

Bundesarbeitsgericht
Neunter Senat

Urteil vom 14. Juni 2016
- 9 AZR 305/15 -
ECLI:DE:BAG:2016:140616.U.9AZR305.15.0

I. Arbeitsgericht Kassel

Urteil vom 27. Februar 2014
- 3 Ca 357/13 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 13. März 2015
- 10 Sa 575/14 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichworte:

Home-Office - Heimarbeit - Programmierer

Bestimmungen:

HAG § 2 Abs. 1; HAG idF vom 14. März 1951 (aF) § 2 Abs. 1; GewO § 106; BGB §§ 662, 665; ZPO § 256

Leitsatz:

Auch qualifizierte Angestelltentätigkeiten können Heimarbeit iSv. § 2 Abs. 1 Satz 1 HAG sein, wenn sie unter den Bedingungen der Heimarbeit ausgeführt werden. Heimarbeit ist nicht auf gewerbliche oder diesen vergleichbare Tätigkeiten beschränkt.

BUNDESARBEITSGERICHT



9 AZR 305/15

10 Sa 575/14

Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. Juni 2016

URTEIL

Brüne, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,

pp.

Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagter,

hat der Neunte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Juni 2016 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Brühler, die Richter am Bundesarbeitsgericht Krasshöfer und Dr. Suckow sowie die ehrenamtlichen Richter Anthonisen und Neumann-Redlin für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 13. März 2015 - 10 Sa 575/14 - unter Zurückweisung der Revision im Übrigen teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kassel vom 27. Februar 2014 - 3 Ca 357/13 - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:
Es wird festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Heimarbeitsverhältnis im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 1 HAG besteht. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Kosten der Berufung und der Revision haben der Kläger und die Beklagte jeweils zur Hälfte zu tragen. Von den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens hat der Kläger 4/7 zu tragen und die Beklagte 3/7.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten darüber, ob zwischen ihnen ein Arbeitsverhältnis - hilfsweise ein Heimarbeitsverhältnis iSd. § 2 Abs. 1 HAG - besteht. 1

Der Kläger war ab Mai 1989 aufgrund eines schriftlichen Anstellungsvertrags bei der Beklagten als Bauingenieur/Programmierer beschäftigt. Ihm oblag die Pflege und Weiterentwicklung der von der Beklagten vertriebenen Software. Mit Schreiben vom 4. Mai 1992 kündigte er das Arbeitsverhältnis zum 1. Juli 1992. Er begründete die Kündigung mit seinem Umzug und bekundete sein Interesse an einer weiteren Beschäftigung als freier Mitarbeiter. Die Parteien setzten ihre Zusammenarbeit fort, wobei diese formal als freies Mitarbeiterverhältnis ausgestaltet war. Einen schriftlichen Vertrag schlossen sie nicht. 2

Der Kläger arbeitete gegen eine Stundenvergütung von zu Hause in L aus, das ca. 180 km vom Betrieb der Beklagten entfernt ist. Er war nach wie vor für die Pflege und Weiterentwicklung des „Betriebssystems S“ der Beklagten 3

zuständig. Seine Aufgabe bestand zuletzt darin, mathematische Kerne für baustatische Problemstellungen, sog. Berechnungskerne, zu programmieren. Er hatte sich jahrelang mit den speziellen Berechnungskernen in den Programmen der Beklagten beschäftigt und hatte hier ein Fachwissen aufgebaut.

Der Kläger konnte seine Arbeitszeit frei einteilen. Im Jahr 2001 arbeitete er zB 874,83 Stunden für die Beklagte und im Jahr 2007 insgesamt 1.621,19 Stunden. Von 1995 bis 2001 absolvierte er neben der Tätigkeit für die Beklagte ein Studium der Bauinformatik an der Universität H. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2011 teilte er der Beklagten ua. mit, dass er wegen des Neubaus eines Einfamilienhauses etwas weniger Stunden gearbeitet habe und sich seine Arbeitszeit Anfang des Jahres 2012 wieder „normalisieren“ werde. Der Kläger stellte der Beklagten seine Arbeitsstunden zuzüglich Umsatzsteuer in Rechnung. Seinen Urlaub teilte er der Beklagten mit. Im Betrieb der Beklagten war er allenfalls ein- oder zweimal im Jahr anwesend. An den bei der Beklagten regelmäßig stattfindenden Meetings nahm er nicht teil. Allerdings sollte er im Vorfeld der Meetings jeweils einen kurzen Bericht über seine aktuellen Tätigkeiten verfassen.

4

Die Beklagte stellte dem Kläger das „Betriebssystem S“ als Programmierumgebung zur Verfügung. Grundlage der Überlassung war ein Nutzungsvertrag vom 17. Juni 1992, mit dem der Kläger der Beklagten das Nutzungs- und Vertriebsrecht einräumte. Abgesehen von der vorübergehenden Nutzung eines „Leihrechners“ im Jahr 1994 arbeitete er mit eigener Hardware. Er besaß einen eigenen User-Zugang und ein Passwort.

5

Seit dem Jahr 1998 nutzte der Kläger ein Programm, das auch die Arbeitszeiten aufzeichnet. Darin war ein automatischer Abzug für Pausen vorgegeben.

6

Der Kläger hielt mit dem Betrieb Kontakt per E-Mail. Eine Vielzahl der E-Mails enthielt einen Prüfauftrag mit der Bitte bzw. Aufforderung, dass der Kläger zu einem bestimmten Problem Stellung nehmen sollte. Dabei wandten sich verschiedene Mitarbeiter der Beklagten an den Kläger. Zum Teil wurden von Mitarbeitern der Beklagten auch konkrete Arbeitsaufträge an den Kläger

7

herangetragen, zB mit dem Inhalt „bitte bearbeite den Artikel Nr. ... aus der Knowledgebase“ oder „bitte baue in deine Entwicklungsversion vom 32F folgende Schutzabfrage“.

Die Beklagte teilte dem Kläger mit Schreiben vom 12. August 2013 mit, ihre Gesellschafterversammlung habe beschlossen, das Unternehmen mit Ablauf des 31. Dezember 2013 aufzulösen und zu liquidieren. Der Betrieb solle zu diesem Zeitpunkt stillgelegt werden. Dies bedeute für ihn als langjährigen „Subunternehmer“, dass er zukünftig keine neuen Aufträge mehr erhalten werde.

8

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis bestanden habe. Er habe außer der Beklagten keine weiteren „Auftraggeber“ gehabt, sei zeitlich voll ausgelastet und in die Arbeitsorganisation bei der Beklagten eingegliedert gewesen. Auch sei er gehalten gewesen, Teilarbeiten bei der Entwicklung bzw. Weiterentwicklung der von der Beklagten vertriebenen Software arbeitsteilig und in enger Zusammenarbeit und Abstimmung mit anderen Beschäftigten der Beklagten zu verrichten. Die von ihm zu programmierenden Programmteile seien eigenständig nicht lauffähig gewesen. Er sei auf die Nutzung des „Betriebssystems S“ angewiesen gewesen. Ihm seien regelmäßig Arbeitsaufträge zugewiesen worden in der selbstverständlichen Erwartung, dass er diese erledige. Die Beklagte habe seine ständige Dienstbereitschaft erwartet. Die Übertragung von Aufgaben sei entweder direkt durch die Geschäftsleitung der Beklagten oder durch Mitarbeiter der Beklagten erfolgt. Die Beklagte habe ihn zu erheblichen Nebenarbeiten, insbesondere zur Beantwortung von Kundenanfragen, herangezogen. Sie habe ihn auch angewiesen, an Fortbildungsveranstaltungen teilzunehmen. Die Zeit der Teilnahme an diesen Veranstaltungen sei ihm als Arbeitszeit vergütet und die entstandenen Reisekosten seien ihm erstattet worden. Er habe das Arbeitszeiterfassungsprogramm auf Anweisung der Beklagten nutzen müssen. In diesem Zusammenhang sei ihm sogar vorgeschrieben worden, Pausen einzulegen. Bei zu wenig eingelegten Pausen sei ein Pausenabzug vorgenommen worden. Die Beklagte habe ihm Vorgaben gemacht, bis zu welchem Zeitpunkt die Arbeiten zu erledigen seien. Selbst wenn er nicht Arbeitnehmer sein sollte, wäre er jedenfalls als Heimarbeiter iSd. § 2 Abs. 1 HAG anzusehen. Nach der

9

Änderung des HAG komme es für die Frage, ob ein Heimarbeitsverhältnis vorliegt, auf eine wie auch immer geartete „Verkehrsauffassung“ nicht mehr an. Sein Vertragsverhältnis sei durch das Schreiben der Beklagten vom 12. August 2013 nicht beendet worden.

Nach Klageerweiterung in der Berufungsinstanz hat der Kläger zuletzt beantragt 10

1. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht;
2. festzustellen, dass sein Arbeitsverhältnis durch die Kündigung der Beklagten vom 12. August 2013 nicht aufgelöst worden ist;
3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen über den 31. Dezember 2013 hinaus fortbesteht;

hilfsweise für den Fall, dass der Antrag zu 1. unbegründet sein sollte,

4. festzustellen, dass zwischen den Parteien ein Heimarbeitsverhältnis iSd. § 2 Abs. 1 HAG besteht;
5. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Heimarbeitsverhältnis nicht zum 31. Dezember 2013 endete;
6. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Zeugnis über das Dienstverhältnis und dessen Dauer zu erteilen, das sich auf Leistungen und Führung im Dienst erstreckt;

hilfsweise für den Fall, dass der Antrag zu 1. begründet sein sollte,

7. die Beklagte zu verurteilen, ihm ein Zwischenzeugnis zu erteilen, das sich auf Verhalten und Leistung erstreckt.

Die Beklagte hat zu ihrem Klageabweisungsantrag die Auffassung vertreten, dass mit dem Kläger ein Werkvertragsverhältnis bestanden habe. Der Kläger habe auf eigene Anfrage das Zeiterfassungsprogramm der Beklagten nutzen wollen, damit er die Werkleistung besser abrechnen könne. Ihm habe es freigestanden, eigene Mitarbeiter einzustellen und Aufträge abzulehnen. Der 11

Kläger handele treuwidrig, wenn er sich nach 21 Jahren eines klaren Einvernehmens auf Werkvertragsbasis nunmehr auf ein Arbeitsverhältnis berufe.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat auf die Berufung des Klägers das Urteil des Arbeitsgerichts unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen teilweise abgeändert und der Klage in den Hauptanträgen und dem auf Erteilung eines qualifizierten Zwischenzeugnisses gerichteten Hilfsantrag stattgegeben. Mit ihrer vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte das Ziel der vollständigen Klageabweisung weiter. Der Kläger hat in der Revision mit Zustimmung der Beklagten den Hilfsantrag zu 5. zurückgenommen und klargestellt, dass der Antrag zu 6. nicht für den Fall gestellt wird, dass dem Antrag zu 4. stattgegeben wird. 12

Entscheidungsgründe

A. Die zulässige Revision der Beklagten ist nur teilweise begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, zwischen den Parteien bestehe ein Arbeitsverhältnis. Die Klage ist entgegen der Auffassung der Revision begründet, soweit der Kläger die Feststellung begehrt, dass zwischen den Parteien ein Heimarbeitsverhältnis besteht. 13

I. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht dem Antrag zu 1. stattgegeben und festgestellt, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. 14

1. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. 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 und Abs. 2 HGB*). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit hängt dabei auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von 15

dem Rechtsverhältnis eines freien Dienstnehmers durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur Dienstleistung Verpflichtete befindet (*BAG 11. August 2015 - 9 AZR 98/14 - Rn. 16*). Ebenso ist der Grad der persönlichen Abhängigkeit für die Abgrenzung von dem Rechtsverhältnis eines Werkunternehmers maßgeblich (*BAG 25. September 2013 - 10 AZR 282/12 - Rn. 16*). Letztlich kommt es für die Beantwortung der Frage, welches Rechtsverhältnis im konkreten Fall vorliegt, auf eine Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls an. 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. 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, weil sich aus der praktischen Handhabung der Vertragsbeziehungen am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragspartner ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben (*BAG 11. August 2015 - 9 AZR 98/14 - Rn. 16 mwN*). Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen (*BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 484/14 - Rn. 20 mwN*).

2. Das Landesarbeitsgericht hat als Tatsacheninstanz bei der Prüfung des Arbeitnehmerstatus einen Beurteilungsspielraum. Seine Würdigung ist nur daraufhin zu überprüfen, ob es den Rechtsbegriff des Arbeitnehmers selbst verkennt, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt, bei der Subsumtion den Rechtsbegriff wieder aufgegeben oder wesentliche Umstände außer Betracht gelassen hat (*vgl. BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 484/14 - Rn. 21 mwN*). Auch diesem eingeschränkten Prüfungsmaßstab hält das Urteil des Landesarbeitsgerichts nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat die maßgeblichen rechtlichen Gesichtspunkte nicht widerspruchsfrei und nur unvollständig berücksichtigt.

16

- a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, dass die Parteien nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Kläger im Jahr 1992 von der Begründung eines freien Mitarbeiterverhältnisses ausgegangen seien und das Vertragsverhältnis auch jahrelang formal wie ein freies Mitarbeiterverhältnis abgewickelt worden sei. Tatsächlich hätte aber ein Arbeitsverhältnis bestanden. 17
- b) Die vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatsachen rechtfertigen es jedoch nicht, aus der späteren Durchführung des Vertragsverhältnisses darauf zu schließen, die Parteien hätten abweichend von diesem übereinstimmenden Willen nachträglich ein Arbeitsverhältnis begründet. 18
- aa) Das Landesarbeitsgericht hat gemeint, dass es sich bei dem zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnis nicht um ein Werkvertragsverhältnis gehandelt habe. Aus dem Nichtvorliegen eines Werkvertrags und daraus, dass der Kläger zu den Meetings regelmäßig Berichte zum aktuellen Stand seiner Tätigkeit fertigen sollte, für die Beklagte aufgrund der Verwendung eines Zeiterfassungsprogramms durch den Kläger „potentiell“ eine Überwachungsmöglichkeit bestanden habe, der Kläger aufgrund seiner „Erfahrung mit dem Betriebssystem“ der Beklagten und seiner fachlichen Qualifikation nicht beliebig habe ersetzt werden können und damit faktisch die geschuldeten Tätigkeiten persönlich zu erbringen gehabt habe, er - wenn auch selten - gegenüber Kunden der Beklagten nach außen auftrat und die Beklagte „permanent“ damit gerechnet habe, auf die Arbeitsleistung des Klägers zugreifen zu können, hat das Landesarbeitsgericht auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses geschlossen. Es hat demgegenüber die Zeitsouveränität des Klägers, dessen fehlende Weisungsgebundenheit bezüglich des Orts der Arbeitsleistung sowie die weitgehend fehlende „inhaltliche“ Weisungsgebundenheit als weniger gewichtig gewertet. 19
- bb) Es kann dahinstehen, ob es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien um einen Werk- oder um einen Dienstvertrag handelt. Jedenfalls fehlt es entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses schon am hierzu erforderlichen Grad der persönlichen Abhängigkeit. 20

- cc) Maßgeblich gegen den Arbeitnehmerstatus des Klägers spricht, dass er nach den vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen im Wesentlichen frei war, seine Tätigkeit zu gestalten und seine Arbeitszeit zu bestimmen. 21
- (1) Der Kläger war nicht nur frei bei der Wahl des Arbeitsorts und hinsichtlich der Lage der Arbeitszeit. Er konnte auch frei darüber entscheiden, ob und in welchem Umfang er seine Tätigkeiten für die Beklagte erbringt. 22
- (a) Das folgt zum einen daraus, dass er der Beklagten Zeiten, in denen er für sie nicht zur Verfügung stand und damit auch keine „Arbeitsaufträge“ von ihr entgegennehmen konnte, lediglich mitteilte. Einer Zustimmung der Beklagten bedurfte es nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht. Insbesondere zeigt das Schreiben des Klägers an die Beklagte vom 14. Oktober 2011, dass er frei darin war, ob und in welchem Umfang er für die Beklagte tätig sein wollte. Mit diesem Schreiben teilte er ihr mit, dass er in den letzten Monaten aufgrund des Neubaus eines Einfamilienhauses weniger Stunden für sie gearbeitet habe und sich seine Arbeitszeit Anfang des Jahres 2012 wieder „normalisieren“ werde. Auch die vom Landesarbeitsgericht in Bezug genommenen Aufstellungen der monatlichen Arbeitsstunden des Klägers für die Jahre 1992 bis 2013 zeigen, dass der Kläger - bezogen auf einzelne Kalenderjahre und auch auf einzelne Kalendermonate - in höchst unterschiedlichem Umfang für die Beklagte tätig war. 23
- (b) Angesichts dessen ist sowohl die Annahme des Landesarbeitsgerichts, der Kläger sei ähnlich wie bei einer ständigen Dienstbereitschaft „stets ansprechbar“ gewesen und die Beklagte habe „permanent“ damit gerechnet, auf die Arbeitsleistung des Klägers zugreifen zu können, als auch die Behauptung des Klägers, es sei „undenkbar“ gewesen, dass er Arbeitsaufträge ablehne, schon nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts unzutreffend. Vielmehr zeigen das Schreiben vom 14. Oktober 2011 sowie die Praxis lediglich, dass die Entscheidung, ob und in welchem zeitlichen Umfang er für die Beklagte tätig wurde, beim Kläger lag. 24

(c) Soweit der Kläger „im Übrigen“ für die Beklagte in ständiger Dienstbereitschaft war, Aufträge nicht ablehnte und auch Nebenarbeiten, die über die reinen Programmier Tätigkeiten hinausgingen, übernahm, wie zB die Beantwortung von Sachanfragen seitens der Kunden oder die Problemlösung bei Programmierfragen seitens der Beklagten, können daraus keine Rückschlüsse auf ein Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien gezogen werden (*vgl. BAG 31. Mai 1989 - 5 AZR 153/88 - Rn. 54 f.*). Entscheidend ist nicht die Bereitschaft, Aufträge zu übernehmen bzw. Tätigkeiten auszuführen, sondern, ob nach dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien die Beklagte die Möglichkeit haben sollte, dem Kläger einseitig, also unabhängig von seiner Bereitschaft, Aufgaben zuzuweisen und damit nach § 106 GewO den Inhalt der Arbeitsleistung näher zu bestimmen (*vgl. BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 484/14 - Rn. 25*). Allein der Umstand, dass es für den Kläger „undenkbar“ gewesen sein mag, Aufträge abzulehnen, lässt nicht den Rückschluss auf eine für einen Arbeitnehmer typische persönliche Abhängigkeit zu. Grund dafür können auch wirtschaftliche Erwägungen sein, wie die Befürchtung, künftig keine oder weniger Aufträge zu erhalten. Die bloße wirtschaftliche Abhängigkeit begründet keine Arbeitnehmereigenschaft (*vgl. BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 484/14 - aaO*).

(2) Das Landesarbeitsgericht hat - vom Kläger nicht mit Gegenrügen angegriffen - angenommen, er habe in seiner Programmier Tätigkeit weitgehend frei von „inhaltlichen“ Weisungen arbeiten können. Soweit die Beklagte die vom Kläger übernommenen Arbeitsaufgaben durch fachliche Anweisungen näher konkretisierte, lässt das nicht zwingend auf die Ausübung des in § 106 GewO normierten Weisungsrechts und damit auf ein Arbeitsverhältnis schließen. Auch ein Selbstständiger kann bei seiner Tätigkeit Weisungen seines Vertragspartners unterworfen sein (*MüArbR/Richardi 3. Aufl. Bd. 1 § 16 Rn. 26*). Im Rahmen eines freien Dienstvertrags kann der Dienstberechtigte dem Dienstpflichtigen oder dessen Erfüllungsgehilfen Ausführungsanweisungen erteilen (*vgl. BAG 10. Oktober 2007 - 7 AZR 448/06 - Rn. 42; MüKoBGB/Busche 6. Aufl. § 631 Rn. 17*). Auch bei einem Auftrag iSd. §§ 662 ff. BGB unterliegt der Beauftragte Weisungen des Auftraggebers (§ 665 BGB; *vgl. BAG 29. August 2012 - 10 AZR 499/11 - Rn. 17, BAGE 143, 77*). Im Gegensatz dazu umfasst das in § 106

GewO normierte Weisungsrecht eines Arbeitgebers neben dem Inhalt der Tätigkeit auch deren Durchführung, Zeit, Dauer und Ort, woran es im Streitfall fehlt.

(3) Auch der zur Erledigung der vom Kläger übernommenen Arbeitsaufgaben notwendige Abstimmungsbedarf mit anderen Mitarbeitern der Beklagten sowie der Umstand, dass dem Kläger auf der Grundlage des zwischen den Parteien geschlossenen Nutzungsvertrags vom 17. Juni 1992 das „Betriebssystem S“ als Programmierumgebung überlassen wurde und er einen eigenen passwortgeschützten User-Zugang zu dem Betriebssystem der Beklagten hatte, lassen nicht auf einen Grad an persönlicher Abhängigkeit schließen, der für die Arbeitnehmereigenschaft erforderlich ist. Die darin liegende Einbindung in die Arbeitsorganisation der Beklagten erreicht nicht ein solches Maß, dass von einer fremdbestimmten Tätigkeit auszugehen ist. Denn auch für Selbstständige ist es üblich, dass sie ihre Leistungen im Rahmen der organisatorischen Gegebenheiten des Auftraggebers zu erbringen haben. Entscheidend ist, dass der Kläger entscheiden konnte, ob er überhaupt und ggf. wann er seine Tätigkeit erbringt (*vgl. BAG 21. Juli 2015 - 9 AZR 484/14 - Rn. 25*). Dies war hier der Fall.

27

(4) Daraus, dass der Kläger für Meetings regelmäßig Berichte zum aktuellen Stand seiner Tätigkeit fertigen sollte, lässt sich entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts ebenfalls nicht auf eine weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit schließen. Gleiches gilt hinsichtlich des vom Kläger benutzten Zeiterfassungsprogramms, das nach der - allerdings von der Revision beanstandeten - Wertung des Landesarbeitsgerichts der Beklagten „zumindest potentiell“ eine Überwachungsmöglichkeit geboten habe. Das Landesarbeitsgericht hat verkannt, dass Informations- oder Rechenschaftspflichten, insbesondere über den Stand der Tätigkeit und ihre Durchführung, nicht ausschließlich in einem Arbeitsverhältnis bestehen. Es handelt sich dabei um typische Nebenpflichten, die eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen kennzeichnen (*vgl. BAG 20. Oktober 2015 - 9 AZR 525/14 - Rn. 27; vgl. auch zur Pflicht, über den Stand der Tätigkeiten und ihre Durchführung zu unterrichten BAG 31. Mai 1989 - 5 AZR 153/88 - zu II 4 c der Gründe*). Maßgeblich ist

28

nicht, ob die Beklagte die Möglichkeit hatte zu kontrollieren, wann und in welchem zeitlichen Umfang der Kläger welche Tätigkeiten ausführt, sondern ob der Kläger selbst über den Ablauf bestimmen konnte oder dies von der Beklagten vorgegeben und damit fremdbestimmt war (*vgl. BAG 31. Mai 1989 - 5 AZR 153/88 - zu II 3 c der Gründe*). Ausgehend davon kann mangels Entscheidungserheblichkeit (§ 561 ZPO) dahinstehen, ob die Beklagte im Rahmen ihrer Revision zu Recht rügt, die Feststellung des Landesarbeitsgerichts, dass der Kläger regelmäßig Berichte für Meetings fertigen musste, sei unzutreffend.

(5) Auch soweit das Landesarbeitsgericht im Rahmen seiner Gesamtbeurteilung darauf abgestellt hat, dass der Kläger in seltenen Fällen unmittelbar im Kundenkontakt gestanden habe, ist die Berufungsentscheidung fehlerhaft. 29

(a) Dass die Beklagte einen Kunden unmittelbar an den Kläger verwiesen und sich der Kläger in einer anderen Sache unmittelbar an einen Kunden der Beklagten gewandt hat, ist schon kein Indiz für ein Arbeitsverhältnis. Auch außerhalb eines Arbeitsverhältnisses ist derartiges möglich und auch nicht unüblich. Zum anderen hat die Beklagte zu Recht darauf hingewiesen, dass das Landesarbeitsgericht bei seiner Annahme, der Kläger sei gegenüber Kunden wie ein Arbeitnehmer erschienen, nicht berücksichtigt hat, dass er in eigenem Namen, unter eigener Adresse und eigener Telefonnummer aufgetreten ist, was in einem Arbeitsverhältnis untypisch ist. 30

(b) Zudem hat das Landesarbeitsgericht verkannt, dass einzelne Vorgänge der Vertragsabwicklung zur Feststellung eines vom Vertragswortlaut abweichenden Geschäftsinhalts nur geeignet sind, wenn es sich dabei nicht um untypische Einzelfälle, sondern um beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis handelt (*vgl. BAG 11. August 2015 - 9 AZR 98/14 - Rn. 33 mwN*). 31

(6) Schließlich hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht angenommen, es spreche für den Status des Klägers als Arbeitnehmer, dass ihm der Einsatz eigenen Personals zwar nicht verboten gewesen sei, er aber faktisch aufgrund seiner „Erfahrung mit dem Betriebssystem“ der Beklagten und seiner Qualifika- 32

tion nicht beliebig habe ersetzt werden können. Diese Qualifikation und die Fachkenntnisse seien für die Beklagte ausschlaggebend gewesen. Ob der Kläger tatsächlich eigenes Personal einsetzte bzw. mit welchem Aufwand er geeignetes Personal hätte finden können, ist unerheblich, wenn es ihm rechtlich möglich war, eigenes Personal als Erfüllungsgehilfen einzusetzen. Für die Beurteilung des Rechtsverhältnisses kommt es auf die wechselseitigen Rechte und Pflichten an. Ist es - wie im Streitfall - dem zur Leistung Verpflichteten rechtlich möglich, eigenes Personal einzusetzen, ist es unerheblich, ob und weshalb er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat. Insoweit unterscheidet sich der Streitfall auch von der vom Landesarbeitsgericht herangezogenen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 25. September 2013 (- 10 AZR 282/12 - Rn. 25). In dieser Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht gerade nicht auf die faktische, sondern auf die rechtliche Möglichkeit abgestellt, sich zur Erledigung der Aufgaben Erfüllungsgehilfen zu bedienen. Es hat die Würdigung des Landesarbeitsgerichts revisionsrechtlich nicht beanstandet, dass die vereinbarten Tätigkeiten vom dortigen Kläger persönlich zu erbringen waren, und hat angenommen, der Kläger habe Erfüllungsgehilfen nicht einsetzen „dürfen“. Dass die Parteien vorliegend davon ausgingen, der Einsatz eigenen Personals als Erfüllungsgehilfen sei dem Kläger grundsätzlich gestattet, ergibt sich bereits aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Nutzungsvertrag vom 17. Juni 1992. Danach war der Kläger verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass keiner seiner Mitarbeiter das ihm zur Verfügung gestellte „Programmsystem“ für andere Zwecke verwendet bzw. Dritten zugänglich macht.

dd) Auch soweit der Kläger meint, für seinen Arbeitnehmerstatus spreche, dass ihm vorgegeben worden sei, Pausen zu machen und an Fortbildungen teilzunehmen, deren Kosten die Beklagte getragen habe, führt dies in der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung nicht zu dem vom Landesarbeitsgericht gefundenen Ergebnis. 33

(1) Eine die Zeitsouveränität des Klägers einschränkende Weisung, Pausen zu machen, folgt - entgegen der Auffassung des Klägers - nicht etwa aus dem Begleitschreiben der Beklagten vom 7. April 1998 zu der Lieferung einer 34

„CD mit dem aktuellen Programmstand“, die auch ein Zeiterfassungsprogramm enthielt, sowie aus dem Umstand, dass das vom Kläger zu Abrechnungszwecken benutzte Zeiterfassungsprogramm automatisch einen Zeitabzug von vier Minuten je Stunde ab 4,5 Stunden Gesamtzeit für Pausenzeiten vornahm. Allein aus der Formulierung in dem Begleitschreiben „anbei erhältst Du, wie nicht besprochen“ folgt schon nicht - wie der Kläger meint - die Weisung, dass er das Zeiterfassungsprogramm benutzen müsse; erst recht nicht die Weisung, Pausen zu machen.

(2) Der Annahme, dass es sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien nicht um ein Arbeitsverhältnis handelt, steht auch nicht die Behauptung des Klägers entgegen, er sei angewiesen worden, an Fortbildungsveranstaltungen teilzunehmen. Diesbezüglich hat er auf eine E-Mail der Beklagten vom 11. September 2000 verwiesen. Auch wenn man den mit dieser E-Mail an die Mitarbeiter gerichteten „Wunsch“, an der Veranstaltung teilzunehmen, als Anweisung verstehen wollte, ist schon nicht ersichtlich, dass sich diese Anweisung tatsächlich auch an den Kläger richten sollte. Ausweislich dieser E-Mail - darauf hat die Beklagte zutreffend hingewiesen - wurde der Kläger ebenso wie andere freie Mitarbeiter lediglich in „Cc“ gesetzt. Er hat also lediglich eine „carbon copy“ erhalten. Damit wird regelmäßig kenntlich gemacht, dass die E-Mail sich nicht direkt an diesen Adressaten wendet, sondern nur „zur Beachtung“ bzw. „zur Kenntnisnahme“ an ihn versandt wurde. Abgesehen davon würden auch nur beispielhafte Erscheinungsformen einer durchgehend geübten Vertragspraxis den Schluss zulassen, die Parteien hätten durch die Vertragspraxis von ihrem ursprünglichen Willen, das Vertragsverhältnis nicht als Arbeits-, sondern als freies Mitarbeiterverhältnis fortzuführen, abweichen wollen. 35

(3) Soweit der Kläger behauptet hat, die Beklagte habe die Kosten für seine Teilnahme an dieser und auch an anderen Fortbildungsveranstaltungen übernommen und die dafür aufgewandte Zeit vergütet, ist das zwar untypisch für eine selbstständige Tätigkeit, da Selbstständige das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit regelmäßig selbst tragen und damit typischerweise auch die Kosten für Fortbildungen. Jedoch folgt daraus angesichts der Freiheit des Klägers, 36

selbst entscheiden zu können, ob er überhaupt und ggf. wann er seine Tätigkeit erbringt, nicht dessen Arbeitnehmerstatus.

II. Der Kündigungsschutzantrag zu 2. ist ebenfalls nicht begründet, da es bereits an einem Arbeitsverhältnis fehlt, welches der Feststellungsantrag voraussetzt (*BAG 11. August 2015 - 9 AZR 98/14 - Rn. 14 mwN*). 37

III. Die Revision der Beklagten gegen die Verurteilung zur Erteilung eines Zwischenzeugnisses aufgrund des unechten Hilfsantrags zu 7. fällt wegen der Unbegründetheit des Klageantrags zu 1. nicht zur Entscheidung an. Mit der Abweisung des Hauptantrags durch das Revisionsgericht wird die Verurteilung aufgrund des Hilfsantrags durch das Landesarbeitsgericht wirkungslos (*vgl. für einen echten Hilfsantrag BAG 12. August 2008 - 9 AZR 620/07 - Rn. 15, BAGE 127, 214*). 38

IV. Der hilfsweise gestellte Antrag zu 4., mit dem der Kläger die Feststellung begehrt, dass zwischen den Parteien ein Heimarbeitsverhältnis iSd. § 2 Abs. 1 HAG besteht, ist zulässig und begründet. 39

1. Die Frage des Bestehens eines Heimarbeitsverhältnisses iSd. § 2 Abs. 1 HAG kann Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO sein. Unterfällt ein Vertragsverhältnis § 2 Abs. 1 HAG ist damit zugleich ein besonderer Arbeits-, Gefahren-, Entgelt- und Kündigungsschutz nach dem HAG verbunden. Darüber hinaus werden die in Heimarbeit Beschäftigten durch zahlreiche gesetzliche Bestimmungen den Arbeitnehmern gleichgestellt (*Küttner/Röller Personalbuch 2016 Heimarbeit Rn. 7, 27*). Das allein genügt, um den Begriff des Rechtsverhältnisses iSd. § 256 ZPO zu erfüllen (*vgl. zur Feststellung des Status einer arbeitnehmerähnlichen Person BAG 7. Januar 1971 - 5 AZR 221/70 - zu 1 der Gründe*). 40

2. Der Feststellungsantrag zu 4. ist begründet. Der Kläger ist Heimarbeiter iSd. § 2 Abs. 1 HAG. Das Vertragsverhältnis war zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht noch nicht beendet. 41

- a) Bei dem Vertragsverhältnis der Parteien handelt es sich um ein Heim- 42
arbeitsverhältnis.
- aa) Heimarbeiter ist, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigene Wohnung 43
oder Betriebsstätte) allein oder mit seinen Familienangehörigen im Auftrag von
Gewerbtreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die
Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftragge-
benden Gewerbtreibenden überlässt (§ 2 Abs. 1 Satz 1 HAG).
- bb) Der Kläger war im Auftrag der Beklagten, die ein Gewerbe betreibt, in 44
selbstgewählter Arbeitsstätte, der eigenen Wohnung, erwerbsmäßig tätig.
- (1) Der Heimarbeiter arbeitet erwerbsmäßig, wenn die Heimarbeit auf ge- 45
wisse Dauer angelegt ist und zum Lebensunterhalt beitragen soll (vgl. BAG
12. Juli 1988 - 3 AZR 569/86 - zu I 2 a der Gründe; ebenso MüArbR/Heenen
3. Aufl. Bd. 2 § 315 Rn. 6).
- (2) Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Das Vertragsverhältnis war auf 46
Dauer angelegt. Der Kläger war nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses im
Jahr 1992 ca. 21 Jahre von zu Hause aus für die Beklagte tätig. Auch sollte
diese „Heimarbeit“ zum Lebensunterhalt des Klägers beitragen.
- (3) Der Einordnung des Vertragsverhältnisses der Parteien als Heimar- 47
beitsverhältnis steht nicht entgegen, dass es sich bei den vom Kläger verrichte-
ten Arbeiten um Tätigkeiten handelt, die eine höherwertige Qualifikation
erfordern (vgl. KR/Rost 11. Aufl. §§ 29, 29a HAG Rn. 9; Schmidt/Koberski/
Tiemann/Wascher HAG 4. Aufl. § 2 Rn. 62; Haupt Der virtuelle Arbeitsplatz
S. 90 f.; Wank NZA 1999, 225, 233; Kappus NZA 1987, 408, 409; Kilian/
Borsum/Hoffmeister NZA 1987, 401, 404). Auf eine Verkehrsanschauung dahin
gehend, ob es sich um gewerbliche Tätigkeiten handelt, kommt es seit der Ein-
führung des Tatbestandsmerkmals „erwerbsmäßig“ unter gleichzeitiger Strei-
chung des Merkmals „gewerblich“ nicht mehr an. Ebenso wenig ist eine nach
der Verkehrsanschauung bestehende besondere Schutzbedürftigkeit erforder-
lich (vgl. Wedde Telearbeit 2. Aufl. S. 74 f.; Kappus NJW 1984, 2384, 2387).

Das HAG vom 14. März 1951 (*HAG aF; BGBl. I S. 191*) setzte für die Annahme eines Heimarbeitsverhältnisses eine „gewerbliche“ Tätigkeit des Beschäftigten voraus (§ 2 Abs. 1 Satz 1 HAG aF). Dies führte bei der Vergabe einfacher Büroarbeiten zu Zweifeln darüber, ob nur die Tätigkeiten von „gewerblichen“ Arbeitern oder auch (einfache) Angestelltentätigkeiten in Heimarbeit ausgeführt werden könnten. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Bundessozialgerichts erfasste das Merkmal „gewerblich“ Tätigkeiten, die denen eines gewerblichen Arbeiters entsprachen, sowie bestimmte Formen der Angestelltentätigkeit, soweit sie nach der Verkehrsanschauung als „gewerbliche Arbeiten“ angesehen wurden (zB einfache „Büroheimarbeiten“, wie das Schreiben von Adressen, Abschreibearbeiten oder die Tätigkeit einer Phonotypistin; vgl. BAG 10. Juli 1963 - 4 AZR 273/62 - BAGE 14, 245; BSG 22. Oktober 1971 - 7 RAr 61/69 -). Dieser Entwicklung trug das Heimarbeitsänderungsgesetz vom 29. Oktober 1974 (*BGBl. I S. 2879*) Rechnung. In § 2 Abs. 1 Satz 1 HAG wurde das Merkmal „gewerblich“ durch „erwerbsmäßig“ ersetzt, um auch im Gesetzestext klarzustellen, dass Angestelltentätigkeiten insoweit in den Schutzbereich des HAG einbezogen sind, als solche Tätigkeiten unter den Bedingungen der Heimarbeit ausgeführt werden (vgl. zum Ganzen BAG 25. März 1992 - 7 ABR 52/91 - zu B II 1 b der Gründe, BAGE 70, 104 unter Bezugnahme auf BT-Drs. 7/975 S. 14; sh. auch Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher HAG 4. Aufl. § 2 Rn. 56 ff.; Kappus NJW 1984, 2384, 2386). Weder der gesetzlichen Regelung noch den Gesetzesmaterialien ist eine Beschränkung auf einfache Angestelltentätigkeiten oder die Feststellung einer nach der Verkehrsanschauung bestehenden Schutzbedürftigkeit zu entnehmen (vgl. Wedde Telearbeit 2. Aufl. S. 74 f.; Kappus NJW 1984, 2384, 2387). Dafür spricht zudem, dass der Gesetzgeber die Prüfung einer besonderen Schutzbedürftigkeit dort, wo er es für erforderlich gehalten hat, ausdrücklich als Tatbestandsmerkmal normiert hat (zB § 1 Abs. 2 HAG).

48

(4) Unerheblich ist auch der zeitliche Umfang der Tätigkeit, die Höhe des Verdiensts und ob der Lebensunterhalt überwiegend mit Heimarbeit verdient wird (vgl. BAG 12. Juli 1988 - 3 AZR 569/86 - zu I 2 a der Gründe; ErfK/Koch 16. Aufl. § 5 BetrVG Rn. 8; BeckOK ArbR/Besgen Stand 1. Juni 2016 BetrVG

49

§ 5 Rn. 22; *Fitting* 28. Aufl. § 5 Rn. 312; *Fenski Außerbetriebliche Arbeitsverhältnisse* 2. Aufl. Rn. 21; *Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher HAG* 4. Aufl. § 2 Rn. 12).

(5) Der Kläger hat der Beklagten auch die Verwertung seiner Arbeitsergebnisse überlassen. Er hat mit dem Nutzungsvertrag vom 17. Juni 1992 der Beklagten das alleinige Nutzungs- und Vertriebsrecht für die von ihm für die Beklagte „entwickelten Programme“ eingeräumt. 50

(6) Der Kläger war auch nicht für den allgemeinen Absatzmarkt tätig und das wirtschaftliche Risiko der Verwertung seiner Arbeitsergebnisse lag bei der Beklagten (*vgl. zu diesem Abgrenzungsmerkmal: Haupt Der virtuelle Arbeitsplatz S. 90; Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher HAG* 4. Aufl. § 2 Rn. 6, 23, 93; *Kappus NJW* 1984, 2384, 2388). Dass der Kläger seinen eigenen PC nutzte, steht der Eigenschaft als Heimarbeiter ebenso wenig entgegen wie die Behauptung der Beklagten im Revisionsverfahren, der Kläger habe die Programmierumgebung (N) selbst erworben. Beschafft der Heimarbeiter die Roh- und Hilfsstoffe selbst, so wird hierdurch seine Eigenschaft als Heimarbeiter nicht beeinträchtigt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 HAG). Es ist angesichts der Dauer des Vertragsverhältnisses und der vom Kläger regelmäßig erzielten Vergütung jedenfalls nicht ersichtlich, dass der Kläger eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt hat, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss war. Erforderliche Nachbesserungen hat er der Beklagten in Rechnung gestellt. Die Beklagte hat sogar für bestimmte Fortbildungen die Kosten übernommen und die dafür vom Kläger aufgewandte Zeit vergütet. 51

(7) Ob der Kläger ein Gewerbe angemeldet hat, ist für die Anwendbarkeit des HAG unerheblich (*Wank NZA* 1999, 225, 234; *Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher HAG* 4. Aufl. § 2 Rn. 97). 52

(8) Dass der Kläger die rechtliche Möglichkeit hatte, eigene Mitarbeiter als Erfüllungsgehilfen einzusetzen, steht der Annahme eines Heimarbeitsverhältnisses nicht entgegen. Heimarbeiter iSd. § 2 Abs. 1 HAG kann nur sein, wer 53

persönlich oder mit seinen Familienangehörigen arbeitet. Entscheidend ist allein, dass der Kläger seine Leistungen tatsächlich persönlich erbrachte. Umgekehrt steht es der Heimarbeit nicht entgegen, wenn aufgrund der Anforderungen der Tätigkeit die Mitwirkung von Familienangehörigen faktisch ausgeschlossen ist (*vgl. Kappus NJW 1984, 2384, 2388*).

b) Das Heimarbeitsverhältnis zwischen den Parteien hat im Zeitpunkt der Berufungsverhandlung noch bestanden. Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht angenommen, bei dem Schreiben der Beklagten vom 12. August 2013 handele es sich um eine Kündigung. Die Auslegung dieses Schreibens ergebe, dass damit das Vertragsverhältnis der Parteien beendet werden sollte. 54

aa) Das Schreiben der Beklagten vom 12. August 2013 stellt eine nichttypische Erklärung dar, deren Auslegung grundsätzlich den Tatsachengerichten vorbehalten ist. Sie kann in der Revision nur darauf überprüft werden, ob das Berufungsgericht Auslegungsregeln verletzt hat oder gegen Denk- und Erfahrungssätze verstoßen, wesentliche Tatsachen unberücksichtigt gelassen oder eine gebotene Auslegung unterlassen hat (*st. Rspr., vgl. zB BAG 17. März 2015 - 9 AZR 702/13 - Rn. 31 mwN*). Das gilt auch für die Frage, ob eine Erklärung als Kündigung zu verstehen ist (*vgl. BAG 20. September 2006 - 6 AZR 82/06 - Rn. 27 mwN, BAGE 119, 311*). 55

bb) Die Auslegung des Schreibens der Beklagten als Kündigungserklärung hält auch dieser eingeschränkten Überprüfung nicht stand. Das Landesarbeitsgericht hat seine Auslegung nicht näher begründet und sich nicht im Einzelnen mit dem Inhalt dieses Schreibens auseinandergesetzt. Dies war nicht entbehrlich, da sich aus dem Schreiben nicht ohne Weiteres der Wille der Beklagten ergibt, das Vertragsverhältnis zu kündigen. 56

(1) Eine Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige und rechtsgestaltende Willenserklärung, durch die ein Vertragsverhältnis für die Zukunft aufgelöst werden soll. Bei der Frage, ob die Erklärung einer Partei eine Kündigung darstellt, ist darauf abzustellen, wie der Erklärungsempfänger nach der Verkehrssitte, den ihm erkennbaren Umständen und unter Berücksichtigung von 57

Treu und Glauben die ihm zugegangene Erklärung auffassen musste. Der Kündigende braucht zwar nicht ausdrücklich das Wort „Kündigung“ oder „kündigen“ verwenden. Er muss aber eindeutig zum Ausdruck bringen, das Vertragsverhältnis durch eine einseitige Gestaltungserklärung für die Zukunft lösen zu wollen (*vgl. BAG 4. August 1983 - 2 AZR 40/82 - zu A II 2 der Gründe*).

(2) Gemessen daran handelt es sich bei diesem Schreiben der Beklagten nicht um eine Kündigung. Es ist nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit für den Kläger als Erklärungsempfänger erkennbar, dass durch dieses Schreiben ein bestehendes Dauerschuldverhältnis aufgelöst werden sollte. Vielmehr teilte die Beklagte dem Kläger zunächst die Entscheidung mit, den Betrieb zum 1. Januar 2014 stillzulegen. Allein in der Mitteilung, den Betrieb zu einem bestimmten Zeitpunkt stillzulegen, liegt regelmäßig noch nicht die hinreichend deutliche Erklärung, das zugrunde liegende Vertragsverhältnis aufzulösen (*vgl. HaKo/Mestwerdt 5. Aufl. Einleitung Rn. 14*). Als Folge dieser unternehmerischen Entscheidung nannte die Beklagte auch nur, dass sie dem Kläger „keine neuen weiteren Aufträge“ mehr erteilen werde, jedoch die bestehenden Aufträge erfüllt würden. Gerade das zeigt, dass die Beklagte nicht den Willen hatte, durch eine Gestaltungserklärung ein bestehendes Dauerschuldverhältnis zu beenden. Schließlich ergibt sich aus dem Schreiben nicht einmal, dass die Zusammenarbeit mit dem Kläger zu dem im Schreiben genannten Zeitpunkt endgültig enden sollte. Denn die Beklagte teilte ihm mit, dass sie ihm verbunden wäre, im Einzelfall auf ihn zurückgreifen zu dürfen, sollte sich wider Erwarten ergeben, dass im Rahmen der Abwicklung der bestehenden Aufträge gegenüber den Kunden eine unterstützende Tätigkeit erforderlich werden sollte.

58

(3) Der Senat kann diese Auslegung selbst vornehmen, da der insoweit maßgebliche Sachverhalt feststeht und weiterer Sachvortrag nicht zu erwarten ist (*vgl. BAG 22. Juli 2014 - 9 AZR 1066/12 - Rn. 14 mwN, BAGE 148, 349*). Zwar wird in dem Schreiben erwähnt, dass es vorab ein persönliches Gespräch mit dem Kläger über die beabsichtigte Betriebsstilllegung gegeben habe. Allerdings ist nichts dafür ersichtlich, dass aus diesem Gespräch - sollte es überhaupt stattgefunden haben - oder aus sonstigen Umständen Rückschlüsse da-

59

rauf gezogen werden könnten, dass es sich bei dem Schreiben um eine Kündigungserklärung handelt. Die Beklagte hat dazu nichts vorgetragen. Sie hat nicht einmal behauptet, bei diesem Schreiben handele es sich um eine Kündigung. Dies und ggf. ergänzender Vortrag dazu wäre aber zu erwarten gewesen, nachdem sich der Kläger in seinem Schriftsatz vom 26. Juni 2014 auf den Standpunkt gestellt hat, dass dieses Schreiben schon keine Kündigung sei. Zudem war vom Rechtsstandpunkt der Beklagten aus die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses gar nicht möglich und erforderlich, da sie zu Unrecht davon ausgeht, dass mit dem Kläger „jeweils Werkverträge“ geschlossen worden seien. Angesichts dessen ist ein weiterer Parteivortrag dazu nicht zu erwarten.

V. Der Antrag zu 6., mit dem der Kläger die Erteilung eines qualifizierten Zeugnisses „über das Dienstverhältnis“ verlangt, ist nicht zur Entscheidung angefallen. Der Kläger hat ihn nur für den Fall gestellt, dass seinem Feststellungsantrag zu 4. auf Bestehen eines Heimarbeitsverhältnisses nicht stattgegeben wird. 60

B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO. 61

Brühler

Suckow

Krasshöfer

H. Anthonisen

C. Neumann-Redlin