

5 Sa 575/10
35 Ca 14694/09
(ArbG München)

Verkündet am: 23.11.2011

Gapp
Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

in dem Rechtsstreit

B.
B-Straße, B-Stadt

- Kläger und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtssekretäre C.
C-Straße, A-Stadt

gegen

D.
D-Straße, A-Stadt

- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. A.
A-Straße, A-Stadt

hat die 5. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 26. Oktober 2011 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Dr. Wanhöfer und die ehrenamtlichen Richter Dahm und Gil

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Beklagten gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 12.05.2010 – Az. 35 Ca 14694/09 – wird kostenpflichtig zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird für den Beklagten zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht und ob der Kläger deswegen vom Beklagten weiter zu beschäftigen ist.

Der Kläger war vom 01.02.2000 bis 31.12.2001 sowie vom 21.05.2002 bis 20.11.2003 im Rahmen befristeter Arbeitsverhältnisse mit dem Beklagten als wissenschaftliche Hilfskraft beim E (im folgenden E) beschäftigt. Vom 01.10.2004 bis 28.02.2005 war er ebenfalls für den Beklagten, allerdings nicht im Bereich des E, sondern für das Bayerische Armeemuseum B-Stadt als wissenschaftlicher Angestellter tätig.

Ab 19.09.2005 schlossen die Parteien, seitens des Beklagten vertreten durch das E, insgesamt zehn Verträge ab, die jeweils als „Werkvertrag“ bezeichnet waren. Die Tätigkeit des Klägers erfolgte für das E. Die Verträge enthalten Termine „für die Erstellung des Werkes“. Hiernach ergeben sich zwischen der Unterschrift eines Vertreters des Beklagten und dem Termin für die Erstellung des Werkes folgende Zeiträume: 19.09.2005 bis 31.12.2005, 16.01.2006 bis 31.05.2006, 04.06.2006 bis 31.08.2006, 07.09.2006 bis 01.12.2006, 18.12.2006 bis 15.04.2007, 07.05.2007 bis 31.07.2007, 09.10.2007 bis 01.12.2007, 30.01.2008 bis 30.07.2008, 09.09.2008 bis 31.12.2008 und 23.03.2009 bis 30.11.2009.

Ab Ende 2006 (Vertrag vom 18.12.2006) fand die Tätigkeit des Klägers im Rahmen des Nachqualifizierungs- und Revisionsprojekts der Bayerischen Denkmalliste statt. Ziel des Projektes ist es zum Einen, die Bau- und Bodendenkmäler in Bayern exakt kartographisch und für jedermann im Internet digital abrufbar darzustellen. Zum Anderen soll die veraltete Bayerische Denkmalliste aktualisiert werden. Seit 2008 findet die Nachqualifizierung im Zusammenhang mit dem Aufbau des Fachinformationssystems Denkmalpflege statt. Bei dem Fachinformationssystem (FIS) handelt es sich um eine Datenbank. Hier werden alle wichtigen Daten zu den Baudenkmalern, Bodendenkmälern und beweglichen Denkmälern sowie Ensembles in Bayern erfasst. Ein Teil der im FIS erfassten Daten ist im Internet kostenlos öffentlich zugänglich (BayernViewer-denkmal). Die Bayerische Denkmalliste ist ein vom E nach dem Bayerischen Denkmalschutzgesetz geführtes Verzeichnis der Baudenkmalern, Bodendenkmälern und beweglichen Denkmälern. Als Denkmäler erkannte Bau- und Bodendenkmäler sind im Benehmen mit der örtlich zuständigen, betroffenen Gemeinde in die Denkmalliste einzutragen. Im BayernViewer-denkmal werden derzeit alle erfassten Objekte mit angenommener Denkmaleigenschaft kartographisch angezeigt, unabhängig davon, ob sie bereits – nach Herstellung des erforderlichen Benehmens der Gemeinde- in die Bayerische Denkmalliste eingetragen sind. Die Übereinstimmung zwischen den nach dem BayernViewer-denkmal zu schützenden Objekten und den in der Denkmalliste erfassten Objekten ist für den Bereich der Bodendenkmäler niedrig (zum Stand 26.07.2011 waren im BayernViewer-denkmal 47.349 Bodendenkmäler erfasst, in der Denkmalliste aber nur 1.526 Bodendenkmäler eingetragen). Das Gesamtprojekt soll bis 2012/13 abgeschlossen sein. An der Nachqualifizierung arbeiten Referentinnen und Referenten des E sowie Vertragspartner, die einen vergleichbaren „Werkvertrag“ wie der Kläger abgeschlossen haben. Der Kläger war im Bereich der Bodendenkmäler tätig.

Der Kläger war in den Dienststellen F. und G. des E tätig. Der Ort der Tätigkeit war davon abhängig, wo sich jeweils die Ortsakten des zu bearbeitenden Gebietes befanden, d.h. mittelfränkische Landkreise wurden in G. und schwäbische Landkreise in F. bearbeitet (ausnahmsweise wurde der Landkreis Weißenburg-Gunzenhausen vom Kläger in F. bearbeitet, wofür die Akten dorthin verbracht wurden). Einen Schlüssel hatte der Kläger zu den Räumen der Dienststelle nicht. Er hatte in der Dienststelle mit einer persönlichen Benutzerkennung Zugang zum Fachinformationssystem (FIS). Der Kläger konnte seine

Nachqualifizierungsarbeiten durch Eingabe in die behördeneigene Datenbank ausschließlich in den Räumlichkeiten des E in G. und F. erbringen. Ihm wurde hierfür vom Beklagten jeweils ein PC-Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt. Bis 16.08.2008 hatte der Kläger eine dienstliche E-Mail-Adresse (.B.@E.bayern.de) und war auch im Outlook-Adressverzeichnis aufgeführt. Danach benutzten die Mitarbeiter des E für Mail-Nachrichten an den Kläger dessen private Mail-Adresse (B@freenet.de). Bei der Dateneingabe hatte der Kläger die Richtlinien im Projekthandbuch des E zu beachten. Der Kläger besuchte im Frühjahr 2007 zwei Schulungen zum Fachinformationssystem. Am Zeiterfassungssystem nahm er nicht teil. Der Termin für die Fertigstellung wurde nach der Zahl der im Arbeitsgebiet bekannten archäologischen Fundstellen kalkuliert. Dabei wurde die Nachqualifizierung von täglich 10 Altdatensätzen mit zugehörigen Ortsakten zugrunde gelegt. Nach diesem Maßstab wurde auch die Vergütung kalkuliert.

Der letzte ebenfalls als „Werkvertrag“ bezeichnete und seitens des Beklagten am 23.03.2009 sowie vom Kläger am 01.04.2009 unterzeichnete Vertrag bezog sich auf die Nachqualifizierung der Kreisfreien Stadt Fürth, des Landkreises Fürth sowie des Landkreises Nürnberger Land. Der Vertrag enthält (auszugsweise) folgende Regelungen (zum Text des Vertrages im Übrigen wird auf Bl. 15 ff. d. A. Bezug genommen):

„1 Auftrag

Das E beauftragt den Auftragnehmer, im Sinne eines Werkvertrages gemäß § 631 BGB die in Nummer 2 aufgeführten Arbeiten zu erbringen. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, weitere Aufträge zu erteilen.

2 Auftragsinhalt

Im Rahmen des Initiative Zukunft Bayern – Projektes erfolgt die Revision und Nachqualifizierung der Bayerischen Denkmalliste. Die von dem Auftragnehmer erhobenen Informationen sollen dabei wesentlicher Bestandteil einer datenbankgestützten Internet-Publikation der Bayerischen Denkmalliste werden. Der Auftragnehmer leistet die Vorarbeit für die Nachqualifizierung der Denkmalliste für die Kreisfreie Stadt und den Landkreis Fürth sowie für den Landkreis Nürnberger Land. Die Denkmaleintragung ist Aufgabe des Auftraggebers. Die Art und der Umfang dieser von dem Auftragnehmer zu erbringenden Leistung beinhaltet im Einzelnen folgende Tätigkeiten:

1. Erfassung der Maßnahmen (Grabungsaktivitäten des Bayerischen Landesamtes für Denkmalpflege und privater Grabungsfirmen, Luftbilder, übrige Fundmeldungen) anhand der Ortsakten sowie der Grabungsdokumentationen und zusammenfassende Darstellung der Maßnahmeergebnisse.
2. Bewertung der Maßnahmeergebnisse hinsichtlich der Definition der Bodendenkmäler mit Überprüfung des bestehenden Eintrags der Denkmalliste und gegebenenfalls dessen Präzisierung und Ergänzung.
3. Thesaurierung der Maßnahmeergebnisse.
4. Vorschläge für die Erfassung erforderlicher Nachträge in die Denkmalliste, besonders der Altortbereiche mit Sakralbauten und Befestigungen inklusive Kartierung anhand historischer Karten oder anhand der Uraufnahme, bzw. Streichungen aus der Denkmalliste.
5. Digitale Kartierung der Flächen der Maßnahmen, der Maßnahmeergebnisse und der Flächen der Bodendenkmäler.
6. Änderungsvorschläge nach Abgleich der Liste der Bau- und Bodendenkmäler in Hinsicht auf Transferobjekte und komplementäre Einträge sowie gegebenenfalls nach Abgleich mit der Fläche des Weltkulturerbes Obergermanisch-raetischer Limes.
7. ...
8. ...
9. ...
10. Anfertigung von kurzen schriftlichen Berichten über den Bearbeitungsstand des vereinbarten Werkes auf Anforderung und bei Stellung der Rechnungen.
11. Umgehende Information an das Referat Z I über Beginn und Abschluss der Bearbeitung einer Gemeinde.

3 Gegenseitige Mitwirkungspflicht, Haftung

...

Der Auftragnehmer erhält die Möglichkeit, an einem Arbeitsplatz mit PC die notwendig in den Räumen des Auftraggebers zu erledigenden Arbeiten durchzuführen. Die Nutzung der zur Verfügung gestellten Ausstattungs- und Ausrüstungsgegenstände des Landesamtes erfolgt ausschließlich zum Zwecke der Erfüllung dieses Vertrages, wofür der Auftragnehmer in vollem Umfang haftet. ...

4 Fristen

Der Termin für die Erstellung des Werkes wird auf den 30. November 2009 festgelegt. Der vereinbarte Termin ist einzuhalten und kann nur in begründeten Sonderfällen im gegenseitigen Einverständnis beider Parteien abgeändert werden.

tigen Einvernehmen verlängert werden, jedoch grundsätzlich ohne Erhöhung der vereinbarten Vergütung.

5 Vergütung und Kostentragung

Der Auftragnehmer erhält für die Leistungen aus diesem Vertrag, einschließlich der Übertragung der Nutzungsrechte gemäß § 3, eine Vergütung in Höhe von € 31.200,00 einschließlich eventuell anfallender gesetzlicher Mehrwertsteuer.

Die Reisekosten und sonstige Nebenkosten sind in diesem Betrag inbegriffen.

Rechnungen können nach Abschluss der Bearbeitung der Kreisfreien Stadt Fürth, des Landkreises Fürth sowie nach Abschluss der Bearbeitung von ca. je einem Viertel (dreimal 10, einmal 12 Gemeinden) der Gemeinden und gemeindefreien Gebiete im Landkreis Nürnberger Land in Höhe von jeweils € 5.200,00 gestellt werden.

6 Werkvertragsbezogene Nachbesserungen

Genügt die angelieferte Arbeit nicht den Anforderungen, so kann eine Nachbesserung verlangt werden. Arbeiten, die trotz Nachbesserungen nicht den Anforderungen entsprechen, werden nicht honoriert; der Auftragnehmer verpflichtet sich zur anteiligen bzw. gegebenenfalls vollständigen Rückzahlung der Abschlagszahlung bis spätestens vierzehn Tage nach schriftlicher Erklärung des endgültigen Scheiterns von Nachbesserungen (Nummer 8.2 findet entsprechende Anwendung).

7 Informations- und Auskunftspflicht des Auftragnehmers

...

8 Kündigung und Rücktritt

1. Der Vertrag kann von beiden Vertragsschließenden jederzeit ohne Einhaltung einer Frist gekündigt werden, wobei der Kündigungsgrund schriftlich mitzuteilen ist. Der Auftragnehmer händigt in diesem Fall das zur Bearbeitung überlassene Material und alle Hilfsmittel sowie bis dahin vorliegende Arbeitsergebnisse bzw. auch Teilergebnisse umgehend und vollständig aus.

2. Bei Vorliegen von Kündigungsgründen, die der Auftragnehmer zu vertreten hat, bzw. wenn der Auftraggeber zu der Auffassung kommt, dass die Arbeiten im Rahmen des Vertrages unzureichend sind und der Auftragnehmer die festgestellten Mängel in einer vorgegebenen Frist nicht beheben kann, ist der Auftraggeber berechtigt, den Vertrag zu kündigen bzw. von diesem zurückzutreten.

Der Auftragnehmer erhält dann nur die Vergütung, die den bis zur Kündigung erbrachten Leistungen entspricht.

9 Ergänzende Vorschriften

Der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) und andere arbeitsrechtliche Bestimmungen finden auf das vorliegende Vertragsverhältnis keine Anwendung. Es gelten ausschließlich die Bestimmungen des BGB über den Werkvertrag (§§ 631 – 650). Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf vergüteten Urlaub und wird weder zur Sozial- und Krankenversicherung angemeldet noch wird das Honorar durch den Auftraggeber versteuert; dies obliegt dem Auftragnehmer. Er ist nicht Arbeitnehmer.“

Der Kläger arbeitete im Rahmen des Vertrages vom 23.03. / 01.04.2009 in der Dienststelle G., wo sich auch die Akten für das bearbeitete Gebiet befanden. Er nahm schon vor Unterzeichnung des Vertrages ab 09.03.2009 seine Tätigkeit auf. Ab dem 12.03.2009 gibt es wieder FIS-Einträge des Klägers. Seine FIS-Kennung war zu diesem Zeitpunkt nach wie vor aktiviert. Auch hatte der Kläger allgemeine Informationen für „NQ-Kräfte“ auch nach Ende des letzten Werkvertrages nach wie vor erhalten (vgl. E-Mails vom 27.01.2009, Bl. 441 ff. d. A., 19.02.2009, Bl. 477 ff. d. A., 26.02.2009, Bl. 478 d. A., 05.03.2009, Bl. 479 ff. d. A., und vom 06.03.2009, Bl. 487 ff. d. A.). Der Aufnahme der Tätigkeit war am 05.03.2009 eine Besprechung mit Herrn Dr. H. (Listenreferent Mittelfranken / Schwaben) bezüglich der Aufgaben im neuen Vertrag vorangegangen. Der Kläger wollte wissen, ob sich wegen der Vertragsformulierung, er solle Vorschläge für die Erfassung erforderlicher Nachträge in die Denkmalliste machen (Nr. 2.4. des Vertrages vom 23.03./01.04.2009) Änderungen gegenüber früheren Verträgen ergäben. Herr Dr. H. antwortete, dass er davon ausgehe, dass alles beim Alten bleibe. Der Kläger bearbeitete wie bei vorangegangenen Werkverträgen die FIS-Eingabemaske, überprüfte in diesem Rahmen bereits angelegte Denkmäler bzw. nahm Denkmäler neu in das FIS auf (was – wie beschrieben – nicht mit einer Aufnahme in die Bayerische Denkmalliste gleichzusetzen ist). Die Eigenschaft „im BV-d nicht angezeigt“ war bei den vom Kläger bearbeiteten Denkmal-Datensätzen auf „nein“ gestellt. Die vom Kläger in Bezug auf den Listentext oder die Kartierung im FIS veränderten bzw. neu angelegten Denkmäler wurden automatisch in den Datenbestand des BayernViewer-denkmal eingespielt und waren über das Internet einsehbar. Dabei wird als Verfahrensstand „Benehmen nicht hergestellt, nachqualifiziert“ angezeigt.

Der Kläger erhielt am 09.03.2009 von Herrn Dr. H. unter seiner Adresse B@freenet.de die Nachricht: „Voilà die Vorgaben für Maßnahmennamen etc.“ (Bl. 52 d. A.) Am 19.03.2009 erhielt der Kläger von Herrn Dr. I. (stellvertretender Leiter des Referats Z I im E „Bayerische Denkmalliste und Denkmaltopographie“) die E-Mail: „Liebe Kolleginnen und Kollegen, anbei aktualisierte Vorgaben für die Formulierung der Listentexte, Teilliste Bodendenkmäler. Bitte gut durcharbeiten. Bei Fragen direkt die zuständigen Referenten kontaktieren. Beste Grüße MU“ (Bl. 464 d. A.; auf weitere E-Mails vor Vertragsunterzeichnung vom 11.03.2009, Bl. 53 d. A., ebenfalls vom 11.03.2009, Bl. 458 d. A., 13.03.2009, Bl. 55 d. A., 17.03.2009, Bl. 56 d. A., 19.03.2009, Bl. 58 d. A., wird Bezug genommen). Am 18.03.2009 nahm der Kläger an einer FIS-Schulung in F. teil. Zur Teilnahme war er telefonisch am 11.03.2009 aufgefordert worden. Am 19.03.2009 forderte Herr Dr. H. den Kläger telefonisch auf, die Gemeinden Pommelsbrunn, Schwaig und Simmelsdorf so bald wie möglich zu bearbeiten, da hier eine Stellungnahme zu den Flächennutzungsplänen angefordert worden sei. Am 01.04.2009 schrieb Herr Dr. H. an den Kläger in einer E-Mail u. a.: „Im Anhang noch ein von Herrn J. angezeigter Korrekturbedarf der Denkmalerfassung in LAU. Bitte anhand OA prüfen und gegebenenfalls einarbeiten.“ (Bl. 468 d. A.; weiter wird auf die E-Mail von Herrn Dr. I. vom 08.04.2009, Bl. 403 ff. d. A., Bezug genommen). Am 29.04.2009 übergab die Referatsassistentin dem Kläger eine Telefonnotiz, nach der er einen Fund suchen solle, zu dem er im August 2006 bereits Recherchen angestellt hatte. Herr K. (Dienststellenleiter G.) fragte den Kläger, ob dieser im August Urlaub nehmen könne, da für diesen Zeitraum eine andere Person an den Arbeitsplatz des Klägers gesetzt werden solle. Am 20.05.2009 bat Herr Dr. H. den Kläger, einen Akt aus den Ortsakten Dinkelsbühl herauszusuchen, die darin befindlichen Literaturkopien zu kopieren und zu übersenden (Dinkelsbühl gehört nicht zu dem im Werkvertrag vom 23.03. / 01.04.2009 beschriebenen Gebiet). Im Juli 2009 wurde der Kläger einem Herrn J. von der Naturhistorischen Gesellschaft G. vorgestellt. Letzterer brachte Korrekturen und Ergänzungen zu Ortsakten mit und der Kläger wurde beauftragt, die Unterlagen zu berücksichtigen und sie einzuarbeiten. Am 25.08.2009 forderte Herr K. den Kläger auf, einen mutmaßlichen mittelalterlichen Turmhügel in Leinburg noch mit in die Denkmalliste aufzunehmen; die Bearbeitung der Gemeinde Leinburg war vom Kläger bereits abgeschlossen gewesen. Ebenfalls am 25.08.2009 bat Herr Dr. H. den Kläger, im Ortsakt Oberhochstadt nachzusehen, ob er dort Unterlagen zu einer vermeintlichen Römerstraße finde, die der Kläger im Jahr 2007 bearbeitet hatte. Am 30.09.2009 rief Herr Dr. H. den Kläger an und fragte ihn, ob er

noch einmal nach F. komme, da dort noch Funde zurücksortiert werden müssten. Auf die weiteren E-Mails während der Vertragslaufzeit des Vertrages vom 23.03./01.04.2009 vom 07.05.2009 (Bl. 473 d. A.), 08.07.2009 (Bl. 474 d. A.), 13.08.2009 (Bl. 475 d. A.), 24.08.2009 (Bl. 476 d. A.) wird Bezug genommen.

Der Kläger war nach Ende der Vertragslaufzeit des Vertrages vom 23.03./01.04.2009 am 30.11.2009 zunächst nicht weiter für den Beklagten tätig (nunmehr aber im Rahmen eines Prozessarbeitsverhältnisses). Der im Vertrag definierte Aufgabenbereich vor vollständig abgearbeitet.

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, die von ihm abgeschlossenen Werkverträge, insbesondere auch der letzte, seien als Arbeitsverträge zu qualifizieren. Er sei in die Arbeitsorganisation der Dienststellen G. bzw. F. eingegliedert gewesen.

Er sei auch deswegen Arbeitnehmer, da er u. a. für die selbständige Ausweisung von Bodendenkmälern zuständig gewesen sei und damit hoheitliche Aufgaben wahrgenommen habe. Da er bereits am 09.03.2009 seine Tätigkeit aufgenommen habe, sei eine etwaige Befristung im Vertrag vom 23.03./01.04.2009 unwirksam (zum erstinstanzlichen Vortrag des Klägers im Einzelnen wird auf seine Schriftsätze vom 30.09.2009, Bl. 1 ff. d. A., 14.12.2009, Bl. 25 ff. d. A., 12.03.2010, Bl. 40 ff. d. A. und 07.05.2010, Bl. 102 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Der Kläger hat beantragt:

- 1. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der am 23.03.2009 vereinbarten Befristung am 30.11.2009 beendet wird.**
- 2. Im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1) wird die Beklagte verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Inventarisor weiterzubeschäftigen.**

Der Beklagte hat**Klageabweisung**

beantragt und die Ansicht vertreten, der Kläger sei kein Arbeitnehmer. Vor diesem Hintergrund sei das TzBfG bereits nicht einschlägig. Der Kläger sei vielmehr aufgrund eines Werkvertrages für das E tätig geworden. Die Werkverträge im Rahmen des Nachqualifizierungsprojekts seien von der Deutschen Rentenversicherung Bund in zwei Parallelfällen bereits als selbständige Tätigkeiten qualifiziert worden. Die Vergütung sei entsprechend dem bei Werkverträgen Üblichen nach Fertigstellung bestimmter Teilleistungen zu zahlen gewesen. Der Kläger sei in seiner Zeiteinteilung frei gewesen, auch wenn er nur zu den Bürozeiten Zutritt zu den Räumen des E gehabt habe. Der Kläger habe auch keinen eigenen Arbeitsplatz gehabt. Vielmehr sei ihm nur ein PC zur Verfügung gestellt worden. Dass er möglicherweise immer den gleichen PC benutzt habe, könne nicht zu dem Schluss führen, ihm sei ein eigener Arbeitsplatz eingerichtet worden. Die vom Kläger teilweise liegengelassenen Sachen hätten von seinen Kollegen weggeräumt werden müssen, wenn der vom Kläger benutzte Arbeitsplatz durch andere Personen benötigt worden sei. Der Kläger sei nicht zu hausinternen Besprechungen und Arbeitsgruppensitzungen geladen worden. Die Teilnahme an der Schulung vom 18.03.2009 sei freiwillig aufgrund eines Angebots erfolgt. Die Übermittlung der aktualisierten Vorgaben für die Listebearbeitung habe lediglich dazu gedient, den Kläger als Werkvertragsnehmer über die aktuell gebotene Art der Bearbeitung der Listentexte zu informieren. Bei den Sachverhalten vom 20.05.2009 und 25.08.2009 habe es sich lediglich um Bitten von Herrn Dr. H., der ein freundschaftliches Verhältnis mit dem Kläger gehabt habe, gehandelt und nicht um Weisungen. In Bezug auf den Turmhügel Leinburg habe Herr K. dem Kläger ebenfalls keine Anweisung geben. Vielmehr habe er den Kläger darauf hingewiesen, dass er dieses Denkmal übersehen habe. Der Kläger werde auch nicht hoheitlich tätig, insbesondere sei er nicht berechtigt gewesen, an der Erstellung und Unterhaltung der Denkmalliste selbst zu arbeiten. Der Kläger habe sich geradezu aufgedrängt und auf diesem Weg versucht, sich in ein Arbeitsverhältnis hineinzudrängen. Er sei auch nicht auf Anweisung vor dem 23.03.2009 tätig geworden. Hier sei ebenfalls eine höfliche Frage auf vorbehaltlose Bereitschaft des Klägers getroffen (zum erstinstanzlichen Vortrag des Beklagten wird auf dessen Schriftsatz vom 14.04.2010, Bl. 79 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Mit Urteil vom 12.05.2010 gab das Arbeitsgericht der Klage statt. Zwischen den Parteien habe ein Arbeitsverhältnis bestanden, das bereits vor der schriftlichen Vereinbarung der Befristung begonnen und deshalb nicht durch die Befristung zum 30.11.2009 sein Ende gefunden habe. Die Umstände, unter denen der Kläger seine Leistungen zu erbringen gehabt habe, sprächen im Ergebnis für eine unselbständige und gegen eine selbständige Tätigkeit. Der Kläger habe seine Arbeitsleistung notwendigerweise in den Räumlichkeiten des Beklagten erbringen müssen und habe dabei stets den gleichen PC benutzt. Hinsichtlich der zeitlichen Lage seiner Arbeitszeit sei er bereits deswegen gebunden gewesen, da er nur zu den üblichen Bürozeiten Zugang zu seinem Arbeitsplatz und damit zur Datenbank gehabt habe. Der Kläger habe nach dem Vertrag in einer klar definierten Zeit bis 30.11.2009 zweiundvierzig Gemeinden abzarbeiten gehabt. Daraus folge ein relativ enges Korsett hinsichtlich der Lage seiner Arbeitszeit, was sich in den vom Kläger angegebenen regelmäßigen Arbeitszeiten von 07:30 bis 17:00 bzw. 18:00 Uhr widerspiegle. Fachlich habe er sich bei der Dateneingabe an die konkreten Richtlinien sowie die aktualisierten Vorgaben halten müssen. Der Beklagte habe sich auch nicht auf Anweisungen bei der Ausführung des Werkes beschränkt, sondern dem Kläger über den Werkvertrag hinausgehende Aufgaben zugewiesen. Der Kläger habe die vereinbarte Tätigkeit auch höchstpersönlich zu erbringen gehabt. Zwar spreche die Tatsache, dass er erst nach Abschluss seiner Arbeiten bzw. alternativ nach Teilabschlüssen bezahlt worden sei, gegen das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. In Anbetracht der zahlreichen anderen Indizien für eine weisungsgebundene Tätigkeit ändere dieser Umstand jedoch nichts an der Einordnung als Arbeitsverhältnis. Da der Kläger seine Tätigkeit vor Unterzeichnung des letzten Vertrages vom 23.03./01.04.2009 aufgenommen habe, bestehe wegen der zunächst nur mündlich und damit formnichtig vereinbarten Befristungen ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Der Beklagte habe auch nicht vorgetragen, dass es einen Sachgrund für die Befristung im Sinne des § 14 Abs. 1 TzBfG gegeben habe (zur Begründung des Arbeitsgerichts im Einzelnen wird auf das Urteil vom 12.05.2010, Bl. 151 ff. d. A., Bezug genommen).

Mit seiner Berufungsbegründung rügt der Beklagte, ihm sei zum klägerischen Schriftsatz vom 07.05.2010 kein rechtliches Gehör mehr gewährt worden. Auf diesen Schriftsatz sei deshalb noch Stellung zu nehmen wie folgt: Die Konzeption eines Gewerkes sei bei je-

dem Werkvertrag anhand von Material und Zeitschätzungen vorzunehmen, beispielhaft etwa 10 Datensätze pro Tag. Die Anfrage des Klägers, ob die Arbeit von B-Stadt aus durchgeführt werden könne, sei aus sachlichen Gründen abgelehnt worden, weil die Dienststelle B-Stadt zu wenige Rechner mit Internetzugang gehabt habe. Es bleibe dabei, dass der Kläger weder in F., noch in G. ein eigenes Büro gehabt habe. Ebenso wie die Referenten von Z I seien auch Werkvertragsnehmer zur FIS-Schulung auf freiwilliger Basis eingeladen worden. Das Argument, dass die Anwesenheit zu üblichen Bürozeiten notwendig gewesen sei, könne nicht nachvollzogen werden.

Dem Ersturteil sei folgendes entgegenzuhalten: Der Begriff der „Befristung“ sei verfehlt, weil in § 4 des Werkvertrages vom 23.03./01.04.2009 keine Befristung vorgesehen sei. Es gehöre zum Wesen eines Werkvertrages, dass die Parteien im Rahmen der Vertragsfreiheit auch Ausführungsfristen vereinbarten, innerhalb derer das Werk zu erstellen sei. Es treffe nicht zu, dass ein Arbeitsverhältnis vor der schriftlichen Vereinbarung der Befristung begonnen habe und im Übrigen sei der Sachverhalt vor Abschluss der streitgegenständlichen Vereinbarung ohne Relevanz. Nichts rechtfertige die Unterstellung, die werkvertragliche Vertragsgestaltung, wie sie zwischen den Parteien unterschriftlich bestätigt worden sei, sei von den hierfür Verantwortlichen nicht ernsthaft gewollt gewesen. Auf den objektiven Erklärungswert des Werkvertrages vom 23.03./01.04.2009 könne in Gänze verwiesen werden, wobei einzelne Vorgänge nicht geeignet seien, den Vertragsparteien einen anderen Geschäftswillen zu unterstellen. Zu Recht habe das Erstgericht noch erkannt, dass der Gegenstand der zu erbringenden Leistung keinen zwingenden Rückschluss auf den Charakter des Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis rechtfertige. Der Auftragsinhalt sei in Nr. 2 konkret und nachvollziehbar im Sinne einer Werkleistung beschrieben. Bei der Abwicklung von Werkverträgen mit denkmalfachlich qualifizierten Werkvertragsunternehmern zum Zwecke des Aufbaus einer datenbankgestützten Internetpublikation sei es möglich und zulässig gewesen, dass der Werkvertragsnehmer nicht nur Leistungen persönlich erbringe, sondern auch mit Hilfe von Subunternehmern oder Mitarbeitern sein Werk erstelle. Aus der örtlich gebundenen Erbringung der Leistung könne keine Weisungsgebundenheit im Sinne von arbeitsvertraglichen Bezügen abgeleitet werden. So könne auch ein Maler den Ort der Leistungserbringung nicht selbst bestimmen. Ebenso müsse sich ein Maler danach richten, ob und wann der Auftraggeber anwesend sei bzw. die Wohnung zugänglich machen könne und wolle. Nichts anderes könne für den Kläger

gelten, der natürlich mit der Datenbank arbeiten müsse, um überhaupt seine Werkleistung erbringen zu können. Es habe aber der freien Disposition des Klägers unterlegen, wie er seine geschuldete Werkleistung innerhalb des vereinbarten zeitlichen Rahmens erbringe. Die vom Arbeitsgericht unterstellte Vorgesetztenfunktion des Zeugen H. gebe es nicht, ebenso wenig fachliche Weisungen. Außerdem seien einzelne Vorgänge nicht geeignet, den zwischen den Parteien vereinbarten Vertragscharakter entgegen der ausdrücklichen Vereinbarung einer anderen Wertung zuzuführen. Der vom Erstgericht angesprochene PC und die Räumlichkeit seien Werkzeuge, die zur Verfügung gestellt und genutzt würden, ohne dass hieraus eine Eingliederung im Sinne eines arbeitsvertraglichen Verhältnisses abgeleitet werden könne. Die Bezahlung sei ein wesentliches Kriterium, das den Werkvertragscharakter in der streitgegenständlichen Vereinbarung bestätige. Soweit sich der Kläger auf den Sachstandsbericht „Nachqualifizierung der Denkmalliste“ beziehe, sei zu berücksichtigen, dass sich dieser an einen völlig anderen Adressatenkreis richte.

Der Beklagte stellt den Antrag:

Das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 12.05.2010, Az. 35 Ca 14694/09, wird aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger beantragt

die Berufung zurückzuweisen

und verteidigt das Urteil des Arbeitsgerichts. Im als Anlage vorgelegten Sachstandsbericht zum Projekt Nachqualifizierung stehe auf S. 28, dass die sogenannten Werkvertragsnehmer eine Vollzeitbeschäftigung hätten. Hier werde ausgeführt, dass etwa 200 Bodendenkmäler im Monat gelistet werden müssten, was etwa 1,25 Stunden je Prüfung ergebe. Bei einer Annahme von 40 Minuten pro Prüfung ergebe sich dennoch eine Monatsstundenzahl von 150 Stunden. Aus den Ausführungen auf S. 6 ergebe sich, dass die Nachqualifizierung auch durch feste Mitarbeiter erfolge. Der Beklagte verstoße gegen seine eigene interne Richtlinie zum Abschluss von Werkverträgen. Die Tätigkeiten, die ihm per

Werkvertrag übertragen worden seien, würden üblicherweise von Arbeitnehmern wahrgenommen. Auch die Ausbildung zum Inventarisator erfolge im Arbeitsverhältnis. Aufgrund seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit habe er die Werkverträge unterzeichnet, wobei die fehlerhafte Bezeichnung eines Vertragsverhältnisses nicht zu einer entsprechenden rechtlichen Einordnung führe. In den letzten „Werkverträgen“ sei die Örtlichkeit gar nicht mehr spezifiziert worden; eine Zuweisung sei aufgrund des Direktionsrechts der Beklagten erfolgt. Eine Prüfung aller von ihm bearbeiteten Datensätze durch den Listenreferenten sei auch nicht möglich gewesen, da hierfür eine Mehrarbeitszeit von mindestens 10 Stunden pro Monat angefallen wäre. Bei der Konzeption des Gewerkes habe es sich um eine interne Schätzung des Aufwands gehandelt. Durch ihn sei kein Kostenvoranschlag oder eine Schätzung der aufzubringenden Zeit erfolgt. Vielmehr sei ihm gesagt worden, was er verdiene, wobei man davon ausgegangen sei, dass er seine Arbeit mache. Sowohl die Einladungen zu Schulungen und Besprechungen, als auch ein in diesem Rahmen gehaltenes Referat seien an ihn herangetragen worden.

Auf die Auflagenbeschlüsse vom 13.12.2010 (Bl. 283 ff. d. A.) und 06.06.2011 (Bl. 396 d. A.) trägt der Kläger unter anderem folgendes weiter vor: Eine Abnahme der Werke durch den Beklagten habe nicht stattgefunden. Es sei eine Rechnung gestellt und diese ohne weitere Prüfung für in Ordnung befunden worden. Protokolle etwaiger Abnahmen gebe es nach seiner Kenntnis nicht. Am Projekt „Nachqualifizierung der Denkmalliste“ arbeiteten alle Gebietsreferenten des Referats Z I mit. Die Nachqualifizierung der Denkmalliste werde in A-Stadt, Regensburg und F.auch durch befristet angestellte wissenschaftliche Hilfskräfte, Fachvolontäre und Mitarbeiter zur Ausbildung vorgenommen. Er habe nicht lediglich „Vorschläge für die Erfassung erforderlicher Nachträge in die Denkmalliste“ gemacht, sondern Denkmäler selbständig im FIS angelegt. Die vom Beklagten als Vorarbeiten titulierten Arbeiten seien binnen eines Tages ungeprüft Bestandteil des offiziellen Internet-Auftritts des E geworden. Außerdem sei es egal, ob ein Arbeitnehmer Vorarbeiten oder endgültige Arbeiten leiste. Die Einbindung in die arbeitsteiligen Prozesse habe hier jedenfalls stattgefunden. Die exakte Zahl der zu bearbeitenden Datensätze sei zum Abschlusszeitpunkt des Werkvertrages noch nicht festgestanden, da noch nicht verfasste Fundstellen, vor allem zu erfassende Altortkomponenten nicht berücksichtigt gewesen seien (zum zweitinstanzlichen Vorbringen des Klägers im Einzelnen wird auf seine Schriftsätze vom 18.08.2010, Bl. 222 ff. d. A., 26.01.2011, Bl. 288 ff. d. A., 04.05.2011, Bl. 367 ff. d. A.,

06.07.2011, Bl. 397 ff. d. A., und 06.10.2011, Bl. 568 ff. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Hierauf erwidert der Beklagte unter anderem: Die Art und Weise der inhaltlich-fachlichen Prüfung eines Gewerkes liege im Ermessen des zuständigen Referates Z I; sie könne jeweils nach Meldung einer abgeschlossenen Gemeinde durch den Werkvertragsnehmer erfolgen oder selbstverständlich auch insgesamt nach Stellung einer Rechnung. Soweit auf eine Abnahme des Gewerkes nicht bestanden werde, handle es sich um eine stillschweigende Abnahme, die ihren Ausdruck in der vollständigen Zahlung der Vergütung finde. Die zeitlich begrenzte und projektbezogene Tätigkeit in der Revision und Nachqualifikation der bayerischen Denkmalliste sei ein anteilmäßig kleiner Teilbereich im Aufgabenfeld eines Beschäftigten des Referats Z I des E. Das zeige die Gegenüberstellung des Aufgabenbereichs einer Referentin / eines Referenten mit der Tätigkeit einer Werkvertragsnehmerin / eines Werkvertragsnehmers im Nachqualifizierungsprojekt (der Beklagte nimmt hierbei Bezug auf die Anlagen 1 – 3 zu seinem Schriftsatz vom 01.03.2011, Bl. 344 ff. d. A.) Ein Werkvertragsunternehmer könne nur die Denkmaleigenschaft nach Art. 1 BayDSchG von archäologischen Objekten annehmen und diese fachkundige Einschätzung sowie entsprechende Nachtragsvorschläge zu diesen Objekten dem zuständigen Listenreferat unterbreiten. Die weiteren Arbeitsschritte bis hin zur Eintragung in die Denkmalliste im Benehmen mit der Gemeinde habe der Kläger in keinem Fall durchgeführt. Dementsprechend habe Herr Dr. H., entgegen der Behauptung des Klägers, bei dem Gespräch vom 05.03.2009 auch nicht die Formulierung, der Kläger solle selbständig Denkmäler ausweisen, verwendet (zum Berufungsvorbringen des Beklagten im Einzelnen wird auf seine Schriftsätze vom 12.07.2010, Bl. 188 ff. d. A., 19.10.2010, Bl. 270 f. d. A., 01.03.2011, Bl. 326 ff. d. A., 23.05.2011, Bl. 383 ff. d. A., 08.08.2011, Bl. 488 ff. d. A., und 12.10.2011, Bl. 580 f. d. A., nebst Anlagen, Bezug genommen).

Entscheidungsgründe:

Die Berufung des Beklagten ist zulässig, hat aber keinen Erfolg.

Das Arbeitsgericht hat zu Recht angenommen, jedenfalls das letzte zwischen den Parteien vereinbarte Vertragsverhältnis sei als Arbeitsverhältnis und nicht als Werkvertrag zu qualifizieren. Da dieses Arbeitsverhältnis nicht wirksam befristet oder sonst wie beendet wurde, besteht es fort und der Kläger ist weiter zu beschäftigen.

I.

Gegenstand eines Werkvertrages ist nach § 631 Abs. 1 BGB die Herstellung eines Werkes. Geschuldet ist damit ein bestimmtes Arbeitsergebnis bzw. ein Arbeitserfolg. Im Unterschied hierzu wird in Dienst- und Arbeitsverträgen nur die Tätigkeit als solche geschuldet (ErfKomm/Preis, § 611 BGB Rn. 12).

Zwar haben die Parteien mit Datum vom 23.03./01.04.2009 einen als „Werkvertrag“ bezeichneten Vertrag geschlossen. Nach der praktischen Durchführung handelte es sich bei der Vertragsbeziehung aber um ein Arbeitsverhältnis.

1.

Über die rechtliche Einordnung eines Vertrages entscheidet der Geschäftsinhalt und nicht die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge oder eine Bezeichnung, die dem Geschäftsinhalt tatsächlich nicht entspricht. Insbesondere können die zwingenden gesetzlichen Regelungen für Arbeitsverhältnisse nicht dadurch abbedungen werden, dass die Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben. Der objektive Geschäftsinhalt ist den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen und der praktischen Durchführung des Vertrages zu entnehmen. Widersprechen sich Vereinbarung und tatsächliche Durchführung, ist letztere maßgebend (st. Rspr. des BAG, vgl. Urteil vom 20.01.2010 – 5 AZR 99/09, DB 2010, S. 788).

2.

Bestand zwischen den Parteien – wie hier – im Laufe der Zeit nicht nur ein einziges Vertragsverhältnis, sondern wurden mehrere zeitlich aufeinander folgende befristete Verträge geschlossen, ist bei einer Statusklage, mit der der Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses

festgestellt werden soll, allein der letzte Vertrag maßgeblich. Es bleibt den Parteien nämlich unbenommen, ihre Rechtsbeziehungen durch einen jüngeren Vertrag auf eine neue Rechtsgrundlage zu stellen. Mit dem vorbehaltlosen Abschluss eines weiteren Vertrages bringen die Parteien in der Regel zum Ausdruck, dass allein der neue Vertrag fortan für ihre Rechtsbeziehungen maßgeblich sein soll. Dieser vom Bundesarbeitsgericht für die Prüfung der Rechtswirksamkeit einer Befristung bei mehreren befristeten Arbeitsverträgen entwickelte Beurteilungsmaßstab (vgl. BAG, Urteil vom 24.08.2011 – 7 AZR 228/10) gilt auch für die Prüfung, ob zwischen den Parteien zu einem bestimmten Zeitpunkt bzw. über einen bestimmten Zeitpunkt hinaus ein Arbeitsverhältnis besteht. Infolgedessen kommt es zunächst einmal darauf an, ob die Rechtsbeziehung der Parteien aufgrund ihres letzten Vertrages nach seinem Inhalt oder seiner tatsächlichen Durchführung als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist. Das hindert allerdings nicht daran, zuvor bestehende Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls mit einzubeziehen.

3.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist Arbeitnehmer, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. In einem Arbeitsverhältnis ist die vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von Dritten bestimmten Arbeitsorganisation zu erbringen. Die Eingliederung in die fremde Arbeitsorganisation zeigt sich insbesondere daran, dass der Beschäftigte einem Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgeber) unterliegt. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer ist derjenige, der nicht im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an (BAG, Urteil vom 20.01.2010, a.a.O.; Urteil vom 25.05.2005 – 5 AZR 347/04, AP Nr. 117 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

II.

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung kommt auch die Berufungskammer in Übereinstimmung mit dem Arbeitsgericht zum Ergebnis, dass zwischen den Parteien trotz der Bezeichnung der Vertragsurkunde vom 23.03. / 01.04.2009 als Werkvertrag ein Arbeitsverhältnis bestand. Der Kläger war in die Arbeitsorganisation der Dienststelle G. des E eingegliedert und verrichtete dort weisungsgebunden fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit. Der Berufung ist zwar einzuräumen, dass die ein oder andere schon vom Arbeitsgericht angeführte Bindung auch im Rahmen eines Werkvertrages gegeben sein kann. So ist der Maler örtlich an das zu streichende Objekt gebunden; auch ist der Werkbesteller berechtigt, eine bestimmte Qualität festzusetzen und Nachbesserungen zu fordern (BAG, Urteil vom 20.05.2009 – 5 AZR 31/08). Entscheidend ist aber die Kumulation und Verdichtung der Bindungen, die in einer Gesamtschau zum Befund einer Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in Abgrenzung zum Tätigwerden als Werkunternehmer führen. Die Abgrenzungsproblematik war dem E bekannt (vgl. Interne Richtlinien zum Abschluss von Werkverträgen, Bl. 265 ff. d. A.).

1.

Der Kläger war örtlich an die Arbeitsorganisation des Beklagten gebunden. Er konnte seine Arbeit ausschließlich an einem PC-Arbeitsplatz des E erbringen, denn er war bei seinen Nachqualifizierungsarbeiten auf einen Zugang zum Fachinformationssystem angewiesen. Zudem war er an den Standort der Ortsakten gebunden, die er im Rahmen der Nachqualifizierungsarbeiten heranzuziehen hatte. Der entsprechende Arbeitsplatz wurde ihm vom Beklagten zugewiesen (eine Regelung zum Leistungsort enthält der Vertrag vom 23.03. / 01.04.2009 nicht). Auf die Ausführungen des Arbeitsgerichts unter 2.3.1. der Entscheidungsgründe wird ergänzend Bezug genommen (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

2.

Der Kläger war in der Erbringung seiner Nachqualifizierungsarbeiten auch zeitlich gebunden. Das gilt sowohl für das Volumen der arbeitstäglich zu erbringenden Arbeitsleistung, als auch für die Lage der Arbeitszeit.

Das Ende der Vertragslaufzeit am 30.11.2009 (Nr. 4 des Vertrages vom 23.03. / 01.04.2009) war danach kalkuliert, dass der Kläger bis dahin jeweils von Montag bis Freitag täglich rund 10 Altdatensätze bearbeitet. Da der Kläger für seine Arbeit zum einen auf

Zugang zu Fachinformationssystem und Ortsakten angewiesen war, zum anderen seine Leistung nur zu den Öffnungszeiten der Dienststelle G. erbringen konnte und schließlich auf ein zeitliches Volumen verpflichtet war, das im Ergebnis einer vollschichtigen Tätigkeit entspricht, war er zeitlich in ein Korsett eingebunden, das einer Tätigkeit im Rahmen eines typischen Arbeitsverhältnisses entspricht. Die Feststellung des Arbeitsgerichts zu den regelmäßigen Arbeitszeiten des Klägers von 07:30 Uhr bis 17:00 Uhr bzw. 18:00 Uhr wird in der Berufungsbegründung nicht angegriffen.

Gleichzeitig war es dem Kläger dadurch praktisch unmöglich, in nennenswertem Umfang für andere Auftraggeber tätig zu sein. Tatsächlich war der Kläger während der Vertragslaufzeit auch nicht anderweitig tätig.

3.

Der Kläger war auch inhaltlichen und tätigkeitsbezogenen Weisungen unterworfen. So hatte er sich zum Beispiel an Richtlinien im Projekthandbuch, Vorgaben für Maßnahmenamen (vgl. E-Mail vom 09.03.2009, Bl. 52 d. A.) und Vorgaben für die Formulierung der Listentexte (vgl. E-Mail vom 19.03.2009, Bl. 464 d. A.) zu halten. Damit die Berufungskammer nicht falsch verstanden wird: Solche Vorgaben sind selbstverständlich und ebenso selbstverständlich unterliegt auch ein Werkvertragsunternehmer Vorgaben des Bestellers (§ 645 Abs. 1 BGB spricht von einer „für die Ausführung erteilten Anweisung“). Dennoch betreffen die genannten Vorgaben im Schwerpunkt die Ausführung der Tätigkeit an sich und weniger ein werkvertragliches Ergebnis. Dementsprechend konnten die Vorgaben im Rahmen des laufenden Vertrages jederzeit abgeändert werden. Im E-Mail vom 19.03.2009 wurden die Vertragspartner unter der Anrede „Liebe Kolleginnen und Kollegen“ aufgefordert, die Vorgaben gut durchzuarbeiten. Dem Arbeitsgericht ist zuzustimmen, dass es sich bei den Vorgaben um fachliche Weisungen handelt, weil sie sich gerade auf die Leistungserbringung in einer bestimmten Art und Weise beziehen. Ähnlich verhält es sich mit der Aufforderung, die Gemeinden Pommelsbrunn, Schwaig und Simmelsdorf sobald wie möglich zu bearbeiten. Der Vorgang mag für sich genommen wenig aussagekräftig sein, fügt sich aber ins Bild, dass der Beklagte, auch was die Schwerpunktsetzung, zeitliche Gestaltung etc. angeht, über die Arbeitskraft des Klägers verfügte.

Zudem erhielt der Kläger auch Aufträge, die über den im Vertrag vom 23.03. / 01.04.2009 definierten Aufgabenkreis, der sich auf die kreisfreie Stadt und den Landkreis Fürth sowie den Landkreis Nürnberger Land bezog, hinausging. Sicherlich handelte es sich um keine bedeutsamen Vorgänge, so etwa wenn der Kläger gebeten wurde, einen Fund zu suchen oder Literaturkopien aus einem Ortsakt herauszusuchen und Kopien hiervon an Herrn Dr. H. zu schicken, ohne dass sein aktuelles Bearbeitungsgebiet betroffen war. Diese Bitten zeigen aber, dass der Kläger als Mitarbeiter und nicht als außenstehender Werkunternehmer empfunden wurde.

4.

Die Tätigkeit war vom Kläger höchst persönlich zu erbringen. Das ergibt sich schon aus dem Charakter der Tätigkeit. Der Beklagte beschäftigte den Kläger als Nachqualifikationskraft aufgrund dessen spezifischer Kenntnisse und Erfahrungen. Dass der Kläger – zum Beispiel im Rahmen einer vorübergehenden Abwesenheit – einem Dritten die Aufgabe übertragen hätte, mit unmittelbarer Auswirkung auf den Datenbestand des BayernVierdenkmal durch Eingaben in die FIS-Eingabemaske nachzuqualifizieren, wäre vom E kaum akzeptiert worden. Der Vortrag des Beklagten in seiner Berufungsbegründung, es sei möglich und zulässig gewesen, dass ein Werkvertragsnehmer nicht nur Leistungen persönlich erbringe, sondern auch mit Hilfe von Subunternehmern oder Mitarbeitern sein Werk erstelle, setzt sich nicht mit der spezifischen Tätigkeit des Klägers auseinander.

5.

Für eine Eingliederung des Klägers spricht schließlich auch, dass er, zuletzt am 18.03.2009 und ebenso schon im Jahre 2007, an Schulungen des E zum Fachinformationssystem teilnahm. Wiederum ist es nicht ausgeschlossen, dass auch ein Werkvertragsunternehmer vor Aufnahme seiner Tätigkeit eingewiesen wird. Hier handelt es sich aber um keine bloße Einweisung, sondern eine Schulung, an der der Kläger ohne Unterschied zu den Referenten von ZI des E teilgenommen hat.

6.

Gegenüber diesen Gesichtspunkten, die für die Erfüllung einer Arbeitsaufgabe im Rahmen einer Eingliederung des Klägers in eine arbeitsteilige Organisation sprechen, bestehen die vom Beklagten vorgebrachten werkvertraglichen Gesichtspunkte nicht den Praxis-

test. Natürlich lässt sich die Nachqualifizierung eines bestimmten Landkreises oder bestimmter Gemeinden als abgegrenzte Arbeitsaufgabe definieren. Diese Voraussetzung ist aber bei jeder Projektarbeit gegeben, ohne dass hierdurch deshalb ein Werkvertrag angenommen werden müsste (vgl. auch § 14 Abs. 1 Nr. 1 TzBfG). Charakterisierend für eine werkvertragliche Gestaltung wäre – neben der fehlenden Eingliederung – der ergebnisbezogene in Abgrenzung zum im Schwerpunkt tätigkeitsbezogenen Charakter der Tätigkeit. Eine solche vom Ergebnis bestimmte Tätigkeit liegt aber nicht vor; der Beklagte hat den Kläger schlicht eine Arbeitsaufgabe abarbeiten lassen.

Werkvertragsuntypisch wurden nämlich die vom Kläger im FIS veränderten bzw. neu angelegten Denkmäler automatisch in den Datenbestand des BayernViewer-denkmal eingelegt und waren in der Folge – so wie vom Kläger bearbeitet – im Internet einsehbar. Dementsprechend war die Eingabemaske bezüglich der Eigenschaft „im BV-d nicht angezeigt“ bei den vom Kläger bearbeiteten Denkmaldatensätzen auf „nein“ gestellt. Es fand also keine Abnahme (§ 640 BGB) statt, sondern der Kläger verrichtete eine fortlaufende Tätigkeit, die vom Beklagten ebenso fortlaufend unmittelbar als Arbeitsergebnis – sogar mit Aussenwirkung – übernommen wurde. Der Charakter des Vertrages war deshalb tätigkeitsbezogen und nicht bezogen auf die Herstellung eines Werkes, das die Beklagte mit Fertigstellung oder in Teilschritten abgenommen hätte.

Auch wenn der Beklagte – wie er ohne dies näher zu konkretisieren meint – die Nachqualifizierungsarbeiten des Klägers Stichproben unterzogen hat, ändert dies nichts am Befund, zumal Arbeitnehmer selbstverständlich ebenfalls einer Kontrolle unterliegen. Wie und in welcher Form der Beklagte das „Werk“ des Klägers abgenommen hat, ist vom Beklagten nicht näher dargestellt. Eine „stillschweigende Abnahme“, die ihren Ausdruck in der vollständigen Zahlung der Vergütung findet, ist zwar grundsätzlich denkbar, hilft aber vorliegend bei der Einordnung des Vertragsverhältnisses nicht weiter. Letztlich muss davon ausgegangen werden, dass der Kläger die Bearbeitung der ihm übertragenen Gemeinden schlicht fertig gestellt hat und anschließend bezahlt wurde.

Ein werkvertraglicher Charakter ergibt sich auch nicht daraus, dass mit der Bearbeitung des Klägers keine automatische Aufnahme in die Bayerische Denkmalliste verbunden war. Der Beklagte hat selbst dargestellt, dass die Übereinstimmung zwischen den nach

dem BayernViewer-denkmal zu schützenden Objekten und den in der Denkmalliste erfassten Objekten für den Bereich der Bodendenkmäler niedrig ist. Auch wenn der Kläger in die weiteren für die Aufnahme in die Bayerische Denkmalliste notwendigen Schritte – zum Beispiel die Herstellung des Benehmens der betroffenen Gemeinde – nicht einbezogen war, kann hieraus nur der Schluss gezogen werden, dass der Kläger in seiner Tätigkeit nicht die Bearbeitungsbreite und –tiefe eines beim Beklagten beschäftigten Listenreferenten erreichte. Bezogen auf die Bayerische Denkmalliste erbrachte der Kläger also im Rahmen einer arbeitsteiligen Funktion Vorarbeiten und kein abgeschlossenes Werk, was im Vertrag vom 23.03. / 01.04.2009 etwa mit „Vorschläge für die Erfassung erforderlicher Nachträge in die Denkmalliste“ (Nr. 2.4. des Vertrages) umschrieben ist.

7.

Die Berufungskammer teilt die Auffassung des Arbeitsgerichts, dass angesichts der zahlreichen Gesichtspunkte, die für eine Einordnung des Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis sprechen, die werksvertragstypische Abwicklung der Bezahlung an dieser Einordnung nichts ändert.

III.

Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien hat nicht mit Ablauf des 30.11.2009 geendet.

Denkbar wäre allenfalls, die Vereinbarung in Nr. 4 des Vertrages vom 23.03. / 01.04.2009 als Befristungsabrede zu verstehen, was allerdings vom Beklagten in seiner Berufungsbegründung ohnehin in Abrede gestellt wird.

Ob Nr. 4 des Vertrages – davon ausgehend, dass die Parteien miteinander ein Arbeitsverhältnis eingegangen sind – als Befristungsabrede verstanden werden kann, kann dahinstehen, denn ein Arbeitsverhältnis kann wirksam nur durch eine schriftliche Vereinbarung vor Aufnahme der Tätigkeit befristet werden (BAG, Urteil vom 01.12.2004 – 7 AZR 198/04, NZA 2005, S. 575). Der Kläger hat seine Tätigkeit bereits ab 09.03.2009 aufgenommen und eine schriftliche Befristungsabrede (vgl. § 14 Abs. 4 TzBfG) kam frühestens mit Vertrag vom 23.03. / 01.04.2009 zustande. Eine etwaige mündliche Befristungsabrede wäre formnichtig, § 14 Abs. 4 TzBfG, § 125 BGB.

Der Arbeitsvertrag gilt deshalb nach § 16 TzBfG als auf unbestimmte Zeit geschlossen, was der Kläger nach § 17 TzBfG auch rechtzeitig geltend gemacht hat. Der Kläger hat einen arbeitsvertraglichen Anspruch auf Beschäftigung. Wollte sich der Beklagten doch auf eine Befristung des Arbeitsverhältnisses berufen, hat der Kläger einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung in entsprechender Anwendung der Grundsätze des Beschlusses des Großen Senats des BAG vom 27.02.1985 – GS 1/84 (BAG, Urteil vom 13.06.1985 – 2 AZR 410/84, NZA 1986, S. 562).

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Revision wird für den Beklagten zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil kann der Beklagte Revision einlegen.

Für den Kläger ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Revision muss innerhalb einer Frist von einem Monat eingelegt und innerhalb einer Frist von zwei Monaten begründet werden.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung des Urteils.

Die Revision muss beim

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt

Postanschrift:
Bundesarbeitsgericht
99113 Erfurt

Telefax-Nummer:
0361 2636-2000

eingelegt und begründet werden.

Die Revisionschrift und die Revisionsbegründung müssen von einem Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Es genügt auch die Unterzeichnung durch einen Bevollmächtigten der Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern sowie von Zusammenschlüssen solcher Verbände

- für ihre Mitglieder
- oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder

oder

von juristischen Personen, deren Anteile sämtlich in wirtschaftlichem Eigentum einer der im vorgenannten Absatz bezeichneten Organisationen stehen,

- wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt
- und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

In jedem Fall muss der Bevollmächtigte die Befähigung zum Richteramt haben.

Zur Möglichkeit der Revisionseinlegung mittels elektronischen Dokuments wird auf die Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesarbeitsgericht vom 09.03.2006 (BGBl. I, 519 ff.) hingewiesen. Einzelheiten hierzu unter <http://www.bundesarbeitsgericht.de>

Dr. Wanhöfer

Dahm

Gil