

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 106/09
10 Sa 14/08
Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
20. Januar 2010

URTEIL

Metze, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 2010 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtlichen Richter Sappa und Kremser für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 16. Juli 2008 - 10 Sa 14/08 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Freiburg vom 5. Februar 2008 - 3 Ca 397/07 - abgeändert:

Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 12. September 2005 zumindest bis zum 30. Juni 2008 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.
3. Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen zumindest bis zum 30. Juni 2008 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. 1

Der beklagte Zweckverband betreibt ua. eine Abendrealschule. Nach baden-württembergischem Landesrecht sind Abendrealschulen Ersatzschulen, die Berufstätige vorwiegend in Abendkursen in einem Lehrgang von mindestens zwei Jahren zum Realschulabschluss führen. In sie wird nur aufgenommen, wer die Pflicht zum Besuch der Grundschule und einer auf ihr aufbauenden weiterführenden Schule erfüllt hat. Der Unterricht an Abendrealschulen, der grundsätzlich von Lehrkräften erteilt werden soll, die die Befähigung zum Lehramt an Realschulen nachweisen können, orientiert sich am Bildungsplan der Realschule. Er umfasst die Fächer Deutsch, Pflichtfremdsprachen, Mathematik, Geschichte sowie die Fächerverbünde Erdkunde/Wirtschaftskunde/Gemeinschaftskunde und Naturwissenschaftliches Arbeiten. Zur Abschlussprüfung wird nur zugelassen, wer mindestens das letzte Schuljahr der Abendrealschule ordnungsgemäß besucht hat. 2

Der 1959 geborene Kläger, der den akademischen Grad eines „Magis- 3

ter Artium“ besitzt, aber nicht über die Befähigung zum Lehramt an Realschulen verfügt, unterrichtete an der Abendrealschule des Beklagten vom 12. September 2005 bis zum 30. Juni 2008. Grundlage der Zusammenarbeit war zuletzt der Honorarvertrag vom 5. Februar 2007, der ua. Folgendes regelt:

„§ 1 Tätigkeit

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, Unterricht in den Fächern

Geschichte/Gemeinschaftskunde und Biologie Abendrealschule Ober- und Unterkurs

zu erteilen.

§ 2 Zeit, Ort und Inhalt der Tätigkeit

Die Unterrichtszeiten werden zu Beginn der Tätigkeit einvernehmlich geregelt.

Grundlage für den Unterricht ist der Bildungsplan für Realschulen. Im Übrigen ist der Auftragnehmer in der inhaltlichen und methodischen Gestaltung des Unterrichts frei.

Der Unterricht wird in den Räumen der M, erteilt.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich ferner, an den Lehrerkonferenzen teilzunehmen.

Der Auftragnehmer wird übernommene Lehrtätigkeit persönlich ausüben.

§ 3 Honorar

Der Auftragnehmer erhält für seine Leistungen ein Honorar nur für tatsächlich erteilten Unterricht. Der Honorarsatz für eine geleistete Unterrichtsstunde beträgt derzeit 22,11 €. Bei tariflichen Erhöhungen für Lehrkräfte an Realschulen erfolgt eine Anpassung des Honorarsatzes.

Die Fahrtkosten werden nach dem Landesreisekostengesetz Baden-Württemberg erstattet.

Es erfolgt keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Es besteht kein Urlaubsanspruch.

...

§ 4 Anzeige und Nachleistung bei Verhinderung

Im Falle der Erkrankung oder sonstigen Verhinderung verpflichtet sich der Auftragnehmer, den Schulleiter der Abendrealschule unverzüglich d.h. vor Unterrichtsbeginn, zu verständigen.

§ 5 Status/Beginn und Beendigung

Durch diesen Vertrag wird ein Arbeitsverhältnis nicht begründet. Der Auftragnehmer ist auch nicht arbeitnehmerähnliche Person. Die Tätigkeit ist nebenberuflich.

Der Vertrag wird mit Wirkung ab 01.09.2006 geschlossen. Er kann mit einer Frist von vier Wochen zum Monatsende gekündigt werden. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt unberührt.

Für die Kündigung gilt Schriftform.

§ 6 Verfallklausel

Alle wechselseitigen Ansprüche aus diesem Vertrag verfallen, wenn sie nicht innerhalb von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden.

...“

Zu einem an das Regierungspräsidium F gerichteten „Antrag“ des Beklagten vom 22. August 2006 auf „Anstellung“ des Klägers teilte dieses dem Beklagten mit Schreiben vom 13. September 2006 mit, eine Unterrichtsgenehmigung für Lehrkräfte, die nicht über die Lehrbefähigung an Realschulen verfügen, sei nicht möglich. Die Unterrichtstätigkeit des Klägers wurde aber von dem Regierungspräsidium F wie in der Vergangenheit auch für das Schuljahr 2007/2008 geduldet. 4

Mit seiner am 29. Oktober 2007 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses geltend gemacht und vorgetragen, außer ihm würden alle beim Beklagten tätigen Lehrkräfte als Arbeitnehmer beschäftigt. Er sei demselben Regelwerk unterworfen und habe sich, auch wenn er in einem Nebenfach unterrichte, an die geltenden Vorschriften zu halten. In der zeitlichen Lage seines Unterrichts sei er an die Vorgaben des Beklagten gebunden. 5

Der Kläger hat zuletzt beantragt: 6

Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien seit dem 12. September 2005 zumindest bis zum 30. Juni 2008 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. 7

Der Kläger sei als freier Mitarbeiter beschäftigt worden. Er sei nicht an einen Lehrplan gebunden gewesen, der Unterricht orientiere sich nur am Bildungsplan für Realschulen. Außerdem fänden in den vom Kläger unterrichteten Nebenfächern keine zentral gestellten schriftlichen Abschlussprüfungen statt. Neben dem Kläger sei bis zum Schuljahr 2007/2008 noch ein weiterer Nebenfachlehrer als Honorarkraft eingesetzt worden. 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter. 9

Im Laufe des Rechtsstreits hat der Beklagte Kündigungen zum 30. Juni, 31. August und 30. September 2008 ausgesprochen, wegen deren Wirksamkeit ein Kündigungsschutzverfahren beim Arbeitsgericht Freiburg anhängig ist. 10

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist zulässig und begründet. 11

I. Die Revision ist zulässig. 12

Der Kläger hat zwar die Fristen zur Einlegung und Begründung der Revision (§ 74 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbGG) versäumt. Auf seinen rechtzeitig (§ 234 Abs. 1 und 2 ZPO) gestellten Antrag ist ihm aber nach § 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil er ohne sein Verschulden verhindert war, die Frist zur Einlegung der Revision, die eine Notfrist ist (§ 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 548 ZPO) und die Frist zur Begründung der Revision einzuhalten. Der Kläger war wegen Mittellosigkeit nicht in der Lage, rechtzeitig Revision einzulegen und die Revision zu begründen. Er hat innerhalb der Rechtsmittelfrist Prozesskostenhilfe beantragt, die ihm mit Beschluss vom 3. Februar 2009 (- 5 AZA 1/09 -) bewilligt worden ist. 13

- II. Die Revision ist begründet. Die Vorinstanzen haben zu Unrecht angenommen, zwischen den Parteien habe bis zum 30. Juni 2008 kein Arbeitsverhältnis bestanden. 14
1. Die Feststellungsklage ist zulässig. Der Kläger hat ein rechtliches Interesse (§ 256 Abs. 1 ZPO) daran, dass das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses alsbald festgestellt werde (vgl. nur Senat 9. März 2005 - 5 AZR 493/04 - zu I der Gründe, AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 167 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 3). Trotz der zeitlichen Begrenzung ist der Feststellungsantrag nicht auf die Feststellung eines vergangenen Rechtsverhältnisses gerichtet. Ob zwischen den Parteien zumindest bis zum 30. Juni 2008 ein Arbeitsverhältnis bestanden hat, ist zwischen ihnen nach wie vor streitig und Vorfrage der noch beim Arbeitsgericht anhängigen Kündigungsschutzklage. Diese kann überhaupt nur dann Erfolg haben, wenn zum Zeitpunkt der Kündigungen ein Arbeitsverhältnis bestand (vgl. Senat 28. November 2007 - 5 AZR 952/06 - Rn. 12 f., EzA BGB 2002 § 626 Verdacht strafbarer Handlung Nr. 4). 15
2. Die Klage ist begründet. Zwischen den Parteien hat seit 12. September 2005 zumindest bis zum 30. Juni 2008 ein Arbeitsverhältnis bestanden. 16
- a) Das Landesarbeitsgericht ist zunächst zutreffend von den rechtlichen Grundsätzen ausgegangen, die der Senat zur Abgrenzung eines Arbeitsverhältnisses von dem Rechtsverhältnis eines freien Mitarbeiters aufgestellt hat. 17
- Hiernach unterscheiden sich beide durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (Senat 14. März 2007 - 5 AZR 499/06 - Rn. 13, AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 13 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 10; 25. Mai 2005 - 5 AZR 347/04 - BAGE 115, 1; 16. Februar 2000 - 5 AZB 71/99 - BAGE 93, 310). Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer 18

ist derjenige Mitarbeiter, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 HGB; Senat 25. Mai 2005 - 5 AZR 347/04 - aaO; 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - BAGE 88, 263). Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls in Betracht zu ziehen und in ihrer Gesamtheit zu würdigen. Der jeweilige Vertragstyp ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben (vgl. Senat 22. August 2001 - 5 AZR 502/99 - zu II 2 a der Gründe, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 109 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 86; 12. September 1996 - 5 AZR 1066/94 - BAGE 84, 108). Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrags zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend (Senat 25. Mai 2005 - 5 AZR 347/04 - aaO; 30. September 1998 - 5 AZR 563/97 - BAGE 90, 36).

b) Diese Grundsätze gelten auch für Unterrichtstätigkeiten. Entscheidend ist, wie intensiv die Lehrkraft in den Unterrichtsbetrieb eingebunden ist, in welchem Umfang sie den Unterrichtsinhalt, die Art und Weise der Unterrichtserteilung, ihre Arbeitszeit und die sonstigen Umstände der Dienstleistung mitgestalten und inwieweit sie zu Nebenarbeiten herangezogen werden kann. Wer an einer allgemeinbildenden Schule unterrichtet, ist in der Regel Arbeitnehmer, auch wenn er seinen Beruf nebenberuflich ausübt. Dagegen können etwa Volkshochschuldozenten, die außerhalb schulischer Lehrgänge unterrichten oder Lehrkräfte, die nur Zusatzunterricht erteilen, auch als freie Mitarbeiter beschäftigt werden (Senat 9. März 2005 - 5 AZR 493/04 - zu II 1 b der Gründe, AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 167 = EzA BGB 2002 Arbeitnehmerbegriff Nr. 3; 9. Juli 2003 - 5 AZR 595/02 - zu II 2 der Gründe, AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 158). Aufgrund dieser typisierenden Betrachtungsweise hat der Senat bereits entschieden, dass Lehrer an Abendgymnasien regelmäßig Arbeitnehmer des Schulträgers sind (12. September 1996 - 5 AZR 104/95 - BAGE 84, 124).

19

c) Das Vertragsverhältnis der Parteien ist danach als Arbeitsverhältnis einzuordnen. 20

aa) Der Kläger unterrichtet an einer allgemeinbildenden Schule. Abendrealschulen sind Schulen, die Berufstätige vorwiegend in Abendkursen in einem Lehrgang von mindestens zwei Jahren zum Realschulabschluss führen, § 2 der Verordnung der Landesregierung Baden-Württemberg über die Abendrealschulen vom 16. Juli 1968 (*GBl. BaWü 1968, 320; VO 1968*). Als Ersatzschulen unterliegen sie den Bestimmungen des Privatschulgesetzes (§§ 1, 5 *VO 1968*) und damit der staatlichen Schulaufsicht. Fächerkanon und Abschlussprüfung sind detailliert durch Verordnung des Kultusministeriums geregelt (*zuletzt: Verordnung des Kultusministeriums Baden-Württemberg über die Abschlussprüfung an Abendrealschulen vom 5. September 2006, GBl. BaWü 2006, 297; VO 2006*). 21

Nach § 2 Abs. 2 des Honorarvertrags muss der Kläger seinem Unterricht den Bildungsplan für Realschulen zugrunde legen. Er erteilt nicht bloß - wie in dem der Entscheidung des Senats vom 9. März 2005 (- 5 AZR 493/04 - *AP BGB § 611 Lehrer, Dozenten Nr. 167 = EzA BGB 2002 § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 3*) zugrunde liegenden Fall - Zusatzunterricht, sondern Pflichtunterricht (*vgl. § 3 Abs. 1 VO 2006*). Das räumt der Beklagte in seiner Revisionserwiderung auch ein. Zudem ist der Kläger zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet (§ 2 Abs. 5 *Honorarvertrag*), ein typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis (*BAG 13. März 2008 - 2 AZR 1037/06 - Rn. 25, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 176 = EzA KSchG § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 159; vgl. auch Senat 16. Juli 1997 - 5 AZR 312/96 - zu II der Gründe, BAGE 86, 170*). 22

bb) Darüber hinaus kann der Kläger nicht im Wesentlichen frei seine Arbeitszeit bestimmen, sondern ist bei der Gestaltung der Arbeitszeit eingebunden in die Unterrichtsabläufe beim Beklagten. Seinen Unterricht muss er zwischen 18:00 Uhr und 21:30 Uhr erteilen. Den Wochentag für seine Unterrichtstätigkeit kann er nicht frei wählen. Der Dienstagabend geht unstreitig auf einen Vorschlag des Beklagten bei Beginn des Vertragsverhältnisses zurück, 23

welcher auf einer damals an diesem Tag bestehenden Lücke beruhte. Nach dem vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Sachvortrag des Beklagten könnte der Kläger zwar hinsichtlich des Wochentags einen anderen Terminvorschlag machen bzw. hätte er bei Beginn des Vertragsverhältnisses Wünsche äußern können. Der Beklagte hat aber selbst nicht behauptet, dem Kläger hinsichtlich der Unterrichtstage bei Beginn des Vertragsverhältnisses oder in der Folgezeit freie Wahl gelassen zu haben.

Außerdem muss der Kläger an den Lehrerkonferenzen teilnehmen (§ 2 Abs. 4 Honorarvertrag), Erkrankungen oder sonstige Verhinderungen dem Schulleiter vor Unterrichtsbeginn mitteilen (§ 4 Honorarvertrag) und kann nicht außerhalb der Schulferien mit dem Unterricht aussetzen. Zudem vertritt er nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts verhinderte Lehrer, wengleich mit Unterricht in seinen eigenen Fächern. 24

d) Dagegen fallen die sonstigen Umstände, auf die das Landesarbeitsgericht abgestellt hat, nicht entscheidend ins Gewicht. 25

aa) Die „Dichte des Regelwerks“, dem ein Lehrer an einer allgemeinbildenden Schule bei seiner Unterrichtstätigkeit unterliegt, ist für die Frage der Weisungsgebundenheit kein taugliches, weil nicht messbares Kriterium. Der Senat hat zwar seine typisierende Unterscheidung zwischen Lehrern an allgemeinbildenden Schulen einerseits und außerhalb schulischer Lehrgänge Unterrichtenden andererseits ua. darauf gestützt, dass für den Unterricht an allgemeinbildenden Schulen - auch des zweiten Bildungswegs - ein dichtes Regelwerk von Vorschriften bestehe (vgl. Senat 12. September 1996 - 5 AZR 104/95 - zu II 3 a der Gründe, BAGE 84, 124). Innerhalb des Unterrichts an allgemeinbildenden Schulen aber nochmals nach einer bestimmten „Dichte“ zu differenzieren, ist nicht möglich. Auch wenn der Kläger im Rahmen der Orientierung an dem Bildungsplan für Realschulen nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts von ihm genutzte Freiräume hatte, steht das einem Arbeitsverhältnis nicht entgegen. 26

- bb) Ohne Belang ist das Fehlen zentral gestellter Abschlussprüfungen in den vom Kläger unterrichteten Nebenfächern. Auch die mündliche Prüfung und die Kompetenzprüfung, bei denen der Kläger nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts mitwirkte, unterliegen der staatlichen Regelung (§ 5 VO 2006). 27
- cc) Das Fehlen einer Erziehungsaufgabe bei Unterricht im zweiten Bildungsweg ist wegen des Alters der Schüler kein taugliches Kriterium für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft der dort tätigen Lehrkräfte (*Senat 12. September 1996 - 5 AZR 104/95 - BAGE 84, 124*). Unerheblich ist ferner, dass Nebenarbeiten wie Elternabende, Klassenfeste oder Schulausflüge nicht anfallen. Das betrifft nicht nur den Kläger, sondern in gleicher Weise die im Arbeitsverhältnis stehenden Lehrkräfte des Beklagten. An der Abendrealschule findet nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nur ein vom jeweiligen Klassenlehrer ausgerichtetes Abschlussfest statt. Ansonsten gibt es weder Elternabende noch Schulausflüge und Klassenfeste. 28
- e) Der Inhalt des festgestellten Arbeitsverhältnisses richtet sich grundsätzlich nach den Honorarverträgen der Parteien. Sollte ihr Arbeitsverhältnis über den 30. Juni 2008 hinaus fortbestehen, ist der Kläger als Lehrer für die zuletzt vereinbarten Fächer mit der in diesen Fächern im Ober- und Unterkurs anfallenden Stundenzahl (teilzeit-)beschäftigt. Hinsichtlich der Vergütung haben die Parteien eine solche nach Stunden verabredet, wobei die Vergütung eines als freier Mitarbeiter angestellten Lehrers pauschal nach bestimmten Honorarsätzen je geleisteter Unterrichtseinheit regelmäßig nur für den Fall einer tatsächlich gegebenen freien Mitarbeit vereinbart ist. Liegt ein Arbeitsverhältnis vor, ist für dessen gesamte Dauer die Höhe der Vergütung nicht bestimmt. Sofern nicht eine tarifliche Vergütungsregelung unmittelbar gilt, wird die übliche Vergütung geschuldet (*Senat 21. November 2001 - 5 AZR 87/00 - BAGE 100, 1*). 29

III. Der Beklagte hat gem. § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu 30
tragen.

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Sappa

Kremser