

# BUNDESARBEITSGERICHT



10 AZR 282/12  
5 Sa 575/10  
Landesarbeitsgericht  
München

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am  
25. September 2013

## URTEIL

Jatz, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagter, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Zehnte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 25. September 2013 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Mikosch, die Richter am Bundesarbeitsgericht Reinfelder und Mestwerdt sowie die ehrenamtlichen Richter Simon und Effenberger für Recht erkannt:

1. Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 23. November 2011 - 5 Sa 575/10 - wird zurückgewiesen.
2. Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis besteht. 1

Der Kläger war im Rahmen befristeter Arbeitsverträge von Februar 2000 bis Dezember 2001 sowie von Mai 2002 bis November 2003 als wissenschaftliche Hilfskraft beim Bayerischen Landesamt für Denkmalpflege (*BLfD*) und von Oktober 2004 bis Februar 2005 als wissenschaftlicher Angestellter beim Bayerischen Armeemuseum für den Beklagten tätig. Seit 2005 hat der Kläger mit kleinen Unterbrechungen aufgrund von zehn als Werkvertrag bezeichneten Verträgen für das BLfD gearbeitet, zuletzt bis zum 30. November 2009 nach Maßgabe des Vertrags vom 23. März/1. April 2009. Leistungsgegenstand des ersten Vertrags vom 19. September 2005 waren nachstehende, nach den Richtlinien für die Erfassung von Funden und Fundstellen des BLfD durchzuführende und bis zum 31. Dezember 2005 abzuschließende Tätigkeiten: 2

- „a) Bearbeitung von etwa 500 Fundmeldungen, die bis zum 31.12.2004 in der Dienststelle Thierhaupten eingegangen sind.
- b) Erstellung von etwa 500 Fundberichten mit Angaben zur Lage der Fundstelle sowie quantitativer Ansprache und Datierung der Funde.
- c) Gegebenenfalls persönliche Kontaktaufnahme mit dem Finder (Befragung, in Einzelfällen Kontrolle der Ortsangabe).
- d) Inventarisieren der Fundmeldungen einschließlich

- der Kartierung, Einarbeitung der Fundberichte in die Ortsakten und Eingabe in den PC.
- e) Aussonderung der zeichenwürdigen Artefakte, Kontrolle der Zeichnungen und Zuordnung zum fertigen Fundbericht.
  - f) Anfertigung von Texten für die Fundchronik.
  - g) Anfertigung von kurzen schriftlichen Berichten über den Bearbeitungsstand des vereinbarten Werkes jeweils bei Stellung der Rechnungen.“

Seit Ende 2006 hat der Kläger an der Nachqualifizierung und Revision der Bayerischen Denkmalliste gearbeitet. Für dieses Projekt sind Mitarbeiter des BLfD sowie Vertragspartner auf der Grundlage von Werkverträgen tätig. Ziel ist die kartographische und für jedermann im Internet digital abrufbare Darstellung von Bau- und Bodendenkmälern in Bayern sowie die Aktualisierung der Bayerischen Denkmalliste, einem nach dem Bayerischen Denkmalschutzgesetz geführten Verzeichnis von Bau-, Boden- und beweglichen Denkmälern. Seit 2008 erfolgt die Nachqualifizierung im Zusammenhang mit dem Aufbau des Fachinformationssystems Denkmalpflege (FIS). In dieser Datenbank werden alle wichtigen Daten zu Denkmälern in Bayern erfasst. Ein Teil dieser Daten ist im Internet kostenlos öffentlich zugänglich (*BayernViewer-denkmal*). 3

Der Kläger hat Bodendenkmäler bearbeitet und nachqualifiziert. Er musste seine Tätigkeit wegen der notwendigen Dateneingabe in die behörden-eigene Datenbank in Dienststellen des BLfD erbringen. Der Arbeitsort war abhängig vom jeweiligen Standort der Ortsakten des zu bearbeitenden Gebiets, mittelfränkische Landkreise wurden in Nürnberg, schwäbische Landkreise in Thierhaupten bearbeitet. Einen Schlüssel zu den Dienststellen besaß der Kläger nicht. Er hat zu den üblichen Arbeitszeiten der Dienststellen gearbeitet, ohne am Zeiterfassungssystem teilzunehmen. Der Zugang zum FIS wurde über einen PC-Arbeitsplatz mit persönlicher Benutzerkennung ermöglicht. Bei der Dateneingabe hatte der Kläger die Richtlinien des Projekthandbuchs des BLfD zu beachten, zudem hat er mehrere Schulungen zum FIS besucht. Zeitweise verfügte er über eine dienstliche E-Mail-Adresse und war im Outlook-Adressverzeichnis aufgeführt. 4

Der in den Verträgen bestimmte Termin für die Fertigstellung der Leistungen wurde ebenso wie die vereinbarte Vergütung jeweils nach der Zahl der im Arbeitsgebiet bekannten archäologischen Fundstellen kalkuliert; dem lag eine Nachqualifizierung von täglich zehn Altdatensätzen mit zugehörigen Ortsakten zugrunde. 5

Der letzte als Werkvertrag bezeichnete Vertrag betrifft die Nachqualifizierung der Stadt Fürth, des Landkreises Fürth und des Landkreises Nürnberger Land. Er enthält folgende Regelungen: 6

### **„1 Auftrag**

Das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege 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 Kartie-

rung 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. Für die Arbeiten unter Punkt 1 bis 4 sind gegebenenfalls der Dehio, Großinventare, Denkmaltopographien, Ortschroniken sowie archäologische Monographien (Materialhefte zur Bayerischen Vorgeschichte) und Fundchroniken hinzuzuziehen. Der Literaturnachweis ist festzuhalten.
8. Ausdruck der Datenblätter und der Kartierungen mit den Vorschlägen zur Abgabe an das Bayerische Landesamt für Denkmalpflege.
9. Besprechungen bei Rückfragen zu den vorgelegten Vorschlägen.
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 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 Euro 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 Euro 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**

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, jederzeit auch über Teilergebnisse seiner Arbeit gegenüber dem Auftraggeber fachliche Auskunft zu geben.

...

## **8 Kündigung und Rücktritt**

1. Der Vertrag kann von beiden Vertragschließenden 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 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 in der Dienststelle des BLfD in Nürnberg. Die dortige Tätigkeit nahm er bereits am 9. März 2009 auf, seine FIS-Kennung war zu diesem Zeitpunkt nach wie vor aktiviert. Allgemeine Informationen für „NQ-Kräfte“ hatte der Kläger auch nach Beendigung des letzten Werkvertrags am 31. Dezember 2008 erhalten, so zB aktualisierte Vorgaben für die Formulierung der Listentexte, Teilliste Bodendenkmäler, und für Maßnahmenamen. Der Kläger bediente wiederum die FIS-Eingabemaske, überprüfte angelegte Denkmäler und nahm Denkmäler in das FIS neu auf. Während der Laufzeit des Vertrags bearbeitete er nach Aufforderung zuständiger Referenten auch Nachfragen zu bereits abgeschlossenen Vorgängen.

7

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, zwischen den Parteien bestehe ein Arbeitsverhältnis. Er sei in die Arbeitsorganisation der Dienststellen eingegliedert gewesen und habe dieselben Tätigkeiten verrichtet wie angestellte Mitarbeiter; wie diese sei er in den arbeitsteiligen Prozess der Erstellung der Denkmalliste eingebunden gewesen, habe fachlichen Weisungen der zuständigen Referenten unterlegen und mit der Eingabe der Bodendenkmäler hoheitliche Aufgaben wahrgenommen. Eine etwaige Befristung im Vertrag vom 23. März /1. April 2009 sei schon deshalb unwirksam, weil er bereits vor Unterzeichnung des Vertrags seine Tätigkeit aufgenommen habe.

8

Mit einer am 15. Dezember 2009 beim Arbeitsgericht eingereichten und dem Beklagten am 23. Dezember 2009 zugestellten Klageänderung hat der Kläger beantragt 9

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht aufgrund der am 23. März/1. April 2009 vereinbarten Befristung am 30. November 2009 beendet worden ist;
2. für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. den Beklagten zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Inventarisator weiterzubeschäftigen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Der Kläger sei aufgrund von Werkverträgen für das BLfD tätig gewesen, habe die Beurteilung der Denkmalseigenschaft von archäologischen Objekten vorbereitet und dem zuständigen Referat des BLfD eine fachkundige Einschätzung unterbreitet. Weitere Arbeitsschritte bis hin zur Eintragung in die Denkmalliste habe er nicht durchgeführt, die vereinbarten Werke seien stillschweigend abgenommen worden. Die Tätigkeit in der Revision und Nachqualifizierung der Bayerischen Denkmalliste mache nur einen kleinen Teil des Aufgabenbereichs eines Beschäftigten im zuständigen Referat aus. 10

Die Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. 11

### **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben zutreffend erkannt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht, welches nicht am 30. November 2009 beendet worden ist. 12

I. Die Klage ist zulässig. Der Kläger macht mit einer Befristungskontrollklage nach § 17 TzBfG geltend, dass das zwischen den Parteien bestehende 13



Rechtsverhältnis nach seinem wahren Geschäftsinhalt ein Arbeitsverhältnis ist, welches nicht durch Fristablauf beendet worden ist (*vgl. BAG 15. Februar 2012 - 10 AZR 111/11 - Rn. 40 zur Einhaltung der Klagefrist bei nicht abschließend geklärten befristeten Rechtsverhältnissen*).

II. Die Klage ist begründet. Die Vorinstanzen haben zu Recht erkannt, dass zwischen den Parteien kein Werkvertrags- sondern ein Arbeitsverhältnis begründet worden ist. 14

1. Durch einen Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werks und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet (§ 631 Abs. 1 BGB). Gegenstand eines Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein (§ 631 Abs. 2 BGB). Für die Abgrenzung zum Dienstvertrag ist maßgebend, ob ein bestimmtes Arbeitsergebnis bzw. ein bestimmter Arbeitserfolg oder nur eine bestimmte Dienstleistung als solche geschuldet wird (*BGH 16. Juli 2002 - X ZR 27/01 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 151, 330*). 15

2. Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines Werkunternehmers zudem maßgeblich durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit (*BGH 25. Juni 2002 - X ZR 83/00 - zu I 2 b aa der Gründe*). Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (*BAG 15. Februar 2012 - 10 AZR 301/10 - Rn. 13; 14. März 2007 - 5 AZR 499/06 - Rn. 13 mwN*). Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit betreffen. Arbeitnehmer 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; BAG 29. August 2012 - 10 AZR 499/11 - Rn. 15; 15. Februar 2012 - 10 AZR 301/10 - Rn. 13; 25. Mai 2005 - 5 AZR 347/04 - zu I der Gründe mwN, BAGE 115, 1*); der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Dagegen ist der Werkunternehmer selbständig. Er organisiert die für die Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs 16

notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und ist für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Besteller verantwortlich (vgl. BAG 18. Januar 2012 - 7 AZR 723/10 - Rn. 27; 13. August 2008 - 7 AZR 269/07 - Rn. 14). Ob ein Werkvertrag, ein Dienst- oder ein Arbeitsverhältnis besteht, zeigt der wirkliche Geschäftsinhalt. Zwingende gesetzliche Regelungen für Arbeitsverhältnisse können nicht dadurch abbedungen werden, dass Parteien ihrem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben; ein abhängig beschäftigter Arbeitnehmer wird nicht durch Auferlegung einer Erfolgsgarantie zum Werkunternehmer (vgl. ErfK/Preis 13. Aufl. § 611 BGB Rn. 13).

3. Welches Rechtsverhältnis vorliegt, ist anhand einer Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls zu ermitteln, 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 (BAG 29. August 2012 - 10 AZR 499/11 - Rn. 15; 15. Februar 2012 - 10 AZR 301/10 - Rn. 13; 20. Mai 2009 - 5 AZR 31/08 - Rn. 19 mwN). Legen die Parteien die zu erledigende Aufgabe und den Umfang der Arbeiten konkret fest, kann das für das Vorliegen eines Werkvertrags sprechen (BGH 16. Juli 2002 - X ZR 27/01 - zu II 1 der Gründe, BGHZ 151, 330). Fehlt es an einem abgrenzbaren, dem Auftragnehmer als eigene Leistung zurechenbaren und abnahmefähigen Werk, kommt ein Werkvertrag kaum in Betracht, weil der „Auftraggeber“ durch weitere Weisungen den Gegenstand der vom „Auftragnehmer“ zu erbringenden Leistung erst bestimmen und damit Arbeit und Einsatz erst bindend organisieren muss (vgl. BAG 9. November 1994 - 7 AZR 217/94 - zu III 2 b der Gründe, BAGE 78, 252). Richten sich die vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen nach dem jeweiligen Bedarf des Auftraggebers, so kann auch darin ein Indiz gegen eine werk- und für eine arbeitsvertragliche Beziehung liegen, etwa wenn mit der Bestimmung von Leistungen auch über Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der Tätigkeit entschieden wird. Wesentlich ist, inwiefern Weisungsrechte ausgeübt werden und in welchem Maß der Auftragnehmer in einen bestellerseitig organisierten Produktionsprozess eingegliedert ist. Zwar steht

17

auch einem Werkbesteller gegenüber dem Werkunternehmer das Recht zu, Anweisungen für die Ausführung des Werks zu erteilen (*vgl. § 645 Abs. 1 Satz 1 BGB zu den Auswirkungen auf die Vergütungsgefahr*). Davon abzugrenzen ist aber die Ausübung von Weisungsrechten bezüglich des Arbeitsvorgangs und der Zeiteinteilung (*Kittner/Zwanziger/Deinert-Deinert 7. Aufl. § 3 Rn. 137*). Weisungen, die sich ausschließlich auf das vereinbarte Werk beziehen, können im Rahmen eines Werkvertrags erteilt werden (*vgl. ErfK/Preis § 611 BGB Rn. 14*); wird die Tätigkeit aber durch den „Besteller“ geplant und organisiert und wird der „Werkunternehmer“ in einen arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten „Werks“ faktisch ausschließt, liegt ein Arbeitsverhältnis nahe.

4. Gemessen daran ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kumulation und Verdichtung der Bindungen sei in einer Gesamtschau als Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit zu werten, sodass nach dem wahren Geschäftsinhalt ein Arbeitsverhältnis bestehe, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie ist, soweit sie auf tatsächlichem Gebiet liegt, nur daraufhin überprüfbar, ob sie in sich widerspruchsfrei ist und nicht gegen Denkgesetze, Erfahrungssätze oder andere Rechtssätze verstößt (*vgl. BAG 24. Mai 2012 - 2 AZR 206/11 - Rn. 29; 27. Januar 2011 - 8 AZR 580/09 - Rn. 30*). Solche Rechtsfehler liegen nicht vor. 18

a) Das Landesarbeitsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass auch vor Abschluss des letzten Vertrags bestehende Vertragsbeziehungen in eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls einzubeziehen sind, wenn der den Streitgegenstand bestimmende Kläger sich auf sie beruft und sie einen Rückschluss auf den wahren Geschäftsinhalt ermöglichen. 19

b) Bereits nach den schriftlichen Vertragsgrundlagen lässt sich nicht hinreichend erkennen, dass tatsächlich bestimmte Arbeitsergebnisse oder -erfolge vereinbart waren. Der erste „Werkvertrag“ vom 19. September 2005 benennt als „Werkleistung“ die „Bearbeitung von etwa 500 Fundmeldungen, die bis zum 31.12.2004 in der Dienststelle Thierhaupten eingegangen sind“, die „Erstellung von etwa 500 Fundberichten mit Angaben zur Lage der Fundstelle 20

sowie quantitativer Ansprache und Datierung der Funde“ und die „gegebenenfalls persönliche Kontaktaufnahme mit dem Finder (Befragung, in Einzelfällen Kontrolle der Ortsangabe)“. Dies sind tätigkeitsbezogene Leistungen, die Gegenstand eines (*freien*) Dienstverhältnisses sein können, es wird aber kein konkreter „Werkerfolg“ geschuldet. Gleiches gilt für die in Ziff. 2 des Vertrags vom 23. März/1. April 2009 vereinbarten Leistungen mit den Angaben zu den geschuldeten Tätigkeiten. Mit der Erfassung von Maßnahmen (*Ziff. 2.1*), der Bewertung von Maßnahmeergebnissen (*Ziff. 2.2*), der Erbringung von Vorschlägen für die Erfassung erforderlicher Nachträge in die Denkmalliste (*Ziff. 2.4*) oder der Unterbreitung von Änderungsvorschlägen (*Ziff. 2.6*) werden Dienstleistungen geschuldet, nicht aber ein bestimmtes „Werk“. Zwar mag die komplette Erstellung eines Verzeichnisses (*von Denkmälern*) als Werkvertrag vergeben werden können, nach der Vertragslage waren aber nur Teiltätigkeiten seiner Erstellung vereinbart. Zudem geben Ziff. 2.7 bis 2.9 mit den geschuldeten Tätigkeiten im Einzelnen vor, wie und mit welchen Hilfsmitteln die Arbeiten erledigt werden müssen. Dass Ziff. 6 Regelungen zur Gewährleistung und werkvertraglichen Nachbesserung enthält und nach Ziff. 9 der TV-L und andere arbeitsrechtliche Bestimmungen keine Anwendung finden, macht den Vertrag im Hinblick auf die geschuldete Tätigkeit und die gelebte Vertragspraxis nicht zu einem Werkvertrag; auch ist nicht ersichtlich, dass die Nachbesserungsklausel einen realen Hintergrund hatte und je zur Anwendung gekommen ist.

c) Bestehen nach den schriftlichen Verträgen gleichwohl noch Zweifel und ist insbesondere auch die Annahme eines freien Dienstvertrags möglich, so ist das Landesarbeitsgericht nach dem wahren Geschäftsinhalt zutreffend von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen. 21

aa) Zu Recht hat das Landesarbeitsgericht als wichtiges Indiz für die persönliche Abhängigkeit auf die örtliche Einbindung des Klägers in die Arbeitsorganisation des Beklagten abgestellt. Der Kläger war an den Standort der im Rahmen der Nachqualifizierungsarbeiten heranzuziehenden Ortsakten gebunden und konnte seine Arbeit nur an einem PC-Arbeitsplatz des BLfD erbringen, weil er auf den Zugang zum FIS angewiesen war. Der Einwand der Revision, 22

diese Einbindung ergebe sich nicht aus der Arbeitsorganisation, sondern aus der werkvertraglich gestellten Aufgabe, spricht nicht gegen die Würdigung des Landesarbeitsgerichts. Der Kläger konnte nicht, wie es für einen Werkunternehmer typisch ist, die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen organisieren; ihm war nicht gestattet, die Fachsoftware auf einen eigenen Rechner aufzuspielen, um Tätigkeiten auch an einem anderen Ort wahrnehmen zu können.

bb) Das Landesarbeitsgericht hat weiter zutreffend erkannt, dass der Kläger zeitlich sowohl im Hinblick auf das Volumen der täglich zu erbringenden Arbeit als auch im Hinblick auf die Lage der Arbeitszeit weitgehend in den Arbeitsablauf der jeweiligen Dienststelle des BLfD eingegliedert war. Grundlage der Vertragslaufzeit war die kalkulierte Bearbeitung von arbeitstäglich zehn Altdatensätzen bei einer vollschichtigen Tätigkeit. Da der Kläger keinen Schlüssel zu den Diensträumen besaß, konnte er nur zu den vorgegebenen Öffnungszeiten der Dienststellen arbeiten und war damit zeitlich in die Arbeitsabläufe der Dienststellen eingebunden; es war ihm nicht möglich, seine Arbeitsleistung in nennenswertem Umfang anderen Auftraggebern anzubieten. Dass er, wie die Revision geltend macht, rechtlich nicht zur Anwesenheit verpflichtet war und an der Zeiterfassung der Angestellten nicht teilgenommen hat, konnte das Landesarbeitsgericht im Rahmen einer Gesamtwürdigung als unerheblich erachten; trotz rechtlicher Zeitsouveränität war der Kläger nach dem wahren Geschäftsinhalt nicht in der Lage, seine Arbeitszeit iSv. § 84 HGB frei einzuteilen. 23

cc) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht darauf abgestellt, dass der Kläger auch inhaltlichen Weisungen unterworfen war. Bereits die Richtlinien des Projekthandbuchs einschließlich der Formulierungsvorgaben der Listentexte enthalten fachliche tätigkeitsbezogene Weisungen, die typisch für ein Arbeitsverhältnis sind. Selbst wenn die Erteilung vergleichbarer Weisungen im Rahmen einer werkvertraglichen Beziehung für denkbar erachtet wird, kommt hinzu, dass der Kläger auch außerhalb des im Vertrag vom 23. März /1. April 2009 definierten Aufgabenkreises zugewiesene Tätigkeiten verrichtet hat. Dies ist typisch für ein Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitgeber den Inhalt der Arbeits- 24

leistung nach § 106 GewO bestimmt. Soweit die Revision einwendet, es handle sich um untypische, den Personalverantwortlichen nicht bekannte Einzelfälle, zeigt sie damit keinen Rechtsfehler in der Beurteilung durch das Landesarbeitsgericht auf. Der Kläger ist mehrfach zu weiteren Leistungen herangezogen worden, die Erbringung solcher Leistungen gehörte zum wahren Geschäftsinhalt. Der Beklagte muss sich diese Form der Vertragsdurchführung auch zurechnen lassen. Der Vertrag beschreibt die vom Auftragnehmer zu erbringenden Tätigkeiten nur pauschal; nach seiner Gestaltung war die Abstimmung mit den zuständigen Fachreferenten unabdingbar und damit seitens des Beklagten zumindest geduldet.

dd) Schließlich ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts nicht zu beanstanden, dass die vereinbarten Tätigkeiten vom Kläger persönlich zu erbringen waren. Eine Gestattung der Weitergabe des Auftrags regelt der Vertrag nicht, Erfüllungsgehilfen durfte der Kläger nicht einsetzen. Seine Beauftragung erfolgte in Kenntnis des Umstands, dass er keine Mitarbeiter beschäftigt. Maßgeblich für die Vergabe des Vertrags an ihn waren seine persönliche Qualifizierung und seine Fachkenntnisse. 25

ee) Entgegen der Auffassung des Beklagten ergibt sich weder aus der „internen Richtlinie zum Abschluss von Werkverträgen“ noch aus dem Umstand, dass keine weiteren arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten von „Werkvertragspartnern“ des Beklagten anhängig sein sollen, eine Verkehrsanschauung der beteiligten Verkehrskreise. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die übereinstimmend gewollte Vertragsdurchführung der „Richtlinie“ entspricht. 26

III. Das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien hat über den 30. November 2009 hinaus fortbestanden. Es ist zweifelhaft, kann aber dahinstehen, ob die Parteien überhaupt mit der erforderlichen Eindeutigkeit die Befristung eines Rechtsverhältnisses vereinbart haben. Jedenfalls hat der Kläger die Klagefrist gemäß § 17 Satz 1 TzBfG gewahrt, § 253 Abs. 1, § 261 Abs. 2, § 167 ZPO, während sich der Beklagte nicht, auch nicht hilfsweise, auf die wirksame Befristung eines Arbeitsverhältnisses und insbesondere das Vorliegen eines sachlichen Grundes berufen hat. 27

IV. Der Klageantrag zu 2. ist nicht zur Entscheidung angefallen; der Kläger hat Weiterbeschäftigung nur bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung beantragt (vgl. BAG 13. Februar 2013 - 7 AZR 324/11 - Rn. 31). 28

V. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 29

Mikosch

W. Reinfelder

Mestwerdt

Simon

A. Effenberger