

## Arbeitsrecht

# Unzulässige Arbeitnehmerüberlassung durch einen Verein

LAG Bremen, Urteil vom 12.07.2016 – Az: 1 Sa 70/15

Im Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht (LAG) Bremen ging es um die Begründung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG).

Geklagt hatte eine Frau, die seit über 10 Jahren als pädagogische Schulasistentin in einem Arbeitsverhältnis mit einem gemeinnützigen eingetragenen Verein steht. Die Klägerin ist an einer staatlichen Schule beschäftigt und wird dort als pädagogische Schulasistentin bzw. als Schulsozialpädagogin in der Betreuung von Schülern eingesetzt.

### Kooperationsvertrag regelt Verhältnis zwischen Verein, Mitarbeitern und Schule

Zwischen dem Verein und der beklagten Schule besteht ein Kooperationsvertrag. Dieser legt fest, dass Vertragsgegenstand die Bereitstellung von Personal ist, das mit bestimmten Aufgaben der ergänzenden Förderung von Kindern und Jugendlichen betraut werden soll. Die Auswahl und die Anstellung des Personals obliegt dem Verein. Dem Vertrag nach ist der Verein Arbeitgeber, für seine Mitarbeiter/innen gelten die getroffenen arbeitsvertraglichen Regelungen, außerdem unterstehen sie seiner Dienst- und Fachaufsicht.

Während der Erbringung von Dienstleistungen in der Schule hat das Personal sich in die schulorganisatorischen Abläufe einzuordnen und im Rahmen der festgelegten Maßnahme und im Sinne des Hausrechts Einzelanweisungen der Schulleitung entgegenzunehmen. Der Erholungsurlaub ist in den Schulferien zu nehmen.

Zu Beginn des Arbeitsverhältnisses der Klägerin verfügte der Verein über keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Diese wurde ihm erst im August 2012 von der zuständigen Agentur für Arbeit erteilt.

### Schulasistentin klagt auf Feststellung eines bestehenden Arbeitsverhältnisses mit dem Schulträger

Die Klägerin vertritt die Auffassung, sie sei vom Verein der Schule i. S. d. AÜG zur Arbeitsleistung überlassen

worden. Damit sei sie Leiharbeiterin und mangels einer entsprechenden Genehmigung zur Arbeitnehmerüberlassung seitens des Vereins Arbeitnehmerin des öffentlichen Dienstes. Sie beantragte daher die Feststellung, dass zwischen ihr und der die Schule tragenden beklagten Gebietskörperschaft ein unbefristetes Anstellungsverhältnis nach Maßgabe des Tarifvertrags (TV-L) bestehe.

Nach Abweisung der Klage durch das zuständige Arbeitsgericht verfolgte die Klägerin ihr Anliegen mit der Berufung, die vom LAG für zulässig und begründet erklärt wurde.

Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und dem beklagten Schulträger seit dem 01.12.2011 ergebe sich aus § 10 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG. Danach gelte ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer unwirksam sei. Nach § 9 Nr. 1 AÜG seien Verträge zwischen Verleiher und Leiharbeiter dann unwirksam, wenn der Verleiher die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis nicht besitze. Der Verein besitze die notwendige Erlaubnis erst seit August 2012, er habe sie nicht zu Beginn des Arbeitsverhältnisses und insbesondere nicht zum maßgeblichen Stichtag am 01.12.2011 besessen.

### Kriterien für Vorliegen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags

Eine Arbeitnehmerüberlassung i. S. d. § 1 Abs. 1 AÜG sei gegeben. Voraussetzung hierfür sei ein Vertrag, in dem sich der Verleiher verpflichte, einen Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen und das arbeitgeberseitige Weisungsrecht auf den Entleiher zu übertragen. Nicht jede Form des drittbezogenen Personaleinsatzes sei allerdings als Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren.

Zu unterscheiden sei die Arbeitnehmerüberlassung von Dienst- und Werkverträgen. Wesentliches Kriterium für die Abgrenzung sei im Falle einer Arbeitnehmerüberlassung die Eingliederung des Arbeitnehmers in eine fremde Betriebsorganisation und die Ausübung des Weisungsrechts durch

den Inhaber der Betriebsorganisation.

Beim Werkvertrag hingegen werde der Werknehmer für einen anderen tätig und organisiere dabei alle Handlungen, die hierfür notwendig seien, selbst. Seine Arbeitnehmer würden als seine Erfüllungsgehilfen tätig und er habe das Direktionsrecht, auch wenn der Werkbesteller natürlich Anweisungen im Hinblick auf das auszuführende Werk geben könne. Beim Dienstvertrag gelte Entsprechendes.

Entscheidend für die Beurteilung, ob es sich um eine Arbeitnehmerüberlassung oder einen Dienst- bzw. Werkvertrag handele, sei der tatsächliche Vertragsinhalt.<sup>1</sup> Unerheblich sei hingegen, welche Rechtsfolge von den Parteien gewünscht sei oder wie der Vertrag bezeichnet werde. Welche die vertragliche Durchführung des Vertrages von der Vereinbarung ab, so sei die Praxis maßgeblich für die Beurteilung, welcher Vertragstyp vorliege.

### Klägerin wird weisungsgebunden für die Beklagte tätig

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien handele es sich bei dem sog. Kooperationsvertrag um einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Die Klägerin werde weisungsgebunden für die Beklagte tätig. Sie sei in die schulorganisatorischen Abläufe eingebunden. Die Schulleitung könne nähere Bestimmungen hinsichtlich der Arbeitsleistung der Klägerin nach Ort, Inhalt und Zeit vornehmen. So bestimme die Schulleitung die Arbeitszeiten, die Inhalte der pädagogischen Arbeit sowie sonstige Aufgaben im Hinblick auf die Organisation des Schulalltags. Auch wenn der Verein dem Kooperationsvertrag zufolge die alleinige Dienst- und Fachaufsicht innehave, entspreche dies nicht der tatsächlichen Vertragsdurchführung. Der Verein habe der Klägerin in keinem Fall Weisungen erteilt.

### Eingliederung in die betriebliche Organisation der Schule

Die Klägerin erbringe ihre Arbeitsleistung in der Schule. Sie sei an den

<sup>1</sup> Siehe dazu BAG, Urteil vom 20.09.2016, Az: 9 AZR 735/15.



jeweiligen Stundenplan gebunden, ferner sei sie auch stimmberechtigtes Mitglied in der Gesamtkonferenz der Schule, zu der alle dort tätigen sozialpädagogischen Fach- und Betreuungskräfte gehörten. Die Klägerin müsse an den wöchentlichen Dienstbesprechungen, Klassenkonferenzen, Ausflügen, Elternberatungsgesprächen et cetera teilnehmen. Aus den Konferenzbeschlüssen der Schule sowie aus der Meldung von Problemfällen ergäben sich konkrete Arbeitsaufträge für die Klägerin, die sie unter Rücksprache mit der Schulleitung zu lösen habe.

Für die Arbeitgeberstellung der Beklagten spreche auch der Umstand, dass die Klägerin Krankmeldungen und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung im Schulsekretariat abzugeben habe.

### Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit

Seit dem 01.12.2011 gelte das AÜG für jegliches Verleihen von Arbeitskräften im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Entscheidend für das Bestehen der wirtschaftlichen Tätigkeit sei dabei, dass Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt angeboten würden, ohne dass es auf das Vorhandensein mehrerer Anbieter oder Nachfrager ankomme.

Der Verein stelle der Beklagten das Personal für die unterrichtsergänzende Lernzeit und sonstige Projekte im Ganztags schulbetrieb zur Verfügung. Damit trete der Verein als Anbieter einer Leistung auf, wodurch eine wirtschaftliche Tätigkeit gegeben sei.

### Arbeitnehmerüberlassungsgesetz gilt auch für eingetragene Vereine

Irrelevant sei auch, dass es sich bei dem überlassenden Unternehmen um einen eingetragenen Verein handele, der einen ideellen Zweck verfolge.

Das besondere Schutzbedürfnis von Leiharbeitnehmern folge nicht aus der Zwecksetzung des Vertragsarbeitgebers, sondern aus der Aufspaltung der Arbeitgeberstellung zwischen dem Vertragsarbeitgeber (Verleiher) und dem faktischen Arbeitgeber. Da der Verein keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung gehabt habe, sei der Vertrag zwischen dem eingetragenen Verein und der Klägerin unwirksam. Durch die nachträgliche Erteilung der Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung würden laufende Überlassungsverträge nicht rückwirkend geheilt. Damit sei das Arbeitsverhältnis zwischen Klägerin und Beklagter ab dem 01.12.2011 zustande gekommen.

### Anmerkung von Dr. Bettina Leonhard

Das vorstehende Urteil kann auch für Vereine der Lebenshilfe von Bedeutung sein, derzeit vor allem im Bereich der Schulbegleitung.

Hier sind zwei mögliche Konstellationen zu unterscheiden: Zum einen die Beschäftigung von Arbeitnehmern, die an die Schule entsendet werden. Werden Schulbegleiter beim Verein eingestellt, um in einer Schule wie oben beschrieben tätig zu werden, liegt ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vor. Hier sind, wie die folgenden Ausführungen zeigen, verschiedene Anforderungen zu beachten.

### Besonderheiten der Schulbegleitung durch Freiwillige

Zum anderen können aber auch Freiwillige, die im Freiwilligen Sozialen Jahr (FSJ) sind oder den Bundesfreiwilligendienst (BFD) ableisten, als Schulbegleiter eingesetzt werden. Fallen Einsatzstelle (Träger der Behindertenhilfe) und Einsatzort (Schule) auseinander, entsendet also bspw. ein Verein einen Freiwilligen als Schulbegleiter in die Schule, ist dies im FSJ grundsätzlich unproblematisch, während im BFD eine Entsendung nur nach Anzeige beim Bundesamt für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben (BAFzA) zulässig ist.<sup>2</sup>

### Organisation von Schulbegleitung über hauptamtliche Mitarbeiter - Was ist Arbeitnehmerüberlassung?

Eine Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn im Falle der Schulbegleitung ein Verein (der Verleiher) Schulbegleiter an die Schule (den Entleiher) entsendet. Eine solche Abordnung ist möglich, wenn dies im Arbeitsvertrag zwischen Verein und Schulbegleiter (Leiharbeiter) vorgesehen ist. Der Verein zahlt dabei die Vergütung, die Schule hat das Direktionsrecht. Die Personalgestellung ist jedoch grundsätzlich nur „vorübergehend“ möglich.

Nach dem am 21.10.2016 verabschiedeten „Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze“<sup>3</sup> können Arbeitnehmer ab April 2017 grundsätzlich nur noch bis höchstens 18 Monate bei einem Entleiher eingesetzt werden, um eine missbräuchliche Arbeitnehmerüberlassung als Dauerzustand zu verhindern. Ausnahmen gelten u. a. für tarifgebundene Unternehmer, somit auch die Schulen, hier sind längere Abordnungen möglich.<sup>4</sup>

### Mit der Arbeitnehmerüberlassung verbundene Pflichten

Die Arbeitnehmerüberlassung zieht für den Verein eine Vielzahl von Pflichten nach sich: Neben Informationspflichten gegenüber der Erlaubnisbehörde, (vgl. §§ 7, 8 AÜG), und der Pflicht zur Personalgestellung gegenüber der Schule sind dies vor allem Informations- und Schutzpflichten gegenüber den Schulbegleitern, (vgl. §§ 10, 11 AÜG).

### Erlaubniserteilung und Folgen fehlender Erlaubnis

Die Überlassung von Arbeitnehmern ist erlaubnispflichtig, § 1 Abs.1 AÜG; die zuständige Behörde – jeweils die Agentur für Arbeit – richtet sich nach dem Sitz des Antragstellers. Auch ist die Erlaubniserteilung kostenpflichtig.<sup>5</sup>

Verfügt der Verleiher über keine entsprechende Erlaubnis, überlässt aber Arbeitnehmer einem Dritten, ohne dass ein Werk- oder Dienstvertrag vorliegt, dann gilt nach dem AÜG der Vertrag zwischen Leiharbeiter und Verleiher als unwirksam und der Arbeitsvertrag mit dem Entleiher als zustande gekommen. Dies mag, wie im vorliegenden Fall, wo die klagende Schulassistentin rückwirkend einen tarifgebundenen Arbeitgeber bekam, für Arbeitnehmer günstig sein. Der Entleiher – hier der Schulträger – wollte aber keinen neuen Arbeitnehmer. Häufig sind daher in den entsprechenden Verträgen zwischen Ver- und Entleiher Schadensersatzklauseln enthalten, um den Entleiher in einem derartigen Fall finanziell zu entschädigen.<sup>6</sup> Außerdem ist die ohne Erlaubnis durchgeführte Arbeitnehmerüberlassung ordnungswidrig, § 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG, und kann mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 Euro belegt werden.

Es ist Vereinen, welche die Schulbegleitung über die Entsendung eigenen Personals an die Schulen regeln, daher dringend zu empfehlen, sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen umfassend vertraut zu machen.

<sup>2</sup> Vgl. die vom Paritätischen Gesamtverband herausgegebenen Handlungsempfehlungen zur Schulbegleitung in den Freiwilligendiensten, unter [www.freiwilligendienste.paritaet.org](http://www.freiwilligendienste.paritaet.org).

<sup>3</sup> BGBl I 2017, S. 258 ff.

<sup>4</sup> Vgl. § 1 Abs. 1 b AÜG

<sup>5</sup> Vgl. § 2a AÜG i. V. m. § 2 der Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis-Kostenverordnung (AÜKostVO) sieht für eine unbefristete Erlaubnis Kosten in Höhe von 2.500 Euro vor.

<sup>6</sup> <http://winheller.com/blog/arbeitnehmerueberlassung-risiken-gemeinnuetzige>.

