

VOLLTEXTSERVICE

Arbeitnehmerüberlassung: Hohe Risiken für Gemeinnützige

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

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Begründung eines Arbeitsverhältnisses aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG).

Die am ...1956 geborene Klägerin steht seit dem 01.03.2006 als pädagogische Schulassistentin durchgehend in einem Arbeitsverhältnis mit dem Verein „... e.V.“ zu einem Monatsbruttoentgelt von zuletzt € 2.811,09 bei einer 31,5-Stunden-Woche. Die Satzung des Vereins ergibt sich aus der Anlage B 6 (Bl. 116ff. d. A.)

Grundlage der arbeitsrechtlichen Beziehungen der Parteien ist der Arbeitsvertrag vom 05.11.2004 (Anlage K 1, Bl. 17 f. d. A.) nebst Ergänzung vom 31.08.2005 (Anlage K 2, Bl. 19 d. A.). Mit dem Arbeitsvertrag vom 28.02.2006 (Anlage K 3, Bl. 20 f. d. A.) wurde die Klägerin unbefristet als pädagogische Schulassistentin weiterbeschäftigt. Zudem schlossen die Parteien unter dem Datum des 05.03.2014 eine Zusatzvereinbarung (Anlage K 4, Bl. 22 d. A.), die von der Klägerin allerdings nur unter Vorbehalt unterzeichnet wurde.

Die Klägerin ist an derSchule tätig, einer öffentlichen staatlichen Schule. Dort ist sie als pädagogische Schulassistentin/Schulsozialpädagogin eingesetzt in der Betreuung von Schülerinnen und Schülern. Der Vereine. V. unterhält keinen eigenen Schulbetrieb.

Zwischen dem Verein und der Beklagten bestehen ein Kooperationsvertrag sowie Einzelvereinbarungen (Anlagen B 1, Bl. 59 ff. d. A.; B 2, Bl. 63 ff. d. A.). In dem Kooperationsvertrag aus dem Jahr 2001 heißt es:

„§ 1 Gegenstand

Gegenstand dieses Vertrages ist die Bereitstellung von Personal zum Zweck der Wahrnehmung folgender Aufgaben für den Senator für Bildung und Wissenschaft

- ergänzender Förderunterricht für Kinder und Jugendliche nicht-deutscher Herkunftssprache
- ergänzende Förderung von Kindern mit ausgewiesener Lese-Rechtschreibschwäche
- ergänzende Maßnahmen zur Unterrichtsvertretung

Die o.a. Projekte werden in den anliegenden Einzelvereinbarungen beschrieben. ...

§ 5 Mitarbeiter/innen

Die Auswahl und die Anstellung von Personal obliegt der ... e.V.

Die Auswahl der Mitarbeiter/innen hat sich am vorher festgelegten Bedarf (siehe Einzelvereinbarungen) zu orientieren.

WINHELLER

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Tower 185

Friedrich-Ebert-Anlage 35-37

60327 Frankfurt am Main

Tel.: +49 (0)69 76 75 77 80

Fax: +49 (0)69 76 75 77 810

E-Mail: info@winheller.com

Internet: www.winheller.com

Frankfurt | Karlsruhe | Berlin

Hamburg | München

Neben der persönlichen Eignung muss die Mitarbeiterin/der Mitarbeiter auch über die vom Senator für Bildung und Wissenschaft geforderte Qualifikation verfügen, um Inhalt und Ziel der Maßnahme verwirklichen zu können. Insoweit ist die Auswahl mit dem Senator für Bildung und Wissenschaft im Einzelfall abzustimmen.

§ 6 Angestelltenverhältnis

Die unter § 4 genannten Mitarbeiter/innen sind Arbeitnehmer/innen der ... e.V. und unterliegen in arbeitsrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ausschließlich den zwischen ihnen und der ... e.V. getroffenen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen. Die ... e.V. als Arbeitgeber hat die alleinige Dienst- und Fachaufsicht.

Während der Erbringung von Dienstleistungen in der Schule ordnet sich das eingesetzte Personal in die schulorganisatorischen Abläufe ein und nimmt im Rahmen der festgelegten Maßnahme und im Sinne des Hausrechts Einzelanweisungen der Schulleitung entgegen.

Die Zuständigkeit der ... e.V. für die generelle Dienst- und Fachaufsicht nach Abs. 1 Satz 2 bleibt dadurch unberührt. Konflikte werden gemäß §§ 3 und 6 dieses Vertrages gelöst.

Der Erholungsurlaub ist in den Schulferien zu nehmen.

§ 7 Konfliktmanagement

Die ... e. V. und die jeweilige Schule sind bei der Umsetzung der festgelegten Maßnahme zu einer engen Kooperation verpflichtet. In strittigen Fällen entscheidet der Senator in Abstimmung mit der e. V. ...

§ 12 Einzelvereinbarungen

Das Verfahren zur Festlegung der Bedarfe, sowie Umfang und Inhalt der jeweiligen Projekte werden in Einzelvereinbarungen festgelegt, die diesem Kooperationsvertrag beigefügt sind.

Die Einzelvereinbarungen sind Bestandteil dieses Vertrages...“

Über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung verfügte der ... e.V. zu Beginn des Arbeitsverhältnisses nicht. Erst mit Bescheid vom 15.08.2012 erteilte die hierfür zuständige Agentur für Arbeit dem Verein eine entsprechende Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern (Anlage B 3, Bl. 66 f. d. A.).

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, vom e. V. an die Schule, in der sie arbeitet, im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) zur Arbeitsleistung überlassen worden zu sein. Damit sei sie Leiharbeiterin im Sinne des AÜG und – mangels Überlassungserlaubnis – Arbeitnehmerin des öffentlichen Dienstes, also der tragenden Gebietskörperschaft. Dies ist unstrittig die Beklagte. Nach § 1 AÜG habe der Verein einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung bedurft, weil die Klägerin in den Arbeitsablauf der Schule eingegliedert sei und sich der Verein mit der Überlassung der Klägerin an die Schule zur Arbeitsleistung wirtschaftlich betätige. Die nachträgliche Erteilung einer Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung, die dem Verein – unstrittig - erst im August 2012 erteilt worden sei, heile die Überlassung ihrer Arbeitskraft an die Schule nicht rückwirkend, so dass nach § 9 Nr.1 i.V.m. § 10 Abs. 1 AÜG die vertragliche Vereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher unwirksam sei und spätestens mit der Änderung des AÜG zum 01.12.2011 ein Arbeitsverhältnis zu der Beklagten bestehe. Mit der Gesetzesänderung habe der Ge-

setzgeber mit der Streichung des Wortes „gewerbsmäßig“ in § 1 Abs. 1 AÜG und Einfügen des Erfordernisses einer „wirtschaftlichen Tätigkeit“ zum Ausdruck gebracht, dass auch gemeinnützige Organisationen nunmehr in den Anwendungsbereich des AÜG fallen würden. Darüber hinaus beinhalte die Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments in ihrem ersten Erwägungsgrund einen Verweis auf Art. 31 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Danach solle der gleiche Schutz einer jeden Arbeitnehmerin und einem jeden Arbeitnehmer gelten, so dass sich die Anwendung des AÜG auf das Arbeitsverhältnis der Klägerin zumindest auch aus dem Gesichtspunkt der richtlinienkonformen Auslegung ergebe. Die Klägerin sei auch vollständig in den Betrieb der Beklagten eingegliedert und als Schulsozialarbeiterin in die Abläufe der Schule vollständig integriert. Hinsichtlich ihrer konkreten Tätigkeiten werde auf die Aufstellung der Klägerin sowie den Stundenplan des Schuljahres 2013/2014 (Anlagen K 6 und K 7, Bl. 84 f. d. A.) verwiesen. Die Klägerin erfülle in den wöchentlich stattfindenden Dienstbesprechungen mit der Schulleitung und den hauptamtlich tätigen Schulsozialarbeitern ihre Berichtspflicht und bespreche Genehmigungen für diverse Vorhaben. Diese Besprechungen seien eine Veranstaltung der Schule, das Themenspektrum sei naturgemäß weit gefasst. Des Weiteren finde eine intensive Zusammenarbeit mit den Lehrerkolleginnen und -kollegen statt. Diese beziehe sich z. B. auf die Einführung im Klassenrat, bei Klassenkonferenzen, Mobbingvorfällen u.v.m. Die Klägerin organisiere mit ihren Kolleginnen das Kursprogramm für die Schüler und Schülerinnen im Ganztage (Wahlpflichtkurse). Dabei sei sie als Kursleiterin in den Stundenplan integriert. Auch sei sie in die übergeordnete Fortbildungsstruktur der Beklagten, die fachlich vom Landesinstitut für Schule organisiert und durchgeführt werde, eingebunden. Dort nehme sie durch die Schulleitung verpflichtend teil. Die Dienstzeiten und -aufgaben würden mit der Schul- und ZUP-Leitung auf den entsprechenden Sitzungen besprochen werden. Außerdem sei die Klägerin stimmberechtigtes Mitglied in den Kollegialorganen der Schule. Die zu erbringende Dienstleistung der Klägerin könne daher nicht seitens eines Dritten organisiert werden – dies spräche gegen das Vorliegen eines Dienstvertragsverhältnisses. Die in den Sitzungen oder im täglichen Ablauf stattfindenden Anweisungen der Schulleitung sowie die vereinbarten Vorhaben würden im Team weiter besprochen und die Umsetzung koordiniert. Krankmeldungen der Klägerin würden beim Schulsekretariat oder bei der Schulleitung erfolgen. Diese würden dann an den ... e.V. weiter geleitet. Die Klägerin unterliege dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht der Schulleitung. Dies ergebe sich aus dem Schreiben der Schuldirektorin vom 06.10.2014 (Anlage K 5, Bl. 83 d. A.). Zu den von ihr durchgeführten konkreten Tätigkeiten und zum Stundenplan trägt die Klägerin ergänzend vor. Durch die Unterschrift unter dem Ergänzungsvertrag vom 05.03.2014 (Anlage K 4, Bl. 22 d. A.) habe sie auch nicht auf ihre in diesem Verfahren geltend gemachten Rechte verzichtet. Jedenfalls bestehe ab dem 01.12.2011 ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten.

Die Klägerin hat beantragt,

festzustellen, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten seit dem 01.12.2011 ein unbefristetes Anstellungsverhältnis im öffentlichen Schuldienst nach Maßgabe des TV-L mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 31,5 Zeitstunden besteht.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat bestritten, dass ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vorliege. Denn die Klägerin erhalte ihre Weisungen nicht von der Schulleitung der ... Oberschule, sondern von ihrem Vertragsarbeitgeber, dem ... e.V. Die Klägerin werde ausschließlich für den e.V. zur Erfüllung von dessen Dienstleistungsauftrag gegenüber der Beklagten im Rahmen der Kooperationsvereinbarung tätig. Die Dienst- und Fachaufsicht liege beim e.V. Das gesamte Arbeitsverhältnis werde über den e.V. abgewickelt. Das betreffe nicht nur die rein administrativen Aufgaben, son-

dern auch die disziplinarischen Angelegenheiten, wie z. B. die Erteilung von Abmahnungen. Es erfolge hinsichtlich der Weisungen zwar eine enge Abstimmung mit der Schule; die Weisungen würden jedoch vom e.V. erteilt. Gelegentliche Einzelanweisungen der Schulleitung bezogen auf konkret einen Diensteneinsatz würden nicht zur Annahme einer Arbeitnehmereigenschaft führen. Der e.V. übe keine wirtschaftliche Tätigkeit i.S.d. § 1 AÜG aus. Eine wirtschaftliche Tätigkeit liege nur dann vor, wenn auch ein Marktbezug gegeben sei. An einem solchen fehle es jedoch vorliegend, da die gemeinnützige Einrichtung des e.V. in keiner Konkurrenz zu anderen (Zeitarbeits-)unternehmen stehe und nicht am Wirtschaftsverkehr teilnehme. Der e.V. biete seine Dienstleistungen nicht auf dem Markt an, sondern erbringe diese nur gegenüber den Schulen und sei damit exklusiv für die Beklagte tätig. Insgesamt fehle es an einer für den Marktbezug erforderlichen Konkurrenzsituation. Die Satzung des ... e.V. und die Kooperationsvereinbarung belegten eine rein ideelle Tätigkeit des Vereins. Der Vereinszweck werde ausschließlich durch Zuschüsse des Landes Bremen erreicht. Die Schuldirektorin habe nur eine ihr von der Klägerin vorgegebene Erklärung unterschrieben.

Das Arbeitsgericht ... hat durch Urteil vom 04.06.2015 – 9 Ca 9162/14 – Bl. 163 ff. d. A. – die Klage abgewiesen und festgestellt, dass kein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien vorliege und auch nicht ein fingiertes gem. § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Denn die Klägerin habe nicht vorgetragen, dass die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG im Einzelnen vorlägen. Zwar sei eine Eingliederung in die fremde Betriebsorganisation der ... Schule nicht in Abrede zu stellen, zumal diese schon aus dem Kooperationsvertrag folge. Die Dienst- und Fachaufsicht werde aber durch den Verein wahrgenommen. Dies gelte auch angesichts der Tatsache, dass der Verein gar keine eigene Organisation habe. Es sei aber nicht von der Klägerin klar vorgetragen worden, wer im Einzelfall die Weisungen erteile. Insbesondere fehle es an einem Vortrag der Klägerin zur zeitlichen Komponente. Nach allem sei es deshalb auf die Rechtsfrage, ob der Verein sich wirtschaftlich betätige, nicht angekommen.

Gegen dieses Urteil, das der Klägerin am 27.07.2015 zugestellt wurde (Bl. 168 d. A.), hat sie mit Schriftsatz vom 28.07.2015, beim Landesarbeitsgericht am selben Tage eingegangen (Bl. 171 d. A.), Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 28.09.2015, der am selben Tage beim Landesarbeitsgericht einging (Bl. 189 d. A.), begründet.

Die Klägerin hält das arbeitsgerichtliche Urteil für fehlerhaft. Sie sei tatsächlich an die Stundenpläne gebunden gewesen und habe dienstlichen Weisungen der Schulleitung unterlegen. Diese Schuldirektorin habe ihr konkrete Aufträge erteilt. Die Klägerin habe auch verpflichtend an Konferenzen teilgenommen und sich an der Beschlussfassung beteiligt. Fortbildungen und Überstunden hätten von ihr bei der Schulleitung beantragt werden müssen. Im Einzelnen stellt die Klägerin die Situation für die Monate Juli und August 2015 dar (Bl. 193 d. A.). Auch die Vorschriften des bremischen Schulrechts sprächen zu Gunsten der Klägerin. So ergebe sich aus § 37 Abs. 3 SchulVwG die Verpflichtung von erzieherisch tätigen Personen zur Teilnahme an Sitzungen der Gesamtkonferenz. Die Schulleitung nehme ihr fachliches Direktionsrecht nur in geringem Umfang wahr. Private Dritte könnten nach dem BremSchulVwG nicht mit Entscheidungsgewalt ausgestattet sein.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts ... aufzuheben und festzustellen, dass zwischen der Berufungsklägerin und der Berufungsbeklagten seit dem 01.12.2011 ein unbefristetes Anstellungsverhältnis im öffentlichen Schuldienst nach Maßgabe des TV-L mit einer wöchentlichen Dienstzeit von 31,5 Stunden besteht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil. Die Klägerin sei nicht an Stundenpläne gebunden, da sie keine Lehrkraft sei. Sie nehme nur unterrichtsergänzende Aufgaben wahr. Es werde bestritten, dass die Schuldirektorin der Klägerin Weisungen und Aufträge erteile. Auch gebe es keine Arbeitsaufträge für die Klägerin auf Grund von Schulkonferenzbeschlüssen. Die Weisungen hinsichtlich des Zeitraums Juli/August 2015 würden bestritten. Die Klägerin sei zudem weitestgehend selbstständig tätig. Gemäß § 63 BremSchulVwG werde ein Weisungsrecht des Vorsitzenden des Vereins nicht ausgeschlossen. Auf das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit komme es nicht an, da im Streitfall schon keine Arbeitnehmerüberlassung vorliege.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien, ihrer Beweisantritte und der von ihnen überreichten Unterlagen sowie wegen ihrer Rechtsausführungen im Übrigen wird ergänzend auf den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig und begründet.

I.

Die Berufung ist gem. § 64 Abs. 1 und 2 ArbGG statthaft. Sie ist im Sinne der §§ 64 Abs. 6, 66 Abs. 1 ArbGG, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und damit zulässig.

II.

Die Berufung der Klägerin ist begründet. Das Urteil des Arbeitsgerichts vom 04.06.2015 war dementsprechend abzuändern und festzustellen, dass zwischen der Klägerin und der Beklagten seit dem 01.12.2011 ein unbefristetes Anstellungsverhältnis im öffentlichen Schuldienst nach Maßgabe des TV-L mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 31,5 Stunden besteht.

A.

Der gegen die beklagte Stadtgemeinde gerichtete Feststellungsantrag ist zulässig.

1. Der Antrag ist hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es handelt sich um eine allgemeine Feststellungsklage, mit der das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses für die Zeit ab dem 01.12.2011 zu den im Antrag bezeichneten Bedingungen festgestellt werden soll. Die konkrete Tätigkeit der Klägerin als pädagogische Schulassistentin ist zwischen den Parteien nicht streitig und ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag zwischen dieser und der e. V. vom 28.02.2006 (Anlage K 3, Bl. 20 f. d. A.), sodass sich auch in vollstreckungsrechtlicher Hinsicht keine Schwierigkeiten ergeben würden.

46 2. Der Antrag genügt auch den Erfordernissen des § 256 Abs. 1 ZPO. Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse daran, dass das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und dessen konkreter Inhalt alsbald festgestellt wird.

B.

Der Feststellungsantrag der Klägerin ist begründet. Denn zwischen der Klägerin und der Beklagten besteht seit dem 01.12.2011 ein Arbeitsverhältnis zu den im Tenor genannten Bedingungen. Das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zwischen den Parteien folgt aus § 10 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 9 Nr. 1 AÜG.

1. Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Nach dieser Norm sind Verträge zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer dann unwirksam, wenn der Verleiher die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis nicht besitzt. Gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Arbeitsleistung überlassen wollen, einer Erlaubnis.

Im Streitfall bedurfte der e.V., der die Klägerin zur Arbeitsleistung an die Beklagte überlassen hat, einer Erlaubnis i. S. d. § 1 AÜG. Eine solche Erlaubnis besitzt der Verein jedoch erst seit dem 15.08.2012. Da er diese bei Beginn der Arbeitnehmerüberlassung und insbesondere zum maßgeblichen Stichtag am 01.12.2011 nicht besaß, ist der Vertrag zwischen der Klägerin und dem ... e.V. unwirksam mit der Folge, dass ein Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten als zustande gekommen gilt.

a) Eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist gegeben.

aa) Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG setzt einen gegenseitigen Vertrag zwischen Verleiher und Entleiher voraus, dessen wesentliches Kriterium die Verpflichtung des Verleihers ist, einen Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen und das arbeitgeberseitige Weisungsrecht auf den Entleiher zu übertragen, so dass der ausgewählte und überlassene Arbeitnehmer seine Arbeit allein nach den Weisungen und im Interesse des Entleihers ausführt (BAG vom 18.01.2012, 7 AZR 723/10; BAG vom 13.08.2008, 7 AZR 269/07, Hamann in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., § 1 Rn 75 ff.). Allerdings ist nicht jede Form drittbezogenen Personaleinsatzes als Arbeitnehmerüberlassung zu qualifizieren. Namentlich ist die Arbeitnehmerüberlassung von Tätigkeiten des Arbeitnehmers auf Grund von Werk- oder Dienstverträgen abzugrenzen. Wesentliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmerüberlassung und anderen Formen drittbezogenen Personaleinsatzes ist dabei die Eingliederung des Arbeitnehmers, also das Tätigwerden in einer fremden Betriebsorganisation, und die Ausübung des Weisungsrechts durch den Inhaber der fremden Betriebsorganisation gegenüber dem Arbeitnehmer (Hamann in Schüren/Hamann, a.a.O., § 1 Rn 91, 95; Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, Artikel 1 § 1 Ziff. 13).

Demgegenüber ist ein drittbezogener Personaleinsatz im Rahmen eines Werkvertrages dadurch gekennzeichnet, dass der Auftragnehmer für einen anderen tätig wird und dabei alle Handlungen, die zur Erreichung dieses Zweckes notwendig sind, selbst organisiert. Seine Arbeitnehmer werden als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers tätig. Unbeschadet der Tatsache, dass der Werkbesteller auch Anweisungen geben darf, die sich auf die Ausführung des Werkes selbst beziehen (§ 645 Abs.1 Satz 1 BGB), verbleibt das arbeitgeberseitige Direktionsrecht beim Werkunternehmer als Vertragsarbeitgeber. Entsprechendes gilt für Dienstverträge (BAG vom 18.01.2012, a.a.O.).

Entscheidend für die Qualifizierung des Vertrages ist der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder die Bezeichnung, soweit sie dem tatsächlichen Geschäftsinhalt nicht entspricht. Die zwingenden Schutzvorschriften des AÜG können durch die Parteien nicht dadurch vermieden werden, dass sie einen vom Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen. Der Geschäftsinhalt kann sich dabei sowohl aus der ausdrücklichen Vereinbarung der Vertragsparteien als auch aus der tatsächlichen Durchführung des Vertrages ergeben. Weicht die Praxis des Vertrages von dem Vereinbarten ab, so ist die tatsächliche Durchführung des Vertrages maßgebend, weil

hieraus am ehesten Rückschlüsse darauf zu ziehen sind, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgingen (BAG vom 18.01.2012, a.a.O.; BGH vom 21.01.2003, X ZR 261/01). Einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung sind zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (BAG vom 18.01.2012, a.a.O.; BAG vom 06.08.2003, 7 AZR 180/03; LAG Mecklenburg-Vorpommern vom 30.09.2014, 2 Sa 76/14).

bb) Bei Anwendung der vorgenannten Grundsätze stellt sich der so genannte Kooperationsvertrag zwischen der Beklagten und der ... e. V. (Anlage B 1, Bl. 59 ff. d. A.) als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag dar. Die Klägerin wird im Rahmen ihrer Tätigkeiten weisungsgebunden für die Beklagte tätig. Dabei handelt es sich nicht lediglich um Weisungen, die sich auf die Ausführung eines Werkes beziehen (§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB). Vielmehr ist das arbeitgeberseitige Direktionsrecht, also das Recht, die Arbeitsleistung nach Inhalt, Ort und Zeit nach billigem Ermessen näher zu bestimmen im Sinne des § 106 GewO auf die Beklagte übertragen worden. Die Übertragung des Weisungsrechts ergibt sich bereits unmittelbar aus dem Kooperationsvertrag.

Gemäß § 1 des Kooperationsvertrages ist Vertragsgegenstand die Bereitstellung von Personal zum Zweck der Wahrnehmung ergänzenden Förderunterrichts für Kinder und Jugendliche nicht-deutscher Herkunftssprache, die ergänzende Förderung von Kindern mit ausgewiesener Lese-Rechtsschreibschwäche und ergänzende Maßnahmen zur Unterrichtsvertretung. Gemäß § 6 Abs. 2 des Kooperationsvertrages ordnet sich während der Erbringung von Dienstleistungen in der Schule das eingesetzte Personal – wie auch die Klägerin – in die schulorganisatorischen Abläufe ein und nimmt im Rahmen der festgelegten Maßnahme und im Sinne des Hausrechts Einzelanweisungen der Schulleitung entgegen.

Dem Wortlaut nach ist damit die Möglichkeit eröffnet, dass die Schulleitung als Vertreterin der Beklagten nähere Bestimmungen der Arbeitsleistung der Klägerin nach Ort, Inhalt und Zeit vornehmen darf. Dagegen spricht auch nicht, dass der ... e.V. als Vertragsarbeitgeber die „alleinige Dienst- und Fachaufsicht“ gem. § 6 Abs. 1 des Kooperationsvertrages hat. Hier ist schon nicht hinreichend klar, was damit gemeint ist, da in § 6 Abs. 2 z.B. nur noch von der „generelle(n) Dienst- und Fachaufsicht“ die Rede ist. Dass der Verein die alleinige Dienst- und Fachaufsicht über die Klägerin ausübt, entspricht zwar dem Wortlaut des Kooperationsvertrages, deckt sich aber nicht mit der tatsächlichen Durchführung des Vertragsverhältnisses. Die Beklagte hat nicht eine einzige fachliche Maßnahme oder Weisung des ... e.V. an die Klägerin dargetan, aus der sich auf die tatsächliche Ausübung der Fachaufsicht schließen ließe. Auch bleiben die behaupteten „spezifischen Aufträge“ des Vereins an die Klägerin unsubstantiiert.

cc) Die Klägerin erbringt ihre Arbeitsleistung in der Betriebsorganisation der Beklagten. Sie ist dabei auch in das Gefüge der Beklagten – insbesondere hinsichtlich der zeitlichen Erbringung ihrer Arbeit – eingegliedert (so auch LAG Bremen vom 11.02.2016, 2 Sa 68/15). Dies ergibt sich schon aus dem von der Klägerin vorgelegten Stundenplan für das Schuljahr 2013/2014 (Anlage K 7, Bl. 85 d. A.). Dass Stundenpläne nur für Lehrkräfte gelten können – wie die Beklagte meint -, übersieht die Notwendigkeiten eines Ganztags schulbetriebes, die auch den Einsatz anderer Berufsgruppen erforderlich machen und eine zeitliche Abstimmung erfordern.

Die Klägerin ist auch stimmberechtigtes Mitglied in der Gesamtkonferenz der Schule gem. § 37 Abs. 1 BremSchVwG. Denn dazu gehören auch alle an der Schule tätigen sozialpädagogischen Fachkräfte und Betreuungskräfte. Zudem sind alle an der Schule selbstverantwortlich erzieherisch tätigen Personen verpflichtet, an den Sitzungen der Gesamtkonferenz teilzunehmen (§ 37 Abs. 3 BremSchVwG). Dass Bestreiten der Beklagten ist angesichts der eindeutigen Gesetzeslage nicht nachvollziehbar.

Vor allem darf nicht übersehen werden, dass der ... e.V. als Vertragsarbeitgeber gar keine eigene Betriebsorganisation hat, in der die Klägerin als pädagogische Schulassistentin tätig werden könnte (vgl. auch ArbG Bremen-Bremerhaven vom 07.01.2016, 5 Ca 5192/14). Die Beklagte hat demgegenüber einen laufenden Ganztagschulbetrieb. Die Klägerin ist während ihrer gesamten Arbeitszeit in der ...Schule tätig, einer öffentlichen Schule der Beklagten. Für die Betreuung der Kinder nutzt die Klägerin die dort vorhandenen Räumlichkeiten und richtet ihre Arbeitszeit nach den Unterrichtszeiten der Kinder aus. Sie nimmt auch Aufgaben der Unterrichtsvertretung wahr. Die Klägerin arbeitet auch eng mit den bei der Beklagten beschäftigten Lehrkräften zusammen.

Der Verein verfügt demgegenüber nicht über eine eigene Struktur, die tatsächlich in der Lage wäre, eine effektive Dienst- und Fachaufsicht gegenüber der Klägerin auszuüben. Dazu fehlt schon ein entsprechender Personalkörper. Auch die Auswahl der Mitarbeiter im Einzelfall hat er gem. § 5 des Kooperationsvertrages mit der Senatorin für Bildung und Wissenschaft abzustimmen. Die Durchführung der Gehaltsabrechnung durch den Verein spricht noch nicht gegen das Vorliegen von Arbeitnehmerüberlassung. Dass der e.V. übrigens selbst davon auszugehen scheint, dass es sich um Arbeitnehmerüberlassung handelt, ergibt sich aus § 3 der Zusatzvereinbarung zum Arbeitsvertrag zwischen diesem und der Klägerin vom 05.03.2014 (Anlage K 4, Bl. 22 d. A.), wonach der Klägerin das „Merkblatt für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter“ ausgehändigt wurde. Nach allem ist an der Eingliederung der Klägerin in die Betriebsorganisation der Beklagten nicht zu zweifeln. Auch das Arbeitsgericht hat den Anspruch der Klägerin nicht an der fehlenden Eingliederung scheitern lassen.

dd) Die Klägerin ist während ihrer Tätigkeit auch den Weisungen der Beklagten unterworfen.

Dies ergibt sich zum einen aus § 6 Abs. 2 des Kooperationsvertrages, wonach die Klägerin als eingesetztes Personal im Sinne des Hausrechts Einzelanweisungen der Schulleitung entgegen nimmt. Auch Frau ..., die Direktorin der hat mit schriftlicher Erklärung vom 06.10.2010 (Anlage K 5, Bl. 83 d. A.) erklärt, dass die Klägerin „selbstverständlich der Weisung der Schulleitung/stellvertretenden Schulleitung/ZUP-Leitung“ unterliegt. Dies beinhaltet ihren Arbeitseinsatz, Inhalte der pädagogischen Arbeit und Anweisungen zur Erledigung von notwendigen Aufgaben, die die Organisation des Schulalltages betreffen. Die Tätigkeiten der Klägerin – so führt Frau ... aus – seien ein fester Bestandteil des Stundenplans der ...Oberschule und seien vollständig in die schulische Organisation eingegliedert. Soweit die Beklagte dieser Erklärung entgegenhält, Frau ... habe zu Gunsten der Klägerin eine vorgefertigte Erklärung unterzeichnet und nicht gewusst, was sie unterschreibe, handelt es sich hierbei lediglich um eine Mutmaßung ohne Substantiierung. Zudem spricht die Betreffzeile „Für das Arbeitsgericht“ dafür, dass der Unterzeichnerin die rechtliche Erheblichkeit ihrer Erklärung bewusst war.

Die Klägerin hat dargelegt, dass sie an wöchentlichen Dienstbesprechungen mit der Schulleitung und den Schulsozialarbeitern teilnimmt. Gleiches gilt für Klassenkonferenzen, Elterninformationsveranstaltungen, den Tag der offenen Tür, Schulausflüge, Elternberatungsgespräche, Planung und Durchführung des Klassenrats, Klassenfahrten sowie Teambesprechungen zum Ganztage (Anlage K 6, Bl. 84 d. A.). Frau ... erteile konkrete Aufträge an die Klägerin, wenn sich Lehrkräfte, Eltern oder Schülerinnen und Schüler mit einem Problemfall an die Schulleitung wendeten. Dieser könne regelmäßig in Verhaltensauffälligkeiten einzelner Schülerinnen oder Schüler bestehen, wie verbalen Übergriffen, ehrverletzenden Herabsetzungen, Schulvermeidung usw. In derartigen Konstellationen ergehe der Auftrag der Schulleiterin oder einer von ihr beauftragten Person in der Regel an das Team der Sozialpädagogen und damit auch an die Klägerin, sich unter fortwährender Rücksprache mit der Direktorin dieses Problems anzunehmen und aktiv zu werden. Ansonsten ergäben sich die Arbeitsaufträge auch aus Konferenzbeschlüssen der Schule. Auch Fortbildungen und Überstunden müssten bei der Schulleitung beantragt werden. Die entsprechenden Weisungen hat die Klä-

gerin exemplarisch für den Zeitraum Juli/August 2015 im Einzelnen dargelegt (s. Schriftsatz der Klägerin vom 28.09.2015, Bl. 193 d. A.).

Soweit die Beklagte einwendet, die Klägerin sei – da sie keinen eigenen Unterricht erteile – nicht an Stundenpläne gebunden, ist dies nicht entscheidungserheblich. Denn die unterrichtsergänzenden Leistungen, die die Klägerin erbringt, haben sich – wie dargelegt - gleichwohl an den Stundenplänen der Schule zu orientieren, da die Arbeit mit den Kindern eben nur dann möglich ist, wenn diese nicht unmittelbar am Unterricht teilnehmen müssen. Soweit die Beklagte bestreitet, dass die Schuldirektorin Aufträge an die Klägerin erteilen würde, steht diesem Vortrag bereits die schriftliche Erklärung vom 06.10.2014 entgegen. Wenn die Beklagte bestreitet, dass Fortbildungen und Überstunden bei der Schulleitung beantragt werden müssten, fehlt es an substantiiertem Vortrag dahingehend, an wen sich die Klägerin denn in diesen Fällen ansonsten wenden müsste bzw. ob der Verein in diesen Fällen tätig wird. Auch hinsichtlich der Darlegungen der Klägerin für die Weisungen im Zeitraum Juli und August 2015 fehlt es an substantiiertem Gegenvortrag der Beklagten. Ein schlichtes Bestreiten kann insoweit nicht ausreichen.

Die vorgenannten Vorgänge stellen auch nicht nur untypische Einzelfälle dar, sondern sind beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis im Sinne der Anforderungen der Rechtsprechung (BAG vom 18.01.2012, a.a.O.). Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Vertragsparteien diese vom reinen Vertragswortlaut des Kooperationsvertrages abweichende Vertragspraxis etwa nicht gekannt hätten und sie nicht billigen würden. Auch hat die Beklagte nicht dargetan, dass der Verein von der ihm nach dem Kooperationsvertrag zustehenden disziplinarischen Weisungsgewalt gegenüber der Klägerin tatsächlich Gebrauch gemacht hätte.

Für die tatsächliche Arbeitgeberstellung der Beklagten spricht im Übrigen auch der Umstand, dass die Klägerin Krankmeldungen und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Schulsekretariat bzw. bei der Schulleitung abgeben musste, auch wenn es sich hierbei nicht um entscheidende Merkmale der Ablauforganisation handelt. Auf Grund der Einbettung der Klägerin in die gesamte Schulorganisation, lässt sich auch nicht sagen, dass die Klägerin ihre Arbeit überwiegend autonom, ohne Steuerung durch Arbeitsanweisungen der Direktorin, durchgeführt hat. Die tatsächliche Ausübung von Weisungsbefugnissen durch den e.V. hat die Beklagte zwar behauptet, nicht aber im Einzelnen substantiiert dargelegt. Eine solche Handhabung würde sich auch nicht mit dem Kooperationsvertrag decken, der ja gerade die Einordnung des eingesetzten Personals in die schulorganisatorischen Abläufe regelt und im Rahmen der festgelegten Maßnahmen das Recht zu Einzelanweisungen der Schulleitung überträgt. Es fehlt insoweit beim Verein an dem Merkmal der „eigenen betrieblichen Voraussetzungen“ und an dem Fortbestand der Verantwortlichkeit für die Vertragserfüllung (vgl. BAG vom 18.01.2012, a.a.O.). Entscheidend bleibt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts bei Widerspruch zwischen Vertragsinhalt und praktischer Durchführung des Vertrages die tatsächliche Vertragsdurchführung (BAG vom 18.01.2012, a.a.O.).

b) Die Frage, ob – wie die Klägerin meint – ein Arbeitsverhältnis zwischen ihr und der Beklagten sich auch auf Grund der Umgehung gesetzlicher Vorschriften herleiten lässt, kann aufgrund des Vorstehenden dahingestellt bleiben. Jedenfalls hat das Bundesarbeitsgericht in der Entscheidung vom 02.06.2010 (7 AZR 946/08) den Regelungen des Art. 7 GG, Art. 28 der Landesverfassung der sowie den Vorschriften des Bremischen Schulverwaltungsgesetzes keinen arbeitnehmerbezogenen Schutzzweck dahingehend beigemessen, dass bei einem Fremdpersonaleinsatz in den Schulen ein Arbeitsverhältnis mit der Stadtgemeinde ... zu fingieren wäre. Diese Entscheidung ist allerdings noch nach der alten Fassung des AÜG ergangen.

c) Die Arbeitnehmerüberlassung erfolgte auch im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des e. V.

aa) Seit dem 01.12.2011 erfasst § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG jede Verleihtätigkeit, die im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausgeübt wird. Zu diesem Zeitpunkt setzte der deutsche Gesetzgeber die sprachlich weiter gefasste Leiharbeitsrichtlinie RL 2008/104/EG um. Soweit eine Regelung durch eine EU-Richtlinie erfolgt ist, ist das nationale Recht insoweit im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen. Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeiten wird dabei weder in der Leiharbeitsrichtlinie selbst noch im AÜG definiert. Entscheidend sind insoweit die europarechtlichen Anforderungen, die an das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit gestellt werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH fallen unter den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeiten alle Tätigkeiten, die darin bestehen, dass Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt angeboten werden (EuGH vom 10.01.2006, C-222/04, EuZW 2006, 306 f; EuGH vom 01.07.2008, C-49/07, EuZW 2008, 605 f.). Entscheidend für das Vorliegen eines Marktes sind dabei Angebot und Nachfrage. Insofern steht bei der Frage, ob von einer wirtschaftlichen Tätigkeit auszugehen ist, der Marktbezug im Vordergrund. Das zusätzliche Erfordernis einer Konkurrenzsituation, also das Vorhandensein mehrerer Anbieter oder Nachfrager, die zueinander in Wettbewerb stehen, wird gerade nicht vorausgesetzt (so auch ArbG vom 07.01.2015, 5 Ca 5192/14; ArbG vom 11.01.2016, 3 Ca 3157/14). Denn auch das so genannte Vollmonopol, nämlich ein Markt, auf dem nur ein Anbieter existiert, stellt eine Marktform dar (Immennga/Mestmäcker/Thomas, GWB, § 36 Rn 142 ff.). Auch die Fusionskontrolle gem. § 36 GWB verdeutlicht, dass auch dann ein Markt gegeben ist, wenn nur ein einziger Anbieter existiert. Die hiernach vorgenommene Kontrolle, ob eine marktbeherrschende Position vorliegt bzw. begründet oder verstärkt wird, setzt gerade voraus, dass überhaupt ein Markt existiert. Der Markt, auf dem die Leistung angeboten wird, muss auch nicht zwingend extern sein. Vielmehr ist auch bei konzerninternen Personalgestellungen von einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne des AÜG auszugehen (vgl. ArbG Krefeld vom 15.05.2012, 1 Ca 2551/11).

bb) Die Arbeitnehmerüberlassung ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Verein einen ideellen Zweck verfolgt.

Ob auch Unternehmen, die gemeinnützige, karitative, künstlerische, wissenschaftliche oder sonstige ideelle Zwecke verfolgen, in den Anwendungsbereich des AÜG fallen, ist umstritten (vgl. dazu Hamann, NZA 2011, 70, 71; zutreffend bejahend LAG Düsseldorf vom 26.07.2012, 15 Sa 1452/11; ArbG Krefeld vom 15.05.2012, a.a.O.). Für die Einbeziehung auch solcher Unternehmen als Marktteilnehmer spricht bereits der Wortlaut des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG, der eine Einschränkung nicht vorsieht. Auch die Richtlinie 2008/104/EG, deren Umsetzung mit der Änderung des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG gerade verfolgt wurde, eröffnet ihrem Wortlaut nach keine Möglichkeit für eine solche Restriktion. Nicht überzeugen kann auch das teilweise in der Literatur vorgetragene Argument, dass Sinn und Zweck des AÜG für die Herausnahme der vorgenannten Unternehmen aus dessen Anwendungsbereich sprächen. So wird angeführt, der Sozialschutz von Leiharbeitnehmern sei dort nicht gefährdet, wo es nicht um Gewinnerzielung gehe (Hamann, a.a.O.). Diese Argumentation ist jedoch bereits mit dem gesetzgeberischen Willen nicht vereinbar. Zum einen wird dadurch das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht als wesentliches Merkmal der Gewerbsmäßigkeit, das durch die Reform des AÜG zum 01.12.2011 gerade durch das Kriterium der wirtschaftlichen Tätigkeit ersetzt werden sollte, erneut eingeführt. Darüber hinaus gibt es keine Veranlassung anzunehmen, dass der Sozialschutz von Leiharbeitnehmern nicht gefährdet sei, wenn keine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Das besondere Schutzbedürfnis von Leiharbeitnehmern folgt nämlich nicht aus der Zwecksetzung des Vertragsarbeitgebers, sondern einzig und allein aus der Aufspaltung der Arbeitgeberstellung zwischen Vertragsarbeitgeber – Verleiher – und faktischem Arbeitgeber, dem Entleiher (ArbG Bremen-Bremerhaven vom 11.01.2016, a.a.O.; ArbG Bremen-Bremerhaven vom 07.01.2016, a.a.O.). Für die hier vertretende Auffassung spricht auch, dass ein Änderungsantrag des Bundesrates dahingehend, dass für gemeinnützige Einrichtungen eine Ausnahmeregelung in das AÜG eingefügt wird, im Rahmen der Neuregelung der Vorschrift offensichtlich nicht berücksichtigt worden ist, was wiederum für den eindeutigen Willen des Ge-

setzgebers spricht, diese Vereinigungen nicht aus dem Anwendungsbereich des AÜG herauszunehmen (LAG Düsseldorf vom 26.07.2012, a.a.O.; s. auch BAG vom 23.07.2014, 7 AZR 853/12).

cc) Bei Zugrundelegung der vorstehenden Grundsätze erfolgte die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Vereins. Der Verein stellt der Beklagten das Personal für die unterrichtsergänzende Lernzeit und für darüber hinausgehende Projekte im Ganztagschulbetrieb zur Verfügung. Der Verein tritt insoweit als Anbieter einer Leistung auf, wodurch ein Marktbezug und damit eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG gegeben ist. Dem steht nach den vorstehenden Ausführungen auch nicht entgegen, dass der ... e.V. die Leistungen nur der Beklagten anbietet. Die Frage, ob der Verein ausschließlich ideelle Zwecke verfolgt, kann im Streitfall dahinstehen, da jedenfalls eine wirtschaftliche Tätigkeit dadurch nicht ausgeschlossen ist.

2. Das Fehlen der nach § 1 Abs.1 Satz 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis zum Zeitpunkt des 01.12.2011 führt gem. § 9 Nr. 1 AÜG dazu, dass der Vertrag zwischen dem ... e.V. und der Klägerin unwirksam ist. Denn der Verein hat erstmals mit Bescheid vom 15.08.2012, mithin im Rahmen einer schon bestehenden Arbeitnehmerüberlassung, eine entsprechende Erlaubnis von der Bundesagentur für Arbeit Kiel erhalten. Durch die nachträgliche Erteilung der Erlaubnis werden jedoch laufende Überlassungsverträge nicht rückwirkend geheilt (Schüren in Schüren/Hamann, AÜG, 4. Aufl., § 9 Rn 2; ErfK (-Wank), 16. Aufl., § 9 AÜG, Rn 6). Die Frage, ob in der Fortführung des Überlassungsvertrages ab dem Zeitpunkt der Erlaubniserteilung ein konkludenter Neuabschluss zu sehen ist, kann dahinstehen, da es hierfür jedenfalls an der nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderlichen Schriftform fehlt (Erfk (-Wank), a.a.O.). Soweit die Klägerin und der Verein mit Zusatzvereinbarung vom 05.03.2014 (Anlage K 4, Bl. 22 d. A.) eine neue vertragliche Grundlage gesetzt haben, hat die Klägerin diese nur unter dem Vorbehalt, keinen Verzicht auf gesetzliche Rechte zu erklären, unterzeichnet, sodass auch diese Vereinbarung dem Begehren der Klägerin nicht entgegensteht.

3. Das Arbeitsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten gilt gem. § 10 Abs. 1 AÜG ab dem 01.12.2011 als zustande gekommen.

Generell greift die Fiktionswirkung gem. § 10 Abs. 1 AÜG ab dem Zeitpunkt, zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher der Beginn der Tätigkeit vorgesehen ist. Tritt die Unwirksamkeit jedoch erst nach Aufnahme der Tätigkeit beim Entleiher ein, so gilt das Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter mit dem Eintritt der Unwirksamkeit – hier also die Änderung der Gesetzeslage zum 01.12.2011 – als zustande gekommen.

Nach allem war die Entscheidung des Arbeitsgerichts abzuändern und im Sinne des Antrags der Klägerin zu erkennen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Die Revision war gem. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG zuzulassen.