

# BUNDESARBEITSGERICHT



7 AZR 946/08  
2 Sa 111/07  
Landesarbeitsgericht  
Bremen

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
2. Juni 2010

## URTEIL

Schiege, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. Juni 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Linsenmaier, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Gräfl und Schmidt sowie die ehrenamtlichen Richter Bea und Glock für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Bremen vom 11. Juni 2008 - 2 Sa 111/07 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Bremen-Bremerhaven vom 19. April 2007 - 9 Ca 9381/06 - abgeändert, soweit es der Klage stattgegeben hat:  
Die Klage wird insoweit abgewiesen.  
Die Klägerin hat die Kosten des gegen die Beklagte geführten Rechtsstreits zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

- Die Parteien streiten im Wesentlichen darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht. 1
- Die Klägerin ist ausgebildete Lehrkraft. Sie schloss am 1. Februar 2005 mit dem in Bremen ansässigen S eV einen vom 1. Februar bis zum 31. Juli 2005 befristeten Arbeitsvertrag, der eine wöchentliche Arbeitszeit von 21,4 Stunden und eine Vergütung nach der Vergütungsgruppe III des BAT vorsah. Am 12. Juli 2005 vereinbarten die Klägerin und der S eV einen weiteren befristeten Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. August 2005 bis zum 31. Juli 2006, in dem eine wöchentliche Arbeitszeit von 15 Unterrichtsstunden festgelegt war. Daneben schlossen die Klägerin und der S eV am 31. August 2005 einen zweiten befristeten Arbeitsvertrag für die Zeit vom 1. September 2005 bis zum 31. Januar 2006, der zunächst eine Arbeitszeit von zwei Unterrichtsstunden vorsah und mit Vereinbarung vom 13. Januar 2006 unter Erhöhung der wöchentlichen Arbeitszeit auf vier Unterrichtsstunden bis zum 31. Juli 2006 verlängert wurde. 2
- Der S eV unterhält keinen eigenen Schulbetrieb und hat keine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung. Mit Freistellungsbescheid für die Kalenderjahre 3

1999, 2000 und 2001 wurde dem Verein vom zuständigen Finanzamt bescheinigt, dass er von der Körperschaftsteuer und der Gewerbesteuer befreit ist, weil er ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigten gemeinnützigen Zwecken dient. Des Weiteren bescheinigte das Finanzamt am 19. Dezember 2006, dass der Verein eine gemeinnützige Körperschaft iSd. Bestimmungen des Einkommensteuergesetzes ist.

Während der gesamten Dauer ihres Arbeitsverhältnisses war die Klägerin in der Integrierten Stadtteilschule I in Bremen, einer öffentlichen Schule der beklagten Stadtgemeinde, tätig. Dort war sie ua. als Klassenlehrerin für eine 7. und 8. Hauptschulklasse eingesetzt und bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19 Unterrichtsstunden in den Schulbetrieb eingegliedert. Grundlage für den Einsatz war eine zwischen dem S eV und der Beklagten im Jahr 2001 geschlossene Kooperationsvereinbarung, in der es auszugsweise heißt:

4

**„§ 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.

**§ 2**

**Auftrag**

Die S e.V. erfüllt im Auftrag des Senators für Bildung und Wissenschaft die Organisation und den Einsatz von Personal an Bremer Schulen zur Durchführung der o.a. Projekte.

...

**§ 5**

**Mitarbeiter/innen**

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

Die Auswahl der Mitarbeiter/innen hat sich am vorher festgelegten Bedarf (siehe Einzelvereinbarungen) zu orientieren. 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 S e.V. und unterliegen in arbeitsrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht ausschließlich den zwischen ihnen und der S e.V. getroffenen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen. Die S 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 Haushaltsrechts Einzelanweisungen der Schulleitung entgegen.

Die Zuständigkeit der S e.V. für die generelle Dienst- und Fachaufsicht nach Absatz 1 Satz 2 bleibt dadurch unberührt. ...

...

## **§ 11**

### **Zuwendungen**

Zur Absicherung der Arbeit des Vereins S e.V. im Bildungsbereich werden für Leitung, Verwaltung, Personalentwicklung, Koordination etc. Overhead-Kosten/ Verwaltungskosten gezahlt. Die Overhead-Kosten betragen höchstens 12 % der jährlichen Zuwendungssumme (Personalkosten für die Einzelmaßnahmen). Die Zuwendung erfolgt im Rahmen der institutionellen Förderung als Fehlbedarfsfinanzierung. Die Höhe der Zuwendung wird abhängig von der verabredeten Leistung im Zuwendungsbescheid geregelt.

## **§ 12**

### **Einzelvereinbarungen**

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

Die Einzelvereinbarungen sind Bestandteil dieses Vertrages.“

In der in § 12 des Kooperationsvertrags erwähnten Einzelvereinbarung zwischen dem S eV und dem Senator für Bildung und Wissenschaft der beklagten Stadtgemeinde ist ua. ausgeführt:

5

„Die S e.V. bietet im Rahmen des Projektes ‚**Ergänzende Maßnahmen zur Unterrichtsvertretung**‘ Unterricht durch fachlich ausgebildete Lehrkräfte an.

#### **A. Gegenstand der Vereinbarung**

Gegenstand dieser Vereinbarung ist die Bereitstellung von Personal für das Projekt ‚Ergänzende Maßnahmen zur Unterrichtsvertretung‘ an den Schulen der Stadtgemeinde Bremen.

Die Maßnahmen umfassen folgende Einzelprojekte:

##### **- Lehrerfeuerwehr (LFW)**

Unterrichtsvertretung bei längerfristigen Krankheitsausfallen in den Schulen (3 Monate und länger) im Rahmen einer sog. Lehrerfeuerwehr

##### **- Flexible Unterrichtsvertretung (FUV)**

Flexible Unterrichtsvertretung bei Krankheitsausfallen, die durch schulische Maßnahmen nicht abgedeckt werden können (länger als 1 Monat)

##### **- Nachwuchssicherung (NWS)**

Sicherung des Nachwuchses zur Abdeckung des Unterrichts in den Mangelfachern bzw. Fachbereichen.

Die Anstellung des Personals obliegt der S e.V. als Arbeitgeber.

...

#### **C. Verfahrensvereinbarung**

1. Auf Anforderung der Schulen nach einer flexiblen Unterrichtsvertretung bei Krankheitsausfallen oder nach einer sog. Lehrerfeuerwehr bei längerfristigen Krankheitsausfallen beauftragt der Senator für Bildung und Wissenschaft die S e.V. schriftlich mit

der Durchführung der Unterrichtsvertretung.  
Die Beauftragung beinhaltet den Schulstandort, die Beschäftigungsdauer, den Stundenumfang und den Vertretungsanlass.

2. Personal

Die S e.V. stellt zur Durchführung der Projekte qualifiziertes Personal zur Verfügung.

Das Personal wird je nach Qualifikation nach dem BAT vergütet, im Höchstfalle nach BAT III. Hierbei ist die Einhaltung des Besserstellungsverbots zu beachten.

Die Arbeitszeit des Personals ist analog der Arbeitszeit der Lehrkräfte im öffentlichen Dienst geregelt.

Die Finanzierung des Projekts erfolgt im verfügbaren Ressourcenrahmen.“

In einem Schreiben der Referatsleiterin Finanzmanagement des Senators für Bildung und Wissenschaft der Freien Hansestadt Bremen vom 13. Dezember 2006 heißt es, der S eV habe für die Durchführung des Vertretungsprogramms bisher keine gesonderten Verwaltungskosten beantragt oder erhalten, sondern beziehe eine auch Verwaltungskosten beinhaltende Zuwendung im Rahmen der institutionellen Förderung; die Verwendung dieser Verwaltungskosten werde centgenau nachgewiesen und abgerechnet.

6

Mit der am 7. August 2006 gegen die Beklagte und den S eV erhobenen Klage hat die Klägerin die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten und die vorläufige Weiterbeschäftigung begehrt. Gegenüber dem S eV hat sie zuletzt die Feststellung, dass das Arbeitsverhältnis nicht mit dem 31. Juli 2006 beendet sei, und die Verurteilung zur vorläufigen Weiterbeschäftigung geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, zwischen ihr und der Beklagten sei von Beginn ihrer Tätigkeit in der Einsatzschule an ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zu den Bedingungen vergleichbarer, bei der Beklagten angestellter Lehrkräfte zustande gekommen. Der S eV fungiere lediglich formal als Arbeitgeber. Er habe weder in persönlicher noch in fachlicher Hinsicht Vorgesetztenfunktion ausgeübt. Auch organisiere der Verein nicht nur die Krankenvertretung an Schulen, sondern stelle die bei ihm eingestellten Lehrkräfte der Beklagten auch bei anderen personellen Engpässen

7

zur Verfügung. Die vorliegende Konstruktion sei ein Umgehungsgeschäft. Jedenfalls handele es sich um unzulässige Arbeitnehmerüberlassung oder überlassende Arbeitsvermittlung.

Die Klägerin hat zuletzt - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - beantragt

8

1. festzustellen, dass zwischen ihr und der Beklagten seit dem 1. Februar 2005 ein unbefristetes Anstellungsverhältnis über eine Tätigkeit als Lehrerin im öffentlichen Schuldienst nach Maßgabe des BAT und den diesen ergänzenden, ändernden und ersetzenden Tarifbestimmungen in der jeweils gültigen Fassung sowie unter Eingruppierung der Klägerin in Vergütungsgruppe II a BAT und einer wöchentlichen Arbeitszeit von 15 Unterrichtsstunden im Zeitraum bis 31. August 2005, von 17 Unterrichtsstunden bis 15. Januar 2006 und von 19 Unterrichtsstunden seit dem 16. Januar 2006 besteht, und dass dieses Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der Befristungen vom 12. Juli 2005, 31. August 2005 und 13. Januar 2006 mit dem 31. Juli 2006 beendet wurde und
2. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin zu den unter Ziff. 1 genannten Bedingungen mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 19 Unterrichtsstunden vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits über den 31. Juli 2006 hinaus weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, zwischen ihr und der Klägerin sei kein Arbeitsverhältnis begründet worden. Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG scheidet schon deshalb aus, weil der S eV als anerkannte gemeinnützige Körperschaft keine gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung betreibt. Im Übrigen habe der Verein alle Arbeitgeberpflichten und das Arbeitgeberisiko getragen.

9

Das Arbeitsgericht hat der gegen die Beklagte gerichteten Klage - mit dem oben wiedergegebenen Antrag - stattgegeben und die gegen den S eV gerichtete Klage abgewiesen. Hiergegen haben die Klägerin und die Beklagte im Umfang ihres jeweiligen Unterliegens Berufung eingelegt. Das Landesarbeitsgericht hat das Verfahren zwischen der Klägerin und dem S eV abgetrennt und ausgesetzt und die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit

10

ihrer Revision verfolgt die Beklagte weiterhin das Ziel der Klageabweisung.

## **Entscheidungsgründe**

- Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Die Vorinstanzen haben zu Unrecht angenommen, zwischen den Parteien bestehe ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. 11
- I. Die gegen die beklagte Stadtgemeinde gerichtete Feststellungsklage ist zulässig. 12
1. Der Antrag ist hinreichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Wie die gebotene Auslegung ergibt, handelt es sich um eine allgemeine Feststellungsklage, mit der das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses für bestimmte Zeiträume zu den im Antrag bezeichneten Bedingungen festgestellt werden soll. Damit verbunden ist eine Befristungskontrollklage iSv. § 17 Satz 1 TzBfG, mit der die Feststellung begehrt wird, das zwischen den Parteien entstandene Arbeitsverhältnis habe nicht durch die zwischen der Klägerin und dem S eV vereinbarte Befristung zum 31. Juli 2006 geendet. 13
2. Der Antrag genügt den Erfordernissen des § 256 Abs. 1 ZPO. Die Klägerin hat ein rechtliches Interesse daran, dass das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses mit der Beklagten in den bezeichneten Zeiträumen und dessen Fortbestand über den 31. Juli 2006 hinaus alsbald festgestellt wird. 14
- II. Der allgemeine Feststellungsantrag ist unbegründet. Zwischen den Parteien ist kein Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Ein solches ist weder durch vertragliche Vereinbarung noch kraft gesetzlicher Fiktion noch aufgrund der Umgehung zwingender gesetzlicher Vorschriften oder eines Gestaltungsmissbrauchs entstanden. 15



1. Ein Arbeitsverhältnis zur Beklagten besteht nicht kraft vertraglicher Vereinbarung. Die Eingliederung der Klägerin in die Organisation der Schule der Beklagten genügt unter Berücksichtigung der von der Klägerin und der Beklagten mit dem S eV getroffenen Vereinbarungen nicht, um einen Vertragschluss zwischen den Parteien durch schlüssiges Verhalten zu begründen. 16
2. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts ist zwischen den Parteien kein Arbeitsverhältnis kraft gesetzlicher Fiktion nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommen. Es fehlt bereits an der hierzu erforderlichen Gewerbsmäßigkeit der Arbeitnehmerüberlassung. 17
- a) Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter zu dem zwischen dem Entleiher und dem Verleiher für den Beginn der Tätigkeit vorgesehenen Zeitpunkt als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Nach § 9 Nr. 1 AÜG ist der Vertrag zwischen Verleiher und Leiharbeiter unwirksam, wenn der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis hat. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG bestimmt, dass Arbeitgeber, die als Verleiher Dritten Arbeitnehmer gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, der Erlaubnis bedürfen. 18
- aa) Gewerbsmäßig iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats jede nicht nur gelegentliche, sondern auf eine gewisse Dauer angelegte und auf die Erzielung unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteile gerichtete selbständige Tätigkeit. Entscheidendes Kriterium ist die Gewinnerzielungsabsicht. Dabei kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich ein Gewinn erzielt wird (*BAG 20. April 2005 - 7 ABR 20/04 - zu B II 2 c aa der Gründe, EZA AÜG § 14 Nr. 5 mwN*). An einer Gewinnerzielungsabsicht fehlt es, wenn die Überlassung lediglich gegen Erstattung der Personalkosten erfolgen soll und dem Verleiher dadurch auch mittelbar keine wirtschaftlichen Vorteile erwachsen (*BAG 25. Januar 2005 - 1 ABR 61/03 - zu B II 4 b bb (2) der Gründe, BAGE 113, 218; 21. März 1990 - 7 AZR 198/89 - zu I 2 a bb der Gründe, BAGE 65, 43*). 19

- bb) An diesem Verständnis der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung iSd. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG und insbesondere dem Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht hält der Senat fest. Es entspricht dem Wortlaut der Vorschrift, dem gesetzlichen Gesamtzusammenhang, dem Sinn und Zweck, der Gesetzesgeschichte und den Erfordernissen der Rechtssicherheit. 20
- (1) Hierfür spricht bereits der Gesetzeswortlaut. Der Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ legt es zumindest nahe, eine Gewinnerzielungsabsicht zu verlangen und eine uneigennützige Tätigkeit nicht ausreichen zu lassen. 21
- (2) Systematische Erwägungen sprechen dafür, den Begriff der Gewerbsmäßigkeit ebenso wie im Gewerberecht zu verstehen, in dem die Gewinnerzielungsabsicht notwendige Voraussetzung für den Betrieb eines Gewerbes iSd. Gewerbeordnung ist (*vgl. etwa BVerwG 11. März 2008 - 6 B 2/08 - Rn. 5 mwN, NJW 2008, 1974*). 22
- (3) Auch nach Sinn und Zweck der in § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG normierten Erlaubnispflicht erscheint es angezeigt, bei der Gewerbsmäßigkeit auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht nicht zu verzichten. Bei einer nicht auf Gewinnerzielung angelegten, uneigennützigen Arbeitnehmerüberlassung ist die Gefahr der Absenkung des Sozialschutzes der betroffenen Arbeitnehmer jedenfalls typischerweise geringer als wenn die Arbeitnehmerüberlassung darauf ausgerichtet ist, durch sie wirtschaftliche Gewinne zu erzielen. 23
- (4) Für dieses Verständnis spricht auch die Gesetzesgeschichte. In der Gesetzesbegründung zum Entwurf des AÜG vom 7. August 1972 heißt es (*BT-Drucks. VI/2303 S. 10 und BR-Drucks. 200/71 S. 10*): „Erlaubnispflichtig ist nur die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, da im übrigen kein besonderes Kontrollbedürfnis besteht. Das gewerbsmäßige Überlassen setzt voraus, daß der Hauptzweck des Betriebes oder eines Betriebsteils darauf gerichtet ist, aus der Arbeitnehmerüberlassung einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen.“ Dieses Verständnis hat der Gesetzgeber bei den späteren Gesetzesänderungen und -reformen des AÜG nicht aufgegeben. 24

- (5) Diese Auslegung ist schließlich auch aus Gründen der Rechtssicherheit 25  
veranlasst. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, zur Bestimmung der  
Gewerbsmäßigkeit sei eine wertende Betrachtung aller Umstände des Einzel-  
falls erforderlich, um Gestaltungsmissbrauch auszuschließen, und nur die-  
jenigen Formen der Arbeitnehmerüberlassung seien von der Erlaubnispflicht  
auszunehmen, die unter Betrachtung der Interessenlage dieser Erleichterung  
bedürften. Eine derart wertende Betrachtung der öffentlich-rechtlich aus-  
gestalteten Erlaubnispflicht würde aber zu kaum noch handhabbaren Ab-  
grenzungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten führen.
- (6) Ein anderes Verständnis der Gewerbsmäßigkeit iSv. § 1 Abs. 1 Satz 1 26  
AÜG ist auch im Hinblick auf die bis zum 5. Dezember 2011 in nationales Recht  
umzusetzende Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des  
Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit (*LeiharbeitRL*, *ABl. 5. Dezem-  
ber 2008 L 327 S. 9*) nicht geboten. Dabei kann dahinstehen, ob die Richtlinie  
- wofür Einiges spricht - auch für die nicht gewerbsmäßige Arbeitnehmerüber-  
lassung gilt. Jedenfalls sieht sie weder zwingend eine Erlaubnispflicht für die  
Arbeitnehmerüberlassung noch für den Fall des Fehlens einer solchen Erlaub-  
nis die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und  
dem Entleiher vor. Vielmehr ist es Sache des nationalen Gesetzgebers, inner-  
halb der Umsetzungsfrist zu entscheiden, wie er den Richtlinienvorgaben  
genügt.
- b) Hiernach sind im Streitfall die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 Satz 1 27  
AÜG nicht erfüllt. Der S eV bedurfte zur Gestellung der Lehrer an die Beklagte  
keiner Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG. Dabei kann zugunsten der  
Klägerin davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Gestellung um  
Arbeitnehmerüberlassung iSd. AÜG handelte (*vgl. dazu etwa BAG 20. April  
2005 - 7 ABR 20/04 - zu B II 2 b aa der Gründe mwN, EzA AÜG § 14 Nr. 5*).  
Jedenfalls erfolgte die Überlassung nicht gewerbsmäßig. Es fehlt an einer mit  
der Arbeitnehmerüberlassung verbundenen Gewinnerzielungsabsicht des S eV.
- aa) Die für die Gewerbsmäßigkeit erforderliche Gewinnerzielungsabsicht 28  
fehlt, wenn mit der Überlassung von Arbeitnehmern unmittelbar gemeinnützige

Zwecke verfolgt werden (*Schüren/Hamann AÜG 4. Aufl. § 1 Rn. 276; ErfK/Wank 10. Aufl. AÜG § 1 Rn. 35; Thüsing/Waas AÜG 2. Aufl. § 1 Rn. 100*). Das ist regelmäßig der Fall bei Einrichtungen und Institutionen, die als gemeinnützig iSd. steuerrechtlichen Vorschriften anerkannt sind (*Schüren/Hamann § 1 Rn. 276 mwN*). Hier wurde dem S eV steuerrechtlich für die Kalenderjahre 1999, 2000 und 2001 bescheinigt, dass er von der Körperschaft- und Gewerbesteuer befreit ist, weil er ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigten und gemeinnützigen Zwecken im Sinne der §§ 51 ff. AO dient. Mit Bescheid des Finanzamts Bremen-Mitte vom 19. Dezember 2006 wurde für Kapitalerträge, die in der Zeit vom 1. Februar 2007 bis 31. Dezember 2009 zufließen, bescheinigt, dass der Verein eine gemeinnützige Körperschaft iSv. § 44a Abs. 4, 7 EStG ist.

bb) Die Klägerin hat auch eine Gewinnerzielungsabsicht ihres Vertragsarbeitgebers weder behauptet noch Umstände vorgetragen, die für eine solche Absicht - ungeachtet der steuerrechtlichen Anerkennung der Gemeinnützigkeit - sprechen könnten. Nach § 11 des Kooperationsvertrags werden von der Beklagten im Rahmen der institutionellen Förderung als Fehlbedarfsfinanzierung lediglich „für Leitung, Verwaltung, Personalentwicklung, Koordination etc. Overhead-Kosten/Verwaltungskosten gezahlt“. Ausweislich der Erklärung der zuständigen Senatsverwaltung der Freien Hansestadt Bremen vom 13. Dezember 2006 hat der S eV für die Durchführung des Vertretungsprogramms bisher keine gesonderten Verwaltungskosten beantragt oder erhalten, sondern eine auch Verwaltungskosten beinhaltende, centgenau nachgewiesene und abgerechnete Zuwendung im Rahmen der institutionellen Förderung bezogen. Dies spricht gerade gegen eine auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit. Schließlich bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verein mittelbar wirtschaftliche Vorteile aus der Arbeitnehmerüberlassung zieht.

29

3. Zwischen den Parteien ist kein Arbeitsverhältnis in analoger Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zustande gekommen. Die Regelung ist bei einer nicht gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nicht entsprechend

30

anwendbar. Es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Bestimmung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ist erforderlich, weil bei Fehlen der nach § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG erforderlichen Erlaubnis der Vertrag des Leiharbeitnehmers mit dem Verleiher nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Damit der Arbeitnehmer in diesem Fall überhaupt in einem Arbeitsverhältnis steht, fingiert § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG ein solches zum Entleiher (*vgl. BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - zu III 2 der Gründe, BAGE 95, 165*). In den Fällen nicht gewerbsmäßiger Arbeitnehmerüberlassung besteht aber keine Erlaubnispflicht, so dass das Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Verleiher nicht unwirksam ist. Es bedarf deshalb keines Zustandekommens eines Arbeitsverhältnisses kraft Gesetzes. Daher kommt auch im Falle der - sich etwa aus einem Verstoß gegen schulrechtliche Bestimmungen ergebenden - Unwirksamkeit der dem Einsatz der Klägerin zugrunde liegenden Kooperations- und Einzelvereinbarungen eine entsprechende Anwendung des § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nicht in Betracht. Aus den vom Landesarbeitsgericht herangezogenen schulrechtlichen Vorschriften folgt nicht die Unwirksamkeit des Arbeitsvertrags der Klägerin mit dem S eV.

4. Zwischen den Parteien besteht kein Arbeitsverhältnis aufgrund ver- 31  
muteter Arbeitsvermittlung. Nachdem § 13 AÜG durch Art. 63 Nr. 9 des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes vom 24. März 1997 (*BGBI. I S. 594*) mit Wirkung vom 1. April 1997 ersatzlos aufgehoben wurde, gibt es in den Fällen der nach § 1 Abs. 2 AÜG vermuteten Arbeitsvermittlung ohnehin keine gesetzliche Grundlage mehr für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleiher. Die Entstehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher kann weder mit § 1 Abs. 2 AÜG noch mit einer entsprechenden Anwendung von § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG begründet werden (*ausführlich: BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - zu III der Gründe mwN, BAGE 95, 165*). Im Übrigen liegen auch die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 AÜG nicht vor. Es ist nicht ersichtlich, dass der S eV gegenüber der Klägerin nicht die üblichen Arbeitgeberpflichten übernommen hätte.

5. Entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts folgt die Begründung eines Arbeitsverhältnisses der Parteien nicht aus der Umgehung (*landes-*) verfassungsrechtlicher und landesgesetzlicher Vorgaben zum staatlichen Schulbetrieb oder aus einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltungsform. 32
- a) Die vom Landesarbeitsgericht herangezogenen Art. 7 GG und Art. 28 der Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen sowie die Vorschriften des Bremischen Schulgesetzes und Bremischen Schulverwaltungsgesetzes (*BremSchVwG*) verbieten den Einsatz von bei privatrechtlich organisierten Vereinen angestellten Lehrkräften in öffentlichen Schulen - zumindest ausdrücklich - nicht. § 8 Abs. 1 Satz 4 *BremSchVwG* lässt vielmehr sogar zu, zur Erfüllung schulischer Aufgaben Verträge mit anderen Institutionen zu schließen. Aber auch wenn der Einsatz der nicht bei der Beklagten angestellten Klägerin in einer öffentlichen Schule nach den Verfassungsvorgaben sowie schul- und schulverwaltungsrechtlichen Regelungen verboten wäre, hätte dies allenfalls zur Folge, dass er nicht praktiziert werden dürfte. Den vom Landesarbeitsgericht angeführten Regelungen kommt kein arbeitnehmerbezogener Schutzzweck dahin gehend zu, dass bei einem Fremdpersonaleinsatz in den Schulen der Stadtgemeinde Bremen ein Arbeitsverhältnis mit der Beklagten zu fingieren wäre. Die Freiheit, ein Arbeitsverhältnis einzugehen oder dies zu unterlassen, ist Ausdruck der durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Vertragsfreiheit. In diese wird eingegriffen, wenn ohne die zu einem Vertragsschluss erforderlichen beiderseitigen übereinstimmenden Willenserklärungen oder gar gegen den Willen einer oder auch beider Parteien kraft Gesetzes ein Arbeitsverhältnis begründet werden soll. Die Entscheidung des Gesetzgebers zu einem solchen Eingriff muss im Gesetz einen hinreichenden Ausdruck finden (*BAG 28. Juni 2000 - 7 AZR 100/99 - zu III 1 a der Gründe, BAGE 95, 165*). Dies ist bei den vom Landesarbeitsgericht zitierten schulrechtlichen Vorschriften nicht der Fall. 33
- b) Anhaltspunkte für einen Missbrauch der vertraglichen Gestaltungsfreiheit bestehen nicht. Zwischen der Klägerin und dem S eV besteht ein dem Kündigungsschutz und dem Geltungsbereich des TzBfG unterliegender 34

Arbeitsvertrag. Damit wird der gesetzliche Bestandsschutz gerade nicht umgangen.

III. Da es bereits an einem Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien fehlt, konnte auch die Befristungskontrollklage keinen Erfolg haben. 35

IV. Der Weiterbeschäftigungsantrag fällt dem Senat nicht zur Entscheidung an. Er ist für den Fall des Obsiegens mit dem allgemeinen Feststellungsantrag und der Entfristungsklage gestellt und auf die Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits gerichtet. Dieser tritt mit der Entscheidung des Senats ein. 36

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Wegen der Trennung der gegen den S eV erhobenen Ansprüche in der Berufungsinstanz (§ 145 Abs. 1 ZPO) sind die gegenüber der Beklagten gestellten Anträge kostenrechtlich so zu behandeln, als seien sie von vornherein in einer nur gegen die Beklagte gerichteten Klage verfolgt worden. 37

Linsenmaier

Gräfl

Schmidt

W. Bea

D. Glock