

Bundesarbeitsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 611 BGB, § 14 Abs 1 S 1 TzBfG, § 14 Abs 1 S 2 Nr 4 TzBfG, § 14 Abs 1 S 2 Nr 1 TzBfG, Art 5 Abs 1 GG, § 14 Abs 2 TzBfG, § 814 BGB, § 818 Abs 3 BGB

- 1. Ein Beschäftigter kann sich gegenüber seinem Vertragspartner nicht darauf berufen, zu ihm in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, wenn er sich hierbei unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens rechtsmissbräuchlich verhält.**
- 2. Bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses sind die Sachgründe des vorübergehenden Bedarfs und der Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 4 TzBfG) zu prüfen.**
- 3. Durch die Vereinbarung und Behandlung des Rechtsverhältnisses als freie Mitarbeit wird beim Mitarbeiter ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen, sodass dieses Vertrauen des Arbeitnehmers grundsätzlich schützenswert ist, wenn sich die Zusammenarbeit tatsächlich als Arbeitsverhältnis erweist.**
- 4. Ein als Arbeitnehmer, der mit seinem Arbeitgeber fälschlicherweise eine freie Mitarbeit vereinbart hat, gibt er zu erkennen, dass er das Rechtsverhältnis nicht nach den Regeln der freien Mitarbeit, sondern nach Arbeitsrecht behandelt wissen will.**
- 5. Verlangt ein Arbeitgeber die Rückzahlung von Honoraren, muss er nach den allgemeinen Grundsätzen des Bereicherungsrechts die Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen die zutreffende Eingruppierung des Arbeitnehmers folgt.**

BAG, Urteil vom 08.11.2006 Az.: 5 AZR 706/05

Tenor:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Brandenburg vom 19. Mai 2005 - 3 Sa 597/03 und 598/03 - insoweit aufgehoben, als es über den Feststellungsantrag und die Widerklage entschieden hat.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand:

1

Die Parteien streiten über die Arbeitnehmereigenschaft des Klägers, die Wirksamkeit einer Befristungsabrede und auf Grund einer Widerklage über die Rückerstattung von Honorarzahlungen.

2

Die Beklagte ist eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt. Der Kläger, Facharbeiter für Nachrichtentechnik und Mitglied der Gewerkschaft ver.di, nahm seine Tätigkeit für eine der Rechtsvorgängerinnen der Beklagten am 13. Januar 1993 auf. Er arbeitete im Archiv der Radiowelle "F". Nach Vorgabe von Musikablaufplänen hatte er Tonträger aus dem Musikarchiv herauszusuchen und in sog. Sendekisten zu verpacken sowie Tonträger aus rückläufigen Sendekisten herauszunehmen und an ihren Ort im Archiv zurückzustellen. Neu hinzukommende Tonträger musste er mit einer Nummer versehen, in das Datenverarbeitungsprogramm der Beklagten eingeben und fortlaufend in Regale einstellen. Auf Weisung fertigte er Kopien von Tonträgern oder recherchierte nach Tonträgern. Außerdem beantwortete er Höreranfragen zu im Programm gesendeten Musiktiteln, was höchstens 30 Minuten der täglichen Arbeitszeit in Anspruch nahm. Insgesamt arbeitete der Kläger regelmäßig ca. 40 Stunden/Woche.

3

Daneben war der Kläger seit Mai 1993 als Sprecher für die Beklagte tätig. In kurzen humoristischen Beiträgen verkörperte er die Figur des "M L", die in der Folge eine große Bekanntheit innerhalb des Sendegebiets der Beklagten erlangte. Die Texte gab die Beklagte dem Kläger vor. Die Sprechertätigkeit nahm etwa zwei Stunden je Woche in Anspruch.

4

Die Beklagte erstellte jedenfalls im Jahre 2002 wochenweise Einsatzpläne, in die auch der Kläger eingetragen war. In einem Begleitschreiben wurden die Mitarbeiter gebeten, wenn sie mit "diesem Vorschlag einverstanden" seien, dies durch ihre Unterschrift zu bestätigen und Änderungswünsche möglichst umgehend mitzuteilen. Der Kläger leistete zumindest für den Zeitraum von Januar bis Oktober 2002 keine Unterschriften.

5

Die Parteien schlossen eine Reihe von befristeten Verträgen, die als "Rahmenvereinbarung" bezeichnet sind und sich auf eine Tätigkeit des Klägers als "freier Mitarbeiter" beziehen. Diese von der Beklagten formulierten Rahmenvereinbarungen sehen vor, dass die Parteien für jeden Einzelauftrag eine gesonderte Vereinbarung abschließen. Weiter ist das Einvernehmen der Parteien bekundet, dass weder die Einzelaufträge noch die Rahmenvereinbarungen ein Arbeitsverhältnis begründen. Die seit 1996 geschlossenen Rahmenvereinbarungen enthalten einen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass der Kläger eine freie Mitarbeit wünsche. Sie bezeichnen den Kläger als redaktionellen bzw. journalistisch-redaktionellen Mitarbeiter. Zwischen dem 1. Juli 1999 und dem 31. Dezember 1999 war der Kläger nicht für die Beklagte tätig.

6

Die letzte Rahmenvereinbarung für den Zeitraum vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2002 datiert vom 21. November 2001. Nach ihr enden auch Einzelvereinbarungen am 31. Dezember 2002. Als Befristungsgrund ist das Erfordernis einer Sicherung der verfassungsrechtlich gebotenen Programmvielfalt angegeben.

7

Für seine Tätigkeit erhielt der Kläger von der Beklagten Honorare. Diese wurden nach Einzeleinsätzen bemessen und differierten nach der Tätigkeit im Archiv bzw. als Sprecher. Ihre Gesamthöhe belief sich für den Monat Dezember 2001 auf 3.632,00 Euro. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2002 erhielt der Kläger Honorare iHv. 50.596,00 Euro.

8

Mit seiner am 21. Januar 2003 beim Arbeitsgericht eingegangenen und der Beklagten am 27. Januar 2003 zugestellten Klage hat der Kläger den Bestand eines Arbeitsverhältnisses jedenfalls seit Jahresbeginn 2002, die Unwirksamkeit der Befristung aus der letzten Rahmenvereinbarung und die Weiterbeschäftigung als Musikarchivar und Comedysprecher geltend gemacht. Er hat die Auffassung vertreten, das Rechtsverhältnis der Parteien sei ein Arbeitsverhältnis, weil er nach Zeit, Ort und Art der Tätigkeitserbringung weisungsgebunden gewesen sei. Die Beklagte könne keine Honorare zurückfordern. Sie habe gewusst, dass sie ihn als Arbeitnehmer beschäftige, und deshalb wissentlich auf eine nicht bestehende Honorarschuld geleistet. Sie habe durch wissentliche Missachtung der einschlägigen Dienstanweisung zu erkennen gegeben, dass sie das Risiko einer falschen Statusbeurteilung tragen wolle. Die Forderung sei auch der Höhe nach unbegründet, weil bei der Berechnung des Arbeitseinkommens von einer Eingruppierung nach VergGr. E, mindestens aber F auszugehen sei. Eine etwaige Bereicherung sei auf Grund von laufenden Ausgaben des täglichen Lebens weggefallen.

9

Der Kläger hat, soweit für die Revision noch von Bedeutung, beantragt,

1.

festzustellen, dass zwischen den Parteien jedenfalls seit dem 1. Januar 2002 ein Arbeitsverhältnis besteht, welches nicht infolge der Befristungsregelung gemäß Rahmenvereinbarung vom 21. November 2001 mit Wirkung zum 31. Dezember 2002 beendet worden ist,

2.

die Hilfswiderklage abzuweisen.

10

Die Beklagte hat beantragt,

den Klageantrag zu 1. abzuweisen,

für den Fall, dass diesem stattgegeben werde,

den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 21.000,00 Euro nebst Zinsen iHv. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf einen Betrag von 20.000,00 Euro seit dem 19. März 2003 sowie auf weitere 1.000,00 Euro seit dem 15. April 2004 zu zahlen.

11

Die Beklagte hat vorgetragen, es müsse ihr auf Grund der Rundfunkfreiheit möglich sein, Rechtsverhältnisse mit programmgestaltenden Mitarbeitern nicht als Arbeitsverhältnis, sondern als freies Dienstverhältnis zu begründen. Die Sprechertätigkeit sei eine programmgestaltende Tätigkeit, weil der Kläger eine besondere interpretatorische Leistung erbringe und maßgeblichen Einfluss auf die Rolle besitze. Wegen der Bekanntheit der Figur des "M L" habe die Sprechertätigkeit das Rechtsverhältnis der Parteien insgesamt geprägt. Der Kläger habe im Hinblick auf die angebotenen Honorare ausdrücklich den Wunsch geäußert, als freier Mitarbeiter tätig zu werden. Die Berufung auf die Arbeitnehmereigenschaft sei

rechtsmissbräuchlich. Ein Arbeitsverhältnis habe jedenfalls auf Grund der Befristung zum 31. Dezember 2002 geendet. Die Befristung sei zulässig, um die grundrechtlich geschützte Flexibilität der Beklagten bei Erfüllung des Programmauftrags zu gewährleisten. Werde der Statusklage stattgegeben, müsse der Kläger Honorare aus Dezember 2001 iHv. 1.000,00 Euro und aus 2002 iHv. 20.000,00 Euro zurückzahlen. Dabei handele es sich um Teilbeträge der Rückzahlungsansprüche, wie sie in Höhe des Unterschieds zwischen den gezahlten Honoraren und der dem Kläger als Arbeitnehmer geschuldeten tarifvertraglichen Vergütung bestünden. Die tarifvertragliche Arbeitsvergütung sei nach der vom Kläger ausgeübten Tätigkeit der Vergütungsgruppe J oder H, höchstens G zu bemessen.

12

Das Arbeitsgericht hat dem Klageantrag zu 1. und der Widerklage im erstinstanzlich erhobenen Umfang stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat es die Widerklage insgesamt abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin Klageabweisung, hilfsweise Verurteilung des Klägers zur Rückzahlung der Honorare.

Entscheidungsgründe:

13

Die Revision der Beklagten ist begründet.

14

I. Der Feststellungsantrag des Klägers ist noch nicht entscheidungsreif.

15

1. Der Kläger hat die Befristungskontrollklage nach § 17 Satz 1 TzBfG rechtzeitig beim Arbeitsgericht eingereicht. Auf Grund der demnächst erfolgten Zustellung ist die Klagefrist gewahrt (§ 253 Abs. 1, § 167 ZPO).

16

2. Die Parteien haben einen Arbeitsvertrag zwar nicht ausdrücklich, aber doch konkludent abgeschlossen. Das Landesarbeitsgericht hat über dessen Inhalt keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

17

a) Der Kläger erbrachte die Tätigkeit als Musikarchivar im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Er war insoweit weisungsgebunden und in die von der Beklagten organisierten Betriebsabläufe eingebunden. Die Tätigkeit im Musikarchiv war keine programmgestaltende Tätigkeit, sondern ohne Einfluss auf den Programminhalt. Der Kläger wählte nicht selbständig Musiktitel für das Programm aus, arbeitete vielmehr von anderen Mitarbeitern vorgegebene Listen ab und sorgte durch seine Archivtätigkeit dafür, dass die betreffenden Titel zum Abspielen bereitstanden. Auch wenn einzelne Anfragen ungenau waren und der Kläger auf eigene Kenntnisse zurückgreifen musste, um sie zu vervollständigen, folgte daraus kein Einfluss auf die Musikauswahl. Sein Beitrag bestand in einem Mitwirken an der technischen Verwirklichung des Programms. Die geringfügigen inhaltlichen Gestaltungs- und Entscheidungsspielräume des Klägers sowie die Notwendigkeit, die Tätigkeit überwiegend in den Archivräumen auszuüben, verdeutlichen die Einbindung des Klägers in die Arbeitsorganisation der Beklagten. Die Bestimmung der Einsatzzeiten durch Übersendung von Einsatzplänen, ohne dass es längere Zeit zu den im Begleitschreiben erbetenen schriftlichen Bestätigungen durch den Kläger kam, bekräftigt die weisungsgebundene Beschäftigung (vgl. Senat 20. September

2000 - 5 AZR 61/99 - AP BGB § 611 Rundfunk Nr. 37 = EzA BGB § 611 Arbeitnehmerbegriff Nr. 84, zu IV 3 der Gründe) . Die Aufstellung von Dienstplänen stellte sich nach alledem als tatsächliche Verfügung über die Arbeitszeit des Klägers dar (vgl. Senat 30. November 1994 - 5 AZR 704/93 - BAGE 78, 343, 353 f.) . Auf die von der Beklagten erhobene Rüge der Vereitelung eines Antrags auf Tatbestandsberichtigung kommt es nicht an.

18

b) Das Landesarbeitsgericht hat nicht geprüft, ob neben diesem Arbeitsverhältnis ein weiteres Beschäftigungsverhältnis mit dem Inhalt einer Sprechertätigkeit als "M L" zustande gekommen ist und welche Rechtsqualität ihm gegebenenfalls zukommt. Getrennte Vertragsverhältnisse kommen schon angesichts der unterschiedlichen Vergütungshöhe und der unterschiedlichen Abrechnungen in Betracht und liegen wegen der ganz andersartigen, auch organisatorisch abgegrenzten Tätigkeiten durchaus nahe. Das Landesarbeitsgericht muss insoweit noch die erforderlichen Feststellungen zur Vertragsgestaltung der Parteien treffen (vgl. etwa Senat 23. August 2001 - 5 AZB 9/01 - AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 54 = EzA ArbGG 1979 § 5 Nr. 36, zu II 2 der Gründe) .

19

c) Sollte das Landesarbeitsgericht zu der Feststellung kommen, es habe nur ein Rechtsverhältnis vorgelegen, handelte es sich allerdings um ein Arbeitsverhältnis. Die Tätigkeit des Klägers erhielt dann nicht durch die Sprechertätigkeit, sondern durch die Arbeit als Musikarchivar insgesamt ihr Gepräge. Diese überwog zeitlich eindeutig und diente nicht etwa der Vorbereitung der Sprechertätigkeit (vgl. Senat 30. November 1994 - 5 AZR 704/93 - BAGE 78, 343, 352; 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - BAGE 88, 263, 274 f.) .

20

3. Die Berufung des Klägers auf seine Arbeitnehmereigenschaft ist nicht rechtsmissbräuchlich.

21

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. nur Senat 4. Dezember 2002 - 5 AZR 556/01 - BAGE 104, 86, 91 ff.) kann sich ein Beschäftigter gegenüber seinem Vertragspartner nicht darauf berufen, zu ihm in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, wenn er sich hierbei unter dem Gesichtspunkt des widersprüchlichen Verhaltens rechtsmissbräuchlich verhält. Wer durch seine Erklärung oder durch sein Verhalten bewusst oder unbewusst eine Sach- oder Rechtslage geschaffen hat, auf die sich der andere Teil verlassen durfte und verlassen hat, darf den anderen Teil in seinem Vertrauen nicht enttäuschen. Es würde gegen Treu und Glauben verstoßen und das Vertrauen im Rechtsverkehr untergraben, wenn es erlaubt wäre, sich nach Belieben mit seinen früheren Erklärungen und seinem früheren Verhalten in Widerspruch zu setzen. Das widersprüchliche Verhalten ist rechtsmissbräuchlich, wenn für den anderen Teil ein schützenswerter Vertrauenstatbestand geschaffen worden ist oder wenn andere besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen.

22

b) Danach ist die Geltendmachung der Arbeitnehmerstellung im Rahmen einer Befristungskontrollklage nicht rechtsmissbräuchlich. Wenn der Kläger die eine Arbeitnehmervergütung weit übersteigenden Honorarzahungen entgegennahm, entsprach das den vertraglichen Vereinbarungen. Die vertragliche Niederlegung, der Kläger wünsche ausdrücklich eine freie Mitarbeit, entspricht dem Wesen des Vertragsschlusses, die geregelten Rechtsfolgen zu wünschen. Die Beklagte kann hierauf kein besonderes Vertrauen stützen, der Kläger werde ein etwaiges Arbeitsverhältnis nicht geltend machen. Sie hat nicht behauptet, dem Kläger den

Abschluss eines Arbeitsvertrags angeboten zu haben, den dieser abgelehnt habe (vgl. Senat 11. Dezember 1996 - 5 AZR 708/95 - AP BGB § 242 Unzulässige Rechtsausübung-Verwirkung Nr. 36 = EzA BGB § 242 Rechtsmißbrauch Nr. 2, zu I 2 b der Gründe) . Dass die genannte Vertragsformulierung etwa das Ergebnis von Besprechungen der Parteien war, steht dem nicht gleich.

23

4. Ob das Arbeitsverhältnis der Parteien auf Grund der Befristung mit dem 31. Dezember 2002 geendet hat, kann noch nicht abschließend beurteilt werden.

24

a) Bestand zwischen den Parteien nur ein Arbeitsverhältnis, ist die Befristung nicht nach § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt. Insoweit ist die Beurteilung des Landesarbeitsgerichts rechtsfehlerfrei. Insbesondere fehlt es an einer Eigenart der Arbeitsleistung iSv. § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 TzBfG. Diese Bestimmung knüpft an das aus der Rundfunkfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG abgeleitete Recht der Rundfunkanstalten an, programmgestaltende Mitarbeiter aus Gründen der Programmplanung lediglich für eine bestimmte Zeit zu beschäftigen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. nur Senat 22. April 1998 - 5 AZR 342/97 - BAGE 88, 263, 273 mwN) kann die den Rundfunk- und Fernsehanstalten zustehende Rundfunkfreiheit die Befristung des Arbeitsvertrags mit einem programmgestaltend tätigen Mitarbeiter rechtfertigen, ohne dass weitere Gründe für die Befristung erforderlich sind. Der Kläger war, wie ausgeführt, jedenfalls ganz überwiegend nicht programmgestaltend beschäftigt.

25

Das Landesarbeitsgericht hat aber nicht die Wirksamkeit der Befristung nach § 14 Abs. 2 TzBfG geprüft und keine Feststellungen hierzu getroffen. Eine sachgrundlose Befristung könnte, abgesehen von etwa anwendbaren tariflichen Regelungen, bis zur Dauer von zwei Jahren zulässig sein. Das würde voraussetzen, dass vor 2001 kein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Das Landesarbeitsgericht muss deshalb gegebenenfalls klären, für welche Zeiträume sich der Kläger auf das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses beruft und welche Tatsachengrundlage hierfür besteht. Der Bestand eines Arbeitsverhältnisses kann angesichts der jeweils befristeten Rahmenverträge nur angenommen werden, wenn der Kläger ein Arbeitsverhältnis ausdrücklich - nicht notwendig streitgegenständlich - geltend macht.

26

b) Für den Fall, dass neben dem Arbeitsverhältnis des Klägers ein weiteres Rechtsverhältnis der Parteien bestand, hat der Kläger zu erklären, ob sein Klagebegehren die Befristung auch dieser Rechtsbeziehung umfasst. Eine entsprechende Auslegung seines Klageantrags liegt nahe, weil er offenbar eine umfassende Klärung des Rechtsverhältnisses mit der Beklagten anstrebt.

27

Die Befristung des Arbeitsverhältnisses als Musikarchivar war nicht nach § 14 Abs. 1 TzBfG, möglicherweise aber nach § 14 Abs. 2 TzBfG gerechtfertigt (oben a).

28

Die Befristung des weiteren Vertragsverhältnisses über die Sprechertätigkeit war jedenfalls dann zulässig, wenn insoweit eine freie Mitarbeit bestand. Das liegt nach den konkreten Umständen nahe. Bei Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses wären die Sachgründe des vorübergehenden Bedarfs und der Eigenart der Arbeitsleistung (§ 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 4 TzBfG) zu prüfen (vgl. BAG 26. Juli 2006 - 7 AZR 495/05 - EzA-SD 2006 Nr. 25 3 - 6, auch zur Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen) .

29

II. Da die stattgebende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts über den Feststellungsantrag keinen Bestand hat, ist auch die Entscheidung zur Hilfswiderklage aufzuheben. Über die Hilfswiderklage ist in der Sache nur zu entscheiden, wenn die Berufung der Beklagten zum Feststellungsantrag, sei es auch nur hinsichtlich eines Arbeitsverhältnisses als Musikarchivar, erneut zurückgewiesen wird. Andernfalls hat das Landesarbeitsgericht die Verurteilung des Klägers durch das Arbeitsgericht klarstellend aufzuheben. Der Senat gibt zur weiteren Behandlung der Hilfswiderklage folgende Hinweise:

30

1. Bei der Geltendmachung der Rückzahlung iHv. 20.000,00 Euro für 2002 handelt es sich um eine Teilbetragsklage. Deren Zulässigkeit setzt nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die Aufgliederung und Zuordnung der geltend gemachten Überzahlungen auf bestimmte Zeiträume voraus (vgl. nur Reichold in Thomas/Putzo ZPO 26. Aufl. § 253 Rn. 9) . Die Beklagte muss sich im Hinblick auf die Rechtsprechung des Senats zum Umfang des Bereicherungsanspruchs (29. Mai 2002 - 5 AZR 680/00 - BAGE 101, 247, 250, 256; 9. Februar 2005 - 5 AZR 175/04 - AP BGB § 611 Lohnrückzahlung Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 818 Nr. 1, zu III 3 der Gründe) dazu erklären, ob sie die Überzahlungen abschließend für die vom Kläger geltend gemachte Zeit des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses verlangt.

31

2. Die Widerklage ist als Eventualwiderklage zulässig (vgl. nur BGH 13. Mai 1996 - II ZR 275/94 - BGHZ 132, 390, 397 mwN) . Das gilt auch für die Erweiterung der Eventualwiderklage auf einen Zeitraum, für den der Kläger seinen Arbeitnehmerstatus nicht zur gerichtlichen Feststellung beantragt. Die Widerklage steht zu dem Hauptbegehren der Beklagten in einem "echten" Eventualverhältnis. Der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch muss nicht unmittelbar von dem Klageanspruch abhängig sein (vgl. BGH - 13. Mai 1996 - II ZR 275/94 - aaO) .

32

3. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend von der Rechtsprechung des Senats zur Rückzahlung überzahlter Honorare nach einer Feststellung des Arbeitnehmerstatus ausgegangen (vgl. 9. Februar 2005 - 5 AZR 175/04 - AP BGB § 611 Lohnrückzahlung Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 818 Nr. 1, zu III 1 a der Gründe mwN) . Danach hängt der Umfang eines Bereicherungsanspruchs davon ab, ob der Kläger die Sprechertätigkeit als freier Mitarbeiter ausgeübt hat. Aber auch dann, wenn diese Tätigkeit im Rahmen eines (gesonderten) Arbeitsverhältnisses durchgeführt wurde, ist eine konstitutive Vergütungsvereinbarung angesichts der Besonderheiten der Fallgestaltung (Comedyrolle eines Musikarchivars) nicht von vornherein ausgeschlossen. Das Landesarbeitsgericht muss insoweit noch die maßgeblichen Umstände der Vergütungsregelung aufklären.

33

4. Die Annahme des Landesarbeitsgerichts, ein Bereicherungsanspruch der Beklagten sei nach § 814 BGB ausgeschlossen, hält der rechtlichen Prüfung nicht stand.

34

a) Nach § 814 BGB kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Erforderlich ist die positive Kenntnis der Rechtslage zum Zeitpunkt der Leistung. Nicht ausreichend ist die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt. Der Leistende muss wissen, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet. Das ist nur der Fall, wenn er aus den ihm bekannten Tatsachen auch eine im Ergebnis zutreffende

rechtliche Schlussfolgerung zieht, wobei allerdings eine entsprechende "Parallelwertung in der Laiensphäre" genügt (Senat 9. Februar 2005 - 5 AZR 175/04 - AP BGB § 611 Lohnrückzahlung Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 818 Nr. 1, zu III 2 a der Gründe mwN; 1. Februar 2006 - 5 AZR 395/05 - ZTR 2006, 319, zu I 3 a der Gründe). Beruht die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit, schließt das den Rückforderungsanspruch nicht aus.

35

b) Das Landesarbeitsgericht hat zu Unrecht aus den internen Grundsätzen der Beklagten für die Einordnung von Tätigkeiten in Arbeitsverhältnisse und freie Mitarbeit geschlossen, die Beklagte habe Kenntnis von der fehlenden Zahlungsverpflichtung gehabt. Dabei hat es nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Einordnung des Klägers nach den internen Grundsätzen nicht völlig eindeutig ist. Die Revision weist zutreffend darauf hin, dass die Zusammensetzung der Tätigkeiten aus Archivarbeit und Sprecherrolle in einer Comedyreihe einmalig ist. Wenn der Hauptabteilungsleiter die wesentlichen Umstände der Tätigkeit des Klägers sowie die rechtlichen Grundsätze zur Einordnung kannte, steht damit eine Kenntnis von der tatsächlichen Arbeitnehmerstellung des Klägers keinesfalls fest.

36

5. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs ist allenfalls teilweise gerechtfertigt.

37

a) Durch die Vereinbarung und Behandlung des Rechtsverhältnisses als freie Mitarbeit wird beim Mitarbeiter ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen. Erweist sich die Zusammenarbeit tatsächlich als Arbeitsverhältnis, ist dieses Vertrauen des Arbeitnehmers grundsätzlich schützenswert. Der Arbeitgeber handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er versucht, dem Mitarbeiter die erhaltenen Vorteile wieder zu entziehen. Anders liegt es, wenn der Mitarbeiter selbst eine Klage erhebt und für einen bestimmten Zeitraum die Einordnung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis geltend macht. Damit gibt er zu erkennen, dass er das Rechtsverhältnis nicht nach den Regeln der freien Mitarbeit, sondern nach Arbeitsrecht behandelt wissen will. Wenn der Arbeitgeber entsprechend diesem Anliegen verfährt und das Rechtsverhältnis auch vergütungsrechtlich als Arbeitsverhältnis behandelt, kann der Arbeitnehmer insoweit keinen Vertrauensschutz geltend machen.

38

Der Mitarbeiter muss sich abschließend erklären, für welche Zeit er von einem Arbeitsverhältnis ausgeht. Dabei kommt es weder darauf an, ob er die Arbeitnehmereigenschaft für einen bestimmten Zeitraum zum Streitgegenstand erhebt noch ob er überhaupt eine selbständige Statusklage betreibt. Maßgebend ist, welche Vorteile er nachträglich aus seiner Arbeitnehmerstellung ziehen will. Mit einer Rückabwicklung braucht er nur für solche Zeiträume zu rechnen, für die er ein Arbeitsverhältnis geltend macht. Allerdings würde er seinerseits rechtsmissbräuchlich handeln, wenn er im Anschluss an eine gerichtliche Entscheidung einen anderen Zeitpunkt geltend machen wollte. Mit der zwingend gebotenen Festlegung auf eine bestimmte Bestandsdauer ist der Verzicht auf weiter zurückliegende Zeiten verbunden.

39

b) Für das Jahr 2002 macht der Kläger das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses gerichtlich geltend. Schon deshalb kann er sich nicht auf ein von der Beklagten geschaffenes Vertrauen berufen. Die vom Kläger angeführten besonderen Umstände begründen nicht die Treuwidrigkeit der Widerklage. Es ist nicht ersichtlich, welche Bedeutung der Unterbrechung der Tätigkeit im Jahre 1999 in diesem Zusammenhang zukommen soll. Dasselbe gilt für die wirtschaftlichen und

werblichen Vorteile, die die Beklagte aus der Popularität der Figur des "M L" gezogen haben soll. Der Grundsatz von Treu und Glauben erlaubt es dem Gericht nicht, das gesamte Rechtsverhältnis und den hieraus jeweils gezogenen Nutzen einer ausgleichenden Billigkeitskontrolle zu unterwerfen.

40

c) Für Dezember 2001 kommt ein Rückzahlungsanspruch in Betracht, wenn in diesem Zeitraum ein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Eine entsprechende gerichtliche Feststellung auf Antrag einer der Parteien ist dafür nicht erforderlich. Die Rückzahlungsforderung verstößt gegen Treu und Glauben, wenn der Kläger erklärt, er mache einen Arbeitnehmerstatus für diese Zeit nicht geltend. Damit erkennt er allerdings zugleich an, dass auch vorher kein Arbeitsverhältnis bestanden hat.

41

6. Die Höhe eines Bereicherungsanspruchs hängt gegebenenfalls von der Eingruppierung des Klägers ab.

42

a) Das Landesarbeitsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Beklagte insoweit darlegungs- und beweispflichtig ist. Verlangt ein Arbeitgeber die Rückzahlung von Honoraren, muss er nach den allgemeinen Grundsätzen des Bereicherungsrechts die Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen die zutreffende Eingruppierung des Arbeitnehmers folgt. Ob Zahlungen ohne Rechtsgrund erfolgt sind und inwieweit die Beklagte zur Leistung verpflichtet war, ergibt sich erst auf Grund der Eingruppierung des Klägers (vgl. BGH 14. Dezember 1994 - IV ZR 304/93 - BGHZ 128, 167, 170, zu 3 c der Gründe) .

43

b) Das Landesarbeitsgericht hat einen Rückforderungsanspruch auch deshalb verneint, weil die Beklagte die Voraussetzungen der Eingruppierung in eine Vergütungsgruppe nicht hinreichend dargelegt habe. Wie die Revision zutreffend rügt, trägt diese Begründung die Abweisung der Widerklage nicht.

44

aa) Nach dem unstreitigen Parteivorbringen sind die Vergütungsgruppen E und F des zugrunde gelegten Vergütungstarifvertrags auszuschließen.

45

Die Eingruppierung nach Vergütungsgruppe E setzt Tätigkeiten mit erhöhtem Schwierigkeitsgrad voraus. Die Tarifvertragsparteien gehen davon aus, dass zur Erledigung solcher Tätigkeiten Fachkenntnisse erforderlich sind, wie sie in der Regel durch Fachhochschulabschluss oder langjährige einschlägige Berufserfahrung erworben werden. Keine der Tätigkeiten des Klägers erfüllt diese Voraussetzungen. Ebenso wenig ist ersichtlich, worin eine selbständige Aufgabenerfüllung mit erweitertem Ermessensspielraum liegen soll. Gegen eine Eingruppierung in Vergütungsgruppe E spricht schließlich der Vergleich mit den aufgeführten Tätigkeiten eines Redaktionsassistenten mit Teilaufgaben eines Redakteurs. Die Bezeichnung des Klägers als redaktioneller bzw. journalistisch-redaktioneller Mitarbeiter in den Rahmenvereinbarungen der Parteien ist für seine Eingruppierung unerheblich. Sie entspricht nicht einmal der Tätigkeitsbezeichnung und Beschreibung der vereinbarten Tätigkeit in einem Arbeitsvertrag.

46

Die Eingruppierung in Vergütungsgruppe F verlangt schwierige Tätigkeiten, die selbständig ausgeübt werden. Solche Tätigkeiten setzen nach der Tarifregelung Kenntnisse voraus, wie sie durch einen Fachschulabschluss/eine Meisterprüfung

nachgewiesen oder durch eine langjährige, qualifizierende Berufsausübung nach einschlägiger Berufsausbildung erworben werden. Keine der vom Kläger ausgeübten Tätigkeiten weist einen entsprechenden Schwierigkeitsgrad auf. Zu Unrecht setzt der Kläger seine Tätigkeit mit der eines Redaktionsassistenten gleich, der Redakteure durch Materialzusammenstellungen im Produktionsprozess oder bei redaktionellen Arbeiten unterstützt. Demgegenüber ist die Tätigkeit des Klägers darauf beschränkt, bestimmte Tonträger aus dem Archiv herauszusuchen.

47

bb) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte die Vergütungsgruppe G schlüssig ausgeschlossen hat. Schon bei einer Eingruppierung in die Vergütungsgruppe G könnte die Widerklage in voller Höhe begründet sein. Die in Ansatz zu bringende Arbeitsvergütung würde dann ausgehend von der unstreitigen Vergütungsstufe 5 29.248,00 Euro betragen. Auch unter Berücksichtigung der hinzuzurechnenden Zuschläge iHv. 1.186,96 Euro und der berücksichtigungsfähigen Mehrarbeit wäre die Differenz zu den erhaltenen Honoraren höher als die Widerklageforderung.

48

7. Soweit sich der Kläger auf einen Wegfall der Bereicherung beruft, kann auf die Rechtsprechung des Senats zu § 818 Abs. 3 BGB verwiesen werden (vgl. nur 9. Februar 2005 - 5 AZR 175/04 - AP BGB § 611 Lohnrückzahlung Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 818 Nr. 1, zu III 4 der Gründe mwN) . Die Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast bei kleineren und mittleren Arbeitseinkommen und einer gleichbleibend geringen Überzahlung des laufenden Arbeitsentgelts kommt dem Kläger im Hinblick auf den erheblichen Überzahlungsbetrag iHv. nahezu 2/3 des Arbeitseinkommens nicht zugute.

49

8. Ein Rückzahlungsanspruch der Beklagten ist nicht auf Grund einer tariflichen Ausschlussfrist verfallen. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass die Frist erst zu laufen beginnt, wenn feststeht, dass das Vertragsverhältnis kein freier Dienstvertrag, sondern ein Arbeitsverhältnis war (vgl. zuletzt 9. Februar 2005 - 5 AZR 175/04 - AP BGB § 611 Lohnrückzahlung Nr. 12 = EzA BGB 2002 § 818 Nr. 1, zu III 5 c aa der Gründe mwN) . Der Kläger hat hiergegen keine neuen Gesichtspunkte vorgebracht, die eine Änderung der Rechtsprechung rechtfertigen könnten.