

# Der Künstler und sein Recht

Schutz und Verwertung von Kunstwerken, Rechtsstellung und Vertragsrecht der Künstler, Besteuerung,  
Künstlersozialversicherung

von

Hermann Josef Fischer, Steven Reich, Dr. Elke Beduhn, Harro von Have, Prof. Dr. Christoph Nix, Willy Nordhausen,  
Prof. (em.) Dr. Hartmut Reeb

3. Auflage

[Der Künstler und sein Recht – Fischer / Reich / Beduhn / et al.](#)

Thematische Gliederung:

[Kunst- und Theaterrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2014

Titel an. Der Umfang des Titelschutzes gegen die Verwechslungsgefahr richtet sich nach dem Grad der Kennzeichnungskraft des Titels. Je kennzeichnungskräftiger ein Titel ist, desto weiter reicht sein Schutz. Der Titelschutz steht zunächst dem oder den Autoren oder auch der Produktionsfirma zu, je nach den Umständen des Einzelfalles. Wird der Titel verletzt, steht dem Berechtigten aufgrund § 15 IV, V MarkenG ein Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch zu, außerdem ein Vernichtungs- und Rückrufsanspruch (§ 18 MarkenG).

dd) Gebrauchsüberlassung und Lizenzierung von Werktiteln. Der Berechtigte eines markenrechtlich geschützten Titels kann anderen die Rechte daran schuldrechtlich zur Ausübung überlassen (OLG Nürnberg WRP 2000, 1168, 1169 – Winnetou). Eine solche **Überlassung** wirkt aber nur zwischen den Vertragsparteien, sodass der Nutzungsberechtigte sich nicht gegen eine unberechtigte Nutzung durch einen Dritten wehren kann. Das MarkenG äußert sich nicht dazu, ob Titelrechte auch mit dinglicher Wirkung gegen jedermann übertragen, also **lizenziert** werden können. Der Gesetzgeber hat die geschäftlichen Bezeichnungen aus § 30 MarkenG, der die Markenlizenz regelt, bewusst herausgenommen. Das hat seinen Grund darin, dass Firmen wegen ihrer Bindung an das Unternehmen (§§ 22, 23 HGB) nicht lizenziert werden können. Auf den Werktitel passt diese Überlegung aber nicht, denn er steht ungeachtet seiner Einordnung als geschäftliche Bezeichnung in § 5 MarkenG der Marke sachlich wesentlich näher als der Unternehmensbezeichnung. Die Rechtsprechung hat die Frage der Lizenzierbarkeit noch nicht entschieden (dafür etwa Fezer Markenrecht § 30 Rdnr.16). Bei einer Übertragung der Rechte am Werk ist mangels besonderer vertraglicher Regelung im Zweifel davon auszugehen, dass die Titelrechte mit übergehen sollen.

ee) Beendigung des Titelschutzes. Wird der Titel nicht mehr verwendet oder hat der Berechtigte ihn aufgegeben, dann entfällt sein Schutz. Dies ist allerdings nicht ohne weiteres der Fall, wenn ein Werk lediglich vergriffen ist, da bekanntlich Neuauflagen auf sich warten lassen können. Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen und verlangt eine „endgültige Aufgabe“ des Gebrauchs des Werkes, woran es fehle, wenn noch Wiederholungssendungen gezeigt werden (OLG München NJW-RR 2009, 1270 – Der Seewolf). Auch hier entscheiden letztlich aber wieder die Umstände des Einzelfalles. Da die Schutzfähigkeit eines Werktitels nicht vom Urheberrechtsschutz des Werkes abhängt, hat das Erlöschen des letzteren auf den Titelschutz keinen Einfluss (OLG Nürnberg WRP 2000, 1168, 1169 – Winnetou).

### 3. Kapitel: Erwerbstätigkeit

#### § 6 Der rechtliche Status des Künstlers

##### I. Künstler und Arbeitsrecht

1 Mit dem Begriff des Arbeitsrechts verbinden wir oft spontan z. B. die Situation der Opel-Arbeiter in Bochum, der Kassiererin im Supermarkt unseres Vertrauens oder des Kranken- und Pflegepersonals im Öffentlichen Dienst. Das Arbeitsrecht scheint mit der kreativ, freiheitlich und selbstbestimmt geprägten Kunst- und Kulturwelt nichts gemein zu haben.

Auch Musik und Theater, Rundfunk und Fernsehen, Museen und Galerien, Bücher und sonstige Werke produzieren sich nicht von selbst. Damit wir sie genießen können, ist eine Menge Arbeit der Kulturschaffenden und ihrer Hilfspersonen erforderlich. Autoren, Darstellerinnen, Sängerinnen, Chor- und Orchestermitglieder sowie Technikerinnen etc. haben sich oft aus Leidenschaft für ihr Engagement in Kunst und Kultur entschieden. Gleichzeitig müssen sie ihre Existenz damit sichern und vielleicht auch die ihrer Angehörigen. Wirtschaftliche Abhängigkeiten, ausbleibende oder verspätete Gagenzahlungen, Krankheit und Erschöpfung, Invalidität und Alter sind Risiken, die wie bei anderen Erwerbstätigen auch möglichst effektiv abgefangen werden müssen. Seit dem Künstler-Report (Fohrbeck/Wiesand, Der Künstler-Report, 1975) sind die oftmals ökonomisch schlechte Lage und die vielfachen wirtschaftlichen Abhängigkeiten der „freien Bühnendarsteller, Musikerzieher, Musikinterpreten, Journalisten, Bildjournalisten und der ständigen freien Mitarbeiter der Rundfunk- und Fernsehanstalten“ ausführlich dokumentiert.

Auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat zur sozialversicherungsrechtlichen Absicherung durch das Künstlersozialversicherungsgesetz am 8.4.1987 (2 BvR 909/82, NJW 1987, 3115, 3118) ausdrücklich ausgeführt:

*„Künstler und Publizisten erbringen unververtretbare, d. h. höchstpersönliche Leistungen, die in besonderer Weise der Vermarktung bedürfen, um ihr Publikum und also ihre Abnehmer zu finden. Dieses Verhältnis hat gewisse symbiotische Züge; es stellt einen kulturgeschichtlichen Sonderbereich dar, aus dem eine besondere Verantwortung der Vermarkter für die soziale Sicherung der – typischerweise wirtschaftlich Schwächeren – selbstständigen Künstler und Publizisten erwächst, ähnlich der der Arbeitgeber für ihre Arbeitnehmer.“*

Nur wer gleichzeitig die unternehmerischen Chancen vollständig ausschöpfen kann, ist als Unternehmer oder freier Mitarbeiter auf die eigene Existenzsicherung und Risikovorsorge verwiesen (zur Absicherung durch die Künstlersozialversicherung ausführlich § 12). Für abhängig Beschäftigte dagegen steht das Arbeitsrecht zur Verfügung, welches in erster Linie gesetzliche, tarifliche, betriebliche und vertragliche Sonderregelungen zum Schutz der Arbeitnehmer enthält (vgl. § 7). Daran anknüpfend werden sie über die gesetzliche Arbeitslosen-, Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung abgesichert. Ein eingeschränkter Schutz durch spezifische Mindestrechte besteht für sogenannte „arbeitnehmerähnliche Personen“ (vgl. § 12a TVG, s. u. Rdnr. 43 ff.).

*Beduhn*

Durch den Abschluss zahlreicher Tarifverträge haben es die Gewerkschaften zum Teil auch im Kunst- und Kulturbereich ermöglicht, die spezifischen Bedürfnisse der dort beschäftigten Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnlichen Personen abzusichern. Zum Schutz vor Ausbeutung, Willkür, Krankheit und Alter – kurz zur eigenen Existenzsicherung – sollten auch Künstler und Künstlerinnen beim Abschluss ihrer Verträge prüfen, ob arbeitsrechtliche und tarifliche Bestimmungen Anwendung finden, in Bezug genommen werden können oder als Orientierungshilfe dienen müssen. (Zur Rechtsdurchsetzung insb. zur Beweissicherung s. Rn. 12, s.a. § 7 Rn. 106 ff.).

## II. Künstlerinnen und Künstler in der Arbeitnehmerrolle

### 1. Der Arbeitnehmerbegriff

Bereits 1976 widmeten sich Fohrbeck, Wiesand und Wolterbeck in der Abhandlung „Arbeitnehmer oder Unternehmer? Zur Rechtsituation der Kulturberufe aus dem Jahre 1976“, dem Thema „Rechtsunsicherheit und ihre Auswirkungen.“ Sie schildern, wie die Vertragspartner der Künstlerinnen und Künstler immer wieder versuchen, die uneinheitliche Rechtslage zu ihren Gunsten auszunutzen.

Auch heute indiziert das durchschnittliche Jahreseinkommen der bei der Künstlersozialversicherung aktiv Versicherten in Höhe von 13.689 EUR (am 1.1.2011, Quelle: Künstlersozialversicherung, Hrsg.: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Bonn 2011, S. 67), dass sich die soziale Situation der Künstler und Künstlerinnen nicht wesentlich verbessert hat. Die wirtschaftliche und soziale Situation der Künstler ist extrem durch die weiteren Kürzungen öffentlicher Gelder und die verschärften Arbeitsmarktgesetze belastet (vgl. auch Schlussbericht der Enquete-Kommission „Kultur in Deutschland“ des Deutschen Bundestages vom 11.12.2007, BT-Drucks. 16/7000, S. 111 ff.). Führt ein Künstler seine Dienste für denjenigen, der sie vermarktet, im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses durch, so ist das für den Arbeitgeber kostspielig, da er selbst seinen Anteil an Sozialversicherungsbeiträgen abführen muss. Zusätzlich sind von ihm Zeiten zu vergüten, in denen der oder die Kulturschaffende keine Gegenleistung erbringt (Urlaub und Feiertage, Krankheitszeiten etc.). Auch Kosten für ein 13. Monatsgehalt, betriebliche Altersversorgung etc. erhöhen das unternehmerische Risiko – hier das des Arbeitgebers (vgl. § 7). So erklärt sich die verbissene Diskussion um den Arbeitnehmerbegriff, die insbesondere am Beispiel der Situation Kulturschaffender geführt wird. Immer noch existieren die verschiedensten Vertragsformen und -inhalte.

Nach dem arbeitsrechtlichen Richterrecht ist derjenige Arbeitnehmer, „der auf **Kund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet** ist“ (BAG vom 15.2.2012, 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733, 734 f.; BAG vom 25.5.2005, 5 AZR 347/04, AP Nr. 117 zu § 611 BGB Abhängigkeit und dabei weder einem unternehmerischen Risiko unterliegt noch die Chancen des wirtschaftlichen Erfolges genießt (vgl. ArbG Hamburg vom 7.9.2005, 45a 33/05, Juris; Vogelsang, in Schaub, § 8 Rdnr. 26, § 9 Rdnr. 3–11). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist anhand der **tatsächlichen einverständlichen Vertragsdurchführung** zu ermitteln. Dabei sind alle Umstände des Einzelfalls zu würdigen. Haben die Parteien ausdrücklich ein Arbeitsverhältnis vereinbart oder weisen die vereinbarten Rechte und Pflichten auf ein solches hin, so ist es in aller Regel als Arbeitsverhältnis einzuordnen. Derartige Indi-

zien sind z. B. der Einfluss des Arbeitgebers auf Beginn und Ende der Arbeitszeit sowie auf den Arbeitsort, die Verhaltenspflichten des Künstlers bei Arbeitsverhinderung und die sozialversicherungsrechtliche Behandlung des Vertrages. Auch wenn die Parteien den Vertrag z. B. als Werkvertrag bzw. freies Mitarbeiter- oder Dienstverhältnis bezeichnen, praktisch aber einverständlich ein Arbeitsverhältnis durchführen, so sind die arbeits- und sozialrechtlichen Regeln zwingend zu beachten (s. BAG vom 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348, 1350; BAG vom 15.2.2012, 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733, 735). Es kommt nicht auf die Überschrift oder die Formulierungen an. Auch Tarifvertragsparteien können nicht bestimmen, wer Arbeitnehmer ist (BAG vom 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NZA Nr. 17 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff). Un-erheblich ist auch, ob knappe Finanzmittel oder sonstige Motive des Auftraggebers „eigentlich“ ein Arbeitsverhältnis nicht zulassen. Für Zweifelsfälle bleibt es unum-gänglich, im Statusprozess zur Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft die einzelnen Merkmale der **Begriffsdefinitionen** und **Rechtsprechungsfälle** auf ihre konkrete Ver-gleichbarkeit zu überprüfen.

#### a) Erbringung von Arbeit

- 5 Arbeit in diesem Sinne ist jede Betätigung oder jedes Verhalten, das zur Befriedigung eines Bedürfnisses dient und im Wirtschaftsleben als Arbeit qualifiziert wird. Das ist auch für die Tätigkeiten der Künstlerinnen und Künstler und ihrer Hilfspersonen anerkannt. Dass auch Maler- oder Foto-Modelle und Artistinnen, die über das Seil getra-gen werden, erfasst werden, ist nunmehr selbstverständlich.

Im Gegensatz zur Arbeits- oder selbstständigen Dienstleistung schuldet der meist selbstständige Werkunternehmer einen bestimmten Arbeitserfolg bzw. die Herstellung eines bestimmten Werkes (z. B. ein Maler oder ein Fotograf, der eine bestimmte Person portraitiert).

Schuldet der Künstler, z. B. der Organisator und Dirigent einer Kulturkapelle die Musik-Leitung nicht in Person, sondern hat er sich verpflichtet, die Veranstaltung als Ganzes zu erbringen, so ist er kein Arbeitnehmer, sondern selbstständiger Unterneh-mer (BAG vom 20.1.2010, 5 AZR 99/09, AP Nr. 19 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

#### b) Privatrechtlicher Vertrag

- 6 Ein Arbeitnehmer muss zudem mit dem Arbeitgeber freiwillig einen privatrechtli-chen Vertrag schließen, in dem er sich zu der von ihm versprochenen Arbeitsleistung verpflichtet (BAG vom 18.7.2007, 5 AZR 854/06, AP Nr. 181 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten = NZA-RR 2008, 103 ff.; BAG vom 16.2.2000, 5 AZB 71/99, AP Nr. 70 zu § 2 ArbGG 1979 = NZA 2000, 385, 387).

Daran fehlt es bei hoheitlich geprägten Dienstverhältnissen wie z. B. bei einer Lehr-beauftragten an einer Musik- oder Kunsthochschule, die einseitig in ein beamtenähnli-ches öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis ernannt bzw. bestellt wird (BAG vom 18.7.2007, 5 AZR 854/06, AP Nr. 181 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten = NZA-RR 2008, 103, 104 f.; BAG vom 23.5.2001, 5 AZR 370/99, Juris). Auch bloße Gefälligkeits-verhältnisse z. B. im Rahmen familiärer Mithilfe oder ehrenamtliche karitative Tätig-keiten begründen kein Arbeitsverhältnis.

Eine Rahmenvereinbarung, die die Arbeitsbedingungen noch abzuschließender Ar-beitsverträge enthält, selbst jedoch noch keine Arbeitspflicht begründet, ist kein Ar-beitsvertrag (BAG vom 15.2.2012, 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733, 735).

Die Abgrenzung, ob ein privatrechtlicher Vertrag vorliegt, kann dann problematisch werden, wenn Künstlerinnen und Künstler für die **gemeinsam** zu erbringende **Arbeit** Rechtsformen des **Vereins- oder Gesellschaftsrechts** wählen.

**Beispiel:**

Es wird ein „Theater X e. V.“ gegründet, welcher nach dem Satzungszweck bestimmte Theaterstücke aufführen und spezielle Kunstrichtungen fördern soll. Schauspieler und Schauspielerinnen, eine Regisseurin und Dramaturgen treten als Vereinsmitglieder bei und erhalten für Aufführungen und Proben statt Gagen „Aufwandsentschädigungen“ und die Aussicht, an Überschüssen des Vereins beteiligt zu werden.

Auch ein Verein kann satzungsmäßig die Leistung von Diensten in persönlicher Abhängigkeit als Mitgliedsbeitrag vorsehen, § 25 BGB. Wenn das Mitglied mit seiner Tätigkeit ausschließlich ideelle Zwecke verfolgt, so bleibt es bei den vereinsrechtlichen Rechten und Pflichten. Vereinsrechtliche Arbeitspflichten dürfen aber nicht gegen gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstoßen (§§ 134, 138 BGB) und damit zwingende arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen umgehen. Ein Arbeitnehmer verfolgt typischerweise in erster Linie die Absicht, für seine Arbeit – zur Sicherung seiner materiellen Existenz – eine Vergütung zu erhalten. Diese Erwerbsabsicht des oder der Dienstverpflichteten ist ein wesentliches Merkmal des Arbeitsverhältnisses, auch wenn er oder sie parallel immaterielle – also z. B. karitative oder künstlerische – Interessen verwirklicht (BAG vom 26.9.2002, 5 AZB 19/01, AP Nr. 83 zu § 2 ArbGG 1979 = NZA 2002, 1412, 1415). Entwickelt wurde diese Rechtsprechung anhand der Mitglieder der Schwesternschaft des Roten Kreuzes e. V. (BAG vom 6.7.1995, 5 AZB 9/93, AP Nr. 22 zu § 5 ArbGG 1979 = NZA 1996, 33, 34 f.; s. a. LAG Düsseldorf: Beschluss vom 27.3.2012 – 17 TaBV 86/11, Juris m.w.N., nicht rechtskräftig).

Entsprechend besteht auch im beschriebenen Theater-Beispiel die Gefahr, dass die künstlerischen und kulturellen Ziele vorschnell den Blick auf die privatrechtlichen Bindungen der Kulturschaffenden versperren. Die Künstler werden oft nur für ein bestimmtes Projekt und eine bestimmte Zahl von Aufführungen verpflichtet. Daher fehlt es an dem mit einer Vereinsmitgliedschaft grundsätzlich verbundenen Willen zur Förderpflicht, zur längerfristigen Verfolgung des Vereinszwecks. Die im Beispiel gewählte Vereinskonstruktion dient in Wirklichkeit der Vermeidung der arbeits- und sozialrechtlichen Bindungen und stellt einen unzulässigen Umgehungstatbestand dar.

Lediglich der Vorstand und dessen Vorsitzende/Vorsitzender verbleiben oft über die Realisierung der Einzelprojekte hinaus und wahren somit die für die vereinsrechtliche Bindung erforderliche **personelle Identität**. Aber auch sie können parallel zu ihrem Amt in einem Arbeitsverhältnis zum Verein stehen mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten. Die Übernahme eines Ehrenamts im Vorstand bedeutet nicht, dass der Arbeitnehmer stillschweigend auf seine Rechte verzichtet (vgl. LAG Köln vom 18.8.2005, 6 Sa 379/05, Juris).

Oftmals wählen die Beteiligten in den unserem Theater-Beispiel vergleichbaren Fällen die Rechtsform der **Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)**. Hier findet sich ein Personenkreis zusammen, der sich gesellschaftsrechtlich verpflichtet, eine bestimmte Produktion zu erstellen und aufzuführen. Diese Personengemeinschaft bleibt – von Ausnahmen abgesehen – im Kern meist erhalten, sodass die personelle Identität im vorgenannten Sinne gewahrt ist. Um eine BGB-Innengesellschaft handelt es sich unter Umständen auch beim Zusammenschluss einer Musikgruppe (vgl. Heinze, NJW 1985, 2112 ff., 2119). Tritt diese gegenüber einem Auftraggeber als Vertragspartner auf (BGB-Außengesellschaft), so kann das selbstständig im Rahmen eines Werk- oder

Dienstvertrages oder in einem abhängigen (Gruppen-)Arbeitsverhältnis geschehen (vgl. Koch, in Schaub, § 9 Rdnr. 23; vgl. § 181 Rdnr. 1 ff.).

Ob der einzelne daran Beteiligte gleichgeordneter und am Gewinn beteiligter Gesellschafter (§§ 705 ff. BGB) oder Arbeitnehmer ist, richtet sich auch hier danach, ob ein **Über- und Unterordnungsverhältnis zur Leistung weisungsgebundener Dienste** besteht (Vogelsang, in Schaub, § 9 Rdnr. 23, vgl. § 14 Rdnr. 3 unter Hinweis auf EuGH vom 11.11.2010, C-232/09, NZA 2011, 143, 145 f.).

### c) Persönliche Abhängigkeit

- 10 Auch ein selbstständiger Maler oder Autor, der von seinem Auftraggeber oder dem Verlag z. B. eine zeitliche Grenze oder inhaltliche Vorgaben erhält, ist gewissen Einschränkungen unterworfen.

Für ein Arbeitsverhältnis muss ein gesteigertes Maß an persönlicher Abhängigkeit vorliegen. Arbeitnehmer ist, wer seine Dienstleistung im Wesentlichen fremdbestimmt erbringt, also in die **fremde Arbeitsorganisation** des Arbeitgebers **eingegliedert** und dem umfassenden **Weisungsrecht** des Arbeitgebers unterworfen ist (BAG vom 21.4.2005, 2 AZR 125/04, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung, vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB).

#### Beispiel:

Ein Tontechniker, der die Produktion und Bearbeitung bestimmter Radio- oder TV-Projekte zugewiesen bekommt oder dessen Zuständigkeit in einem Organisationsplan geregelt ist, der Tontechnik, Telefon, einen Schreibtisch und EDV-Arbeitsplatz des Unternehmens nutzt, der bei der Auftragsabwicklung mit Kollegen im Unternehmen zusammenarbeitet, sich in Dienst- und Urlaubspläne eintragen muss, ist in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden. Seine Tätigkeit wäre sinnlos bzw. unmöglich, wenn er sie isoliert ausübte.

- 11 Das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann sich auf **Inhalt, Durchführung, Zeit, Dauer und Ort der einzelnen** – im Rahmen des Arbeitsvertrages vorzunehmenden – **Tätigkeit** beziehen (BAG vom 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348, 1350 f.; BAG vom 15.2.2012, 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733, 735 f., vgl. § 84 Abs. 1 S. 2 HGB). Auch wenn der Arbeitgeber längere Zeit auf die Ausübung seines Weisungsrechts verzichtet, ändert das nichts an dem bestehenden Arbeitnehmerstatus (BAG vom 12.9.1996, 5 AZR 1066/94, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Freier Mitarbeiter = NZA 1997, 194, 196). Bei der Einordnung des praktizierten Vertragstyps hilft auch hier kein starres Abfragen der Einzelkriterien. Denn z. B. bei einem hohen intellektuellen und kreativen Niveau einer abhängigen Beschäftigung kann im Einzelfall ebenfalls viel Eigeninitiative, eine große Gestaltungsfreiheit und eine fachliche Selbstbestimmung des Arbeitnehmers verbleiben. Entscheidend ist, ob sich aus einer Gesamtbewertung z. B. durch Dienstpläne und z. B. die Pflicht, für Nebenarbeiten zur Verfügung zu stehen, die konkretisierte Erwartung ergibt, dass der abhängige Mitarbeiter dienstbereit ist und der **Arbeitgeber** also **über dessen Arbeitskraft disponieren** kann (BAG vom 15.2.2012, 10 AZR 301/10, NZA 2012, 731, 732 f.). Daraus, dass der Künstler diese Eigenständigkeit und die Möglichkeit, seine Arbeitskraft anderweitig zu verwerten, verliert, folgt die soziale Schutzbedürftigkeit und die Arbeitnehmereigenschaft (BAG vom 8.10.1975, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Abhängigkeit).

Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse einheitlich geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen. Letztlich sind für die Feststellung der persönlichen Abhängigkeit jeweils alle maßgebenden Umstände des Einzelfalles anhand der Kriterien und Beispielfälle der Rechtsprechung zu würdigen. Nach der sogenannten **typologischen Methode** werden

für bestimmte Branchen Fallgruppen gebildet, nach denen bestimmte typische Formen der Berufsausübung als selbstständige oder abhängige Beschäftigung anzusehen sind.

Sollte der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin sämtliche Tätigkeiten in persönlicher Abhängigkeit erbringen, so ist er oder sie Arbeitnehmer bzw. Arbeitnehmerin. Bei verschiedenen Haupttätigkeiten ist zu prüfen, ob und ggf. wie sie sich tatsächlich arbeitsorganisatorisch voneinander abgrenzen lassen. Ist eine Abgrenzung nicht oder nur schwer möglich, so ist die Gesamttätigkeit einheitlich zu bewerten. Dann ist entscheidend, welche Tätigkeit die Gesamttätigkeit z. B. zeitlich wesentlich prägt. Sind die verschiedenen Einzeltätigkeiten klar voneinander abgrenzbar, kann der Mitarbeiter hinsichtlich einer Tätigkeit – z. B. als Sprecher und Aufnahmeleiter – Arbeitnehmer, hinsichtlich einer anderen – z. B. als Autor – freier Mitarbeiter sein (vgl. BAG vom 16.2.1994, 5 AZR 402/93, AP Nr. 15 zu § 611 BGB Rundfunk = NZA 1995, 21, 23 f.).

## 2. Rechtsdurchsetzung: Beweissicherung und Statusklage

Zum Schutz vor Ausbeutung, Willkür, Krankheit und Alter – kurz zur eigenen Existenzsicherung – sollten auch Künstler und Künstlerinnen beim Abschluss ihrer Verträge prüfen, ob arbeits- und tarifliche Bestimmungen Anwendung finden, in Bezug genommen werden können oder als Orientierungshilfe dienen müssen. Auch mündliche Verträge sind wirksam und können rechtlichen Schutz bieten. Eine schriftliche Dokumentation der Vertragsbestimmungen oder Dritte, die den Vertragsinhalt bei Vertragsschluss bezeugen können, ermöglichen jedoch erst die für den Streitfall erforderliche Beweisführung, z. B. um vor dem Arbeitsgericht den Arbeitnehmerstatus zu erkämpfen. Eine Statusklage muss spätestens innerhalb von drei Wochen nach Beendigung eines befristeten Rechtsverhältnisses erhoben werden (BAG vom 25.9.2013, 10 AZR 282/12, NZA 2013, 1348, 1350; BAG vom 15.2.2012, 10 AZR 111/11, NZA 2012, 733, 737). Nach Zugang einer Kündigung muss binnen drei Wochen Kündigungsschutzklage erhoben werden, §§ 4, 7 KSchG; zu Rechtsstreitigkeiten im Arbeitsrecht s. § 7 Rn. 106 ff. Ein solcher Prozess kann – insbesondere bei gut bezahlten Künstlern und Künstlerinnen – im Ergebnis auch finanzielle Einbußen nach sich ziehen: Nach erfolgreichem Abschluss des Status-Verfahrens können diese unter Umständen vom Arbeitgeber darauf in Anspruch genommen werden, die Differenz zwischen höheren Honorarzählungen und den Vergütungsansprüchen zurückzuzahlen. Etwaige tarifliche Ausschlussfristen für derartige Rückzahlungsansprüche beginnen erst mit dem rechtskräftigen Abschluss des Statusprozesses oder einer entsprechenden außergerichtlichen Klärung, BAG vom 29.5.2002, 5 AZR 680/00, AP Nr. 27 zu § 812 BGB m.w.Nachw. = NZA 2002, 1328, 1329 f.). Die Rückforderung ist auf die Differenzen für den Zeitraum beschränkt, für den der Mitarbeiter die Feststellung des Arbeitsverhältnisses geltend gemacht hat. Aus Vertrauensschutzgesichtspunkten haftet der Arbeitnehmer nicht für weiter zurückliegende Zeiträume (BAG vom 8.11.2006, 5 AZR 706/05, NZA 2007, 321, 324).

## 3. Beispielfälle aus den einzelnen Schaffensbereichen

### a) Künstlerisch tätige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bei Rundfunk- und Fernsehanstalten

Bei der Frage, ob Kulturschaffende bei Rundfunk und Fernsehen Arbeitnehmer sind oder nicht, wird, basierend auf Erfahrungswerten zwischen **programmgestaltenden und nicht programmgestaltenden** Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unter-

schieden. Programmgestaltende Mitarbeiter können die von ihnen beschafften Informationen, ihre eigene Auffassung sowie ihre Fachkenntnisse zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder anderen Sachfragen einbringen. Beispiele dafür sind **Regisseure, Moderatoren, Kommentatoren, Wissenschaftler und Künstler** (BAG vom 17.4.2013, 10 AZR 272/12, AP Nr. 125 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 2013, 903, 905; BAG vom 30.11.1994, 5 AZR 704/93, AP Nr. 74 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 1995, 622, 623). Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang das gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 Grundgesetz (GG) verfassungsrechtlich geschützte Recht der Rundfunk- und Fernsehanstalten hervorgehoben, frei von fremdem, insbesondere staatlichem Einfluss über die Auswahl, Einstellung und Beschäftigung der Mitarbeiter zu bestimmen, die programmgestaltend mitwirken, und so die Vielfalt der Programme zu gewährleisten. Die **Rundfunkfreiheit** stellt die zur Erfüllung des Programmauftrags notwendige Freiheit und Flexibilität sicher, die nicht dadurch übermäßig beeinträchtigt werden darf, dass als freie oder befristet eingestellte programmgestaltende Mitarbeiter sich in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis einklagen können.

- 14 Die Rundfunkfreiheit gebietet es allerdings nicht, die Sozialschutzinteressen programmgestaltender Mitarbeiter vollständig außer Acht zu lassen. Die Rundfunkfreiheit wird nur beeinträchtigt, wenn die möglichen arbeitsrechtlichen Teilzeitbeschäftigungs- oder Befristungsabreden zur Sicherung der Aktualität und Flexibilität der Berichterstattung tatsächlich oder rechtlich nicht gleich geeignet sind wie die Beschäftigung freier Mitarbeiter (BVerfG vom 18.2.2000, 1 BvR 624/98 u.a., AP Nr. 9 zu Art 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit = NZA 2000, 653, 654). Auch programmgestaltende Mitarbeiter sind z. B. dann Arbeitnehmer, wenn sie ständig erreichbar sein müssen, an Redaktionskonferenzen teilzunehmen haben und auch inhaltlich weitgehend an Weisungen gebunden sind. Sie haben dann gerade nicht die ausreichende Gestaltungsfreiheit, Eigeninitiative und Selbstständigkeit eines freien Mitarbeiters. Gleiches gilt für die, von denen tatsächlich ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder die auch ohne entsprechende Vereinbarung in nicht unerheblichem Umfang herangezogen werden. Auch so werden ihnen die einzelnen Arbeiten letztlich „zugewiesen“ (BAG vom 20.5.2009, 5 AZR 31/08, AP Nr. 16 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit = NZA-RR 2010, 172, 174 mit Abgrenzung zur nicht statusbegründenden Einbindung in ein festes Programmschema und notwendigen Zusammenarbeit; BAG vom 14.3.2007, 5 AZR 499/06, AP Nr. 13 zu § 611 BGB Arbeitnehmerähnlichkeit = NZA-RR 2007, 424, 426). In diesen Fällen wird der Rundfunkfreiheit Genüge getan, wenn sie bei der Frage berücksichtigt wird, ob die Befristung des geschlossenen Arbeitsvertrags gerechtfertigt ist (vgl. BVerfG v. 18.2.2000, 1 BvR 624/98 u. a., AP Nr. 9 zu Art. 5 Abs. 1 GG Rundfunkfreiheit = NZA 2000, 653, 654 ff.; zur Befristungskontrolle bei programmgestaltenden Mitarbeitern, s. § 7 Rdnr. 2 a.E.).
- 15 Ob ein nicht programmgestaltender Mitarbeiter Arbeitnehmer ist, ist gleichwohl anhand der allgemeinen Kriterien zu überprüfen, BAG vom 17.4.2013, 10 AZR 272/12, AP Nr. 125 zu § 611 BGB Abhängigkeit = NZA 2013, 903, 905). Werden die Kunstschaffenden **in Dienstpläne der Anstalt eingeteilt**, ist das ein starkes Indiz für die Arbeitnehmereigenschaft. Vielfach wird den Mitarbeitern zwar gesagt, sie seien nicht verpflichtet, die eingetragenen Einsätze wahrzunehmen, die Dienstpläne würden erst dann verbindlich, wenn ihnen die Mitarbeiter jeweils nicht widersprechen. Das sieht das BAG aber zu Recht als lebensfremd an. Die vorgesehenen Einsätze werden geleistet, weil sie im Dienstplan vorgesehen sind, und nicht, weil die Mitarbeiter sich in jedem Einzelfall vertraglich dazu verpflichten (BAG vom 22.2.1995, 5 AZR 757/93, Juris). Ist eine Rundfunkanstalt auf Grund eines Bestandsschutztarifvertrages für freie