

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 307/11  
2 Sa 893/10  
Landesarbeitsgericht  
München

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
18. April 2012

## URTEIL

Metze, Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsbeklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. April 2012 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Laux, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl sowie die ehrenamtliche Richterin Zorn und den ehrenamtlichen Richter Dr. Rahmstorf für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts München vom 24. März 2011 - 2 Sa 893/10 - aufgehoben, soweit es die Klage auf Zahlung eines Online-Zuschlags nebst Zinsen auf die von der Beklagten abgerechneten Honorare für die in den Anträgen zu VIII. bis XLII. bezeichneten Magazinbeiträge abgewiesen hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.
3. Im Übrigen wird die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob Leistungen der Klägerin nach bestimmten Honorarkennziffern zu vergüten sind. 1

Die Klägerin, Mitglied der Gewerkschaft ver.di seit dem 1. Juni 2005, ist Journalistin und Filmautorin. Seit 1978 ist sie regelmäßig als freie Mitarbeiterin für die beklagte Rundfunkanstalt tätig, seit 1979 mit dem Status einer arbeitnehmerähnlichen Person (sog. feste freie Mitarbeiterin). 2

Für die Medizinredaktion der Beklagten stellte die Klägerin nach eigenem schriftlichen Konzept zahlreiche vier- bis siebenminütige Beiträge her, die im Bayerischen Fernsehen in der Sendung „Gesundheit“ (früher: „Sprechstunde“) oder im „Ersten“ in der Sendung „ARD-Ratgeber Gesundheit“ ausgestrahlt wurden. Beim Drehen, Schneiden und Vertonen wurde die Klägerin von Kameraleuten, Cuttern, Musikberatern und Grafikern unterstützt. 3

Die Beklagte vergütet ihre freien Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Bereich Fernsehen nach einem „Honorarrahmen Fernsehen“, der nach dem Durchführungs-Tarifvertrag Nr. 4 Honorarrahmen Hörfunk und Fernsehen zum 4

Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen als Tarifvertrag gelten soll. In den monatlichen Vergütungsmittelungen der Beklagten an die Klägerin waren zum Teil für Beiträge zu den Sendungen „Gesundheit“ bzw. „ARD-Ratgeber Gesundheit“ die Angaben „Leistung 05 31 F Manuskript“ und „Leistung 14 11 F Regie“ enthalten. Tatsächlich entsprach aber das an die Klägerin gezahlte Entgelt nicht diesen Honorarkennziffern (*im Folgenden: HKZ*), sondern lag generell innerhalb des Rahmens der - in einem Teil der monatlichen Vergütungsmittelungen auch angegebenen - HKZ 32.30.

Die maßgeblichen HKZ des bis zum 31. März 2010 geltenden Honorarrahmens Fernsehen lauten:

5

„Nr.	Leistung	je	von DM	bis DM	von Euro	bis Euro
<b>05.00</b>	<b>Sonstige urheberrechtliche Leistungen (Lizenzen)</b>					
...						
05.30	Manuskripte nach eigener Idee für Sendungen bis					
05.31	20 Minuten Sendelänge		3.629,00	8.944,00	1.855,48	4.572,99
...						
<b>14.00</b>	<b>Regie bei Dokumentationen, Reportagen, Features und ähnlichem, einschl. Schnitt und Fertigstellung</b>					
	Die Ermittlung des Regiehonorars erfolgt nach der zu erwartenden Beschäftigungsdauer, diese hängt vom Umfang und Schwierigkeitsgrad der Produktion ab. Mit dem Regiehonorar werden Recherchen und Vorbereitungsarbeiten abgegolten; es wird als Pauschalhonorar ausgewiesen.					
14.10	bis 20 Minuten Sendelänge					
14.11	bis 2 Wochen		3.889,00	5.833,00	1.988,41	2.962,37
14.12	bis 3 Wochen		6.092,00	7.777,00	3.114,79	3.976,32
...						

**32.00 Herstellung von aktuellen Kurzreportagen und Magazinbeiträgen:  
Redaktion, Regie,  
Schnittanweisung, Text**

32.10	Kurzreportagen je angefangene	Minute	250,00	493,00	127,82	252,07
32.11	Kurzbeiträge unter 60 Sekunden		298,00	363,00	152,36	185,60
32.20	bei besonderen Erfordernissen im künstlerischen, didaktischen oder journalistischen Bereich (auch Glossen) Beiträge über 5 Minuten sind nach Ziff. 32.30 abzurechnen.	Minute	518,00	806,00	264,85	412,10
<b>Herstellung von aktuellen Kurzreportagen und Magazinbeiträgen:</b>						
32.30	Magazinbeiträge	Beitrag	3.241,00	8.866,00	1.657,10	4.533,11
	Beiträge von mehr als 15 Minuten Sendelänge sind daraufhin zu überprüfen, ob die Ziffern 05.00 und 14.00 anzuwenden sind.“					

Der seit dem 1. April 2010 geltende Honorarrahmen Fernsehen hat lediglich die Honorare erhöht, ist aber in den im Streitfall maßgeblichen HKZ unverändert geblieben. 6

Mit Schreiben vom 31. März 2009 forderte die Klägerin die Beklagte vergeblich auf, ihre für die Medizinredaktion erbrachten Leistungen nach den HKZ 05.31 und 14.11 nachzuberechnen und zu vergüten. 7

Mit ihrer am 23. Dezember 2009 eingereichten, mit Schriftsatz vom 8. Februar 2010 erweiterten, im Kammertermin beim Arbeitsgericht teilweise zurückgenommenen und in der Berufungsinstanz nochmals erweiterten Klage hat die Klägerin zuletzt für den Zeitraum Januar 2006 bis Oktober 2010 für insgesamt 55 Beiträge zu den Sendungen „Gesundheit“ und „ARD-Ratgeber Gesundheit“ (Differenz-)Vergütung nach den HKZ 05.31 und 14.11 geltend gemacht, teilweise nebst einer tarifvertraglichen Zulage in bestimmter prozentualer Höhe, und die Auffassung vertreten, die HKZ 32.30 gelte nur für aktuelle 8

Magazinbeiträge. Nicht aktuelle Magazinbeiträge, wie die von ihr hergestellten, seien nach den HKZ 05.31 und 14.11, deren Voraussetzungen ihre Leistungen erfüllten, zu honorieren. Das ergebe sich zumindest aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur korrigierenden Rückgruppierung und der Angabe dieser HKZ in den Vergütungsmitteilungen. Außerdem hat die Klägerin einen Online-Zuschlag nach der bei der Beklagten geltenden Regelung verlangt. Dass das gezahlte Honorar innerhalb des von der HKZ 32.30 eröffneten Rahmens nicht billigem Ermessen entspreche, hat sie nicht geltend gemacht.

Die Klägerin hat zuletzt sinngemäß beantragt,

9

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 105.554,19 Euro nebst einem bestimmten Prozentsatz tarifvertraglicher Zulage sowie Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach bestimmter zeitlicher Staffelung aus dem sich ergebenden Gesamtbetrag zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 14.133,95 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach bestimmter zeitlicher Staffelung zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, die von der Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum erbrachten Leistungen seien als Magazinbeiträge ausschließlich nach der HKZ 32.30 zu vergüten. Dort sei ausdrücklich vorgesehen, dass erst bei Beiträgen von mehr als 15 Minuten Sendelänge zu überprüfen sei, ob die HKZ 05.00 und 14.00 anzuwenden seien. Zudem hätten die Leistungen der Klägerin die Voraussetzungen der HKZ 05.30 und 14.10 nicht erfüllt, weil sie weder Manuskripte für Sendungen verfasst noch Regie in dem von der HKZ 14.00 verlangtem Umfang geführt habe. Die Vergütungsmitteilungen seien auch nicht als Mitteilung über eine Eingruppierung zu werten. Ein in Höhe von 4,5 % des Haupthonorars geschuldeter Online-Zuschlag sei vereinbarungsgemäß in den Minutensatz eingerechnet worden.

10

Das Arbeitsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und auf die Beru-

11

fung der Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision der Klägerin ist nur im Streitgegenstand Online-Zuschlag teilweise begründet, im Übrigen unbegründet. 12

I. Die Revision der Klägerin ist unbegründet, soweit sie für Leistungen im streitgegenständlichen Zeitraum eine Differenzvergütung zum (Mindest-)Honorar nach den HKZ 05.30 und 14.10, teilweise - nämlich bei den erstinstanzlich gestellten Anträgen - nebst einer tarifvertraglichen Zulage hierzu begehrt. Insoweit ist die Klage unbegründet. 13

1. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass der Klägerin für die von ihr im Streitzeitraum erbrachten Leistungen Vergütung nach dem Honorarrahmen Fernsehen zusteht. Ob es sich bei dem Honorarrahmen Fernsehen in seiner jeweiligen Fassung tatsächlich um einen Tarifvertrag gemäß dem Durchführungs-Tarifvertrag Nr. 4 Honorarrahmen Hörfunk und Fernsehen zum Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen vom 21. Februar 1980 handelt, insbesondere die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform für Tarifverträge nach § 1 Abs. 2 TVG gewahrt ist, braucht der Senat nicht zu entscheiden. Das Landesarbeitsgericht hat den Honorarrahmen - den für die Tarifauslegung geltenden Grundsätzen folgend - zutreffend angewendet. 14

2. Ein Anspruch auf Vergütung nach den HKZ 05.30/31 und 14.10 folgt weder allein aus der Nennung dieser HKZ in einem Teil der monatlichen Vergütungsmittelungen der Beklagten noch aus den Grundsätzen der korrigierenden Rückgruppierung. 15

a) Soweit die Klägerin nach ihrer Revisionsbegründung - anders als in den Vorinstanzen - den Anspruch auf eine Vergütung nach den HKZ 05.30/31 und 16

14.10 auch allein auf die Angabe dieser HKZ in einem Teil der Vergütungsmitteilungen der Beklagten stützen will, verkennt sie, dass Angaben in einer Gehaltsabrechnung kein Anerkenntnis im Rechtssinne, dh. keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen, sondern lediglich Wissenserklärungen darstellen (*BAG 28. Juli 2010 - 5 AZR 521/09 - Rn. 19 mwN, BAGE 135, 197*). Mit den Vergütungsmitteilungen wollte die Beklagte erkennbar für den Honoraranspruch der Klägerin keine eigenständige Anspruchsgrundlage schaffen. Ungeachtet des von der Beklagten mit den Angaben „05 31 F Manuskript“ und „14 11 F Regie“ verfolgten Zwecks, bestand jedenfalls für die Klägerin kein Grund zu der Annahme, die Beklagte wolle unabhängig von den Anforderungen der jeweiligen HKZ eine Anspruchsgrundlage für eine Vergütung nach den in den Vergütungsmitteilungen angegebenen HKZ schaffen. Denn unstreitig entsprachen die unter diesen HKZ abgerechneten und gezahlten Honorare nicht einmal dem Mindestbetrag der HKZ 05.31 und 14.11 (*vgl. dazu BAG 23. September 2009 - 5 AZR 973/08 - Rn. 27 f., EzA TVG § 4 Tariflohnerhöhung Nr. 50*).

b) Die vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zur korrigierenden Rückgruppierung (*vgl. BAG 16. Februar 2000 - 4 AZR 62/99 - BAGE 93, 340; 16. Oktober 2002 - 4 AZR 447/01 - AP AVR § 12 Caritasverband Nr. 12*) finden schon deshalb keine Anwendung, weil die Klägerin nicht in eine bestimmte Vergütungsgruppe eingruppiert ist. Die Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur korrigierenden Rückgruppierung gehen deshalb ebenso wie die dagegen vorgebrachten Angriffe der Revision ins Leere.

Die Eingruppierung als bewertende Subsumtion des Arbeitgebers (*vgl. BAG 16. Februar 2000 - 4 AZR 62/99 - BAGE 93, 340*) setzt voraus, dass der Arbeitnehmer gemäß der anzuwendenden Vergütungsordnung nach der von ihm (überwiegend) auszuübenden Tätigkeit einer bestimmten Vergütungsgruppe zuzuordnen ist. Das ist bei der Klägerin nicht der Fall. Sie ist keine Arbeitnehmerin, die nach der von ihr auszuübenden Tätigkeit in eine bestimmte Vergütungsgruppe einer bestimmten Vergütungsordnung einzugruppiert wäre. Die Klägerin erbringt als freie Mitarbeiterin Leistungen, die jede für sich nach einem bestimmten „Leistungsverzeichnis“, dem Honorarraum Fernsehen,

17

18

honoriert wird. Auch wenn sich die Art der Leistung wiederholt, folgt daraus nicht eine wie auch immer geartete „Eingruppierung“. Dementsprechend sehen weder der Honorarraahmen Fernsehen noch der Tarifvertrag für arbeitnehmerähnliche Personen eine Eingruppierung freier Mitarbeiter bzw. arbeitnehmerähnlicher Personen vor.

3. Die streitgegenständlichen Leistungen der Klägerin sind nicht nach den HKZ 05.30/31 und 14.10 zu honorieren. Der Anwendungsbereich dieser HKZ ist nicht eröffnet. Das hat das zur Auslegung eines Firmentarifvertrags ohne allgemeine Bedeutung für die Rechtsordnung berufene Landesarbeitsgericht (vgl. BAG 5. Oktober 2010 - 5 AZN 666/10 - Rn. 3 und Rn. 5, AP ArbGG 1979 § 72a Nr. 74 = EzA ArbGG 1979 § 72 Nr. 43; 28. Juni 2011 - 3 AZN 146/11 - Rn. 11, AP ArbGG 1979 § 72a Grundsatz Nr. 70 = EzA ArbGG 1979 § 72 Nr. 44) ohne Rechtsfehler erkannt. 19

a) Nach der HKZ 32.30 sind Magazinbeiträge erst ab einer Sendelänge von mehr als 15 Minuten daraufhin zu überprüfen, ob die HKZ 05.00 und 14.00 anzuwenden sind. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass für Magazinbeiträge bis zu 15 Minuten Sendelänge die HKZ 32.30 die speziellere HKZ ist und die HKZ 05.00 und 14.00 ausschließt. Angesichts der Ähnlichkeit der Leistungen, nämlich dem Erstellen eines Manuskripts sowie der Regie einschließlich Schnitt und Fertigstellung in den HKZ 05.00 und 14.00 einerseits und Redaktion, Regie, Schnittanweisung und Text in der HKZ 32.00 andererseits, wird damit eine praktisch einfach handhabbare Abgrenzung für kürzere Sendebeiträge geschaffen. 20

Die streitgegenständlichen Leistungen betreffen Beiträge der Klägerin zu den Magazinen „Gesundheit“ (früher: „Sprechstunde“) und „ARD-Ratgeber Gesundheit“ und damit Magazinbeiträge iSd. HKZ 32.30. Sie hatten unstreitig eine Sendelänge von (nur) vier bis sieben Minuten. 21

b) Dass die unter die HKZ 32.30 fallenden Magazinbeiträge - so das zentrale Argument der Klägerin - „aktuell“ sein müssten, könnte sich allenfalls aus der überschriftartigen allgemeinen Leistungsbeschreibung unter HKZ 32.00 ergeben, die lautet: „Herstellung von aktuellen Kurzreportagen und Magazinbei- 22

trägen“. Doch ist es schon grammatikalisch nicht zwingend, dass sich das Adjektiv „aktuell“ auch auf Magazinbeiträge bezieht. Es können auch Magazinbeiträge und aktuelle Kurzreportagen gemeint sein. Für ein solches Verständnis der Überschrift spricht vor allem die Entstehungsgeschichte. Unter die HKZ 32.00 fielen früher die „Herstellung von aktuellen Kurzreportagen (auch Sport), Interviews, Magazinbeiträge“, bis die Interviews der HKZ 31.00 zugeordnet wurden, ohne dass sie „aktuell“ sein müssten.

Der Begriff der „aktuellen Kurzreportage“ dient damit - ähnlich der Differenzierung nach der Sendelänge bei den Magazinbeiträgen in der HKZ 32.30 - der Abgrenzung zu den in der HKZ 14.00 ausdrücklich aufgeführten „Reportagen“. Könnten danach auch „kurze“ Reportagen unter die HKZ 14.00 fallen, liegt es nahe, die ausschließliche Einordnung einer kurzen Reportage in die HKZ 32.00 durch das Adjektiv „aktuell“ zu verdeutlichen. Anhaltspunkte dafür, es gäbe auch nicht aktuelle Kurzreportagen, hat der Senat nicht. 23

Dagegen sind Magazinbeiträge in der HKZ 14.00 nicht ausdrücklich aufgeführt, so dass unter Berücksichtigung der Differenzierung nach einer Sendelänge von bis zu oder mehr als 15 Minuten in der HKZ 32.30 die Notwendigkeit einer weiteren Aufschlüsselung nach aktuellen und nicht aktuellen Magazinbeiträgen nicht besteht. Wäre gewollt gewesen, dass die HKZ 32.30 nur aktuelle Magazinbeiträge erfassen soll, hätte es nahegelegen, ebenso wie die (nicht kurzen) Reportagen die „nicht aktuellen“ Magazinbeiträge ausdrücklich in der HKZ 14.00 aufzuführen. 24

4. Dass die von der Beklagten gezahlten Honorare innerhalb des von der HKZ 32.30 eröffneten Rahmens nicht billigem Ermessen entsprächen, hat die Klägerin im vorliegenden Verfahren nicht geltend gemacht. 25

II. Die Revision der Klägerin ist teilweise begründet, soweit sie den Streitgegenstand Online-Zuschlag betrifft. Mit der vom Landesarbeitsgericht gegebenen Begründung (der Klägerin stehe kein höheres Honorar zu und sie könne deshalb auch keine höheren Zuschläge verlangen) kann die Klage auf Zahlung eines Online-Zuschlags nicht insgesamt abgewiesen werden. 26

1. Die Revision rügt zu Recht, die Klägerin habe Online-Zuschläge nicht nur auf Differenzvergütungen begehrt. Bei den erstinstanzlichen Klageanträgen zu VIII. bis XLII. hat die Klägerin für einen Teil der streitgegenständlichen Magazinbeiträge einen Online-Zuschlag auf die von der Beklagten abgerechneten Honorare beansprucht mit der Begründung, die Beklagte habe einen solchen überhaupt nicht gezahlt. Ob und in welcher Höhe der Klägerin noch Online-Zuschläge zustehen, kann der Senat mangels ausreichender Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht entscheiden. Das führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO. 27

2. Das Landesarbeitsgericht hat die Rechtsgrundlage für den Online-Zuschlag nicht festgestellt. Nach übereinstimmendem Vortrag der Parteien soll er 4,5 % des Haupthonorars betragen, nach dem Sachvortrag der Beklagten allerdings gemäß einer mit der Klägerin getroffenen Vereinbarung in den Minutensatz eingerechnet worden sein. Das hat die Klägerin bestritten. Feststellungen dazu hat das Landesarbeitsgericht nicht getroffen. Dies wird nachzuholen sein. 28

Müller-Glöge

Laux

Biebl

Zorn

Rahmstorf