

## Eingruppierung von Freien

Das Klagerisiko auf Feststellung 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 sie geltende Gehaltsstufe des Gehaltstarifvertrags einzugruppieren. Weigert sich der Arbeitgeber mit der Begründung, bei dem Betroffenen handle es sich um einen freien Mitarbeiter, so kann die Statusfrage zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber gerichtlich geklärt werden.

Auch durch Zeitablauf verliert der Betriebsrat seine Rechte aus § 99 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) gegenüber diesen Personen nicht. So entschied das Landesarbeitsgericht Düsseldorf zugunsten des Betriebsrats der WAZ (LAG Düsseldorf, 2 TaBV 86/98; DJV-Datenbank Juri Nr. 2017):

„Duldet der Betriebsrat, dass der Arbeitgeber statt des Gehaltstarifvertrags 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 gem. § 99 BetrVG nicht. Die Rechtsfolgen aus § 99 BetrVG (nämlich Fiktion der Zustimmung durch Zeitablauf) können nur eintreten, wenn der Arbeitgeber zuvor seiner Unterrichts- 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 Zustimmungseretzungsverfahren durchführt und damit den betriebsverfassungswidrigen Zustand beseitigt.

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

### **Wer ist Arbeitnehmer?**

Der Arbeitnehmerbegriff ist gesetzlich nicht definiert. Ein Mitarbeiter ist dann Arbeitnehmer, wenn er in die betriebliche Arbeitsorganisation eingegliedert ist. Der Arbeitnehmer ist dadurch gekennzeichnet, dass er zeitlich fremdbestimmt ist. Die wirtschaftliche Abhängigkeit reicht für die Begründung des Arbeitnehmer-Status nicht aus.

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 bekanntgeben 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, denn ein freies Mitarbeiterverhältnis hätte die Beklagte ohne vorherige Androhung von Konsequenzen dadurch beenden können, dass sie der Klägerin keine Aufträge mehr erteile. 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, vertragliche Vereinbarungen über die im Dienstplan vorgesehenen Einsätze kämen erst zustande, wenn die Mitarbeiter nicht widersprüchen. Das ist lebensfremd. Die Mitarbeiter leisten die 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 die 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).

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, denn 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 Einsatztags und geplanteinsatztermin 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 disponieren (BAG 5 AZN 154/98; DJV-Datenbank Juri Nr. 10425).

Gleiches gilt für einen Freien, der zusammen mit den Redakteuren täglich eine Lokalausgabe von 5-7 Seiten erstellen muss (ArbG Magdeburg 10 Ca 2511/99; DJV-Datenbank Juri Nr. 10 966).

„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 – zwar ohne Abschluss dahingehender Vereinbarungen – zur Arbeit herangezogen wird, ihm also die Arbeiten letztlich „zugewiesen“ werden, spricht dies für den Arbeitnehmer-Status (ArbG Berlin 86 Ca 36295/94; DJV Datenbank Juri Nr. 9830). Es reicht aus, wenn die ständige Anwesenheit zwar nicht angeordnet wurde, sondern ein zweckmäßiges Verhalten darstellt, das vom Sender hingenommen wurde (LAG Mainz, 4 Sa 89/76; DJV-Datenbank Juri Nr. 2082).

Ein Fotograf steht auch dann in einem unter das Kündigungsschutzgesetz fallenden Arbeitsverhältnis zu einem Zeitungsverlag, wenn es für ihn keinen bestimmten Dienstplan gibt, er aber ständig erreichbar sein muss. Dies ergibt sich oft schon aus der Natur seiner Tätigkeit, wenn die Fotoaufträge, die er von der Redaktion erhält, so gelagert sind, dass eigene Dispositionen über die zeitliche Erledigung nicht möglich sind, er die Fotos vielmehr zu einer bestimmten Zeit abgeben muss.

Daran ändert auch eine vertragliche Vereinbarung nichts, wonach der Fotograf Arbeitszeit und Arbeitsort frei wählen kann, sich die tatsächliche Vertragsdurchführung jedoch im Widerspruch dazu gestaltet. Denn bei einem solchen Widerspruch zwischen Vertragsvereinbarung und tatsächlicher Durchführung ist im Zweifel auf die praktische Durchführung des Vertrags abzustellen.

Für das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft eines Fotoreporters spricht auch, dass ihm vertraglich zwar die Möglichkeit offen stand, einzelne Fotoaufträge abzulehnen, dies faktisch jedoch nicht durchführbar war, da sonst ein wiederholter Rückgriff auf seine Fotodienste gefährdet würde. Gleiches gilt, wenn der Fotograf derart in den Arbeitsablauf der Redaktion eingebunden ist, dass er faktisch die

Übernahme von Fototerminen nicht ablehnen kann. Damit kann der Fotograf seine Arbeitskraft auch nicht nach selbst gesetzten Zielen unter eigener Verantwortung mit eigenen Risiken am Markt verwerten, er ist somit auch wirtschaftlich von dem Zeitungsverlag abhängig. Geringfügige Nebeneinkünfte ändern daran nichts.

Für die Arbeitnehmereigenschaft des Fotografen spricht auch, wenn der Zeitungsredaktion die ausschließlichen Nutzungsrechte an den von ihm hergestellten Fotos eingeräumt sind, mit der Folge, dass dem Fotografen eine eigene Nutzung bzw. Verwertung verwehrt ist.

Auch bedarf es für die Bejahung der Arbeitnehmereigenschaft keiner Eingliederung in den täglichen Betriebsablauf. Dies gilt besonders dann, wenn der Fotoreporter als fotografischer Berichterstatter zwangsläufig wesentlich außerhalb des Betriebs tätig wird (LAG Rheinland-Pfalz 4 Sa 1432/01, DJV-Datenbank Juri Nr. 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 Auftrags 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. (BAG, 4 AZN 686 /01, DJV-Datenbank Juri Nr. 11142).

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 festangestellten Redakteurinnen und Redakteure wurden die Pauschalkräfte berücksichtigt. Die Pauschalisten waren zuständig für die Erstellung eigenständiger Seiten, die fest zu einer bestimmten Lokalausgabe gehörten. Die Übernahme dieser Arbeit durch festangestellte 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).

Ein Bildjournalist, dessen konkreter Arbeitsumfang sich durch vom Redaktionsleiter festgelegte Fototermine ergibt, der – mit Ausnahme seiner eigenen Kamera – ausschließlich Arbeitsmittel des Verlags nutzt und einen erheblichen Teil der Arbeitszeit am Bildschirmarbeitsplatz in der Lokalredaktion verbringt, der seinen Urlaub konkret absprechen muss und zu Wochenenddiensten eingesetzt wird, ist fest in die betriebliche Organisation des Verlags eingebunden und daher Arbeitnehmer.


Eine Gerichtsberichterstatteerin, die Gerichtstermine nur in Abstimmung mit dem Leiter der Lokalredaktion wahrnehmen kann, bei deren Arbeit der Leiter der Lokalredaktion entscheidet, welcher Termin bei Terminüberschreitungen (des Gerichts) wahrgenommen werden muss, die zeitlich in ihrer Tätigkeit für den Verlag so beansprucht wird, dass ihr für eine eigenverantwortliche wirtschaftliche Betätigung kein nennenswerter Raum mehr verbleibt, die ihren Urlaub mit dem Redaktionsleiter abstimmen muss, ist Arbeitnehmerin, weil sie in die betriebliche Organisation des Verlags eingegliedert ist. (LAG Hamm 3 TaBV 100/99; DJV-Datenbank Juri Nr. 10902).

Wichtig: Wird ein Mitarbeiter nach Auffassung des Betriebsrats fälschlicherweise als „Freier“ behandelt, sollte der Betriebsrat den Betroffenen darauf hinweisen

und ihn über die Möglichkeit einer Festanstellungsklage informieren bzw. mit ihm den Eingruppierungsprozess des Betriebsrats erörtern.

- Die Pauschalkräfte konnten ihre Arbeitszeit nicht frei wählen, diese war vielmehr abhängig von den Redaktionszeiten.
- Ebenso konnten die Pauschalkräfte ihre Themen nicht frei wählen, diese werden mit den verantwortlichen Redakteuren abgesprochen.
- Auch ihre Texte und Bilder konnten die Pauschalkräfte inhaltlich nicht frei gestalten. Sie waren hierbei vielmehr an Vorgaben der Redaktion und des allgemeinen Layouts gebunden.
- Die Pauschalkräfte arbeiteten an fünf (teilweise sogar an sechs oder gar sieben) Wochentagen in der Redaktion während der üblichen Redaktionszeiten.
- Die Pauschalkräfte konnten die von ihnen erarbeiteten Texte oder Bilder, die im Auftrag der WAZ erstellt wurden, nicht frei verwenden und an konkurrierende Unternehmen weiterverkaufen.
- Die Redakteure in den einzelnen Ressorts waren den Pauschalkräften vorgesetzt.
- Die Pauschalkräfte benutzten regelmäßig von der WAZ zur Verfügung gestellte Arbeitsgeräte und Materialien.
- Vor allem war mit den Pauschalkräften eine kontinuierliche und regelmäßige Mitarbeit vereinbart, die den von der WAZ vorgegebenen Zwängen untergeordnet war.

Redaktion: Gerda Theile

 0228/2 01 72-11