzt werden. Zivilrechtlich ist in diesen Fällen von einer *Verletzung von Treu und Glauben* die Rede (§ 242 BGB). Hier wird deutlich, dass eine rechtliche Beurteilung des Missbrauchs einen sozialetischen Standpunkt und dementsprechende Vorstellungen über die sozialverträgliche Nutzung von Rechten voraussetzt.

Ist es zulässig, dass ein privates Pflegeheim einen Arbeitsplatz nicht mit einem sozialversicherungspflichtigen Arbeitnehmer in Voll- oder Teilzeit, sondern auf der Grundlage einer Vertragskonstruktion „geringfügige Beschäftigung + halbe BFD-Stelle“ besetzt? Oder ist es zulässig, dass ein Wohlfahrtsverband einen FSJler an einen privaten Krankentransportdienst verleiht? Oder ist es zulässig, dass eine Gemeinde ihren Bauhof fast komplett durch BFDler betreibt? Diese Fälle illustrieren, dass es Gesprächsbedarf gibt, ob und ggf. wie Freiwilligendienste zweckentsprechend gebraucht werden oder zweckentfremdend missbraucht werden.

**I. Ob die Besetzung eines Arbeitsplatz unter Rückgriff auf eine Vertragskonstruktion „geringfügige Beschäftigung + halbe BFD-Stelle“ statt unter Einrichtung einer sozialversicherungspflichtigen Voll- oder Teilzeittätigkeit rechtlich zulässig ist, lässt sich rein rechtlich beantworten.** Ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis liegt vor, wenn das Arbeitsentgelt aus dieser Beschäftigung monatlich regelmäßig einen Betrag von 450 € nicht übersteigt (§ 8 Abs. 1 Ziff. 1 SGB IV) oder im Kalenderjahr nicht mehr als zwei Kalendermonate bzw. 50 Arbeitstage umfasst (§ 8 Abs. 1 Ziff. 2 SGB IV). § 2 Ziff. 2 BFDG eröffnet die Möglichkeit, den BFD auch als Teilzeittätigkeit „von mehr als 20 Stunden pro Woche“ zu erbringen. Der Teilzeit-BFD wurde in der Gesetzesbegründung zum Entwurf des BFDG wie folgt erläutert: „Ein Teilzeit-Bundesfreiwilligendienst [...] ist attraktiv insbesondere für ältere Menschen, die sich nicht Vollzeit engagieren können oder wollen. Durch die Regelung wird sichergestellt, dass der Bundesfreiwilligendienst nur als

Hauptbeschäftigung durchgeführt werden kann und dadurch von anderem bürgerschaftlichem Engagement, das von vielen Millionen Menschen in Deutschland im Umfang einiger Wochenstunden in allen Bereichen der Gesellschaft ausgeübt wird, unterschieden bleibt.“ (BT-DS 849/10, S. 23 f.) Hierdurch ist zwar klar gestellt, dass der Gesetzgeber eine Kombinierbarkeit des Teilzeit-BFD mit anderen steuerlich begünstigten Freiwilligenengagements (wie der Überleiterpauschale nach § 3 Nr. 26 EStG und dem Ehrenamtsfreibetrag nach § 3 Nr. 26a EStG) nicht beabsichtigt hatte. Die Kombination eines Teilzeit-BFD mit einer geringfügigen Beschäftigung stand jedoch seinerzeit nicht zur Diskussion. Eine derartige Kombination ist aus rein rechtlichen Gründen unzulässig, weil durch sie die unzulässige Absicht verfolgt wird, die Arbeitgeberstellung aufzuspalten und eine „Verdoppelung des Arbeitgebers“ zu bewirken. „Eine Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion durch vertragliche Abreden führt nicht zu einer „Verdopplung“ des Arbeitgebers.“ (Ziff. 2.2.1 Richtlinien für die versicherungsrechtliche Beurteilung von geringfügigen Beschäftigungen - Geringfügigkeits-Richtlinien des GKV-Spitzenverbandes v. 20.12.2012). Auch wenn der BFDler arbeitsrechtlich kein Arbeitnehmer ist, ist bei der Konstruktion „geringfügige Beschäftigung + Teilzeit-BFD“ sozialversicherungsrechtlich von einer einheitlichen Arbeitgeberstellung auszugehen.

**Zwischenfazit:** Eine Konstruktion „geringfügige Beschäftigung + Teilzeit-BFD“ bei ein und demselben Arbeitgeber ist unzulässig. Sie stellt einen Missbrauch des BFD durch den Arbeitgeber zulasten des Arbeitnehmers dar, der offensichtlich eine Vollzeit- oder Teilzeittätigkeit für ein geringes Entgelt erbringen soll. Auch werden Sozialversicherungsbeiträge hinterzogen, was einen Straftatbestand darstellt (§ 266a StGB).

**II. Ob eine „Verleihe“ eines FSJlers von einem Wohlfahrtsverband an einen privaten Krankentransportdienst rechtlich zulässig ist,** wird davon abhängen, ob eine „Verleihe“ von Freiwilligen an sich zulässig ist und – falls dies mit „ja“ zu beantworten sein sollte – ob der „Verleih“ auf den bestimmten Einsatzplatz zulässig ist. Zur ersten Frage: da FSJler keine Arbeitnehmer sind, gilt für sie das die „Verleihe“ von Arbeitnehmer regulierende Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) nicht. Allerdings gelten andere gesetzliche Vorgaben. Denn ein FSJ stellt nur dann einen förderungsfähigen Jugendfreiwilligendienst dar, wenn die im Jugendfreiwilligendienstgesetz (JFDG) genannten Voraussetzungen erfüllt sind „und der Dienst von einem nach § 10 zugelassenen Träger durchgeführt wird“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 JFDG). Zu den Fördervoraussetzungen des FSJ zählt u.a., dass es „ganztägig als überwiegend praktische Hilfstätigkeit, die an Lernzielen orientiert ist, in

gemeinwohlorientierten Einrichtungen geleistet“ wird (§ 3 Abs. 1 JFDG). Träger des FSJ sind u.a. die in der Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege zusammengeschlossenen Verbände und deren Untergliederungen (§ 10 Abs. 1 Ziff. 1 JFDG). Da der Dienst von einem Träger durchgeführt werden muss, ist eine „Verleihe“ des FSJlers nur an Einsatzstellen zulässig ist, die diesem Träger angehören. Es wäre also im vorgegeben Fall zu klären, ob der private Krankentransportdienst dem Träger tatsächlich angehört und auch angehören darf, um beurteilen zu können, ob die „Verleihe“ an sich zulässig ist. Korrekterweise muss man in diesem Fall dann allerdings nicht von einer „Verleihe“ des FSJlers an die Einsatzstelle, sondern von seinem Einsatz in der Einsatzstelle sprechen. Hierfür spricht auch, dass der FSJ-Vertrag mit dem Träger geschlossen wird (§ 11 Abs. 1 JFDG) und im Vertrag die Einsatzstelle benannt werden muss (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 JFDG). Eine „Verleihe“ eines FSJlers in einen Einsatz, der nicht in einer Einsatzstelle des Trägers durchgeführt wird, ist mithin gesetzeswidrig. Hierfür sprechen auch die gesetzlichen Bedingungen für zulässige Einsatzplätze: Im FSJ dürfen nur „überwiegend praktische Hilfstätigkeiten“ erbracht werden, diese müssen zudem „an Lernzielen orientiert sein“ und das FSJ darf nur „in *gemeinwohlorientierten* Einrichtungen geleistet“ werden (§ 3 Abs. 1 JFDG). Es wäre also im konkreten Fall zu prüfen, ob die Tätigkeitsbeschränkung auf „praktische Hilfstätigkeiten“ und die Tätigkeitsbedingung der „Lernzielorientierung“ für den Einsatzplatz, auf dem der FSJler eingesetzt wird, erfüllt sind.

**Zwischenfazit:** Eine „Verleihe“ eines FSJlers von einem Wohlfahrtsverband an einen privaten Krankentransportdienst ist unzulässig ist, weil das FSJ lediglich einen Einsatz des FSJlers in Einsatzstellen vorsieht, die dem Träger angehören. Im konkreten Fall wäre zudem zu prüfen, ob der Einsatz des FSJlers auf einem Einsatzplatz erfolgt, der die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, dass eine „überwiegend praktische Hilfstätigkeit, die an Lernzielen orientiert ist,“ in einer gemeinwohlorientierten Einrichtung geleistet werden kann.

**III. Ob es zulässig ist, dass eine Kommune ihren Bauhof fast komplett durch BFDler betreiben lässt,** wird davon abhängen, ob ein derartiger Einsatz von BFDlern dem Zweck des Bundesfreiwilligendienstgesetzes (BFDG) entspricht (§§ 1, 2. Nr. 2, 4 BFDG) und ob der Einsatz arbeitsmarktneutral erfolgt (§§ 3 Abs. 1 Satz 2, 6 BFDG). Zwar ist der BFD in zeitlicher Nachfolge des Zivildienstes eingeführt worden. Jedoch wird der BFD unter völlig anderen Voraussetzungen erbracht als der Zivildienst. Zudem sind die Gesetzesziele des Zivildienstgesetzes (ZDG) und des BFD unterschiedlich. Der Zivildienst wurde unter der Voraussetzung der allgemeinen

Wehrdienstpflicht erbracht: er war ein Wehersatzdienst für anerkannte Kriegsdienstverweigerer. Gesetzeszweck des ZDG war der Einsatz der Dienstpflichtigen vorrangig im sozialen Bereich, in dem sie Allgemeinwohlaufgaben zu erbringen hatten (§ 1 ZDG). Demgegenüber ist Voraussetzung des BFD das Eigenengagement der BFDler für das Allgemeinwohl (§ 1 Satz 1 BFDG). Zweck des BFD ist es u. a., das „lebenslange Lernen“ zu fördern. (§ 1 Satz 2 BFDG). Der BFD ist „ohne Erwerbsabsicht, außerhalb einer Berufsausbildung und vergleichbar einer Vollzeitbeschäftigung“ zu erbringen (§ 2 Ziff. 2 BFDG) und „als praktische Hilfstätigkeit in gemeinwohlorientierten Einrichtungen“ zu leisten (§ 3 Abs. 1 Satz 1 BFDG). Unverzichtbare Bedingung des BFD sind die pädagogische Begleitung „mit dem Ziel, soziale, ökologische, kulturelle und interkulturelle Kompetenzen zu vermitteln und das Verantwortungsbewusstsein für das Gemeinwohl zu stärken“ (§ 4 Abs. 1 BFDG) sowie die „fachliche Anleitung“ durch die Einsatzstelle (§ 4 Abs. 2 BFDG). Die pädagogische Begleitung erfolgt nicht nur, aber auch durch Seminare, die für die BFDler Pflichtveranstaltungen darstellen (§§ 4 Abs. 3, 4 BFDG); verlängerte oder gestückelte Dienstzeiten sind lediglich auf der Grundlage entsprechender „pädagogischer Gesamtkonzepte“ zulässig (§ 3 Abs. 2 Sätze 3, 4 BFDG). Deshalb ist die Zulässigkeit eines Einsatzes von BFDlern auf einem gemeindlichen Bauhof zunächst daran zu prüfen, ob diesem Einsatz ein vom Regelungszweck des ZDG abweichendes und den Regelungszweck des BFDG erfüllendes fachliches und pädagogisches Konzept zugrunde liegt. Diese Prüfung wird insbesondere in den Fällen erforderlich sein, in denen der BFDler nicht in einer neu anerkannten Einsatzstelle (§§ 6 Abs. 1, 2 BFDG), sondern in einer am 1.4.2011 nach dem ZDG bereits anerkannten alten Einsatzstelle (§ 6 Abs. 3 ZDG) eingesetzt wird. Denn während im Anerkennungsverfahren für neue Einsatzstellen eine Überprüfung der Gewährleistung der Gesetzesziele des BFD durch die Einsatzstelle (§ 6 Abs. 2 Ziff. 2 BFDG), der persönlichen und fachlichen Begleitung des BFDlers sowie des Vorhalts entsprechend qualifizierten Personals für die Leitung der Einsatzstelle und die Betreuung der BFDler (§ 6 Abs. 2 Ziff. 3 BFDG) vorgesehen ist, war für die Anerkennung einer Zivildienststelle eine dem BFDG entsprechende pädagogische Qualifizierung und fachliche Begleitung nicht erforderlich (§§ 4, 25a, 25 b ZDG). Sollte der Einsatz des BFDlers auf dem Bauhof einer Gemeinde den Zwecken des BFDG entsprechen, wäre im zweiten Schritt die Arbeitsmarktneutralität des Einsatzplatzes (§ 3 Abs. 1 Satz 2 BFDG) zu prüfen. In der „Richtlinien zur Durchführung des Bundesfreiwilligendienstes (Anerkennungsrichtlinien BFD)“ des BMFSFJ v. 4.7.2011 heißt es hierzu unter Ziff. 2.6 „Arbeitsmarktneutralität“: „Der Bundesfreiwilligendienst ist arbeitsmarktneutral. Es dürfen keine Plätze anerkannt werden, wenn sie nachweislich einen bisherigen Arbeitsplatz ersetzen oder eine Einrichtung eines neuen Arbeitsplatzes erübrigen sollen. Die Arbeitsmarktneutralität

ist insbesondere gewährleistet, wenn die Arbeiten ohne Freiwillige nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt würden oder auf dem Arbeitsmarkt keine Nachfrage besteht. Die Einrichtung hat die Einhaltung der Arbeitsmarktneutralität zu erklären. In Zweifelsfällen kann eine Stellungnahme der örtlich zuständigen Personalvertretung eingeholt werden.“ Es ist zweifelhaft, ob durch diese Ausführungsverordnung der abstrakte Rechtsbegriff der „Arbeitsmarktneutralität“ (§ 3 Abs. 1 Satz 2 BFDG) hinreichend und widerspruchsfrei konkretisiert ist. Problematisch ist insbesondere die Orientierung an einer „Nachweislichkeit“ fehlender Arbeitsmarktneutralität. Diese „Nachweislichkeit“ stellt kein eigenständiges und objektives Prüfkriterium dar. Es ist auch völlig unklar, wer diesen Nachweis führen können soll: Betriebsräte, Personalräte und Mitarbeitervertretungen der Einsatzstelle oder ihres Trägers, die Sachwalter der Beschäftigungssicherung und -erweiterung sind (für Betriebsräte vergleiche §§ 92, 92a, 93 BetrVG), sind nämlich nicht formell Beteiligte des Anerkennungsverfahrens.

**Zwischenfazit:** Es ist sehr unwahrscheinlich, dass ein fast komplett durch den Einsatz von BFDlern betriebener Bauhof tatsächlich das vom BFDG geforderte Angebot auf lebenslanges Lernen ermöglicht. Solange die Anerkennungsrichtlinien für BFD-Einsatzstellen keine objektiven und widerspruchsfreien Kriterien für eine Prüfung der Arbeitsmarktneutralität enthalten und solange die betriebliche Interessenvertretung nicht formell Beteiligter des Anerkennungsverfahrens ist, bleibt zudem fragwürdig, ob solche Einsatzplätze der gesetzlichen Anforderung der Arbeitsmarktneutralität des BFD genügen.

## **FAZIT**

In der ersten vorgestellten Konstellation „geringfügige Beschäftigung + Teilzeit-BFD“ kann der Missbrauch von Freiwilligendiensten wegen des Verstoßes gegen gesetzliche Verbote klar festgestellt werden. In der zweiten Konstellation „Verleihe eines FSJlers“ lassen sich klare gesetzliche Grenzen ermitteln, deren Überschreiten einen Missbrauch darstellt. In der dritten Konstellation „Bauhof und BFD“ drängt sich auf, dass der Gebrauch des BFD höchstwahrscheinlich in mehr als fragwürdiger Weise betrieben wird. Deshalb dürfte eine konkrete Prüfung erforderlich sein, ob hier der Zivildienst „unter der Hand“ fortgesetzt oder ein BFD durchgeführt wird.

Diese letzte Konstellation verdeutlicht zudem, dass eine Missbrauchsdiskussion sich nicht auf das Besprechen von Fällen beschränken darf, sondern auch eine klare Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben – hier: der Arbeitsmarktneutralität - bewirken

muss. In diesem Zusammenhang ist es zudem erforderlich, die Beteiligungsrechte der betrieblichen Interessenvertretungen zu stärken, weil sie die geborenen Sachwalter der Beschäftigungssicherung sind und über die Informationen verfügen, ohne die eine objektive Prüfung der Arbeitsmarktneutralität des BFD nicht möglich ist.

**Peter Klenter** hat die Broschüre „Das Bundesfreiwilligendienstgesetz – eine verpasste Chance“ des DGB Bundesvorstand (Berlin, 2012) erarbeitet, in der das BFDG rechtlich-systematisch dargestellt und kritisch beleuchtet wird. Er hat u.a. zum BFD publiziert „Das Bundesfreiwilligendienstgesetz“ in: Arbeitsrecht im Betrieb, 2011. (656-664); „Jede Einstellung eines Bundesfreiwilligendienstlers mitbestimmungspflichtig“ in: Arbeitsrecht im Betrieb, 2012. (610-612); „Freiwilligendienste und prekäre Beschäftigung“ in: Arbeitsrecht im Betrieb, 2013. (316-319) und „Aus kritischer Distanz – Freiwilligendienste, Ehrenamt, bürgerschaftliches Engagement aus der Perspektive des DGB“ in: engagement macht stark! Magazin des B-B-E, 2/2013 (92-94).

**Kontakt** [peter@klenter.net](mailto:peter@klenter.net)