

27. Juni 2006

## Eingruppierung von Freien

Das Klagerisiko auf Festanstellung muss nicht unbedingt von den freien Journalistinnen und Journalisten getragen werden. Der Betriebsrat hat die Möglichkeit, den Arbeitgeber aufzufordern, die betreffenden Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in die für die diese geltende Gehaltsstufe des Gehaltstarifvertrages einzugruppieren.

Weigert sich der Arbeitgeber mit der Begründung, bei dem Betreffenden handele es sich um einen freien Mitarbeiter, so kann die Statusfrage zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gerichtlich geklärt werden.

Der Betriebsrat hat gemäß § 80 Abs. 2 BetrVG Anspruch auf Unterrichtung auch hinsichtlich der Beschäftigung freier Mitarbeiter. Der Arbeitgeber schuldet insoweit diejenigen Angaben, die der Betriebsrat benötigt, um beurteilen zu können, ob und welche Mitbestimmungsrechte in Betracht kommen (BAG 1 ABR 9/98 – DJV-Datenbank Juri 10258).

Auch durch Zeitablauf verliert der Betriebsrat seine Rechte aus § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) gegenüber dieser Personengruppe nicht. So entschied das Landesarbeitsgericht Düsseldorf - wie folgt - zu Gunsten des Betriebsrates der WAZ:

„Duldet der Betriebsrat, dass der Arbeitgeber statt des Gehaltstarifvertrages für Redakteure an Tageszeitungen nur den Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche freie Journalisten an Tageszeitungen auf die Pauschalisten anwendet, so verliert der Betriebsrat dadurch seine Rechte auf Mitbestimmung bei der Eingruppierung gemäß § 99 BetrVG nicht. Die Rechtsfolgen aus § 99 BetrVG (nämlich Fiktion der Zustimmung durch Zeitablauf) können nur eintreten, wenn der Arbeitgeber zuvor seiner Unterrichtungs- und Auskunftspflicht genügt und seine Absicht, die Zustimmung des Betriebsrates zur geplanten Maßnahme einzuholen, dem Betriebsrat auch erkennbar gemacht hat. Daran fehlt es, da die WAZ zu keiner Zeit um die Zustimmung des Betriebsrates zur Eingruppierung der Pauschalisten in den Gehaltstarifvertrag Tageszeitungen nachgesucht hat.“

Da das Gericht der Meinung war, dass es sich bei den Pauschalisten in Wahrheit um Arbeitnehmer handelt, konnte der Betriebsrat gem. § 101 BetrVG verlangen, dass die WAZ das Zustimmungsersetzungsverfahren durchführt und damit den betriebsverfassungswidrigen Zustand beseitigt (LAG Düsseldorf, 2 TaBV 86/89; DJV-Datenbank Juri Nr. 2017).

Auch die Behauptung, das Mitbestimmungsrecht entfalle wegen einer geplanten außertariflichen Bezahlung, wäre falsch. Die Entscheidung, ob eine Tätigkeit eine außertarifliche Tätigkeit (so genannte AT-Tätigkeit) darstellt oder noch von den Tarifgruppen des anzuwendenden Tarifvertrages erfasst wird, kann der Arbeitgeber nicht alleine treffen. Will der Arbeitgeber jemanden als AT-Angestellten beschäftigen, so hat er dafür gem. § 99 Abs. 4 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrates einzuholen (BAG 1 ABR 5/95 in DJV-Datenbank Juri Nr. 9988).

### **Wer ist Arbeitnehmer?**

Der Arbeitnehmer-Begriff ist gesetzlich nicht definiert. Die Rechtsprechung versucht anhand einer Reihe von Kriterien, die Arbeitnehmereigenschaft festzulegen. Für den Bereich der Redaktion wurde auf nachfolgende Abgrenzungskriterien abgestellt:

1. Der Betreffende muss (!) an der Redaktionskonferenz teilnehmen. Wer aus eigenem Antrieb an der Redaktionskonferenz teilnimmt, erfüllt das Kriterium der zeitlichen Gebundenheit nicht.

Wer seine Nichtteilnahme an der Redaktionskonferenz vorher bekannt geben muss, ist dem Grundsatz nach zur Teilnahme an dieser Konferenz verpflichtet. Dies gilt auch dann, wenn der Verlag unwidersprochen im Prozess erklärt, gelegentlich habe der freie Journalist an der Redaktionskonferenz nicht teilgenommen und auch die Abwesenheit nicht erklärt. Der Verlag habe wegen dieses Verhaltens keine Konsequenzen angedroht. Dieses Verhalten spricht eher für ein Arbeitnehmerverhältnis. Ein freies Mitarbeiterverhältnis hätte die Beklagte ohne vorherige Androhung von Konsequenzen dadurch beenden können, dass sie der Klägerin keine Aufträge mehr erteilte. Bei einer Arbeitnehmerin ist dagegen die Androhung von Konsequenzen in Form einer Abmahnung im Regelfall erforderlich (ArbG Frankfurt, 9 Ca 400/78; DJV-Datenbank Juri Nr. 224).

2. Der freie Journalist ist in den Dienstplan einbezogen. Wird ein Mitarbeiter in Dienstplänen aufgeführt, ohne dass die einzelnen Einsätze im Voraus abgesprochen werden, ist dies ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft. Die einseitige Aufstellung von Dienstplänen ist regelmäßig nur dann sinnvoll, wenn Dienstbereitschaft der darin aufgenommenen Beschäftigten erwartet werden kann. Vielfach wird den Mitarbeitern erklärt, sie seien nicht verpflichtet, die vorgesehenen Einsätze wahrzunehmen. Die Dienstpläne seien also unverbindlich oder träten erst dann in Kraft, wenn ihnen die eingesetzten Mitarbeiter nicht widersprüchen. Diese Auffassung läuft darauf hinaus, dass vertragliche Vereinbarungen über die im Dienstplan vorgesehenen Einsätze erst zustande kämen, wenn die Mitarbeiter nicht widersprüchen. Das ist lebensfremd. Die Mitarbeiter leisten die vorgesehenen Einsätze, weil sie im Dienstplan vorgesehen sind, und nicht, weil sie im Einzelfall vertragliche Vereinbarungen abschließen.

Das den Mitarbeitern eingeräumte Recht, einzelne Einsätze abzulehnen oder zu tauschen, ändert daran nichts. In vielen Bereichen ist es üblich, dass der Arbeitgeber auf derartige Wünsche seiner Arbeitnehmer eingeht. Darf der Mitarbeiter Einsätze nur dann ablehnen, wenn er für einen Vertreter sorgt, ergibt

sich daraus besonders deutlich, dass Dienstpläne keine unverbindlichen Vorschläge sind. Wer einseitig Dienstpläne aufstellt, die tatsächlich im Wesentlichen eingehalten werden, und gleichzeitig erklärt, diese seien unverbindlich, verhält sich widersprüchlich. Entscheidend ist dann das tatsächliche Verhalten, also die Verfügung über die Arbeitskraft der Mitarbeiter nach Maßgabe der Dienstpläne (BAG 5 AZR 756/ 93; DJV-Datenbank Juri Nr. 10201; BAG 4 AZN 686/01 – DJV-Datenbank Juri 11142).

3. Davon zu unterscheiden ist der folgende Fall: Das BAG (5 AZR 191/97; DJV-Datenbank Juri Nr. 10449) verneinte die Arbeitnehmereigenschaft eines nebenberuflich an Samstagen tätigen Fußballreporters. Der Sender erwartete keine ständige Dienstbereitschaft am Samstag, da der Kläger bis mittwochs den vorgesehenen Live-Einsatz, der ihm zwei Tage vorher mitgeteilt worden war, ablehnen konnte. „Der zeitliche Abstand zwischen Ablehnung des jeweiligen Einsatztages und geplantem Einsatztermin war für den Sender zeitlich so ausreichend, dass er für Ersatz sorgen konnte, falls der Kläger - wie gelegentlich geschehen - den vorgesehenen Termin nicht wahrnahm.“

Von Dienstplänen zu unterscheiden sind auch die im Rundfunk üblichen Ablaufpläne. Bei letzteren handelt es sich lediglich um Pläne, die den technischen Sendeablauf regeln. Sendeablaufpläne besagen für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft wenig.

4. Auch eine fehlende Dispositionsmöglichkeit spricht für die Arbeitnehmereigenschaft. Wer als Bildjournalist verpflichtet ist, bis zu fünf Tagen in der Woche für die Zeitung zu arbeiten und sich den betrieblichen Prioritäten unterordnen muss, kann vergleichbar einem Arbeitnehmer nicht über den zeitlichen Einsatz seiner Arbeitskraft bestimmen (BAG 5 AZN 154/98; DJV-Datenbank Juri Nr. 10425).

„Werden einem Bildjournalisten Terminvorgaben so kurzfristig bemessen und zeitlich so dicht gesetzt, dass ihm jede eigene Disposition über seine Arbeitszeit sowie jegliche Tätigkeit für andere Auftraggeber unmöglich werden, spricht dies für eine Arbeitnehmereigenschaft“ (LAG Brandenburg 8 Sa 496/95; DJV-Datenbank Juri Nr. 10040).


Wenn ständige Bereitschaft erwartet wird oder der Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang – wenn auch ohne Abschluss dahingehender Vereinbarungen - zur Arbeit herangezogen wird, ihm also die Arbeiten letztlich „zugewiesen“ werden, spricht dies für den Arbeitnehmerstatus (ArbG Berlin 86 Ca 36295/94; DJV-Datenbank Juri Nr. 9830). Es reicht aus, wenn die ständige Anwesenheit nicht angeordnet wurde, sondern ein zweckmäßiges Verhalten darstellt, das vom Sender hingenommen wurde (LAG Mainz, 4 Sa 89/76; DJV-Datenbank Juri Nr. 2082). Der Auftraggeber kann sich nicht auf einen Vertrag berufen, wonach der Fotograf Arbeitszeit und Arbeitsort frei wählen kann, wenn sich die tatsächliche Vertragsdurchführung dazu im Widerspruch gestaltet und der Fotograf ständig erreichbar sein muss (LAG Rheinland-Pfalz 4 Sa 1432/01 – DJV-Datenbank Juri 11197).

5. Ein Zeitraum von sechs Monaten reicht im Regelfall nicht aus, um in dem freien Mitarbeiter eines Senders das Vertrauen hervorzurufen, er werde auch künftig beschäftigt werden (BAG 5 AZR 92/97).
6. Der freie Journalist kann ohne zwingenden Grund keine Aufträge ablehnen, weil er dann in der Folgezeit keine mehr bekommt. „Eine Bindung an die Weisungen des Senders ergibt sich aus dem Rundschreiben an die freien Mitarbeiter aus dem Jahre 1992. Darin wird die Erwartung geäußert, dass die freien Reporter mindestens 80 Prozent ihrer Leistungen für die Sendung „Zeitpunkt“ erbringen. Der Sender muss sich dieses Schreiben, das vom verantwortlichen Redakteur und der Fachredakteurin unterzeichnet wurde, nach den Grundsätzen der Duldungs- und Anscheinsvollmacht zurechnen lassen“ (ArbG Frankfurt 9 Ca 1016/95; DJV-Datenbank Juri Nr. 10263).
7. Der Betreffende muss (!) die betrieblichen Arbeitsmittel zur Erledigung des Auftrages nutzen - werden die Arbeitsmittel lediglich genutzt, um die Arbeit bequemer oder schneller zu erledigen, liegt keine Notwendigkeit vor.
8. Der freie Mitarbeiter stimmt seinen Urlaub mit der Redaktion ab, und es wird von ihm erwartet, dass er Rücksicht auf die Urlaubswünsche der angestellten Redakteure nimmt. Bei wirklichen Freiberuflern würde es ausreichen, wenn sie mit einem gewissen zeitlichen Vorlauf ihren Urlaub ankündigten; es wäre dann Sache der Redaktion, den Ausfall des Freiberuflers zu organisieren. Es ist unerheblich, ob der Urlaub förmlich genehmigt wird oder nicht. Die Magdeburger Volksstimme hatte argumentiert, der Urlaubsplan des Lokalchefs sei lediglich dessen persönlicher Kalender, aber nicht der offizielle Urlaubsplan. Das Gericht verwies insoweit darauf, dass das Verhalten des Empfängers von Dienstleistungen wenig aufschlussreich sei, wenn er mit seinem Verhalten Rechtsfolgen aus dem von ihm vertretenen Standpunkt ziehe. Die offizielle Genehmigung des Urlaubs sei gerade deshalb nicht erfolgt, weil der Zeitungsverlag davon ausging, dass es sich bei der Kollegin um eine freie Mitarbeiterin handelte (ArbG Magdeburg 10 Ca 2511/99 – DJV-Datenbank Juri 10966).
9. Der Arbeitgeber behält Steuern und Sozialversicherungsbeiträge ein.
10. Die WAZ hat einem Vergleich im Rahmen eines Eingruppierungsverfahrens zugestimmt (LAG Düsseldorf - 8 TaBV 33/88; DJV-Datenbank Juri Nr. 1972). Hauptkriterien waren dafür: Die Pauschalkräfte waren in die Arbeitszeitgestaltung voll integriert; sie arbeiteten nicht sporadisch (nach ihrem Willen), sondern vielmehr regelmäßig und waren auch in den Wochenenddienst eingebunden - mit entsprechendem Freizeitausgleich. Auch bei der Urlaubsplanung der fest angestellten Redakteurinnen und Redakteure wurden die Pauschalkräfte berücksichtigt. Die Pauschalkräfte waren zuständig für die Erstellung eigenständiger Seiten, die fest zu einer bestimmten Lokalausgabe gehörten. Die Übernahme dieser Arbeit durch fest angestellte Redakteurinnen oder Redakteure war aufgrund der Personalsituation nicht möglich.

11. Je mehr Punkte dieser vorgenannten Kriterienliste erfüllt werden, desto mehr spricht für die Arbeitnehmereigenschaft eines als freier Journalist bezeichneten Mitarbeiters.

Für die Abgrenzung der Arbeitsverhältnisse im Medienbereich kommt es auch nicht auf Äußerlichkeiten an, die entweder zufallsbedingt sind, oder die der Sender kraft seiner Organisationsgewalt beliebig verändern kann, wie z.B. die Zuweisung eines eigenen Schreibtisches, die Aufnahme in das hausinterne Telefonverzeichnis, die Führung von Personalakten und -karteien" (BAG 5 AZR 110/76; DJV-Datenbank Juri Nr. 10094).

Redaktion: Gerda Theile

 0228/2 01 72-11