

**Titel:**

**Arbeitnehmerstatus - Rückabwicklung eines (vermeintlich) freien Mitarbeiterverhältnisses**

**Normenkette:**

BGB § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1

**Leitsätze:**

Die Klägerin war bei der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin als freie Mitarbeiterin tätig. Nach einer Prüfung der Deutschen Rentenversicherung, die aufgrund einer anonymen Anzeige tätig wurde, wurde das Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis bewertet und die Beklagte hatte rückwirkend Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 16.744,20 € zu zahlen. Ihre Klage auf Zahlung dieses Betrages sowie auf Rückerstattung von Umsatzsteuer in Höhe von 15.864,57 € hatte keinen Erfolg, denn das BAG stellt bislang darauf ab, dass der später als Arbeitnehmer bewertete Vertragspartner einen Vertrauensschutz auf den vereinbarten Status genießt. Dieser wird nur dann aufgehoben, wenn, was vorliegend nicht der Fall war, der Vertragspartner selbst eine Klage oder Prüfung der Eigenschaft als Arbeitnehmer einleitet. Hinsichtlich der Umsatzsteuer war die Klage unschlüssig, denn die Beklagte hat bei der Schadensangabe nicht die Steuervorteile, die sich durch den Abzug der Umsatzsteuer ergaben, beziffert bzw. dargestellt. (Rn. 17 – 21)

1. Durch die Vereinbarung und Behandlung eines Rechtsverhältnisses als freie Mitarbeit wird beim Mitarbeiter ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen. Erweist sich die Zusammenarbeit tatsächlich als Arbeitsverhältnis, ist dieses Vertrauen des Arbeitnehmers - und so auch hier - grundsätzlich schützenswert. Der Arbeitgeber handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er versucht, dem Mitarbeiter die erhaltenen Vorteile wieder zu entziehen. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

2. Anders liegt es (nur), 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 (Anschluss an BAG BeckRS 2007, 41123; BeckRS 2019, 25170). (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Rückabwicklung eines freien Mitarbeiterverhältnisses, freier Mitarbeiter, Arbeitsverhältnis, Status, Vertrauensschutz, Rechtsmissbrauch

**Vorinstanz:**

ArbG München, Endurteil vom 10.11.2022 – 31 Ca 11764/21

**Rechtsmittelinstanz:**

BAG, Urteil vom 04.12.2024 – 5 AZR 272/23

**Weiterführende Hinweise:**

Revision zugelassen

**Fundstellen:**

NWB 2024, 713

NWB 2024, 1697

LSK 2023, 37754

NZA-RR 2024, 68

**Tenor**

Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil vom 10.11.2022 – 31 Ca 11764/21 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird zugelassen.

## Tatbestand

1

Die Parteien streiten über Ansprüche der Klägerin aus einem fehlerhaft als freies Dienstverhältnis behandelten Arbeitsverhältnis.

2

Die Beklagte war seit dem Jahr 1998 für die Praxisgemeinschaft Dr. C. A. (im Folgenden: PG A.), deren Rechtsnachfolgerin die Klägerin ist, als freie Mitarbeiterin tätig. Schriftliche Vereinbarungen existieren nicht. Mit Schreiben vom 23.10.2014 bat das MVZ Praxisklinik Dr. A. & Kollegen die Beklagte zur Klärung einer etwaig in Betracht kommenden Scheinselbständigkeit um Auskunft (Bl. 126 d. A.). Die Beklagte antwortete hierauf mit Schreiben vom 30.10.2014 (Bl. 127 d. A.) und teilte mit, dass sie keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftige und im Jahr 2014 zu ca. 60% für das MVZ tätig sei bzw. sein werde. Für den Zeitraum vom 01.01. 2015 bis 31.12.2018 wurde aufgrund einer anonymen Anzeige vom Hauptzollamt München eine Überprüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status der Beklagten durch die Deutsche Rentenversicherung ... bezüglich deren Beschäftigung bei der PG A. durchgeführt. Mit Schreiben vom 18.07.2019 (Bl. 128 f. d. A.) übersandte die Deutsche Rentenversicherung der Beklagten einen auszufüllenden Fragebogen und klärte sie über ihre Mitwirkungspflicht auf. Hierauf reagierte die Beklagte mit Schreiben vom 14.08.2019 (Bl. 210 d. A.) und übermittelte insbesondere den ausgefüllten Fragebogen. Weitere Korrespondenz zwischen der Deutschen Rentenversicherung und der Beklagten wurde mit Schreiben vom 05.08.2019 und 18.09.2019 geführt (Bl. 131 ff. d. A.). Mit Bescheid vom 04.12.2019 (Bl. 27 ff. d. A.) wurde der PG A. mitgeteilt, dass die Tätigkeit der Beklagten als sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis einzuordnen sei und dass sich die aus der Prüfung ergebende Nachforderung auf insgesamt € 33.813,52 belaufe. Der Betrag der Nachforderung wurde nachträglich mit Bescheid vom 14.01.2020 (Bl. 15 ff. d. A.) auf € 33.604,75 € geändert. Die Betriebsprüfung der Deutschen Rentenversicherung ... wurde bestandskräftig. Gegenüber der Beklagten erging ebenfalls ein auf den 20.01.2020 datierter Bescheid der Deutschen Rentenversicherung ..., gegen die die Beklagte am 10.02.2020 Widerspruch einlegte, der mit Widerspruchsbescheid vom 29.07.2021 (Bl. 97 f. d. A.) zurückgewiesen wurde. Die Zurückweisung des Widerspruchs wurde insbesondere damit begründet, dass eine Beschwer der Beklagten durch die Feststellung ihrer Versicherungspflicht nicht vorliege. Gegen diesen Widerspruchsbescheid reichte die Beklagte Klage beim Sozialgericht München ein (Bl. 99 f. d. A.).

3

Vor dem Arbeitsgericht hat die Klägerin sich darauf berufen, dass sie gegen die Beklagte einen Anspruch auf Rückzahlung zu viel ausgezahlten Honorars iHv. € 16.744,20 (vgl. im Einzelnen Bl. 4, 9 ff., 123 f. d. A.) und ohne Rechtsgrund gezahlter Umsatzsteuer iHv. € 15.864,57 (vgl. im Einzelnen Bl. 5, 11 f., 124) sowie auf Erstattung der durch die Klägerin gezahlten Arbeitnehmerbeiträge in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung iHv. € 16.552,49 (vgl. im Einzelnen Bl. 5 f., 12 f., 124) habe. Entsprechend den Ausführungen der Deutschen Rentenversicherung sei die Beklagte für den Zeitraum 2015 bis 2018 als Arbeitnehmerin einzustufen und die geltend gemachten Forderungen seien auch nicht verjährt. Die Klägerin hat weiter vorgetragen, dass sie auch aktivlegitimiert sei, denn aus der ursprünglichen PG A. sei im Jahr 2010 das medizinische Versorgungszentrum Dr. A. & Kollegen in D. hervorgegangen. In seiner Sitzung vom 22.10.2010 habe der Zulassungsausschuss für Ärzte Stadt und Land die Zulassung des MVZ Dr. A. & Kollegen zur vertragsärztlichen Versorgung ab 23.02.2010 bewilligt (Bl. 165 ff. d. A.). Mit Vertrag vom 27.08.2018 habe Herr Dr. A. sein Einzelunternehmen bestehend aus den drei medizinischen Versorgungszentren Praxisklinik Dr. A. & Kollegen in D., Wirbelsäulenzentrum /D. sowie Radiologie und Diagnosticum /D. in die Dr. A. GmbH mit Sitz in D. eingebracht. Hinsichtlich der eigenen Tätigkeit für die im Jahr 2018 gegründete Klägerin könne sich die Beklagte nicht auf Nichtwissen berufen und selbst wenn die Beklagte ihre Tätigkeit für die Klägerin nicht als Arbeitsverhältnis wie die Deutsche Rentenversicherung ansehe, habe sie der Vertragsübernahme durch die Klägerin konkludent zugestimmt. Die Beklagte habe ab Oktober 2018 die Tätigkeit unbeanstandet für die neue Vertragspartnerin erbracht und auch die Rechnungen an die Klägerin adressiert. Die Klägerin hat gemeint, dass die Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts in Bezug auf einen etwaigen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben vorliegend nicht einschlägig seien, denn es sei nicht ersichtlich, dass das Bundesarbeitsgericht den Vertrauenstatbestand nur dann nicht als gegeben ansehe, wenn der vermeintlich freie Mitarbeiter sich selbst als Arbeitnehmer einstuft. Auch vorliegend seien die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen, die nach Auffassung der Klägerin einem Vertrauensschutz der Beklagten

entgegenstünden. Die Deutsche Rentenversicherung ... habe während der gesamten Tätigkeit der Beklagten bei der Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängern Betriebsprüfungen durchgeführt, habe aber hinsichtlich einer etwaigen Beitragsverpflichtung der Beklagten keine Feststellungen getroffen. Die Klägerin habe mithin keine Anhaltspunkte dafür gehabt, dass der Fall der Beklagten anders zu beurteilen gewesen wäre. Die Beklagte sei auch in die Betriebsprüfung eingebunden worden und habe den ihr übermittelten Fragebogen ausgefüllt. Sie sei über den Verfahrensstand und die rechtliche Bewertung des Vertragsverhältnisses mit der Klägerin bzw. ihrer Rechtsvorgänger als sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis vollständig im Bilde gewesen. Zudem habe der Rechtsvorgänger der Klägerin bereits im Jahr 2014 mit dem Schreiben vom 23.10.2014 zumindest Bedenken gegen eine Beurteilung des Vertragsverhältnisses als freies Dienstverhältnis geäußert und darauf hingewiesen, dass ggf. eine Scheinselbständigkeit in Betracht komme. Die Beklagte habe daraufhin mitgeteilt, dass sie zu etwa 60% für „das Haus“ des Rechtsvorgängers der Klägerin und zu 40% für andere Auftraggeber tätig sei und der Rechtsvorgänger der Klägerin habe keine Anhaltspunkte dafür gehabt, die Zahlenangaben zu bezweifeln. Diese hätten vielmehr glaubhaft suggeriert, dass die Beklagte nicht im Wesentlichen und auf Dauer für den Rechtsvorgänger der Klägerin tätig gewesen sei, sondern wesentliche Teile ihrer Umsätze auch über andere Auftraggeber generiert habe. Mit ihrer Auskunft habe die Beklagte beim Rechtsvorgänger der Klägerin vielmehr den Anschein und das Vertrauen bestärkt, dass das Vertragsverhältnis – wie bisher gehandhabt – rechtlich als freies Dienstverhältnis einzuordnen sei und dafür, dass die Deutsche Rentenversicherung bei der Beurteilung der Sozialversicherungspflichtigkeit mehrerer Auftragsverhältnisse eines vermeintlich Selbständigen jedes Vertragsverhältnis für sich betrachte und vorrangig prüfe, ob der vermeintlich Selbständige in die Betriebsorganisation des Auftraggebers eingegliedert sei, habe es im Jahr 2014 noch keine gesicherte Kenntnis gegeben, die vorliegend Auswirkungen auf etwaigen Vertrauensschutz beidseitig gehabt hätte. Die Beklagte habe jedoch ab dem Zeitpunkt der Anfrage des Rechtsvorgängers der Klägerin Kenntnis darüber gehabt, dass ggf. ein Beschäftigtenverhältnis im Sinne des Sozialversicherungsrechts in Betracht kommen könnte und sie könne sich daher ab diesem Zeitpunkt nicht auf einen Vertrauensschutz berufen.

#### 4

Vor dem Arbeitsgericht hat die Klägerin beantragt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, das auf Grundlage des vermeintlich freien Dienstverhältnisses mit der Klägerin überzahlte Honorar für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 31.12.2018 i. H. v. 16.744,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zurückzuzahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin die zu viel gezahlte Umsatzsteuer für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 31.12.2018 in Höhe von 15.864,57 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zurückzuzahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin die durch die Klägerin gezahlten Arbeitnehmerbeiträge in der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung i. H. v. 16.552,49 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu erstatten.

#### 5

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

#### 6

Die Beklagte hat die Aktivlegitimation der Klägerin gerügt, denn sie habe nur einen Vertrag mit der PG A. gehabt und eine Änderung dieses Vertrages sei nie erfolgt. Auch sei der Bescheid der Deutschen Rentenversicherung nicht an die Klägerin gerichtet gewesen.

#### 7

Darüber hinaus sei unklar gewesen, bei welchem der drei medizinischen Versorgungszentren, die Dr. A. GmbH eingebracht worden sei, für die die Beklagte tätig geworden sein solle, so dass der zwischen der Beklagten und der PG A. bestehende Vertrag gerade nicht auf die GmbH übergegangen sei. Hierauf sei es aber letztlich nicht angekommen, weil nach § 8 des Einbringungsvertrages lediglich die Arbeitsverhältnisse,

nicht aber das freie Mitarbeiterverhältnis der Beklagten auf die Gesellschaft übergegangen sei. Die Beklagte sei zudem weder bei der Klägerin noch bei der PG A. abhängig beschäftigt gewesen. Vorsorglich hat die Beklagte auch die Einrede der Verjährung erhoben, denn etwaige Ansprüche aus den Jahren 2015 bis 2017 seien verjährt. Aber selbst wenn ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis bestanden hätte, hätten die geltend gemachten Regressansprüche nicht bestanden, denn die Beklagte habe auch einen Vertrauensschutz in den Bestand eines freien Mitarbeiterverhältnisses gehabt, da sie sei von Anfang an über Jahrzehnte hinweg für die Klägerin als freie Mitarbeiterin tätig geworden sei und zu keinem Zeitpunkt habe die Klägerin das freie Mitarbeiterverhältnis in ein Angestelltenverhältnis umgestellt.

## 8

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat darauf abgestellt, dass selbst wenn die Beklagte bei der Klägerin in den Jahren 2015 bis 2018 als Arbeitnehmerin beschäftigt gewesen wäre, den geltend gemachten Zahlungsansprüchen der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegengestanden habe. Zunächst hat das Arbeitsgericht ausgeführt, dass die Aktivlegitimation der Klägerin für die von ihr geltend gemachten Ansprüche gegeben sei. Aufgrund der von der Klägerin vorgelegten Unterlagen sei davon auszugehen gewesen, dass sie aufgrund Einbringungsvertrages vom 27.08.2018 Rechtsnachfolgerin u.a. des MVZ Praxisklinik Dr. A. & Kollegen /D. sei, das wiederum Rechtsnachfolger der PG A. sei, bei der die Beklagte (ursprünglich) beschäftigt war. Etwaige Ansprüche der PG A. gegen die Beklagte seien insoweit auf die Klägerin übergegangen und es sei jedenfalls in diesem Zusammenhang unerheblich gewesen, ob es sich bei der Tätigkeit der Beklagten um ein freies Mitarbeiterverhältnis oder ein Arbeitsverhältnis gehandelt habe, denn während der Übergang der Arbeitsverhältnisse in § 8 des Einbringungsvertrages geregelt sei, habe für sonstige Verträge § 6 des Einbringungsvertrages gegolten (vgl. Bl. 169 ff. d. A.). Aus den von der Klägerin vorgelegten Rechnungen aus dem Jahr 2018 sei weiter auch hervorgegangen, dass die Beklagte ab Oktober 2018 ihre Tätigkeit für die Klägerin erbracht habe. Das Arbeitsgericht hat aber unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts darauf abgestellt, dass den von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsansprüchen gegen die Beklagte – unabhängig von ihrer Rechtsgrundlage und der Frage eines zwischen den Parteien in den Jahren 2015 bis 2018 bestehenden Arbeitsverhältnisses – der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegenstünde. Es hat ausgeführt, dass durch die Vereinbarung und Behandlung eines Rechtsverhältnisses als freie Mitarbeit beim Mitarbeiter ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen werde und dass falls sich die Zusammenarbeit tatsächlich als Arbeitsverhältnis erweise, dieses Vertrauen des Arbeitnehmers grundsätzlich schützenswert sei und dass der Arbeitgeber rechtsmissbräuchlich handle, wenn er versuche, dem Mitarbeiter die erhaltenen Vorteile wieder zu entziehen. Anders liege es, wenn der Mitarbeiter selbst eine Klage erhoben habe und für einen bestimmten Zeitraum die Einordnung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis geltend gemacht habe, denn damit gebe er zu erkennen, dass er das Rechtsverhältnis nicht nach den Regeln der freien Mitarbeit, sondern nach Arbeitsrecht behandelt wissen wolle. Wenn der Arbeitgeber entsprechend diesem Anliegen verfare und das Rechtsverhältnis auch vergütungsrechtlich als Arbeitsverhältnis behandle, könne der Arbeitnehmer insoweit keinen Vertrauensschutz geltend machen. Gleiches habe zu gelten, wenn der Arbeitnehmer selbst ein sozialrechtliches Statusfeststellungsverfahren eingeleitet habe und sich an diesem Verfahren aktiv beteilige, insbesondere seinen Status als freier Mitarbeiter in Abrede gestellt habe. Ausschlaggebend sei gewesen, dass das zwischen den Parteien bestandene Beschäftigungsverhältnis, insbesondere auch in den Jahren 2015 bis 2018, durchgehend als freies Mitarbeiterverhältnis gelebt worden sei. Durch die Vereinbarung und Behandlung des Rechtsverhältnisses als freie Mitarbeit sei daher bei der Beklagten grundsätzlich ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen worden und dies sei auch schützenswert. So habe die Beklagte zu keinem Zeitpunkt in Abrede gestellt, für die Klägerin bzw. deren Rechtsvorgänger ausschließlich als freie Mitarbeiterin tätig geworden zu sein. Die Beklagte habe weder gerichtlich die Feststellung eines Arbeitnehmerstatus begehrt noch sei die Überprüfung des sozialversicherungsrechtlichen Status der Beklagten auf ihre Initiative zurückzuführen gewesen. Letztere habe vielmehr auch nach dem Vortrag der Klägerin auf einer anonymen Anzeige beruht. In die Betriebsprüfung sei die Beklagte zwar eingebunden, gewesen, sie habe sich dabei jedoch auch nach dem Vortrag der Klägerin zu keinem Zeitpunkt aktiv eingebracht und insbesondere nicht behauptet, bei der Klägerin als Arbeitnehmerin beschäftigt gewesen zu sein. Unerheblich für die Frage des Bestehens eines schutzwürdigen Vertrauens sei insoweit gewesen, ob die Beklagte über den Verfahrensstand des Prüfverfahrens der Deutschen Rentenversicherung ... vollständig im Bilde gewesen sei. Dem schutzwürdigen Vertrauen der Beklagten habe auch nicht entgegengestanden, dass die Rechtsvorgängerin der Klägerin diese mit Schreiben vom 23.10.2014 darauf hingewiesen habe, dass ggf. eine

Scheinselbständigkeit in Betracht kommen könne. Entscheidend für den Fortbestand des geschaffenen Vertrauenstatbestandes sei vielmehr gewesen, dass die Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerin nach der in diesem Zusammenhang erfolgten Auskunftserteilung durch die Beklagte das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis weiterhin als freie Mitarbeit behandelt habe. Die Klägerin habe insbesondere nicht behauptet, der Beklagten den Abschluss eines Arbeitsvertrages angeboten zu haben, den diese abgelehnt habe. Anhaltspunkte dafür, dass dieses Verhalten der Klägerin aufgrund einer falschen Auskunftserteilung der Beklagten beruht habe, habe auch diese nicht vorgetragen. Vielmehr habe die Klägerin in diesem Zusammenhang ausgeführt, dass es im Jahr 2014 noch keine gesicherte Kenntnis dafür gegeben habe, dass die Deutsche Rentenversicherung bei der Beurteilung der Sozialversicherungspflichtigkeit mehrerer Auftragsverhältnisse eines vermeintlich Selbständigen jedes Vertragsverhältnis für sich betrachte und vorrangig prüfe, ob der vermeintlich Selbständige in die Betriebsorganisation des Auftraggebers eingegliedert sei. Unerheblich sei auch gewesen, ob die Klägerin aufgrund der in der Vergangenheit durchgeführten Betriebsprüfungen keine Anhaltspunkte dafür gehabt habe, dass die Deutsche Rentenversicherung ... die Tätigkeit der Beklagten als sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis einstufen würde, denn es sei ausschließlich um die Frage, ob auf Seiten der Beklagten ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde gegangen. Soweit sich die Klägerin auf § 819 BGB berufen habe, sei diese Regelung nicht einschlägig gewesen, denn die Beklagte habe vor der Überprüfung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status durch die Deutsche Rentenversicherung ... gerade keine positive Kenntnis davon gehabt, dass sie bei der Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängern als sozialversicherungspflichtige Beschäftigte tätig gewesen sei.

**9**

Hinsichtlich der Begründung im Einzelnen wird auf die Seiten 7 – 10 (Bl. 257 – 260 d.A.) des erstinstanzlichen Urteils verwiesen.

**10**

Die Klägerin hat gegen dieses Urteil vom 10.11.2022, das ihr am 22.11.2022 zugestellt wurde, mit einem am 21.12.2022 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt, dies sei mit einem am 23.02.2022 eingegangenen Schriftsatz begründet hat, nachdem zuvor die Frist zur Berufungsbegründung bis zu diesem Tag verlängert worden war.

**11**

Die Klägerin hält das Urteil des Arbeitsgerichts für unrichtig. Es könne nicht, wie vom Arbeitsgericht angenommen, darauf ankommen, dass, da Beklagte das durchgeführte Statusfeststellungsverfahren weder initiiert noch sich daran beteiligt habe, hierdurch ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden sei, der den klägerischen Ansprüchen entgegenstehe. Vielmehr könne die Beklagte der Klägerin den Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht entgegenhalten. Das Arbeitsgericht nehme zu Unrecht an, dass die Korrespondenz der Parteien im Jahre 2014 zu der von der Klägerin bzw. ihrem Rechtsvorgänger aufgeworfenen Frage hinsichtlich einer möglichen Scheinselbständigkeit der Beklagten den Vertrauensschutz der Beklagten nicht nachträglich entfallen lasse. Maßgeblich sei vielmehr nach § 242 BGB der Grundsatz, dass ein Verhalten dann als rechtsmissbräuchlich anzusehen sei, wenn besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen ließen und dies sei insbesondere dann der Fall, wenn durch das Verhalten der einen Seite für die andere Seite ein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand des Bisherigen entstanden sei. Das Arbeitsgericht hätte in seiner Entscheidungsfindung wertend einbeziehen müssen, dass der Rechtsvorgänger der Klägerin mit Erhöhung des Auftragsvolumens und der damit verbundenen stärkeren Einbindung der Beklagten im Jahre 2014 in den Geschäftsbetrieb Zweifel bezüglich deren sozialversicherungsrechtlichen Status bekommen habe und das Arbeitsgericht hätte feststellen müssen, dass die Klägerin bzw. ihr Rechtsvorgänger aufgrund der Auskunft der Beklagten darauf vertrauen konnte und musste, dass die Beklagte nicht derartig in ihrem Betrieb eingegliedert sei, dass tatsächlich eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt werde, die auch die Voraussetzung eines Arbeitsverhältnisses erfülle.

**12**

Die Klägerin beantragt,

I. Unter teilweiser Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts München, Az.: 31 Ca 11764/21, verkündet am 10.11.2022, zugestellt am 22.11.2022, wird die Beklagte verurteilt:

1. das auf Grundlage des vermeintlich freien Dienstverhältnisses mit der Klägerin überzahlte Honorar für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 31.12.2018 i. H. v.

16.744,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zurückzuzahlen,

2. an die Klägerin die zu viel gezahlte Umsatzsteuer für den Zeitraum vom 01.01.2015 bis zum 31.12.2018 in Höhe von 15.864,57 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zurückzuzahlen.

II. Die Beklagte hat die Kosten beider Rechtszüge zu tragen Die Beklagte beantragt, die Zurückweisung der Berufung.

### **13**

Die Beklagte verteidigt die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Maßgeblich sei, dass das zwischen den Parteien bestehende Vertragsverhältnis durch den das freie Mitarbeiterverhältnis gelebt worden sei und dass die Beklagte das alleinige Unternehmerrisiko getragen habe und keine Fortzahlung ihrer Honoraranprüche im Falle einer Krankheit oder im Falle eines Urlaubs erhalten habe. Hieraus sei ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden. Zudem habe das Bundesarbeitsgericht den Vertrauenstatbestand nur dann als nicht gegeben angesehen, wenn der Arbeitnehmer selbst eine Klage erhebt und die Einordnung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis geltend mache.

### **14**

Zum weiteren Sachvortrag der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze vom 23.02.2023 (Bl. 288 f. d. A.), 18.04.2023 (Bl. 303304 d. A.) sowie vom 09.08.2023 (Bl. 325 f. d. A.) verwiesen. Des Weiteren wird, insbesondere auch zur Prozessgeschichte, auf den Inhalt der Gerichtsakte und insbesondere auf die Sitzungsniederschrift vom 11.08.2023 (Bl. 331-333 d. A.) Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

I.

### **15**

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 2 ArbGG statthaft sowie frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 ArbGG, 519, 520 ZPO).

II.

### **16**

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Arbeitsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Beklagte nicht zur Zahlung der geforderten Beträge verpflichtet ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf die zutreffenden Ausführungen des Arbeitsgerichts Bezug genommen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Im Hinblick auf die Berufungsangriffe gilt das Folgende:

A)

### **17**

1. Grundsätzlich gilt, worauf das Arbeitsgericht bereits in seiner Entscheidung zutreffend verwiesen hat, dass nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Arbeitgeber aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB die Rückzahlung überzahlter Honorare verlangen, wenn der Arbeitnehmerstatus eines vermeintlich freien Mitarbeiters rückwirkend festgestellt wird. Mit einer solchen Feststellung steht zugleich fest, dass der Dienstverpflichtete als Arbeitnehmer zu vergüten war und ein Rechtsgrund für die Honorarzahungen nicht bestand, soweit die im Arbeitsverhältnis geschuldete Vergütung niedriger ist als das für das freie Dienstverhältnis vereinbarte Honorar. War anstelle eines Honorars für die Tätigkeit im Arbeitsverhältnis eine niedrigere Vergütung zu zahlen, umfasst der Bereicherungsanspruch des Arbeitgebers nicht sämtliche Honorarzahungen, sondern nur die Differenz zwischen den beiden Vergütungen. Im Übrigen ist der Arbeitnehmer nicht ohne Rechtsgrund (vgl. BAG, 26.06.2019 – 5 AZR 178/18; 09.02.2005 – 5 AZR 175/04).

### **18**

2. Das Bundesarbeitsgericht stellt aber auch darauf ab, worauf das Arbeitsgericht ebenfalls zutreffend verwiesen hat, dass durch die Vereinbarung und Behandlung des Rechtsverhältnisses als freie Mitarbeit

beim Mitarbeiter ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen wird. 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 (vgl. BAG, 08.11.2006 – 5 AZR 706/05; 26.06. 2019 – 5 AZR 178/18).

B)

**19**

Bei Anwendung dieser Grundsätze kann sich die Beklagte mit Erfolg darauf berufen, dass das Rückzahlungsverlangen der Klägerin missbräuchlich ist. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs durch die Beklagte gegenüber der Klägerin ist gerechtfertigt.

**20**

1. Die Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerin hat das Vertragsverhältnis mit der Beklagten von Anfang an als freies Mitarbeiterverhältnis behandelt mit der für sie positiven Folge, dass sie keine Sozialabgaben abgeführt hat und zugleich mit der Folge, dass die Beklagte weder eine Absicherung durch eine gesetzliche Krankenversicherung hatte noch Rentenbeiträge abgeführt wurden und auch das Risiko einer Arbeitslosigkeit nicht abgesichert war. Weiter hat sich die Klägerin bzw. deren Rechtsvorgängerin jegliche Zahlung für Urlaub oder Entgeltfortzahlung erspart. Die Beklagte hatte aber auch zu keinem Zeitpunkt die Einordnung des bestehenden Vertragsverhältnisses als freies Dienstverhältnis in Zweifel gezogen und auf diesen für sie aus sozialversicherungsrechtlichen Sicht nicht unbedingt vorteilhaften Status vertraut. Inwiefern ein Zweifel der Rechtsvorgängerin der Klägerin, ob eine Scheinselbstständigkeit vorliegen könne, dieses Vertrauen der Beklagten in die Behandlung des Vertragsverhältnisses in Zweifel ziehen könne und hieraus sogar ein Verhalten dahingehend abgeleitet werden könne, dass der Geltendmachung eines Arbeitnehmerstatus gleichkommen könne, erschließt sich nicht. Der Rechtsvorgängerin der Beklagten ist vielmehr entgegenzuhalten, dass sie unschwer jederzeit beim zuständigen Sozialversicherungsträger hätte nachfragen können, wie das Vertragsverhältnis aus der Sicht der Behörde zu behandeln ist. Dieses Unterlassen der Rechtsvorgängerin der Klägerin, kann nicht zum Nachteil der Beklagten führen. Zu berücksichtigen ist weiter, dass die Anfrage der Rechtsvorgängerin zum sozialversicherungsrechtlichen Status der Klägerin und deren Auskünfte dazu im Jahr 2014 erfolgte und dass für diesen Zeitraum vom Sozialversicherungsträger keine Zahlungen seitens der Klägerin festgesetzt wurden, sondern erst ab dem Kalenderjahr 2015. Insofern spricht nichts dafür, dass ein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin in den Bestand eines freien Mitarbeiterverhältnisses nicht weiterhin hätte bestehen können. Inwieweit Auskünfte der Klägerin an den Sozialversicherungsträger zu ihrem Status, noch dazu im Rahmen einer Mitwirkungspflicht, dem Vertrauensschutz in das Bestehen eines freien Dienstverhältnisses entgegenstehen sollen, ist ebenfalls nicht ersichtlich, zumal die Beklagte offensichtlich auch zu diesem Zeitpunkt auf das Bestehen eines freien Dienstverhältnisses vertraute. Zusammenfassend gilt in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Arbeitsgerichts vielmehr, dass seitens der Beklagten ein schutzwürdiges Vertrauen am Bestand des freien Dienstverhältnisses bestand und dass dieses schutzwürdig ist, da die Beklagte diesen Status zu keinem Zeitpunkt in Zweifel gezogen hat oder sogar die Feststellung eines Arbeitsverhältnisses aus eigen Antrieb verlangt hat. Wer, wie hier die Rechtsvorgängerin der Klägerin, deren Verhalten sich die Klägerin zurechnen lassen muss, durch seine Erklärung oder durch sein Verhalten bewusst oder unbewusst eine Sach- oder Rechtslage geschaffen hat – vorliegend mit einem Zeitraum von mehr als 20 (!) Jahren-, 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 (vgl. BAG, 08.11.2006 – 5 AZR 706/05). Aus diesen Gründen hat der von der Beklagten erhobene Einwand des Rechtsmissbrauchs Erfolg.

## **21**

2. Das Rückforderungsverlangen der Klägerin ist aber auch aus weiteren Gründen unbegründet, denn die mit der Klage geforderten Beträge sind un schlüssig. Die Klägerin muss sich entgegenhalten lassen, dass sie seinerzeit die von der Beklagten in Rechnung gestellten Beträge einschließlich der Umsatzsteuer ausgeglichen hat und es liegt in der Natur der Sache, dass sie diese Betriebsausgaben in ihrer Steuererklärung geltend gemacht hat. Dies führte zu einer entsprechenden Reduzierung der Steuerlast und einer Veränderung der Umsatzsteuerpflicht. Diese Vorteile kann die Klägerin nicht übergehen. Zu einer ordnungsgemäßen und schlüssigen Geltendmachung der Forderungen der Klägerin gehört daher auch, dass die Steuervorteile in Zusammenhang mit der Bezahlung der von der Beklagten erstellten Rechnungen berücksichtigt werden, was zu einer entsprechenden Reduzierung der geforderten Beträge führen muss. Da dies nicht der Fall ist, sind die geforderten Beträge unrichtig und die Klageforderung in der derzeitigen Höhe jedenfalls un schlüssig.

III.

## **22**

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

## **23**

Die Klägerin hat die Möglichkeit gegen diese Entscheidung Revision einzulegen. Auf die folgende Rechtsmittelbelehrung wird verwiesen.