

Arbeitsrecht im Museum – das Problem mit den Freien Mitarbeitern

von RA Dr. iur. A. Götz von Olenhusen, Freiburg im Breisgau

I.

Der Freie Mitarbeiter war lange Zeit im Arbeitsrecht so etwas wie ein unbekanntes Wesen.¹

In der Arbeitswelt ist er freilich nicht mehr wegzudenken – und die engen finanziellen Ressourcen und der verbreitete Mangel an Bargeld und Planstellen, der nach allem, was man weiß, auch in der Museumslandschaft wie in anderen Bereichen (Medien, Presse, Rundfunk, Kommunen etc.) grassiert, führt dazu, dass hier oftmals die normativen Schranken des Arbeitsrechts nicht umstandslos gelten: Hier lauern aber eben auch erhebliche Gefahren, die man mit den Begriff der Scheinarbeitsverhältnisse und der Scheinselbständigkeit und Formenmissbrauch umschreiben kann. Die jeweiligen rechtlichen Konstruktionen und die zuweilen verwendeten Vertragsverhältnisse sog. Freier Mitarbeit können zu erheblichen arbeitsrechtlichen Problemen bei der Beurteilung der realen Rechtsverhältnisse und der Konsequenzen führen: etwa bei der Frage der Vergütung, der Beendigung, der Befristung, der Versicherung, dem Lohnsteuerabzug, den Kündigungsschutz, der betrieblichen Altersversorgung etc.

¹ Eine faktische Bestandsaufnahme bei Götz von Olenhusen: Der Urheber- und Leistungsrechtsschutz der arbeitnehmerähnlichen Personen, in: ZUM, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 2002, 621-626 mit weiteren Nachweisen.

II.

Das heutige Arbeitsrecht im Zauberwald der Rechtsgelehrsamkeit von mehreren seltsamen Figuren, geht von einer Dreiteilung aus:

1. Arbeitnehmer,
2. arbeitnehmerähnliche Personen,
3. Selbstständige.

Das führt dazu, dass wir Vertragsverhältnisse wie auch in anderen Berufszweigen wie den Medienberufen, Presse, Rundfunk, Fernsehen, Telearbeit, Museen, Universitäten, Schulen, Hochschulen je nach den getroffenen Vereinbarungen aber auch nach geltendem Arbeitsrecht nach den realen Arbeitsbedingungen genau betrachten müssen, um zu einer zutreffenden Beurteilung des betreffenden Status zu gelangen. Denn ein solches Rechtsverhältnis kann somit ein Werkvertrag, ein Werklieferungsvertrag, ein freier Dienstvertrag sein oder ein Rechtsverhältnis, das wir als echtes Arbeitsverhältnis oder auch als arbeitnehmerähnliches Rechtsverhältnis bezeichnen (siehe dazu § 12 a TVG).²

Das gesamte Gebiet ist seit Jahren in Bewegung und in der Diskussion. Denn die Entwicklung der Judikatur der letzten Jahrzehnte hat zu Differenzierungen geführt, die recht subtil geworden sind und genauer Analyse bedürfen. Die quantitative Zunahme der freien Mitarbeit hat die tatsächlichen und rechtlichen Probleme nicht verringert.

Wird ein Rechtsverhältnis als freie Mitarbeit im Vertrag bezeichnet, so ist das keine Garantie.

Es kommt stets auf die realen Verhältnisse an, nicht auf die formale Bezeichnung des Vertrages.

Die Rechtsprechung des BAG unterscheidet den Arbeitnehmer vom freien Mitarbeiter durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit, in der sich der zur

² Siehe dazu Niebler/Maier/Hubber: Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter? Berlin 1994, Schaub u. a.: Arbeitsrechthandbuch, München 2010; Götz von Olenhusen: Freie Mitarbeit in den Medien, Baden-Baden 2002.

Dienstleistung Verpflichtete befindet. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages 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 – das ist die sog. Negativabgrenzung –, der nicht im Wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 HGB).

Die Gerichte stellen dabei auf die Umstände des Einzelfalles ab, die insgesamt zu würdigen sind.

Welcher Vertragstyp gewollt war und vorliegt, ergibt sich aus dem wirklichen Geschäftsinhalt. Daher ist es von Nutzen, den jeweiligen Vertragstyp und dessen realen wirklichen Inhalt genau zu bezeichnen und realiter zu umreißen, aber auch so zu praktizieren.³

Die gesetzlichen Regeln des Arbeitsrechts können nicht dadurch abgedungen werden, dass die Vertragsparteien dem Arbeitsverhältnis eine andere Bezeichnung geben.

Es kommt auf zweierlei an:

- a) den objektiven Geschäftsinhalt
- b) die praktische Durchführung.

Widersprechen sich Vereinbarung und praktische Durchführung, dann gilt maßgeblich die letztere.

³ BAG, ständige Rechtsprechung; siehe im Einzelnen Schaub, aaO, § § 8, 9.

III.

Für den Bereich der Medien Presse, Rundfunk, Fernsehen sind hier auch noch die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten (Art. 5 GG). Das ist bei den Museen zwar etwas anders, es sei denn, dass hier die Beschäftigung freier Mitarbeiter etwa im Bereich von dort betriebenen Medien erfolgt, etwa primär im Bereich der Presse. Denn für die Medien gilt, dass aus Art. 5 GG folgt, dass sich die verfassungsrechtlich gesicherte Freiheit auch auf das Recht des Arbeitgebers erstreckt, dem Gebot der Vielfalt der zu vermittelnden Inhalte auch bei Auswahl, Einstellung und Beschäftigung der Mitarbeiter Rechnung zu tragen, die bei der Gestaltung mitwirken. Denkbar ist, dass auch die Kunstfreiheit Art. 5 III dabei einwirken kann, wenn sich die vorgesehene oder vereinbarte Tätigkeit auf einen Kunstbereich des Museums bezieht.

Dennoch geht die Rechtsprechung auch bei den Medien prinzipiell von den gängigen Merkmalen abhängiger Arbeit im Arbeitsrecht aus. Für den Medienbereich ist aber auch entschieden, dass eine Beeinträchtigung der freien Entscheidung über die Auswahl, Einstellung und Beschäftigung vorliegen kann, wenn verfügbare Vertragsgestaltungen wie Befristungen oder Teilzeitbeschäftigungen nicht in gleicher Weise geeignet sind, Aktualität und Flexibilität angemessen zu berücksichtigen.

Wegen des i. d. R. fehlenden verfassungsrechtlichen Bezugs sind hier die Spielräume im Bereich der Museen sicherlich geringer. Wir haben hier also seltener – es sei denn im Bereich der Kunst-, Presse- oder Medienarbeit in Museen – den Fall, dass der Arbeitgeber bei den sog. programmgestaltenden freien Mitarbeitern sich mit der Gestaltungsform freier Mitarbeit leichter tun kann als sonst im Arbeitsrecht. Programmgestaltung heißt insofern: Inhaltliche Einflussnahmemöglichkeit aufs Programm, im Unterschied zum Personal der Betriebstechnik und der Verwaltung. Bestimmte Berufstätigkeiten können aufgrund der Eigenart nur oder in der Regel in der Form des Arbeitnehmerstatus organisiert werden.

IV.

Für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmern und freien Mitarbeitern ist vor allem wesentlich,

1.

- a) dass der Arbeitnehmer der ist, der weitgehend inhaltlichen Weisungen unterliegt
und
- b) somit nur ein geringes Maß an Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbständigkeit hat und
- c) der Arbeitgeber innerhalb eines zeitlichen Rahmens über die Arbeitskraft verfügen kann.

Das ist vor allem dann der Fall, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird und der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang auch ohne entsprechende Vereinbarung herangezogen wird.

Dazu gibt es eine sog. Dienstplanrechtsprechung. Wer insoweit in ein festes Schema z. B. Schichtdienst eingebunden ist und in einen vorgegebenen Verlauf, kann Arbeitnehmer sein - das muss freilich nicht zwingend sein, sondern hängt vom Einzelfall ab.⁴

2.

Es können aber auch zeitliche Vorgaben notwendiger Bestandteil der übernommenen Aufgabe sein. Die neuere Rechtsprechung – die allerdings strittig ist – nimmt an, dass der Dienstgeber auch bestimmte Termine für Dienstantritt, für Teilnahme an bestimmten Konferenzen und Sitzungen oder die Vorlage von Textvorschlägen vereinbaren kann.

Weiß also der Mitarbeiter aufgrund langjähriger Tätigkeit, was an Umfang der Dienste, an Terminen etc. erwartet wird, dann liegt darin evt. keine einseitige Vorgabe, keine einseitige Weisung, sondern eine Vereinbarung. Darin liegt dann

⁴ Siehe dazu Götz von Olenhusen, aaO; ferner: ders.: Medienarbeitsrecht für Rundfunk und Fernseher, Konstanz 2004.

auch keine rechtserhebliche Einschränkung der zeitlichen Dispositionsfreiheit des freien Mitarbeiters –auch dann nicht, wenn z.B. bei einer Konferenz dann eine weitere Konferenz vorgegeben wird.

Die zeitliche Inanspruchnahme ist freilich ein wichtiger Faktor: wenn ein Mitarbeiter in vergleichbarer Weise wie ein Arbeitnehmer - von 9 bis 17 Uhr – in Anspruch genommen wird, wenn er nach den realen Bedingungen wie ein Arbeitnehmer zeitlich arbeitet, dann spricht viel dafür, dass er trotz Bezeichnung als Freier Mitarbeiter in Wahrheit Arbeitnehmer ist.

3.

a) Schwierig ist es, festzustellen, ob jemand dem Direktionsrecht des Arbeitgebers, dem inhaltlichen Weisungsrecht unterliegt. Das ist dann der Fall, wenn der Mitarbeiter prägende Weisungen über den Inhalt der Tätigkeiten unterliegt: die gelegentliche inhaltliche Änderung von Vorschlägen ist nicht ohne Weiteres zwingend geeignet, dem Rechtsverhältnis ein Gepräge im Sinne des Arbeitsrechts zu geben.

Bei der Beurteilung der inhaltlichen Gestaltungsspielräume fällt auch die Kontrolle der Arbeit des Mitarbeiters nicht zwingend ins Gewicht. Abhängige Arbeit wird nicht dadurch gekennzeichnet, dass der Vertragspartner Korrekturen verlangt. Auch beim Werkvertrag ist der Werkbesteller berechtigt, eine bestimmte Qualität festzusetzen und Nachbesserungen zu fordern.

Der Status des Arbeitnehmers wird z.B. nicht schon dadurch begründet, dass der Dienstgeber verbindliche Themen bestimmt.

b) Die neuere Rechtsprechung hat also im Bereich der Medien einen gewissen höheren Spielraum eröffnet. Dieser ist freilich dort wesentlich enger, wo es nicht um die Abgrenzung zum freien Dienstvertrag, Werkvertrag, Werklieferungsvertrag geht, um die echte freie Mitarbeit durch Mitwirkungen einem Projekt, durch Lieferung von Werkteilen, von Projektsegmenten, von Werken zu einem bestimmten Termin und mit vereinbarten Inhalten, oder wo es um Betriebstechnik oder Verwaltungstätigkeiten oder Aufsicht geht. Auch hier kann es natürlich

befristete, kann es freie Diensttätigkeiten geben, wenn es keine Weisungen gibt und wenn der freie Mitarbeiter keinen zeitlichen oder prägenden inhaltlichen Vorgaben unterliegt, also nicht wie ein Arbeitnehmer realiter beschäftigt wird.

c) Dabei spielt ja auch eine Rolle, wie in einer Gruppe von Mitarbeitern verfahren wird: Wenn innerhalb einer gleichartig beschäftigten Gruppe die einen als Arbeitnehmer behandelt werden, die andern als freie, dann ist das Argument der weisungsfreien Beschäftigung gewiss schwächer – und dann wird wohl auch der Grundsatz der Gleichbehandlung aus Art. 3 GG eine Rolle spielen können.

V.

Es gibt eine Reihe von Indizien und Kriterien, die landläufig gerne noch verwendet werden, die aber in der Judikatur faktisch keine Rolle mehr spielen:⁵

1. die Eingliederung in eine Arbeitsorganisation, d.h. die Arbeit im Team, die Abhängigkeit vom Apparat des Museums oder dem Team des Museums ist – wie beim Rundfunk – in aller Regel kein entscheidendes Merkmal, das den Status begründet.
2. Auch der freie Architekt, der Werkunternehmer, der freie Dienstleistende ist insoweit vertraglich vom Apparat "abhängig", er ist aber nicht zwingend damit weisungsabhängig oder wie ein Arbeitnehmer in einen Apparat eingeordnet. Der technische Apparat, ein eigener Arbeitsraum, ein Türschild, die zeitweilige Präsenz im Museum sind also nicht zwingende Indizien für eine Arbeitnehmereigenschaft.
3. Für die Selbständigkeit spricht das eigene Unternehmerrisiko, eine eigene Firma, die Beschäftigung eigener Mitarbeiter.
4. Formale Kriterien wie Modalitäten der Vergütung, Fortzahlung von Vergütung im Krankheitsfalle, Urlaubsgewährung, ja selbst die Zahlung oder Nichtzahlung von Lohnsteuer und Sozialversicherung sind keine Statuskriterien. Auch der freie

⁵ Siehe dazu im Einzelnen: Schaub, Arbeitsrechthandbuch, München 2010, §§ 8, 9 mit Nachweisen der Rechtsprechung.

Mitarbeiter hat übrigens schon seit der Rechtsprechung zum BUrlG seit den 70er Jahren Anspruch auf Urlaub. Das ist auch kein Statusmerkmal.

VI. Konsequenzen

1. Der Freie hat keinen Kündigungsschutz nach KSchG. Es gilt das BGB. Das heißt, es ist dann möglich nach freiem Dienstvertragsrecht zu kündigen, die Mindestfrist liegt dann bei einer sog. Auslauffrist von zwei Wochen.
2. Liegt in Wahrheit ein Arbeitsverhältnis vor, dann ist die Vergütung eben als Arbeitsvergütung zu zahlen, es ist ggf. nachzuzahlen, jedenfalls Lohnsteuer und Sozialversicherung im Rahmen der Verjährungsgrenzen.
3. Gibt es tarifvertragliche Regeln, dann gelten die evt. höheren tarifrechtlichen Vergütungen.

Das kann zwei Seiten haben:

Ist die tarifvertragliche Vergütung geringer, dann darf der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer die etw. Differenz zur vertraglichen Vergütung zurückverlangen: Beispiel: der freien Mitarbeiter bekommt monatlich 5000, während die Tarifvergütung monatlich nur 3000 wäre und macht der Arbeitnehmer für die Vergangenheit den Status als Arbeitnehmer geltend, dann kann der Arbeitgeber die Differenz zurückverlangen (§ 812 BGB).

4. Diese Rechtsprechung des BAG ist allerdings jüngst eingeschränkt worden: macht der Arbeitnehmer den Status nur für die Zukunft geltend, macht er also nicht etwa Ansprüche auf Feststellung des Arbeitnehmerstatus für die Vergangenheit geltend, dann ist eine Rückforderung von Überzahlungen in der Vergangenheit ein Verstoß gegen den Vertrauensgrundsatz.

Für die Einschätzung des Status gibt es also gewisse Regeln, die der Dienstgeber tunlichst bei Abschluss von Verträgen und bei deren Realisierung beachten sollte. Das Arbeitsrecht ist sehr stark von den faktischen Gegebenheiten bestimmt.

Auf der anderen Seite bieten etwa Befristungen, Teilzeit- und Befristungsgesetz, Werkvertragsrecht, Werklieferungsrecht, freies Dienstvertragsrecht hinreichende Spielräume, so dass auch die Museen bei richtiger Handhabung damit leben können.

Probleme tauchen eben vor allem dann auf, wenn es sich um langjährige Mitarbeit handelt, die sich verfestigt und auf diese Weise zu einem Arbeitsverhältnis wird oder wenn ein Arbeitsverhältnis aus finanziellen Gründen in eine freie Mitarbeit umgemodelt wird, obwohl die realen Bedingungen gleich bleiben oder wenn eben die Abgrenzung zur arbeitnehmerähnlichen Person nicht einfach ist: dazu noch folgendes: Der Arbeitnehmerähnliche ist nach § 12a TVG derjenige, der zwar wirtschaftlich⁶ abhängig ist, aber nicht persönlich abhängig, also nicht zeitlich oder inhaltlich weisungsabhängig ist.

Auch der Arbeitnehmerähnliche ist also trotz wirtschaftlicher Abhängigkeit kein Arbeitnehmer sondern freier Dienstnehmer (§ 12 a TVG).

⁶ Literaturhinweise:

Götz von Olenhusen: Der Arbeitnehmer-Urheber im Spannungsfeld zwischen Urheber-, Vertrags-, und Arbeitsrecht, ZUM 2010, 474-482,

ders.: Der Journalist im Arbeits- und Medienrecht, München, Wien: M & R 2008

Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, München 2010

Ory/Schmittmann: Freie Mitarbeiter in den Medien, München 2002

Schaub u. a.: Arbeitsrechtshandbuch, München 2010