

Dienstvertrag und Arbeitsvertrag aus einer Hand

Freier Dienstvertrag und Arbeitsvertrag schließen sich gegenseitig aus. Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet (§ 611a Abs. Satz 1 BGB). Selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (§ 84 Abs. 2 HGB). Kann die vertraglich vereinbarte Tätigkeit typologisch sowohl in einem Arbeitsverhältnis als auch selbstständig erbracht werden, ist die Entscheidung der Vertragsparteien für einen bestimmten Vertragstypus im Rahmen der bei jeder Statusbeurteilung erforderlichen Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen (BAG, Urt. v. 9.6.2010 – 5 AZR 332/09, Rdnr. 19). Kann aber ein und dieselbe Tätigkeit bei demselben Arbeitgeber teilweise im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses und teilweise im Rahmen eines freien Dienstvertrags erbracht werden?

Dies hat der 9. Senat des BAG nun unter Bestätigung der Vorinstanzen ausdrücklich bejaht (Urt. v. 27.6.2017 – 9 AZR 851/16). Danach ist es rechtlich nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein Mitarbeiter mit dem Unternehmen ein freies Dienstverhältnis begründet, das neben dem Arbeitsverhältnis besteht. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass das dem Arbeitgeber aufgrund des Arbeitsvertrags zustehende Weisungsrecht nicht für die Tätigkeit gilt, die der Vertragspartner aufgrund des Dienstverhältnisses schuldet. Ansätze für ein solches Modell gibt es bereits im Sozialversicherungsrecht in der Geringfügigkeitsrichtlinie vom 12.11.2014, wonach ein Arbeitnehmer sowohl in einer geringfügigen Beschäftigung als auch daneben bei ein und demselben Arbeitgeber im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses tätig werden kann (Geringfügigkeits-RL B 2.1.2). Danach besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass eine natürliche Person für denselben Vertragspartner (Arbeitgeber/Auftraggeber) als abhängig Beschäftigter und daneben selbstständig tätig ist. Werden diese Tätigkeiten bei demselben Arbeitgeber unabhängig voneinander ausgeübt, liegt eine sog. gemischte Tätigkeit vor, bei der abhängige Beschäftigung und selbstständige Tätigkeit nebeneinander stehen und rechtlich getrennt zu beurteilen sind.

Nicht eindeutig geklärt war bisher, ob es sich bei einem solchen Modell auch um ein und dieselbe Tätigkeit handeln kann. Im Ausgangsfall des BAG war eine Musiklehrerin auf der Grundlage eines

freien Dienstvertrags für das beklagte Land als Lehrerin an einer Musikschule tätig. Gleichzeitig schlossen die Vertragspartner einen Arbeitsvertrag, der eine Beschäftigung der Klägerin als Musiklehrerin mit 50 % der Arbeitszeit eines Vollzeitbeschäftigten vorsah. Daneben erteilte die Klägerin weiterhin Musikunterricht aufgrund des Dienstvertrags in zeitlich unterschiedlichem Umfang. In diesem Rahmen vergab das beklagte Land jeweils Einzelaufträge, die anzunehmen die Musiklehrerin nicht verpflichtet war und wobei sie Ort und Zeit ihres Unterrichts mit den Musikschülern frei vereinbaren konnte. Der einzelne Schüler konnte nicht erkennen, ob die Musiklehrerin nun gerade als freie Mitarbeiterin oder als angestellte Lehrerin unterrichtete.

Der 9. Senat des BAG legte völlig zutreffend an die beiden Vertragsverhältnisse die eingangs beschriebenen Kriterien für Arbeitsverhältnis und Dienstvertrag – wie sie sich aus § 611a BGB und § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB ergeben – an, die im Übrigen auch der ständigen Rechtsprechung des BAG zur Abgrenzung von Dienst- und Arbeitsvertrag entsprechen, und kam zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen für einen freien Dienstvertrag sowohl bezüglich der vertraglichen Gestaltung als auch hinsichtlich der tatsächlichen Durchführung vorlagen, so dass die klagende Musiklehrerin mit ihrem Anliegen, beide Tätigkeiten einem einheitlichen Arbeitsverhältnis zuzuordnen, nicht durchdringen konnte.

Diese nicht nur rechtlich zutreffende, sondern auch praxisnahe Beurteilung durch das BAG ermöglicht für die Praxis legale Gestaltungsmöglichkeiten, die sowohl im Interesse des Arbeitnehmers/Auftragnehmers als auch im Interesse des Arbeitgebers/Auftraggebers liegen können. Will sich ein Mitarbeiter bei ein und demselben Unternehmen im Rahmen ein und derselben Tätigkeit nur teilweise der Weisungsgebundenheit eines Arbeitsverhältnisses unterwerfen – allerdings mit den Vorteilen des arbeitsrechtlichen Schutzes – und andererseits sich möglichst große Freiheit bezüglich Umfang, Ort und Zeit der Dienstleistung erhalten, wird dieses Modell beiden Interessenlagen gerecht. Insbesondere macht es Sinn bei Vertragsmodellen, die mit der immer stärker zunehmenden Tätigkeit im Homeoffice verbunden sind und damit auch dem Anliegen der Verbindung von Beruf und Familie dienen können. Für den Arbeitgeber/Auftraggeber ergibt sich eine größere Flexibilität des Arbeitseinsatzes des jeweiligen Beschäftigten

nach Bedarf, ohne dass die gesetzlichen Vorschriften der Abrufarbeit (§ 12 TzBfG) zur Anwendung kommen.

Keine Rolle spielt bei diesem Modell, ob die Vergütung im Arbeitsverhältnis und im freien Dienstverhältnis gleich hoch ist oder unterschiedlich ausgestaltet wird, insbesondere, als bei Letzterem höhere Honorarsätze vereinbart werden können, da sich die sozialversicherungsrechtliche Abgabenlast anders gestaltet als im Beschäftigungsverhältnis. Insbesondere, wenn die sachgrundlose Befristung des Arbeitsverhältnisses beseitigt oder eingeschränkt werden sollte, würden solche Modelle einen gewissen Ausgleich für Flexibilität anbieten.

Stellt sich allerdings heraus, dass der parallele freie Dienstvertrag nach Vertrag und/oder tatsächlicher Durchführung ein Arbeitsverhältnis darstellt, wächst das ganze Modell in ein einheitliches Arbeitsverhältnis hinein. Dann stellt sich die Frage, ob auch für den bisher dienstrechtlich vergüteten Teil die höhere Vergütung im Arbeitsvertrag erhalten bleibt oder dort auf die Vergütung des arbeitsvertraglichen Modellteils zurückfällt. Bei diesen Problemfällen entscheidet das BAG entsprechend der Auslegung des Vertragsverhältnisses. Bei diesem kombinierten Modell würde sicherlich die Vertragsauslegung dahin führen, dass der Arbeitgeber/Auftraggeber für den Fall eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses auch nur die Vergütung des Arbeitsverhältnisses zahlen will.

UNSER AUTOR



Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner in der Anwaltssozietät Schmitt-Rolfes, Faltermeier, München