

Elisabeth Gottwald, Juristin (Univ.)

Arbeitnehmerüberlassung im Modellprojekt Bürgerarbeit – Geltung des TVöD

Aufgrund der Arbeitsmarktreform 2005 sank die Arbeitslosenzahl in den Folgejahren erheblich. Während im Jahre 2006 beispielsweise noch rund 4,5 Millionen Arbeitslose verzeichnet wurden, galten im Jahre 2011 weniger als 3 Millionen Bundesbürger als arbeitslos; im Januar 2012 wurden 3,08 Millionen Arbeitslose registriert. Auch die Zahl der Langzeitarbeitslosen sank in den letzten Jahren von rund 1,7 Millionen im Jahr 2007 auf 1,05 Millionen im Jahr 2011.¹ Zwar stellt dies eine grundsätzlich als positiv zu verzeichnende Entwicklung dar, das vorrangige Ziel der Reform, nämlich die nachhaltige Reduzierung der Langzeitarbeitslosen, konnte jedoch nicht in gewünschtem Umfang erreicht werden. Der Anteil der langzeitarbeitslosen Personen an allen Arbeitslosen liegt mit 34% nach wie vor deutlich über dem anvisierten Wert.² Welche Folgeerscheinungen sind einhergehend mit Langzeitarbeitslosigkeit zu verzeichnen? Kontinuierlich mit der Dauer der Arbeitslosigkeit steigt die Resignation und ein Motivationsverlust ist unvermeidbar. Die Vermittlungschancen in den Ersten Arbeitsmarkt werden zunehmend geringer und potenzielle Arbeitgeber schlussfolgern im Zeitablauf zudem stetig wachsende Qualifikationsdefizite. Somit wird die Bekämpfung der Langzeitarbeitslosigkeit mehr und mehr zur politischen Herausforderung und gleichsam zur substantiellen Aufgabe der Bundesregierung. Da die bisher praktizierten Maßnahmen der Arbeitsmarktpolitik nicht den gewünschten Erfolg erzielen konnten, wird nun die Hoffnung auf ein neues Instrumentarium zur Reduzierung der Langzeitarbeitslosigkeit gesetzt: Die Bürgerarbeit. Folgender Beitrag stellt zunächst das Modellprojekt Bürgerarbeit vor und beschäftigt sich mit der viel diskutierten Frage der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen des Projekts. Schließlich folgt eine Auseinandersetzung mit der Streitfrage über die Anwendbarkeit des Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes (TVöD) hinsichtlich der Vergütung der Bürgerarbeiter.

I. Modellprojekt Bürgerarbeit

1. Begriffsbestimmung

Der Begriff „Bürgerarbeit“ begründet einen Maßnahmenkatalog zur effektiven und langfristigen Aktivierung des gesamten Arbeitslosenbestands.³

Entwickelt von der Bundesagentur für Arbeit, der Landesregierung Sachsen – Anhalt und den Regionaldirektionen Bayern und Sachsen – Anhalt – Thüringen,⁴ beteiligen sich an dem Modellprojekt 197 – und damit fast die Hälfte aller Jobcenter der Bundesländer.⁵

Im Rahmen der Bürgerarbeit werden bundesweit etwa 34000 Arbeitsplätze⁶ für drei Jahre angeboten, wobei diese gemeinnützig sein und im öffentlichen Interesse stehen müssen sowie keine regulären Arbeitsplätze verdrängen und ebenso die regionale Wirtschaft nicht anderweitig beeinträchtigen dürfen.⁷

Verschiedenste Tätigkeitsbereiche, wie beispielsweise Helfertätigkeiten im sozialen Bereich, Arbeit im Heimatverein, Begleitservice für Ältere

und Behinderte oder Anlage und Pflege von Naturlehrpfaden werden hierunter gefasst.⁸

Das Vorhaben wurde bereits durch das Pilotprojekt in Magdeburg und weitere Flächenerprobungen an neun Standorten bundesweit getestet.⁹ Aufgrund der durchweg positiven Bilanz wurde das Projekt Bürgerarbeit durch die Bundesregierungenparteien in den aktuellen Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP für die 17. Legislaturperiode aufgenommen.

2. Charakter

Die im Modellprojekt Bürgerarbeit zur Verfügung stehenden Arbeitsstellen stellen reguläre Arbeitsplätze im Sinne des SGB IX dar.¹⁰

Bürgerarbeit umfasst somit ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis – ausgenommen der Beiträge zur Arbeitslosenversicherung.¹¹

Arbeitgeber sind in diesem Rahmen vorwiegend Gemeinden, Städte und Kreise, jedoch können auch alle anderen Einrichtungen in deren Einvernehmen miteinbezogen werden.¹²

Zugeschnitten ist das Modellprojekt auf erwerbsfähige Leistungsberichtigte im Rechtskreis des SGB II.¹³

Mögliche Arbeitnehmer im Rahmen der Bürgerarbeit sind demnach all diejenigen, die bei den Grundsicherungsstellen gemeldet, arbeitslos im Sinne des § 16 SGB III und hilfsbedürftig sind.¹⁴

Folge der Ablehnung eines Bürgerarbeitsplatzes durch einen Betroffenen ohne sachlichen Grund besteht in der Minderung des Arbeitslosengeldes II; es drohen ihm Sanktionen nach dem SGB II.¹⁵

3. Ziel

Die nachhaltige Reduzierung der Arbeitslosigkeit ist primäres Ziel der Bürgerarbeit.¹⁶

1 Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland – Monatsbericht Januar 2012, 2012, S. 13.

2 Bundesagentur für Arbeit, Der Arbeits- und Ausbildungsmarkt in Deutschland – Monatsbericht Januar 2012, 2012, S. 13.

3 BMAS, PM vom 9.7.2010, Bürgerarbeit ist konsequentes Fördern und Fordern.

4 Bundesagentur für Arbeit, „Bürgerarbeit“ – Ein innovatives Konzept zur Senkung von Arbeitslosigkeit, Nov.2009, Vorwort.

5 Bundesregierung, Artikel vom 9.7.2010, Konsequentes Fördern und Fordern.

6 BMAS, PM vom 9.7.2010, Bürgerarbeit ist konsequentes Fördern und Fordern.

7 Bundesagentur für Arbeit, „Bürgerarbeit“ – Ein innovatives Konzept zur Senkung von Arbeitslosigkeit, Nov.2009, S. 6.

8 Bundesagentur für Arbeit, Bürgerarbeit – Wir finanzieren Arbeit statt Arbeitslosigkeit, 11.1.2012; BMAS, PM vom 9.7.2010, Bürgerarbeit ist konsequentes Fördern und Fordern.

9 Bundesagentur für Arbeit, „Bürgerarbeit“ – Ein innovatives Konzept zur Senkung von Arbeitslosigkeit, Nov.2009, Vorwort.

10 Bundesverwaltungsamt, Leitfaden zur Bürgerarbeit, Referat II B 2, 19.12.2011, S. 4.

11 Bundesverwaltungsamt, Leitfaden zur Bürgerarbeit, Referat II B 2, 19.12.2011, S. 4.

12 BMAS, Fragen und Antworten zur Durchführung von Modellprojekten „Bürgerarbeit“, Referat IIc5, 13.12.2011, S. 6.

13 Bundesagentur für Arbeit, Bürgerarbeit – Wir finanzieren Arbeit statt Arbeitslosigkeit, 11.1.2012.

14 BMAS, Fragen und Antworten zur Durchführung von Modellprojekten „Bürgerarbeit“, Referat IIc5, 13.12.2011, S. 2.

15 BMAS, Fragen und Antworten zur Durchführung von Modellprojekten „Bürgerarbeit“, Referat IIc5, 13.12.2011, S. 3.

16 Bundesagentur für Arbeit, „Bürgerarbeit“ – Ein innovatives Konzept zur Senkung von Arbeitslosigkeit, Nov.2009, S.9.

Langzeitarbeitslosen, ebenso wie Arbeitssuchenden mit Migrationshintergrund und Menschen mit Behinderung, die trotz guter konjunktureller Lage auf dem Ersten Arbeitsmarkt dauerhaft keinen Fuß fassen können, sollen durch das Modellprojekt wieder integriert werden.

Ein erklärtes Ziel besteht in der Hinführung der individuellen Fachkompetenz an die aktuellen Anforderungen im jeweiligen Berufsbild. Auch auf psychischer / emotionaler Ebene bestehen hohe Erwartungen. So stärkt die erfolgreiche Bewältigung einer Arbeitsaufgabe das Selbstbewusstsein und schafft soziale Bindungen, wodurch sich die mit Arbeitslosigkeit erwiesenermaßen einhergehenden sozialen und gesundheitlichen Folgekosten reduzieren können.¹⁷

Hinsichtlich der Schaffung von Bürgerarbeitsplätzen ist zu beachten, dass bei Durchführung des Projekts unter allen Umständen eine Verdrängung regulärer Beschäftigungsstellen vermieden werden muss.

Diesbezüglich haben die Modellversuche gezeigt, dass es durchaus möglich ist, ausreichend Arbeitsstellen im Non – Profit – Bereich zu akquirieren, so dass die Bürgerarbeiter einer sinnvollen Beschäftigung nachgehen können.¹⁸

Um der Beeinträchtigung der örtlichen Wirtschaft entgegenzutreten, sind daher die Vernetzung regionaler Arbeitsmarktakteure und die Beteiligung dieser bei der Schaffung gemeinnütziger Arbeitsplätze unerlässlich. Aus den Modellprojekten lässt sich ableiten, dass Verdrängungseffekte bezüglich des Ersten Arbeitsmarktes nicht zu befürchten sind, da durch die Bürgerarbeit Tätigkeiten ausgeübt werden, die ansonsten nicht vorgenommen würden.¹⁹

Gerade im Bereich der sozialen Arbeit ist die Personaldecke zu dünn, um den Hilfsbedürftigen in der Gesellschaft ein angemessenes Maß an Aufmerksamkeit und Betreuung zu widmen.

Die Bürgerarbeit bietet nun die Voraussetzungen, das Defizit an ausreichendem Personal zu verringern ohne gleichzeitig reguläre Arbeitsmöglichkeiten zu verdrängen.

4. Förderungsvoraussetzungen

Im Rahmen des Modellprojekts Bürgerarbeit ist vorgesehen, dem Arbeitgeber in den Bereichen Entlohnung und Sozialversicherungsabgaben durch Zuwendungen des Bundes eine Förderung zu gewähren.²⁰

Unabdingbare Voraussetzung der Projektförderung ist, dass die Beschäftigungsmöglichkeiten „zusätzliche“ und „im öffentlichen Interesse“ stehende Tätigkeiten im Sinne des § 261 SGB III umfassen.²¹

Außerdem muss eine Mindestentlohnung gewährleistet sein.

a) öffentliches Interesse

Das Merkmal des öffentlichen Interesses ist dann gewahrt, wenn die Bürgerarbeit der Allgemeinheit und nicht überwiegend erwerbswirtschaftlichen Zwecken oder Eigeninteressen eines abgrenzbaren Personenkreises dient.²²

Dabei steht dem öffentlichen Interesse ein möglicher Vorteil der Arbeitnehmer infolge der Beschäftigung nicht grundsätzlich entgegen, solange nicht die Bereicherung einzelner Personen zu erwarten ist.

b) Zusätzlichkeit

Weiterhin muss der Arbeitsplatz im Rahmen der Bürgerarbeit das Kriterium der „Zusätzlichkeit“ erfüllen.²³

Ziel hierbei ist es, lediglich solche Beschäftigungsverhältnisse zu fördern, die durch die Schaffung neuer Beschäftigungsstellen entstehen.

Entsprechend § 261 Abs. 2 SGB III sind Arbeiten dann zusätzlich, wenn sie „nicht ohne diese Förderung“, „nicht in diesem Umfang“ oder „erst zu einem späteren Zeitpunkt“ geleistet würden.

Zur Beurteilung der Zusätzlichkeit sind unter besonderer Berücksichtigung der jeweiligen Stellenbeschreibung die Planung des Arbeitgebers und die grundsätzliche Wahrnehmung der jeweiligen Tätigkeit ausschlaggebend.²⁴

Für den Fall, dass der Arbeitgeber bei der Erledigung der Aufgabe für einen Dritten tätig wird, sind die bisherige Aufgabenwahrnehmung und die Pflicht zur Auftrags Erfüllung nach der Rolle des Dritten zu definieren.²⁵

Überwiegend werden wohl Kommunen als Träger der Maßnahmen vorgesehen, da diese die Voraussetzungen erfüllen und wegen der Zuschüsse des Jobcenters großes Interesse an der Teilnahme am Modellprojekt haben.

c) Mindestentlohnung

Zu beachten ist weiterhin, dass eine Projektförderung durch den Bund nur bezüglich solcher Arbeitsverhältnisse möglich ist, bei denen das Bruttoarbeitsentgelt bei 30 Wochenstunden wenigstens 900 Euro beträgt, beziehungsweise bei 20 Stunden in der Woche 600 Euro.²⁶

5. Ablauf

Für die Bürgerarbeit wurde ein vierstufiges, kaskadiertes System entwickelt, wobei die Beachtung der individuellen Voraussetzungen oberste Prämisse besitzt um die Arbeitslosigkeit des Einzelnen möglichst zeitnah zu beenden.

Die ersten drei Schritte werden in diesem Rahmen als Aktivierungsphase bezeichnet, welche normalerweise einen Zeitraum von sechs Monaten einnimmt. Die vierte Stufe stellt dann die Beschäftigungsphase, die bis zu drei Jahren andauern kann, dar.

a) 1. Stufe: Aktivierung

Erster Schritt im Rahmen der Bürgerarbeit ist ein Beratungsgespräch des Arbeitslosen in der Agentur für Arbeit oder bei dem Grundsicherungsträger.²⁷

Es erfolgt ein Abgleich seines Eignungsprofils mit den Anforderungen von vakanten Arbeitsstellen und infolgedessen wird die weitere Vorgehensweise zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt festgelegt.

b) 2. Stufe: Vermittlung/Integration

Daran anknüpfend können entsprechend qualifizierte Arbeitssuchende unmittelbar in den Ersten Arbeitsmarkt integriert werden.

In diesem Zusammenhang wird von den Betroffenen eigene Courage um eine Arbeitsstelle erwartet und diese unterstützt.

Für eine eventuell angestrebte Selbstständigkeit kommt eine Förderung in Betracht.²⁸

17 Bundesagentur für Arbeit, „Bürgerarbeit“ – Ein innovatives Konzept zur Senkung von Arbeitslosigkeit, Nov.2009, S.10.

18 Bundesagentur für Arbeit, „Bürgerarbeit“ – Ein innovatives Konzept zur Senkung von Arbeitslosigkeit, Nov.2009, S.9f.

19 Bundesagentur für Arbeit, „Bürgerarbeit“ – Ein innovatives Konzept zur Senkung von Arbeitslosigkeit, Nov.2009, S.11.

20 Bundesverwaltungsamt, Leitfaden zur Bürgerarbeit, Referat II B 2, 19.12.2011, S. 4.

21 Bundesverwaltungsamt, Leitfaden zur Bürgerarbeit, Referat II B 2, 19.12.2011, S. 5.

22 Beck'scher Online – Kommentar Sozialrecht, § 261 SGB III, Bieback, Rn. 6.

23 Bundesverwaltungsamt, Leitfaden zur Bürgerarbeit, Referat II B 2, 19.12.2011, S. 5.

24 Bundesverwaltungsamt, Leitfaden zur Bürgerarbeit, Referat II B 2, 19.12.2011, S. 5 f.

25 Bundesverwaltungsamt, Leitfaden zur Bürgerarbeit, Referat II B 2, 19.12.2011, S. 6.

26 Bundesverwaltungsamt, Leitfaden zur Bürgerarbeit, Referat II B 2, 19.12.2011, S. 4.

27 Bundesagentur für Arbeit, „Bürgerarbeit“ – Ein innovatives Konzept zur Senkung von Arbeitslosigkeit, Nov.2009, S. 8.

28 Bundesagentur für Arbeit, News: Das Konzept Bürgerarbeit – ein Erfolgsmodell?, Soziale Sicherheit 3/2010, Alt, S. 85.

c) 3. Stufe: Fördern

Sofern in Stufe 1 ermittelt wurde, dass weitere Förderungs- und Qualifizierungsmaßnahmen zur Eingliederung in den Ersten Arbeitsmarkt von Nöten sind, werden diese eingeleitet.

Ziel ist die Verbesserung individueller Vermittlungsmöglichkeiten. Zur Auswahl hierzu stehen beispielsweise Weiterbildungen unter Beachtung der regionalen Arbeitgeberbedürfnisse. Im Bereich des SGB II werden auch Maßnahmen zur Erlangung von Integrationsfortschritten erfasst, in erster Linie Arbeitsgelegenheiten in der Mehraufwands- und Entgeltvariante.²⁹

d) 4. Stufe: Angebot von zusätzlicher, gemeinnütziger Beschäftigung

Diese letzte Stufe betrifft all diejenigen, denen durch die Stufen 1 bis 3 noch kein Einstieg in den Ersten Arbeitsmarkt gelungen ist. Sie erhalten eine Beschäftigungsmöglichkeit, welche als Bürgerarbeit im engeren Sinne bezeichnet wird.

Bei dem Einsatz des Arbeitssuchenden ist hierbei wiederum besonderes Augenmerk auf dessen Eignungen und Kenntnisse zu legen.³⁰

Während der bis zu drei Jahren andauernden Beschäftigungsphase nimmt der Bürgerarbeiter zeitgleich an Coaching – Maßnahmen teil. Bürgerarbeit ist nicht als Vollzeitarbeitsstelle vorgesehen, da dem Arbeitnehmer ausreichend Zeit für ein Coaching einzuräumen ist. Dieses findet außerhalb der Arbeitszeiten statt und erfolgt nicht durch den Arbeitgeber.

Aufgabe des Coachs ist die Hinführung/Begleitung in eine reguläre Arbeitsstelle auf dem Ersten Arbeitsmarkt.³¹

II. Arbeitnehmerüberlassung im Modellprojekt Bürgerarbeit

1. Zulässigkeit

Im Rahmen des Modellprojekts Bürgerarbeit stellt sich die Frage, ob diese auch im Wege der Arbeitnehmerüberlassung zum Einsatz kommen kann.

Der Bürgerarbeiter (Arbeitnehmer) würde seine Arbeit dann für eine kommunale Beschäftigungsgesellschaft (Verleiher) zum Beispiel bei einer Kommune (Entleiher) ausüben.

Hierzu könnte auf die Personalgestaltung Rückgriff genommen werden.

a) Begriff der Personalgestaltung

Die Personalgestaltung (§ 4 Abs. 3 TVöD) wurde tarifvertraglich erstmals in den TVöD beziehungsweise in den TV – L eingegliedert. Sie erweitert das Weisungsrecht des öffentlichen Arbeitgebers.³²

Eine Definition des Begriffs Personalgestaltung ist in der Protokollnotiz zu § 4 Abs. 3 TVöD zu finden. Man versteht hierunter jeden auf Dauer angelegten Einsatz bei einem Dritten unter Fortsetzung des ursprünglichen Arbeitsverhältnisses. Die Modalitäten der Personalgestaltung zwischen dem Arbeitgeber und dem Dritten werden gesondert vertraglich vereinbart.

Einer Zustimmung des Arbeitnehmers bedarf es nicht; Voraussetzung ist lediglich die Übertragung einer definierten Arbeitsaufgabe des Beschäftigten zur Ausübung bei einem Dritten. Die Erbringung einer Arbeitsleistung bei dem Arbeitgeber (Verleiher) muss dauerhaft abgeschlossen sein.³³

Das Konstrukt der Personalgestaltung ist geprägt von einer Dreiecksbeziehung. Das Beschäftigungsverhältnis besteht arbeitsvertraglich

weiterhin zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, lediglich übt dieser seine Tätigkeit nun kraft Direktion des Arbeitgebers bei dem Dritten aus.³⁴

b) Personalgestaltung als Arbeitnehmerüberlassung

Personalgestaltung ist nicht grundsätzlich gleichzustellen mit dem Begriff der Arbeitnehmerüberlassung.

Setzt der Arbeitgeber den Beschäftigten bei einem Dritten lediglich als Erfüllungsgehilfen im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrags ein, so sind die Kriterien der Arbeitnehmerüberlassung nicht erfüllt. Steht jedoch dem Entleiher das Direktionsrecht gegenüber dem Beschäftigten zu und wird dieser voll in die betrieblichen Abläufe eingegliedert, so fällt diese Konstellation unter den Begriff der Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG.

In den überwiegenden Fällen dürfte gerade dies in der Praxis vorkommen.³⁵

c) Zulässigkeit der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit

Für den Fall also, dass die Personalgestaltung gemäß § 4 Abs. 3 TVöD eine Arbeitnehmerüberlassung darstellt, ist zu erörtern, ob diese Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen des Modellprojekts Bürgerarbeit zulässig ist.

Die Antwort hierauf gab das Bundesverwaltungsamt durch seine Bekanntmachung vom 13.4.2011 mit dem Hinweis, dass das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) mit Schreiben vom 6.4.2011 die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit für zulässig erklärt hat.³⁶

Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass die Tätigkeiten, für die bereits eine Bewilligung vorliegt, auch nachträglich keiner Veränderung unterliegen dürfen und der Verbindlichkeit unterstehen, wenn der Beschäftigte einem Dritten überlassen wird.³⁷

Anstoß für die Erklärung des BMAS war die große Zurückhaltung der Kommunen bezüglich der Einstellung von Bürgerarbeitern aufgrund der ungelösten Frage über die zwingende Anwendbarkeit des TVöD. Festzuhalten bleibt also, dass durch die Erklärung des BMAS die Möglichkeit der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen des Modellprojekts Bürgerarbeit als interessantes Gestaltungselement zu sehen ist.

Der Arbeitnehmer wird hierbei als Bürgerarbeiter bezeichnet, eine Kommune stellt in den meisten Fällen den Entleiher dar und der Verleiher trägt den Namen kommunale Beschäftigungsgesellschaft.

2. Erlaubnispflicht

Die generelle Zulässigkeit führt zu der Frage, ob diese Form der Arbeitnehmerüberlassung erlaubnispflichtig ist.

²⁹ Bundesagentur für Arbeit, News: Das Konzept Bürgerarbeit – ein Erfolgsmodell?, Soziale Sicherheit 3/2010, *Alt*, S. 85.

³⁰ Bundesagentur für Arbeit, „Bürgerarbeit“ – Ein innovatives Konzept zur Senkung von Arbeitslosigkeit, Nov.2009, S. 9.

³¹ BMAS, PM vom 9.7.2010, Bürgerarbeit ist konsequentes Fördern und Fordern.

³² Neue Spielregeln der Personalgestaltung *Gerdorn*, ÖAT 2011, 150.

³³ Beck'scher Online – Kommentar TVöD – AT, § 4, *Stier*, Rn. 25 ff.

³⁴ *Gerdorn*, Neue Spielregeln der Personalgestaltung, ÖAT 2011, 150.

³⁵ *Gerdorn*, Neue Spielregeln der Personalgestaltung, ÖAT 2011, 150.

³⁶ Bundesverwaltungsamt, Aktuelles, Schreiben vom 13.4.2011, Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen des Modellprojekts Bürgerarbeit künftig zugelassen.

³⁷ BMAS, Fragen und Antworten zur Durchführung von Modellprojekten „Bürgerarbeit“, Referat IIc5, 13.12.2011, S.8.

§ 1 Abs. 1 S. 1 AÜG verpflichtet Arbeitgeber, die ihre Beschäftigten Dritten zur Erbringung einer Arbeitsleistung überlassen, grundsätzlich, sich von der Bundesagentur für Arbeit eine diesbezügliche Erlaubnis einzuholen.³⁸

Hierdurch soll dem Arbeitnehmer, der in verschiedenen Betrieben an unterschiedlichen Einsatzorten seine Tätigkeit auszuüben hat, ein hohes Schutzniveau gewährleistet werden.

Vor dem Hintergrund der hier behandelten Thematik hat die aktuelle Gesetzesänderung des AÜG Beachtung zu finden, wobei zunächst verständnishalber kurz auf die bisherige Regelung einzugehen ist.

a) Rechtslage vor 1.12.2011

Vor Änderung des AÜG war Arbeitnehmerüberlassung nur dann erlaubnispflichtig, wenn sie Erwerbszwecken diene, also auf Gewinnerzielung basierte.

Eine Gewinnerzielungsabsicht ist grundsätzlich immer dann zu verneinen, wenn der Arbeitgeber dem Dritten lediglich die Personalkosten für den überlassenen Arbeitnehmer aufbürdet, ohne damit Gewinn zu erzielen.³⁹

Die Frage, ob durch die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit die Erzielung von Gewinn befolgt wird, wird überwiegend verneint. So vertraten beispielsweise ver.di⁴⁰ und der Kommunale Arbeitgeberverband Sachsen⁴¹ (KAV Sachsen e.V.) in Veröffentlichungen, dass es sich um erlaubnisfreie, nicht gewerbsmäßige Tätigkeiten handelt.

Somit bestand nach überwiegender Meinung keine Erlaubnispflicht nach der Rechtslage vor dem 1.12.2011.

b) Änderung des AÜG

Aufgrund der Umsetzung der EU – Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG zum 1.12.2011 wurden in das AÜG durch das „Erste Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes“ einige Neuerungen eingeführt.⁴²

Als wichtigste Änderung gilt das Aufheben der Unterscheidung zwischen gewerblicher und nichtgewerblicher Arbeitnehmerüberlassung. Der Erlaubnispflicht unterstehen nunmehr sämtliche natürliche und juristische Personen – unabhängig ihrer Gewerbsmäßigkeit –, die Arbeitnehmerüberlassung als *wirtschaftliche Tätigkeit* ausüben.⁴³

Somit kommt es ab 1.12.2011 nicht mehr auf die die Gewerbsmäßigkeit prägende Gewinnerzielungsabsicht an, als Erlaubniskriterium gilt nunmehr das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit.⁴⁴

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist dieses Faktum dann erfüllt, wenn Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden.⁴⁵

Lediglich hoheitliches Tätigwerden fällt laut EuGH nicht unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit.⁴⁶

c) Rechtslage ab 1.12.2011

Themenbezogen ist nunmehr zu beurteilen, ob es sich bei der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen des Modellprojekts Bürgerarbeit um eine solche wirtschaftliche Tätigkeit handelt.

Wie bereits dargelegt, ist dieser Begriff weit auszulegen. Er umfasst jegliche Marktteilnahme, so dass hierunter auch die Zurverfügungstellung von Personal zu subsumieren ist.

Folglich fällt auch die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit, was die Erlaubnispflicht nach sich zieht.

Ergänzend bleibt darauf hinzuweisen, dass keiner der Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. 3 Nr. 2 und 2a AÜG einschlägig ist. Denn anders als in diesen Regelungen vorausgesetzt, ist bei der Bürgerarbeit der Zweck der Einstellung und Beschäftigung in der Überlassung des Arbeitnehmers zu sehen.⁴⁷

Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen des Modellprojekts Bürgerarbeit ist also durchaus zulässig, bedarf jedoch grundsätzlich der Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit.

d) Folge einer fehlenden Erlaubnis

Da nach neuer Rechtslage die Erlaubnispflicht zu bejahen ist, stellt sich im Folgenden die Frage, welche Konsequenzen das Fehlen der Erlaubnis auf das Beschäftigungsverhältnis nach sich zieht.

§ 9 Nr. 1 AÜG sieht für solche Fälle die Unwirksamkeit von Verträgen zwischen Verleihern und Entleihern ebenso wie zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern vor.

Entsprechend § 10 Abs. 1 AÜG kommt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer zustande.

§ 10 Abs. 1 AÜG bestimmt für das Arbeitsverhältnis weiter, dass dieses als befristet anzusehen ist, soweit die Beschäftigung ursprünglich als befristet galt und zur Rechtfertigung der Befristung ein sachlicher Grund gegeben ist.

Außerdem werden die zwischen Entleiher und Verleiher vereinbarten Arbeitszeiten übertragen und im Übrigen finden die Regelungen des Betriebs des Entleihers Anwendung.

III. Vergütung der Bürgerarbeit – Geltung des TVöD

Seit Einführung des Modellprojekts herrscht große Unsicherheit über die Vergütung der Bürgerarbeit.

Im Fokus der Diskussion steht die Frage, ob der Tarifvertrag des öffentlichen Dienstes (TVöD) Anwendung findet.

So wird die große Zurückhaltung der Kommunen bei der Beteiligung am Projekt darin begründet, dass selbst bei Anwendung der niedrigsten Entgeltgruppe des TVöD der darin festgesetzte Mindestlohn nicht durch den vom Bund gewährten Zuschuss gedeckt werde.⁴⁸

Bei näherer Betrachtung ist zu unterscheiden, ob die Bürgerarbeit direkt bei einer Kommune ausgeführt wird oder im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung.

1. Der TVöD

Seit 1.10.2005 gilt der TVöD für die kommunalen Beschäftigten des öffentlichen Dienstes sowie für die Tarifbeschäftigten des Bundes.⁴⁹

Er löste die zuvor für Angestellte und Arbeiter geltenden Tarifverträge BAT/BAT-O und BMT-G/BMT-G-O ab.

38 Raif, Reform der Leiharbeit – Was ändert sich für Unternehmen?, GWR 2011, 303.

39 Gerdorf, Neue Spielregeln der Personalgestaltung, ÖAT 2011, 150.

40 Verdi, Bürgerarbeit und Arbeitnehmerüberlassung, TS BERICHTET, 15.11.2011, Berlin, Nr. 033/2011, S. 1.

41 KAV Sachsen e.V., Sonder-Rundschreiben 19/2011 – Eilt sehr!, 28.11.2011, S. 3.

42 Eckert/Haas, Blick ins Arbeitsrecht, DStR 2011, 2100.

43 BMAS, Fragen und Antworten zur Durchführung von Modellprojekten „Bürgerarbeit“, Referat Ilc5, 13.12.2011, S. 8.

44 Bundesministerium des Inneren, Beschäftigung von Leiharbeitnehmern – Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, AZ D 5 – 220 110/7, 21.9.2011, S. 2.

45 EuGH, 10.1.2006 – C-222/04, Rn. 107.

46 EuGH, 26.3.2009 – C-113/07, Rn. 70.

47 KAV Sachsen e.V., Sonder-Rundschreiben 19/2011 – Eilt sehr!, 28.11.2011, S. 4.

48 Verdi, 5. Personalratsinformation zur Bürgerarbeit, Vorabdruck aus „Der Personalrat“, Heft 7/2011.

49 Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA), Der TVöD.

Unterzeichnet wurde der Tarifvertrag von dem Bund und der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeber mit den Gewerkschaften ver.di und dbb tarifunion.⁵⁰

Hauptmotiv der Einführung des TVöD war zum einen die Entbürokratisierung und zum anderen eine Annäherung an die Bedingungen in Unternehmen des privaten Sektors.⁵¹

Besonders wichtige Regelungen des TVöD sind Vorschriften bezüglich der wesentlichen Arbeitsbedingungen, beispielsweise über die Arbeitszeit und die Vergütung.

Große Bedeutung kommt der Vereinfachung des Tarifrechts zu, beispielsweise durch die Aufhebung der Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten, die nunmehr allesamt als Beschäftigte bezeichnet werden.

Des Weiteren wurden Einkommensstufen in Abhängigkeit von Familienstand und Lebensalter aufgegeben.

Der TVöD sieht nun 15 Entgeltgruppen – untergliedert nach den jeweiligen Berufsbildern und Qualifikationen – vor, die eine leistungs- und ergebnisbezogene Bezahlung möglich machen und die den Betrieben des kommunalen öffentlichen Dienstes mehr Freiraum in ihrer Entgeltpolitik bieten.

2. Geltung des TVöD im Rahmen der Bürgerarbeit

Es ist zu erörtern, ob die Entlohnung eines Bürgerarbeiters, der unmittelbar für die Kommune tätig wird, nach dem TVöD zu erfolgen hat.

Entscheidend hierfür ist die Charakterisierung der Bürgerarbeit als reguläres Beschäftigungsverhältnis. Daher sind die jeweiligen speziellen tariflichen Regelungen einschlägig.⁵²

§ 1 Abs. 1 S. 1 TVöD bestimmt den Geltungsbereich des Tarifvertrags des öffentlichen Dienstes und legt darin fest, dass dieser grundsätzlich für alle Beschäftigungsverhältnisse zwischen Arbeitnehmern und dem Bund oder einem Arbeitgeber, der Mitglied in einem Mitgliedverband der Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA) ist, gilt. Die VKA besteht aus 16 Mitgliedsverbänden, welche als Kommunale Arbeitgeberverbände (KAV) bezeichnet werden. Diesen wiederum sind die jeweiligen kommunalen Arbeitgeber (beispielsweise Landkreise, Städte und Gemeinden) zugehörig.⁵³

Folglich unterliegen Kommunen als Mitglieder der KAV den Vorschriften des TVöD und sind somit bei der Vergütung eines im Rahmen des Modellprojekts Bürgerarbeit Beschäftigten an den Entgelttarif gebunden.

3. Geltung des TVöD bei Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit

Im Brennpunkt der Diskussionen steht die Frage nach der Anwendbarkeit des TVöD auch bei Arbeitnehmern, die im Zuge einer Arbeitnehmerüberlassung Bürgerarbeit ausüben.

Zu der aktuellen Problematik der TVöD – Wirkung sind nachfolgend verschiedene Meinungen überblicksmäßig zusammengefasst.

a) Ansicht 1: Keine Geltung des TVöD

Eine durchaus weit verbreitete Ansicht vertritt die Auffassung, der TVöD wäre nicht anwendbar.

Dem folgt vor allem das BMAS⁵⁴ und der KAV Sachsen e. V.⁵⁵

Zwar sei der für die Arbeitnehmerüberlassung geltende Grundsatz des „Equal pay“ zu beachten, jedoch können Ausnahmen zugelassen werden. Außerdem sei die Entlohnung nach dem TVöD aufgrund der

Einschlägigkeit des § 1 Abs. 2 TVöD, welcher die Unanwendbarkeit des Tarifvertrags regelt, ausgeschlossen.

aa) „Equal pay“ – Grundsatz und seine Ausnahmen

Bei der Vergütung gilt es, das für die Arbeitnehmerüberlassung geltende Gleichbehandlungsprinzip zu wahren.

§ 9 Nr. 2 AÜG statuiert das Diskriminierungsverbot und begründet den so genannten „Equal pay“ – Grundsatz.

So ist es unzulässig, Leiharbeiter hinsichtlich wesentlicher Arbeitsbedingungen niedriger einzustufen als festangestellte Arbeitnehmer des Entleihers.

Zur Bestimmung des Merkmals der Wesentlichkeit bezüglich der Arbeitsbedingungen ist auf die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen zurückzugreifen.⁵⁶

Unstreitig fallen hierunter die Höhe des Arbeitentgelts, Sozialleistungen, die Bestimmung der Arbeitszeit und des jährlichen Urlaubs.⁵⁷

Somit haben Leiharbeiter gemäß § 9 Nr. 2 AÜG gegenüber dem Arbeitgeber Anspruch darauf, dieselbe Vergütung zu erhalten wie ein bei dem Arbeitgeber festangestellter Mitarbeiter.

Wird gegen dieses Prinzip durch den Arbeitgeber verstoßen, so kann der Arbeitnehmer gemäß § 10 Abs. 4 AÜG von dem Verleiher die Bezahlung fordern, die ein vergleichbarer Beschäftigter bei dem Entleiher erhält.

Es ist vorerst festzuhalten, dass nach Ansicht 1 auch bei der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen des Modellprojekts Bürgerarbeit die gleiche Entlohnung von Bürgerarbeitern und Stammmitarbeitern der Kommune gesetzlich geregelt ist und dem „Equal pay“ – Grundsatz bei der Entlohnung der Beschäftigten Folge geleistet werden muss.

Jedoch soll von diesem Prinzip eine Ausnahme möglich sein für den Fall der Anwendbarkeit eines speziellen Tarifvertrags.⁵⁸

§ 9 Nr. 2 AÜG bietet die Möglichkeit, die Entlohnung nicht nach dem TVöD vorzunehmen, sondern nach dem jeweils für den Verleiher geltenden (Zeitarbeits-)Tarifvertrag, solange die nach § 3a Abs. 2 AÜG geltenden Mindeststundensätze nicht unterschritten werden.

Die Vergütung nach dem jeweiligen Tarifvertrag und somit zugleich die Umgehung des „Equal pay“ – Grundsatzes ist aber nur dann zulässig, wenn der Verleiher in Bezug auf die Arbeitszeiten seiner Beschäftigten überwiegend Arbeitnehmerüberlassung betreibt.⁵⁹

Da diese Bedingung bei der oben erläuterten Personalgestaltung in der Regel zutreffend ist, kann die Vergütung nach den Vorschriften des für die kommunalen Beschäftigungsgesellschaften geltenden Tarifvertrags erfolgen.

bb) Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2 Buchst. k TVöD

Die Vertreter der Ansicht 1 bringen als weiteres Argument der Nicht – Anwendbarkeit des TVöD die Einschlägigkeit der Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 2 TVöD.

50 BMI, Öffentlicher Dienst, TVöD.

51 Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände (VKA), Der TVöD.

52 BMAS, Fragen und Antworten zur Durchführung von Modellprojekten „Bürgerarbeit“, Referat IIc5, 13.12.2011, S. 9.

53 Beck'scher Online – Kommentar TVöD – AT, § 1, Stier, Rn. 6.

54 Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drs. 17/6999, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Zimmermann, Krellmann, Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE – Drs. 17/6756, Arbeitnehmerüberlassung im Modellprojekt Bürgerarbeit, S. 3.

55 KAV Sachsen e. V., Sonder-Rundschreiben 19/2011 – Eilt sehr!, 28.11.2011, S. 4.

56 Beck'scher Online – Kommentar AÜG, § 9, Besgen, Rn. 8.

57 Beck'scher Online – Kommentar AÜG, § 9, Besgen, Rn. 8.

58 Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drs. 17/6999, Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Zimmermann, Krellmann, Golze, weiterer Abgeordneter und der Fraktion DIE LINKE – Drs. 17/6756, Arbeitnehmerüberlassung im Modellprojekt Bürgerarbeit, S. 3.

59 BMAS, Fragen und Antworten zur Durchführung von Modellprojekten „Bürgerarbeit“, Referat IIc5, 13.12.2011, S. 9.

So weist der KAV Sachsen e.V. darauf hin, dass Arbeitnehmer, die Eingliederungszuschüsse nach §§ 217 ff. SGB III (Eingliederungsmaßnahmen) erhalten oder Arbeiten im Sinne von §§ 260 ff. SGB III (Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen) ausführen, aufgrund der § 1 Abs. 2 Buchst. i und k TVöD keinen Anspruch auf eine Vergütung nach dem TVöD haben.

Bürgerarbeit wird als vergleichbar mit diesen Ausnahmetatbeständen angesehen.⁶⁰

Diese Stellungnahme präzisiert das BMAS dahingehend, dass es den TVöD nach der „Öffnungsklausel“ des § 1 Abs. 2 Buchst. k TVöD für unanwendbar hält. Hierbei wird ausgeführt, von dieser Vorschrift würden alle Arbeiten erfasst, die sich den §§ 260 ff. SGB III grob zuordnen lassen. Das BMAS geht davon aus, dass die in § 261 SGB III vorausgesetzte Förderungsfähigkeit auch auf Arbeiten im Rahmen der Bürgerarbeit zutrifft.⁶¹

Zweck der Maßnahmen nach den §§ 260 ff. SGB III liegt in der Beschaffung von Arbeit für Arbeitslose und der Eingliederung in den Ersten Arbeitsmarkt.⁶²

Dabei soll besonderes Augenmerk gelegt werden auf die Bereitschaft und die Fähigkeit des Arbeitnehmers sich an die Bedingungen des Arbeitsmarktes anzupassen, wobei die spezifischen Anforderungen der regionalen und berufsfachlichen Teilarbeitsmärkte zu berücksichtigen sind.⁶³

Eine solche Arbeitsbeschaffungsmaßnahme ist gemäß § 260 Abs. 1 Nr. 2 SGB III dann förderungsfähig, wenn die Arbeitsstelle zusätzlich zu den Regulären eingerichtet wird und im öffentlichen Interesse liegt. Eine Definition dieser Merkmale findet sich in § 261 SGB III.

Weiterhin ist die Förderung im Rahmen der Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen an die Bedingung geknüpft, Konkurrenzsituationen zwischen den Trägern der Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen und der Wirtschaftsunternehmen zu vermeiden.

Nach Ansicht des BMAS werden alle in § 260 SGB III festgeschriebenen Merkmale von dem Modellprojekt erfüllt und deshalb wird die Bürgerarbeit unter den Begriff der Arbeitsbeschaffungsmaßnahme subsumiert.

b) Ansicht 2: Geltung des TVöD

Dieser Argumentation wird entschieden entgegeng gehalten, die Bezahlung der Bürgerarbeit in Form der Arbeitnehmerüberlassung müsse unbedingt nach den im TVöD vorgeschriebenen Bestimmungen erfolgen.

Hauptvertreter dieser Auffassung ist ver.di.

Ver.di liefert eine umfangreiche Begründung im Hinblick auf die allumfassende Geltung des TVöD bei der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit.

Ausgangspunkt ist die Festlegung, welche Konsequenzen das Vorliegen beziehungsweise das Fehlen der in § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG geforderten Erlaubnis für die Bezahlung der Arbeitnehmer mit sich bringt.

Dann folgt die Thematisierung der Einordnung des Modellprojekts Bürgerarbeit als eine Maßnahme im Sinne des § 16e SGB II und eine Auseinandersetzung mit der Argumentation des BMAS im Hinblick auf die Einschlägigkeit des § 1 Abs. 2 TVöD.

Schließlich weist ver.di noch darauf hin, dass das BMAS keine Befugnis zur Erteilung derartiger Auskünfte hat und der Aussage folglich keinerlei Beachtung zu schenken ist.

aa) Auswirkungen der Erlaubnis auf die Geltung des TVöD

Ver.di unterscheidet im Rahmen der Vergütung danach, ob die durch die Bundesagentur für Arbeit zu erteilende Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gegenüber der Beschäftigungsgesellschaft vorliegt.

Ist dies nicht der Fall, so ist infolgedessen ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher (beispielsweise der Kommune) und dem Bürgerarbeiter als zustande gekommen anzusehen, wohingegen der Arbeitsvertrag zwischen der kommunalen Beschäftigungsgesellschaft und dem Arbeitnehmer als unwirksam gilt.⁶⁴ Konsequenterweise ist dann der Bürgerarbeiter nach den für die Beschäftigten des öffentlichen Dienstes geltenden tariflichen Vorschriften zu entlohnen (§ 10 Abs. 1 AÜG).

Liegt eine ordnungsgemäße Erlaubnis dahingegen vor, findet der Grundsatz des „Equal pay“ Anwendung, so dass der Bürgerarbeiter Anspruch auf eine adäquate Entgeltzahlung zu vergleichbaren Stammmitarbeitern der Kommune hat. Möglichkeiten von Ausnahmen werden nicht eingeräumt.

Die Beschäftigungsgesellschaft muss laut ver.di also den Bürgerarbeiter nach den für die Kommune geltenden Bedingungen, entsprechend dem TVöD, entlohnen (§ 10 Abs. 4 AÜG).

Somit ist der TVöD sowohl bei Vorliegen als auch bei Fehlen der erforderlichen Erlaubnis einschlägig.

bb) Bürgerarbeit als Maßnahme gemäß § 16e SGB II

Weiterhin stellt ver.di die These auf, dass es sich bei der Bürgerarbeit um eine Maßnahme gemäß § 16e SGB II handelt und infolgedessen generell ein Arbeitsverhältnis begründet wird.

Hierbei ist zu den Arbeitsgelegenheiten des § 16d S. 2 SGB II abzugrenzen, welche keine Arbeitsverhältnisse im Sinne des Arbeitsrechts darstellen.⁶⁵

Der in § 16e SGB II statuierte Beschäftigungszuschuss muss in diesem Zusammenhang differenziert zu den in den §§ 217 ff. SGB III begründeten Eingliederungszuschüssen betrachtet werden.

Es wird kritisiert, diese Art der Förderung durch § 16 Abs. 1 S. 2 SGB II auch im SGB II als Eingliederungsleistung zu konzipieren mit der Folge eines Nebeneinanders unterschiedlicher Förderungsmöglichkeiten.

Bedeutendster Unterschied zwischen Beschäftigungszuschuss nach § 16e SGB II und Eingliederungszuschuss nach §§ 217 ff. SGB III ist die verschiedene Förderungshöhe.

Während diese bei ersterem bis zu 75 % des Bruttoentgelts beträgt, kann letzteres lediglich maximal eine Förderung von 50 % erfahren.

Des Weiteren wird der Eingliederungszuschuss befristet auf maximal zwölf Monate gewährt, wohingegen der Beschäftigungszuschuss auch unbefristet geleistet werden kann. Außerdem unterliegen „sonstige Kosten“ des Arbeitgebers nur gemäß § 16a Abs. 1 S. 1 und III SGB II der Förderung, nicht hingegen nach den §§ 217 ff. SGB III.⁶⁶

Ver.di vertritt die Ansicht, dass die Bürgerarbeit unter § 16e SGB II zu subsumieren ist und dem auch nicht entgegensteht, dass es sich bei dem Rückgriff auf § 16e SGB II lediglich um eine Hilfskonstruktion handelt, da eine gesetzliche Grundlage für die Bürgerarbeit noch nicht geschaffen wurde.⁶⁷

60 KAV Sachsen e.V., Sonder-Rundschreiben 19/2011 – Eilt sehr!, 28.11.2011, S. 4.

61 Ver.di, 5. Personalratsinformation zur Bürgerarbeit, Vorabdruck aus „Der Personalrat“, Heft 7/2011.

62 Beck'scher Online – Kommentar TVöD – AT, § 1, Stier, Rn. 52.

63 Beck'scher Online – Kommentar SGB III, § 260, Bieback, Rn. 3.

64 Ver.di, Bürgerarbeit und Arbeitnehmerüberlassung, TS BERICHTET, 15.11.2011, Berlin, Nr. 033/2011, S. 2.

65 Ver.di, 5. Personalratsinformation zur Bürgerarbeit, Vorabdruck aus „Der Personalrat“, Heft 7/2011.

66 Beck'scher Online – Kommentar SGB II, § 16e, Harich, Rn. 1 f.

67 Ver.di, 5. Personalratsinformation zur Bürgerarbeit, Vorabdruck aus „Der Personalrat“, Heft 7/2011.

Resultat dessen ist daher das Vorliegen eines regulären Arbeitsverhältnisses und somit die Verpflichtung zur Vergütung der Bürgerarbeit im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung entsprechend den in den jeweiligen Entgeltgruppen des TVöD festgeschriebenen Sätzen.

cc) Keine Ausnahme gemäß § 1 Abs. 2 TVöD

Schließlich entkräftet Ver.di das Argument des BMAS und des KAV Sachsen e.V., die Anwendung des TVöD wäre gemäß § 1 Abs. 2 TVöD ausgeschlossen.

Nach der Auffassung von ver.di stellt Bürgerarbeit weder eine Eingliederungsmaßnahme nach §§ 217ff. SGB III noch eine Arbeitsbeschaffungsmaßnahme nach §§ 260ff. SGB III dar.⁶⁸

Denn es gilt zu berücksichtigen, dass § 1 Abs. 2 TVöD eine abschließende Aufzählung der Ausnahmetatbestände enthält und somit der allgemein anerkannte Grundsatz der engen Auslegung von Ausnahmeregelungen Anwendung findet.

Da die Bürgerarbeit weder in den §§ 217ff. noch in den §§ 260ff. SGB III explizit genannt ist, kann sie auch nicht hierunter fallen.

Des Weiteren schließt ver.di auch eine analoge Anwendung der „Öffnungsklausel“ des § 1 Abs. 2 TVöD mit dem Verweis aus, dass Ausnahmeregelungen grundsätzlich nicht analogiefähig sind.⁶⁹

Folglich ist also die Anwendung des TVöD nicht gemäß § 1 Abs. 2 TVöD ausgeschlossen, sondern aufgrund der Einschlägigkeit des § 1 Abs. 1 TVöD zu bejahen.

dd) Unbefugte Erteilung der Auskünfte des BMAS

Ver.di wirft dem BMAS schließlich vor, es habe gegen die Auflage verstoßen, nur solche Rechtsdienstleistungen erbringen zu dürfen, die in seinen eigenen Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich fallen.

Diese Regelung findet in § 8 Abs. 1 Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) seine Rechtsgrundlage.

Den Begriff der Rechtsdienstleistung definiert § 2 Abs. 1 RDG als jede Tätigkeit in konkret fremden Angelegenheiten, sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.

§ 8 Abs. 1 RDG erklärt eine solche Rechtsdienstleistung lediglich dann als zulässig, wenn die tätig gewordene Stelle im Rahmen ihres Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs gehandelt hat.

Nach Auffassung von ver.di werden Aussagen über die Auslegung von für Dritte geltende Tarifverträge weder von dem Aufgabenbereich noch von dem Zuständigkeitsbereich des BMAS erfasst.

Daher ist das BMAS nicht dazu ermächtigt, sich zu der Frage zu äußern, ob der TVöD bei der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit Gültigkeit erfährt.

Daraus bleibt nur zu schlussfolgern, dass diesbezügliche Äußerungen rechtlich irrelevant sind und ihnen keinerlei Beachtung beigemessen werden kann.⁷⁰

IV. Fazit

Das Modellprojekt Bürgerarbeit begann am 15.7.2011 mit der Aktivierungsphase, seit 15.1.2012 läuft nun die Beschäftigungsphase.

Ob das mit dem Projekt verfolgte Ziel der nachhaltigen Reduzierung der Langzeitarbeitslosigkeit erreicht wird, bleibt abzuwarten.

Nachdem die Kommunen anfänglich große Zurückhaltung übten, ist nach der Zulassung der Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der Bürgerarbeit möglicherweise mit einem Aufschwung zu rechnen.

Dies jedoch wohl nur für den Fall, dass dabei die Vergütung der Bürgerarbeiter nach dem TVöD zu umgehen ist.

Denn so dürfte den Kommunen ein Anreiz zur Bereitstellung von Bürgerarbeitsplätzen geboten werden.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass mit der Einführung des Modellprojekts Bürgerarbeit ein erfolgversprechendes Instrumentarium der Arbeitsmarktpolitik konzipiert wurde.

Für eine zielorientierte Umsetzung in der Praxis bedarf es klarer Leitlinien um Unsicherheitsfaktoren bei allen Beteiligten auszuschalten.

⁶⁸ Ver.di, 5. Personalratsinformation zur Bürgerarbeit, Vorabdruck aus „Der Personalrat“, Heft 7/2011.

⁶⁹ Ver.di, 5. Personalratsinformation zur Bürgerarbeit, Vorabdruck aus „Der Personalrat“, Heft 7/2011.

⁷⁰ Ver.di, 5. Personalratsinformation zur Bürgerarbeit, Vorabdruck aus „Der Personalrat“, Heft 7/2011.