

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 26. Juni 2019  
- 5 AZR 178/18 -  
ECLI:DE:BAG:2019:260619.U.5AZR178.18.0

I. Arbeitsgericht Freiburg  
- Kammern Offenburg -

Urteil vom 15. Juni 2016  
- 6 Ca 270/15 -

II. Landesarbeitsgericht  
Baden-Württemberg  
- Kammern Freiburg -

Urteil vom 30. Oktober 2017  
- 11 Sa 66/16 -

---

Entscheidungsstichworte:

Arbeitnehmerstatus - Rückabwicklung

Leitsatz:

Stellt sich ein vermeintlich freies Dienstverhältnis im Nachhinein als Arbeitsverhältnis dar, kann in der Regel nicht davon ausgegangen werden, die für freie Mitarbeit vereinbarte Vergütung sei der Höhe nach auch für eine Beschäftigung als Arbeitnehmer verabredet.

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 178/18

11 Sa 66/16

Landesarbeitsgericht

Baden-Württemberg

**Im Namen des Volkes!**

Verkündet am

26. Juni 2019

## URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagter, Berufungsbeklagter und Revisionsbeklagter,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juni 2019 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Berger sowie den ehrenamtlichen Richter Hepper und die ehrenamtliche Richterin Naumann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg - Kammern Freiburg - vom 30. Oktober 2017 - 11 Sa 66/16 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten über Ansprüche der Klägerin aus einem fehlerhaft als freies Dienstverhältnis behandelten Arbeitsverhältnis. 1

Der Beklagte war seit dem 1. Februar 2001 bei der gemeinnützigen Klägerin, deren Unternehmensgegenstand die Durchführung von Maßnahmen der Arbeitsförderung ist, als „IT-Mitarbeiter“ ohne festen Stundenumfang beschäftigt. Dem Vertragsverhältnis lagen anfänglich mündliche Vereinbarungen zugrunde, wonach der Beklagte für jede tatsächlich geleistete Stunde ein Honorar von zunächst 55,00 DM (umgerechnet 28,12 Euro) bezog, das schrittweise bis einschließlich September 2004 auf 50,00 Euro erhöht wurde. Vor dem Hintergrund von Zertifizierungen der Klägerin schlossen die Parteien am 19. Oktober 2004 rückwirkend zum Monatsanfang einen schriftlichen „Dienstleistungsvertrag über EDV-Systemadministration“. „Gegenstand des Vertrages“ waren die „Errichtung, Beratung und Durchführung der administrativen Tätigkeiten des Computernetzwerkes“ nebst entsprechenden Dokumentationen sowie die „Wartung“ näher bestimmter „Hard- und Software“, einschließlich Beratungsleistungen bei deren Anschaffung, Ersatz, Austausch und Vernetzung. Ausgenommen waren Produkte, für die gesonderte Wartungsverträge mit Softwareherstellern bestanden. Für die „Wartung“ vereinbarten die Parteien eine vom Beklagten an Werktagen einzuhaltende „Reaktionszeit von 4 Stunden“ und 2

als Vergütung „pro anfallende Stunde ein Honorar in Höhe von 60,- EUR zzgl. 16 % MWST“.

Im September 2000 schlossen die Klägerin und die Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr einen Mantel- und einen Vergütungstarifvertrag. Die Klägerin bringt diese sog. Haustarifverträge in ihrem Unternehmen nicht auf alle Arbeitnehmer zur Anwendung. Der Beklagte ist nicht Mitglied der vertragschließenden Gewerkschaft bzw. deren Rechtsnachfolgerin. 3

Der Beklagte kündigte das Vertragsverhältnis zum 16. März 2009. Auf seinen Antrag vom 5. Juli 2009 stellte die Deutsche Rentenversicherung Bund durch Bescheide vom 16. Oktober 2009, ergänzt durch Bescheide vom 10. März 2010, fest, dass der Beklagte während seiner gesamten Tätigkeit bei der Klägerin der Versicherungspflicht in allen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung unterlag. Dagegen erhob die Klägerin nach erfolglosem Widerspruch Klage, die das Landessozialgericht Baden-Württemberg im Berufungsverfahren durch Urteil vom 9. April 2014 (- L 5 R 1125/13 -) rechtskräftig abwies. Anschließend wurde die Klägerin für die Zeit von Dezember 2004 bis März 2009 auf Zahlung von Beiträgen zur Sozialversicherung herangezogen, wobei sich die Arbeitgeberanteile zunächst auf 6.007,25 Euro beliefen. 4

Mit ihrer am 11. August 2015 eingereichten Klage hat die Klägerin für die Zeit vom 1. Februar 2001 bis einschließlich 16. März 2009 die Rückzahlung „zuviel“ geleisteter Honorare iHv. 106.603,38 Euro und zuletzt zweitinstanzlich die Erstattung von Arbeitgeberanteilen am Gesamtsozialversicherungsbeitrag iHv. 6.007,25 Euro verlangt. Da es sich bei dem Rechtsverhältnis der Parteien nicht um ein freies Dienstverhältnis, sondern um ein Arbeitsverhältnis gehandelt habe, und es mangels Anwendbarkeit der „Haustarifverträge“ an einer Vergütungsvereinbarung für eine Tätigkeit des Beklagten als Arbeitnehmer fehle, könne dieser für den Streitzeitraum lediglich die übliche Vergütung eines entsprechend seiner Tätigkeit beschäftigten Arbeitnehmers beanspruchen. Ausgehend von Auskünften der IHK F und von Lohnspiegeln, die in ein digitales Portal der Bundesagentur für Arbeit eingestellt seien, sei als üblich eine Bruttomonatsvergütung von 2.737,00 bis 3.094,00 Euro anzusehen, woraus sich eine 5

angemessene Gesamtvergütung von 50.014,07 Euro berechne. Über diesen Betrag hinaus geleistete Honorare habe der Beklagte rechtsgrundlos erlangt und deshalb zurückzugewähren. Ebenso sei er zur Erstattung nachentrichteter Beiträge zur Sozialversicherung verpflichtet.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 6  
den Beklagten zu verurteilen, an sie 112.779,46 Euro  
nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basis-  
zinssatz seit dem 15. November 2014 zu zahlen.

Der Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Er hat geltend gemacht, 7  
die vereinbarten Leistungen stünden ihm als Bruttovergütung auch im Arbeits-  
verhältnis zu. Die Klägerin habe die Honorarzahlungen iSv. § 814 BGB in  
Kenntnis der Nichtschuld erbracht, da sie von ihm mehrfach auf Bedenken ge-  
gen seine Behandlung als freier Mitarbeiter hingewiesen worden sei. Ungeach-  
tet dessen sei er entreichert. Schließlich seien die Ansprüche, soweit nicht auf-  
grund von Ausschlussfristen verfallen, jedenfalls verjährt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht 8  
hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer vom Landesarbeitsge-  
richt zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Beru- 9  
fungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache zur neuen Verhandlung und  
Entscheidung an das Landesarbeitsgericht, § 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1  
ZPO.

I. Die Klage ist in der gebotenen Auslegung zulässig, insbesondere hin- 10  
reichend bestimmt iSv. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Das in der Revision weiterver-  
folgte Klagebegehren ist so zu verstehen, dass die Klägerin einen Betrag von  
112.610,63 Euro beansprucht und nicht - wie zuvor im Berufungsrechtszug und

im Sachantrag wörtlich wiedergegeben - die Zahlung von 112.779,46 Euro. Ein solches Antragsverständnis hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt.

1. Nach den bindenden (§ 559 Abs. 2 ZPO) Feststellungen im Tatbestand des Berufungsurteils hat die Klägerin zweitinstanzlich ihre Klageforderung iHv. 106.603,38 Euro mit einem Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Honorare und iHv. weiteren 6.007,25 Euro mit einem Anspruch auf Erstattung von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung begründet. Das ergibt rechnerisch einen Betrag von 112.610,63 Euro. Soweit die Klägerin den Beklagten erstinstanzlich zuletzt auf Erstattung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung in Anspruch genommen hat, hat sie hieran in der Berufung und Revision jedoch nicht festgehalten und stattdessen die Erstattung von Arbeitgeberbeiträgen zur Sozialversicherung verlangt. Dabei hat sie es offensichtlich versehentlich versäumt, ihren im Rechtsmittelverfahren erhobenen Sachantrag betragsmäßig dem tatsächlich verfolgten Klageziel anzupassen. Dies ist auch dem Landesarbeitsgericht verborgen geblieben. 11
2. Im streitgegenständlichen Umfang ist das Begehren als abschließende Gesamtklage (vgl. BAG 26. Oktober 2016 - 5 AZR 226/16 - Rn. 13 mwN) auf konkret bezifferte Rückzahlungsansprüche für die gesamte Dauer der Beschäftigung des Beklagten bei der Klägerin und bestimmte Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag für den Zeitraum Dezember 2004 bis März 2009 gerichtet. 12
3. Soweit hinsichtlich des Anspruchs auf Erstattung von Arbeitgeberanteilen zur Sozialversicherung eine Klageänderung in der Berufungsinstanz vorliegt, hat das Landesarbeitsgericht, indem es über den Streitgegenstand sachlich entschieden hat, deren Zulässigkeit nach § 533 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG stillschweigend bejaht. Diese Entscheidung unterliegt in der Revisionsinstanz in entsprechender Anwendung von § 268 ZPO keiner Nachprüfung (BAG 12. Dezember 2018 - 5 AZR 124/18 - Rn. 12 mwN). 13

II. Mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts, die im freien Dienstverhältnis geleisteten Honorarzahungen stünden dem Beklagten als Bruttovergütung auch in dem in Wahrheit zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsverhältnis zu, kann die Klage nicht abgewiesen werden. 14

1. Nach der Rechtsprechung des Senats kann 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 bereichert (*BAG 9. Februar 2005 - 5 AZR 175/04 - zu III 1 a der Gründe; 29. Mai 2002 - 5 AZR 680/00 - zu I 1 a der Gründe, BAGE 101, 247*). Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anspruchs auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung trägt grundsätzlich der Anspruchsteller, hier also die Klägerin. Dies gilt auch für eine negative Tatsache wie das Fehlen des rechtlichen Grundes gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Den Leistungsempfänger, dh. den Beklagten, trifft allerdings eine sekundäre Darlegungslast (*BAG 8. November 2017 - 5 AZR 11/17 - Rn. 16, BAGE 161, 33*). Der Anspruchsteller muss daher nur denjenigen Rechtsgrund ausräumen, der sich aus dem Vortrag des Leistungsempfängers ergibt (*BGH 28. Juli 2015 - XI ZR 434/14 - Rn. 21 mwN, BGHZ 206, 305*). 15

2. Zwischen den Parteien hat im Streitzeitraum kein freies Dienstverhältnis, sondern ein Arbeitsverhältnis bestanden. 16

- a) Das folgt zwar nicht aus dem Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 9. April 2014. Gegenstand des sozialgerichtlichen Verfahrens war das Bestehen einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung iSv. § 7 Abs. 1 SGB IV. Das ist gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Der hiernach legal definierte sozialversicherungsrechtliche Begriff der Beschäftigung umfasst zwar das Arbeitsverhältnis, ist mit diesem jedoch nicht vollkommen deckungsgleich (*BSG 17. Oktober 1990 - 11 BAr 39/90 -*; vgl. statt vieler auch: *Stäbler in Krauskopf Stand Juni 2019 SGB IV § 7 Rn. 6*; *Segebrecht in Schlegel/Voelzke jurisPK-SGB IV 3. Aufl. § 7 Abs. 1 SGB IV Rn. 58, jeweils mwN*). Entsprechend kann die sozialversicherungsrechtliche Bewertung einer bestimmten Tätigkeit für deren arbeitsrechtliche Beurteilung keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen (*BSG 17. Oktober 1990 - 11 BAr 39/90 -*). 17
- b) Die Parteien haben jedoch im vorliegenden Rechtsstreit - nach rechtskräftigem Abschluss des sozialgerichtlichen Verfahrens - übereinstimmend vorgetragen, der Beklagte sei im Rahmen seiner Beschäftigung bei der Klägerin Arbeitnehmer gewesen. Daran anknüpfend hat das Landesarbeitsgericht festgestellt, dass es sich bei dem Rechtsverhältnis der Parteien um ein Arbeitsverhältnis handelte. 18
- aa) Das Berufungsgericht hat allerdings konkrete Tatsachen, die seine Bewertung stützen, nicht explizit festgestellt. Für den Eintritt der Bindungswirkung des § 559 Abs. 2 ZPO ist es jedoch nicht stets erforderlich, dass die einem Rechtsbegriff zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände konkret vorgetragen und festgestellt worden sind. Die Parteien können bestimmte Tatsachen auch durch allgemein geläufige, einfache rechtliche Ausdrücke in den Rechtsstreit einführen, wenn diese den Teilnehmern des Rechtsverkehrs geläufig sind und mit ihnen das Vorliegen entsprechender tatsächlicher Umstände verbunden wird. Die Parteien lösen auf diese Weise eine Erklärungspflicht der Gegenseite gemäß § 138 Abs. 2 ZPO aus (*BAG 6. November 2007 - 1 AZR 862/06 - Rn. 13, BAGE 124, 323, zum Begriff „Betriebsübergang“*). Maßgebend ist allein, ob der Begriff eine solche Einfachheit für sich beanspruchen kann. Darauf, ob 19



die Feststellung seiner Voraussetzungen rechtlich und tatsächlich schwierig ist, kommt es nicht an (*BAG 14. November 2007 - 4 AZR 861/06 - Rn. 28 f., zum Begriff „Betriebsübergang“; BGH 14. März 1997 - VZR 9/96 - BGHZ 135, 92, zum Begriff „Rechtsnachfolge“; mit Blick auf den Begriff „Betriebsübergang“ zweifelnd jüngst jedoch BAG 28. Februar 2019 - 8 AZR 201/18 - Rn. 35 ff.*). Bei Rechtstatsachen, dh. rechtlichen Gegebenheiten, die durch allgemein geläufige Begriffe umschrieben werden, bewirkt das Nichtbestreiten, dass das Gericht von ihrem Vorliegen ausgehen, dh. den Vortrag als schlüssig und nicht beweisbedürftig ansehen kann (*Zöller/Greger ZPO 32. Aufl. § 138 Rn. 11a*).

bb) Nach diesen Grundsätzen ist der Begriff „Arbeitsverhältnis“ prozessrechtlich ein einfacher Rechtsbegriff, der den Teilnehmern am Arbeitsleben geläufig ist. Zwar können die Voraussetzungen eines Arbeitsverhältnisses im Einzelfall schwierig festzustellen sein. Darauf kommt es jedoch in dem vorliegenden prozessualen Zusammenhang nicht an. Maßgebend ist allein, ob der Begriff selbst eine solche Einfachheit für sich beanspruchen kann. Hinzu kommt hier, dass die Klägerin unter Bezug auf eine zwischen den Prozessparteien in einem vorangegangenen Verfahren ergangene rechtskräftige Entscheidung des Landessozialgerichts zum Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses iSv. § 7 Abs. 1 SGB IV behauptet hat, zwischen den Parteien habe ein Arbeitsverhältnis bestanden. Jedenfalls unter diesen Voraussetzungen hätte der Beklagte, der zuvor das sozialrechtliche Statusfeststellungsverfahren eingeleitet hatte, gemäß § 138 Abs. 2 ZPO die Behauptung der Klägerseite anhand von Tatsachen konkret bestreiten und darlegen müssen, aus welchen Gründen zwischen den Parteien zwar ein sozialrechtliches Beschäftigungsverhältnis, jedoch kein Arbeitsverhältnis bestanden hat. Da dies nicht erfolgt ist, gilt der Vortrag der Klägerin zum Bestehen eines Arbeitsverhältnisses nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.

20

3. Der Begründetheit der Klage steht nicht entgegen, dass vor Klageerhebung der Arbeitnehmerstatus vom Arbeitsgericht nicht ausdrücklich festgestellt worden ist.

21

Eine gerichtliche Feststellung des Arbeitnehmerstatus auf Antrag des Mitarbeiters ist zur Durchsetzung eines Anspruchs auf Rückzahlung überzahlter Honorare nicht per se erforderlich (*BAG 8. November 2006 - 5 AZR 706/05 - Rn. 40, BAGE 120, 104*). Das Fehlen eines entsprechenden Antrags des Beklagten führt im Streitfall nicht dazu, dass ihm gegenüber dem Rückzahlungsverlangen der Klägerin Vertrauensschutz zuzubilligen wäre (*zu den Voraussetzungen vgl. BAG 8. November 2006 - 5 AZR 706/05 - Rn. 37, aaO*). Dem steht entgegen, dass der Beklagte selbst nach der Kündigung des Rechtsverhältnisses mit der Klägerin ein sozialrechtliches Statusfeststellungsverfahren gemäß § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV eingeleitet hat. An dem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren, mit dem sich die Klägerin gegen eine Einordnung des Rechtsverhältnisses als sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis gewandt hat, hat er sich aktiv beteiligt und seinen Status als freier Mitarbeiter für die Zeit der gesamten Beschäftigungsdauer ausdrücklich in Abrede gestellt. Jedenfalls bei dieser Sachlage musste der Beklagte damit rechnen, dass die Klägerin sich im Anschluss an die sozialgerichtliche Feststellung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses dortige Feststellungen, welche die Annahme eines Arbeitsverhältnisses stützen, zu eigen macht und in vergütungsrechtlicher Hinsicht die Rückabwicklung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis betreibt.

4. Ein Rechtsgrund für die Honorarzahungen ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht aus den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen der Parteien. Ohne das Vorliegen besonderer Anhaltspunkte, an denen es im Streitfall fehlt, durfte das Landesarbeitsgericht nicht annehmen, das zwischen den Parteien für das vermeintlich freie Dienstverhältnis vereinbarte Stundenhonorar sei auch in dem tatsächlich bestehenden Arbeitsverhältnis der Parteien als Bruttoarbeitsentgelt maßgeblich.

a) Legen die Parteien ihrer Vergütungsvereinbarung eine unrichtige rechtliche Beurteilung darüber zugrunde, ob die Dienste abhängig oder selbständig erbracht werden, bedarf es der Auslegung, ob die Vergütung unabhängig von der rechtlichen Einordnung des bestehenden Vertrags geschuldet oder gerade

an diese geknüpft ist (*Reinecke RdA 2001, 357, 363*). Maßgebend ist der erklärte Parteiwille, wie er nach den Umständen des konkreten Falls aus der Sicht des Erklärungsempfängers zum Ausdruck kommt (§§ 133, 157 BGB). Für die Beurteilung, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, ist ebenso wie für die Feststellung des gewöhnlich nicht ausdrücklich geäußerten Willens die spezifische Fallgestaltung entscheidend (*BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 144/04 - Rn. 26 mwN*). Das hat das Landesarbeitsgericht verkannt. Seine Annahme, Voraussetzung eines Rückforderungsanspruchs sei, dass bei dem Dienstberechtigten unterschiedliche Vergütungsordnungen für freie Mitarbeiter und Arbeitnehmer bestehen, greift zu kurz und verliert die gebotene Auslegung der getroffenen Vereinbarungen aus dem Blick.

aa) Richtig ist zwar, dass dann, wenn wie etwa bei Rundfunkanstalten, beim Dienstberechtigten unterschiedliche Vergütungsordnungen für Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter bestehen, regelmäßig anzunehmen ist, dass die Parteien die Vergütung des Dienstverpflichteten der ihrer Auffassung nach zutreffenden Vergütungsordnung entnehmen wollen. Es fehlt dann an einer Vergütungsvereinbarung für das in Wahrheit vorliegende Rechtsverhältnis (*BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 144/04 - Rn. 26 mwN*). 25

bb) Aber auch dann, wenn es an solchen unterschiedlichen Vergütungsordnungen fehlt, kann eine für freie Mitarbeiter ausdrücklich getroffene Vergütungsvereinbarung nicht ohne Weiteres auch im Arbeitsverhältnis als maßgeblich angesehen werden. Andernfalls bliebe außer Acht, dass die Vergütung von Personen, die im Rahmen eines Dienstvertrags selbständige Tätigkeiten erbringen, typischerweise zugleich Risiken abdecken soll, die der freie Mitarbeiter anders als ein Arbeitnehmer selbst trägt. Das betrifft nicht nur Risiken, gegen die Arbeitnehmer durch die gesetzliche Sozialversicherung abgesichert sind. Freie Mitarbeiter müssen zudem in Rechnung stellen, dass sie von Gesetzes wegen gegen den Verlust des Vergütungsanspruchs bei Arbeitsausfällen deutlich weniger geschützt sind als Arbeitnehmer. So haben sie bspw. keinen Anspruch auf bezahlten Mindesturlaub, sofern nicht die Voraussetzungen des § 2 Satz 2 BUrlG vorliegen, Feiertagsvergütung sowie - außerhalb von § 616 26

BGB - auf Fortzahlung der Vergütung im Krankheitsfall und Vergütung in den Fällen des § 615 Satz 3 BGB. Außerdem finden auf freie Mitarbeiter eine Vielzahl von Arbeitnehmerschutzbestimmungen, etwa das Kündigungsschutzgesetz, keine Anwendung und kommen ihnen die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung mit den damit verbundenen Privilegierungen nicht zugute (*BGH 7. Oktober 1969 - VI ZR 223/67 - zu II 2 b aa der Gründe; Schaub ArbR-HdB/Linck 17. Aufl. § 59 Rn. 31; Staudinger/Richardi/Fischinger BGB (2019) § 619a Rn. 69; ErfK/Preis 19. Aufl. BGB § 619a Rn. 19*). Es kommt hinzu, dass bei freien Dienstverträgen die Vergütung meist - wie im Streitfall - als „Honorar“ oder ähnlich bezeichnet wird und der Vertrag häufig Regelungen über die Abführung der Umsatzsteuer enthält.

Vor diesem Hintergrund muss dem Mitarbeiter regelmäßig klar sein, dass er die für ein freies Dienstverhältnis vereinbarte Vergütung nicht als Bruttoarbeitsentgelt beanspruchen kann, falls sich das Rechtsverhältnis in Wahrheit als Arbeitsverhältnis darstellt. Nur in Ausnahmefällen, für deren Eingreifen es besonderer, vom Arbeitnehmer darzulegender Anhaltspunkte bedarf, wird deshalb eine konstitutive, auf die Zahlung eines Stundenhonorars gerichtete Vergütungsvereinbarung für freie Mitarbeit dahin auszulegen sein, dass sie unabhängig von der Rechtsnatur des vereinbarten Rechtsverhältnis Gültigkeit haben soll (*vgl. Reinecke RdA 2001, 357, 363*). Fehlt es an solchen Umständen und lässt sich durch ergänzende Vertragsauslegung die Höhe der Vergütung nicht zweifelsfrei bestimmen, führt dies zur Anwendung von § 612 Abs. 2 BGB und damit zu einem Anspruch auf die übliche Vergütung (*vgl. BAG 5. Juli 2000 - 5 AZR 888/98 - zu B III der Gründe mwN; Reinecke RdA 2001, 357, 363*).

27

b) Dem Senatsurteil vom 21. November 2001 (- 5 AZR 87/00 - zu II 1 b aa der Gründe, BAGE 100, 1) ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Die Entscheidung bezieht sich auf Beschäftigte im öffentlichen Dienst, konkret eine Lehrerin an einer städtischen Volkshochschule. Für diesen Personenkreis hat der Senat bereits aus der Unüblichkeit einer Pauschalvergütung bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses abgeleitet, die Vereinbarung eines Stundenhonorars könne bei irrtümlicher Behandlung des Rechtsverhältnisses als freies Dienst-

28

verhältnis nicht auch für das in Wahrheit bestehende Arbeitsverhältnis als verbindlich angesehen werden. Soweit es in der Entscheidung obiter heißt, „... insofern mag es außerhalb des öffentlichen Dienstes anders liegen und wird sich vielfach die vereinbarte Vergütung unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung des Vertragsverhältnisses als für die Vergangenheit und sogar für die Zukunft maßgeblich erweisen“, ist damit nicht gesagt, dass es für eine solche Schlussfolgerung besonderer Anhaltspunkte nicht bedürfte. Sollten die Ausführungen anders zu verstehen sein, hält der Senat daran nicht fest.

5.        Danach hat die Klägerin dem Grunde nach einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auf Herausgabe der überzahlten Vergütung. Sie hat schlüssig dargelegt, dass sie dem Beklagten ohne rechtlichen Grund Honorare gezahlt hat, ohne hierzu verpflichtet gewesen zu sein. 29

a)        Der Beklagte hat nach objektiver Rechtslage seine Dienste nicht als Selbständiger gegen Zahlung der vereinbarten Honorare geleistet, sondern im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses. Die von der Klägerin erbrachten Honorarzahlungen konnte der Beklagte nach den Darlegungen der Klägerin in einem Arbeitsverhältnis nicht beanspruchen. Hiervon ausgehend war es Sache des Beklagten im Rahmen der ihn treffenden sekundären Darlegungslast Umstände vorzutragen, aus denen sich ergibt, dass die für die selbständige Tätigkeit vereinbarte Vergütung nach dem Willen der Parteien auch in einem Arbeitsverhältnis gelten sollte. Er hätte deshalb zumindest Indiztatsachen darlegen müssen, die seine Behauptung stützen. 30

b)        Dieser Anforderung genügt das Vorbringen des Beklagten nicht. Er hat keinen Vortrag dazu geleistet, nach welchen Kriterien die vereinbarte Vergütung der Höhe nach bemessen wurde oder aufgrund welcher sonstigen Umstände die Annahme berechtigt sein soll, die individuell getroffenen Vergütungsvereinbarungen seien von seinem Status als vermeintlich freier Mitarbeiter unabhängig. Vielmehr liegen mit der Vereinbarung eines pauschalen Stundenhonorars zzgl. Mehrwertsteuer Umstände vor, die in die gegenteilige Richtung weisen. Diese Annahme wird noch verstärkt durch die Höhe des zuletzt vereinbarten Honorars von 60,00 Euro „je angefallener Stunde“, das nach dem unwiderspro- 31

chenen Vorbringen der Klägerin mehr als das Doppelte über dem Satz der Vergütung lag, die Arbeitnehmer nach der höchsten Entgeltgruppe des für ihr Unternehmen abgeschlossenen Haustarifvertrags beanspruchen konnten. Die Indizwirkung dieser Tatsachen wird auch nicht durch die Behauptung des Beklagten entkräftet, die Klägerin habe Softwareunternehmen, die sie ua. im Fall seiner Abwesenheit beauftragt habe, noch weitaus höhere Stundensätze gezahlt. Das ist lediglich Ausdruck des von diesen Unternehmen kalkulierten Aufwands der beauftragten selbständigen Tätigkeiten.

III. Die klageabweisende Entscheidung des Landesarbeitsgerichts stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). 32

1. Der Bereicherungsanspruch der Klägerin ist nicht wegen eines etwaigen Vorrangs der Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) ausgeschlossen. Die (ergänzende) Vertragsauslegung geht insoweit vor (BGH 24. Januar 2008 - III ZR 79/07 - Rn. 12). Maßgeblich sind dann die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen (BeckOK BGB/Lorenz 50. Ed. BGB § 313 Rn. 15). 33

2. Der Bereicherungsanspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist ebenso wenig nach § 814 BGB ausgeschlossen. 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 im Zeitpunkt der Leistung (MüKoBGB/Schwab 7. Aufl. BGB § 814 Rn. 16). 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. Er hat aus den ihm bekannten Tatsachen auch eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung zu ziehen, wobei allerdings eine entsprechende „Parallelwertung in der Laiensphäre“ genügt (BAG 13. Oktober 2010 - 5 AZR 648/09 - Rn. 14 mwN, BAGE 136, 54). Für die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 814 BGB ist der Leistungsempfänger darlegungs- und beweispflichtig (BAG 9. Februar 2005 35

- 5 AZR 175/04 - zu III 2 a der Gründe; MüKoBGB/Schwab 7. Aufl. BGB § 814 Rn. 23).

b) Dafür, dass die Klägerin die Honorarzahlungen in diesem Sinne in Kenntnis der Nichtschuld vorgenommen hätte, ergeben sich aus dem bisherigen Vorbringen des darlegungs- und beweispflichtigen Beklagten keine Anhaltspunkte. Seine Ausführungen lassen allenfalls den Schluss zu, dass die Klägerin hinsichtlich der Einordnung des Rechtsverhältnisses als freies Dienstverhältnis Zweifel hegte. Dies führt aber nicht zur Anwendung von § 814 BGB. Selbst wenn die Unkenntnis der Klägerin von der zutreffenden Rechtslage auf grober Fahrlässigkeit beruht hätte, schlosse das den Rückforderungsanspruch nicht aus (*BAG 8. November 2006 - 5 AZR 706/05 - Rn. 34, BAGE 120, 104*).

IV. Der Senat kann nach Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) mangels ausreichender Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend entscheiden, in welchem Umfang der Beklagte aus ungerechtfertigter Bereicherung die Rückzahlung von Honoraren schuldet (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Sache ist deshalb gemäß § 563 Abs. 1 ZPO zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für das fortzusetzende Berufungsverfahren sind folgende Hinweise veranlasst:

1. Die Parteien haben über die Höhe der von der Klägerin geschuldeten Arbeitsvergütung keine Vereinbarung getroffen. Da die Arbeit des Beklagten nach § 612 Abs. 1 BGB jedoch von der Klägerin nur gegen Vergütung zu erwarten war, ist nach § 612 Abs. 2 BGB die übliche Bruttoarbeitsvergütung in Ansatz zu bringen. Die dafür erforderlichen Feststellungen hat das Landesarbeitsgericht bisher nicht getroffen und wird es nachzuholen haben (*dazu b*). Das ist auch nicht deshalb entbehrlich, weil das bisherige Vorbringen der Klägerin zum Umfang des im Rahmen eines Bereicherungsausgleichs in Ansatz zu bringenden Saldos unschlüssig ist (*dazu a*) und die Vorinstanzen sie hierauf nicht hingewiesen haben.

a) Die Klägerin hat in den Vorinstanzen lediglich vorgetragen, welche Bruttoarbeitsvergütung dem Beklagten ihrer Auffassung nach gemäß § 612 Abs. 2

BGB zustünde. Dabei hat sie einen von dem Beklagten bestrittenen Arbeitsentgeltanspruch zugrunde gelegt, der sich aus einer Auskunft aus dem Portal der Bundesagentur für Arbeit „Lohnspiegel“ ergibt. Das reicht zur Darlegung ihres Rückzahlungsverlangens nicht aus. Auch wenn der Arbeitnehmer lediglich die im Arbeitsverhältnis übliche Vergütung beanspruchen kann, muss sich der Arbeitgeber im Rahmen von § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht nur diese Vergütung, sondern auch die hierauf entfallenden Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag anrechnen lassen (*BAG 9. Februar 2005 - 5 AZR 175/04 - zu III 3 d der Gründe*). Die Klägerin hat die von ihr zu tragenden und an die Einzugsstelle abgeführten Anteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag auf der Basis der aufgezeigten Berechnung des Bruttoarbeitsverdienstes in den Vorinstanzen mit 6.007,25 Euro beziffert. Ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB kommt von vorneherein nur in dem Umfang in Betracht, wie die Summe beider Positionen - Bruttoarbeitsverdienst zzgl. Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag - gegenüber den geleisteten Honoraren einen Saldo zugunsten des Arbeitgebers ergibt. Ein Anspruch auf Erstattung geleisteter Arbeitgeberanteile zur gesetzlichen Rentenversicherung steht der Klägerin nicht zu. Diesen muss der Arbeitgeber kraft Gesetzes selbst tragen (*vgl. BAG 27. April 1995 - 8 AZR 382/94 - zu B 1 der Gründe; 14. Januar 1988 - 8 AZR 238/85 - zu II 1 der Gründe, BAGE 57, 192*). Ein Sachverhalt, der zivilrechtliche Schadensersatzansprüche, insbesondere aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung iSv. § 826 BGB, begründen könnte, liegt ausgehend von dem eigenen Vorbringen der Klägerin offensichtlich nicht vor.

b) Da die Klägerin erkennbar die Unschlüssigkeit ihres Begehrens in der Höhe übersehen hat und ihr in den Vorinstanzen kein entsprechender Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO erteilt wurde, muss ihr nach Zurückverweisung Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag gegeben werden. Das Landesarbeitsgericht wird deshalb zunächst herauszuarbeiten haben, welches Vorbringen der Parteien zur Bemessung der üblichen Vergütung streitig oder unstreitig ist. Gegebenenfalls wird es auf geeigneten Sachvortrag der Parteien, insbesondere zu den konkreten Arbeitsaufgaben des Beklagten im Rahmen der jeweils verein-

40



barten Tätigkeiten hinzuwirken haben. Sollte sich danach die übliche Vergütung nicht auf der Grundlage der von der Klägerin bezeichneten allgemein zugänglichen Quellen feststellen lassen, wird es ein Sachverständigengutachten einzuholen haben. Im Anschluss und ggf. nach weiterem Sachvortrag der Parteien wird es diese darauf hinzuweisen haben, von welcher üblichen Vergütung es ausgeht. Soweit die sich daraus für den Streitzeitraum berechnende Gesamtvergütung niedriger ist als die geleisteten Honorare, wird es der Klägerin die Möglichkeit zu geben haben, ihr Rückzahlungsverlangen hinsichtlich einzurechnender Arbeitgeberanteile am Gesamtsozialversicherungsbeitrag zu substantiieren, insbesondere vorzutragen, nach welchen Prozentsätzen diese für welche Zeiträume zu bemessen sind. Sollte sich aus der Bestimmung der üblichen Vergütung ein geringerer Gesamtsozialversicherungsbeitrag ergeben als bislang von der Klägerin für den Zeitraum Dezember 2004 bis März 2009 (12.183,33 Euro) errechnet, könnten in Bezug auf überzahlte Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung Rückforderungsansprüche der Klägerin gegen den Beklagten in Betracht kommen. Dabei müsste die Klägerin die hierzu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze in den Blick nehmen (*dazu BAG 8. November 2017 - 5 AZR 11/17 - Rn. 12 mwN, BAGE 161, 33*).

2. Zwischen den Parteien ist des Weiteren umstritten, ob der Beklagte iSv. § 818 Abs. 3 BGB entreichert ist. Feststellungen dazu hat das Landesarbeitsgericht bisher nicht getroffen und wird es ggf. nachzuholen haben. Auf der Grundlage des bisherigen Parteivorbringens kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass es sich um gleichbleibend geringe Überzahlungen gehandelt hätte und deshalb die Möglichkeit eines Beweises des ersten Anscheins für den Wegfall der Bereicherung bestünde (*zu den Voraussetzungen vgl. BAG 9. Februar 2005 - 5 AZR 175/04 - zu III 4 a bb der Gründe mwN*). 41

3. Ein möglicher Bereicherungsanspruch der Klägerin ist nicht in Anwendung einer im „Haustarifvertrag“ enthaltenen Ausschlussfristenregelung verfallen. Der Tarifvertrag findet ausgehend von den nicht angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts im Arbeitsverhältnis der Parteien keine Anwendung. 42

4. Der Anspruch ist nicht verjährt. Die streitgegenständlichen Ansprüche aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB unterliegen der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach § 195 BGB. Diese Frist war im Zeitpunkt der Klageerhebung, die unter Berücksichtigung von § 167 ZPO am 11. August 2015 erfolgte, noch nicht verstrichen. 43
- a) Für den Beginn der regelmäßigen Verjährung kommt es nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB zwar grundsätzlich darauf an, dass der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Etwas anderes gilt jedoch, wenn und solange dem Gläubiger die Erhebung einer die Verjährung hemmenden Klage (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) unzumutbar war (st. Rspr., zB BAG 24. September 2014 - 5 AZR 593/12 - Rn. 36, BAGE 149, 169; 13. März 2013 - 5 AZR 424/12 - Rn. 25 mwN, BAGE 144, 322). 44
- b) In Fällen der vorliegenden Art kann der Arbeitgeber die Überzahlung in der Regel erst im Zeitpunkt der rechtsbeständigen gerichtlichen Feststellung oder außergerichtlichen Klärung des Arbeitnehmerstatus erkennen. Erst ab diesem Zeitpunkt kann von ihm erwartet werden, dass er seine Ansprüche wegen Überzahlung geltend macht. Eine frühere Inanspruchnahme des Mitarbeiters ist nicht zumutbar, weil vom Arbeitgeber ein widersprüchliches Verhalten verlangt würde (vgl. BAG 29. Mai 2002 - 5 AZR 680/00 - zu I 2 d der Gründe, BAGE 101, 247, insoweit zur Geltendmachung im Sinne einer tariflichen Ausschlussfristenregelung). 45
- c) Daran gemessen war der Klägerin die Klageerhebung zur Hemmung der Verjährung ihrer Rückzahlungsansprüche jedenfalls bis zur Rechtskraft der Entscheidung des Landessozialgerichts über das Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses, die nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts am 17. Mai 2014 eingetreten ist, unzumutbar. Im dortigen Verfahren hat die Klägerin geltend gemacht, der Beklagte habe zu ihr in einem freien, seine Selbständigkeit begründenden Dienstverhältnis gestanden. Zu diesem Vorbringen brauchte sie sich nicht durch eine gerichtliche Gel- 46

tendmachung von Ansprüchen in Widerspruch zu setzen, die ihr nach ihrem Dafürhalten bei Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zustehen.

Linck

Biebl

Berger

P. Hepper

Naumann