Aufsätze

Stud. jur. Jan Fluschnik, Greifswald*

Die nachträgliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft und ihre Folgen

Die nachträgliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft hat zahlreiche zivilprozessuale und materielle Probleme zur Folge. Die Folgen betreffen im materiellen Recht nicht nur arbeitsrechtliche Spezialprobleme, sondern darüber hinaus Probleme aus dem BGB AT, dem allgemeinen Teil des Schuldrechts und dem Bereicherungsrecht. Der Beitrag wertet außerdem – soweit ersichtlich – als erster umfassend die seit 2002 ergangene neuere Rechtsprechung des BAG zu den Folgen der nachträglichen Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft aus.

I. Einleitung

Was haben eine Franchise-Nehmerin, eine Fahrlehrerin, ein Kraftfahrer, eine Volkshochschullehrerin, eine Promoterin im Kaufhaus und ein Rundfunkmitarbeiter gemeinsam? Sie können alle Arbeitnehmer sein. Die genannten Tätigkeiten müssen aber nicht zwingend als Arbeitnehmer ausgeübt werden. Deshalb hat sich eine sog. „neue Selbständigkeit“[1], bzw. ein System der „freien Mitarbeiter“[2] entwickelt. Die Ursachen hierfür sind vielfältig: Arbeitgeber üben bei vielen Tätigkeiten inzwischen ein gelockertes Weisungsrecht aus, wobei zusätzlich viele Tätigkeiten außerhalb fester betrieblicher Strukturen ausgeübt werden.[3] Nicht selten möchte der Auftraggeber[4] nur die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutzvorschriften umgehen.[5] Sind arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften nicht anwendbar, unterliegt der Beschäftigte[6] z. B. keinerlei Kündigungsschutz, der Auftraggeber muss für den Beschäftigten keine Beiträge zu den zahlreichen Sozialversicherungen entrichten, und es gibt keine betriebliche Mitbestimmung.[7] Aus diesen Gründen werden Beschäftigte, deren Tätigkeit faktisch wie in einem Arbeitsverhältnis ausgeübt werden soll, vom Auftraggeber häufig in die „Selbständigkeit“ gedrängt, wobei dann oft von Scheinselbständigkeit gesprochen wird.[8] Im Einzelfall möchte auch der Mitarbeiter selbstbestimmter über den Einsatz seiner Arbeitskraft bestimmen, individuell privat vorsorgen anstatt Beiträge zu den Sozialversicherungen zu entrichten, oder steuerliche Vorteile, wie z. B. Vorsteuer- und Betriebsausgabenabzug nutzen.[9]

Nicht selten kommt es vor, dass der Beschäftigte gerade in den Fällen der Scheinselbständigkeit, in denen er meist geschäftlich unerfahren und vom Auftraggeber abhängig ist, nur die Nachteile der Selbständigkeit, d. h. den fehlenden arbeits- und sozialrechtlichen Schutz, zu spüren bekommt. Mitunter kommt es vor, dass der Beschäftigte zusätzlich zu den Vorteilen der Selbständigkeit arbeits- und sozialrechtlichen Schutz in Anspruch nehmen möchte.[10] In all diesen Fällen ist der Arbeitnehmerbegriff das Eingangstor zum materiellen Arbeitsrecht:[11] Die Anwendbarkeit des gesamten Arbeitsrechts hängt von der Arbeitnehmereigenschaft, bzw. vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ab (Ausnahmen nur in § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 2 S. 2 BUrlG, § 12 a Abs. 1 TVG).[12] Daher liegt es nahe, dass der Beschäftigte sich seines Statuses versichern möchte. Stellt sich im Prozess heraus, dass tatsächlich ein Arbeitsverhältnis vorgelegen hat, bzw. vorliegt, so können sich zahlreiche Folgeprobleme ergeben. Schließlich bereitet gerade die veränderte Behandlung eines längere Zeit durchgeführten Dauerschuldverhältnisses Probleme, weshalb z. B. die Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis entwickelt wurde.[13] Ziel dieser Arbeit soll es daher in erster Linie sein, die individualarbeitsrechtlichen materiellen Probleme der nachträglichen Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft aufzuzeigen. Weiterhin sollen die zur Lösung der Probleme vorgeschlagenen Ansätze dargestellt und diskutiert werden. Darüber hinaus soll zunächst die prozessuale Herbeiführung der materiellen Folgen, die Voraussetzung für den Eintritt der Folgen ist, überblicksartig dargestellt werden, wobei insbesondere prozessuale Besonderheiten und Zusammenhänge mit den materiellen Problemen aufgezeigt werden sollen.

* *Jan Fluschnik* studiert im 7. Semester Rechtswissenschaft an der Universität Greifswald. Der Beitrag entstand als Studienarbeit für das Seminar im Arbeitsrecht im Wintersemester 2007/2008 von *Prof. Dr. Hans-Werner Eckert*. Der Autor dankt *Ass. jur. Ricarda Rumpel,* wissenschaftliche Mitarbeiterin an dessen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht für wertvolle Hinweise zur Eingrenzung des Themas.

1 *Gerhard Reinecke*, Der Kampf um die Arbeitnehmereigenschaft – prozessuale, materielle und taktische Probleme, NZA 1999, 729.

2 *Jürgen Kunz/Petra Kunz*, Freie Mitarbeiter, Scheinselbständige, Arbeitnehmerähnliche Selbständige: Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht – Steuerrecht, 2000, Rn. 1; *Rolf Wank,* in: Thomas Blanke et al., Handbuch Neue Beschäftigungsformen: Teilzeitarbeit, Telearbeit, Fremdfirmenpersonal, Franchiseverhältnisse, 2002, 1. Teil, Rn. 202.

3 *Gerhard Reinecke*, Prozessuale und taktische Probleme bei der Geltendmachung der Arbeitnehmereigenschaft, DB 1998, 1282.

4 Mit „Auftraggeber“ und „Auftragnehmer“ ist im Folgenden kein Auftragsverhältnis i. S. v. § 662 BGB gemeint.

5 *Susanne Goretzki/Frank Hohmeister*, Scheinselbständigkeit – Rechtsfolgen im Sozialversicherungs-, Steuer- und Arbeitsrecht, BB 1999, 635.

6 „Beschäftigter“ bedeutet im Folgenden nicht „Beschäftigter i. S. v. § 7 Abs. 1 SGB IV“; wenn letzterer gemeint ist, ist dies ausdrücklich gekennzeichnet.

7 *Kunz/Kunz* (Fn. 2), Rn. 2 f. unter Nennung weiterer Motive.

8 *Goretzki/Hohmeister* (Fn. 5), 635; *Reinecke* (Fn. 1), 729.

9 *Goretzki/Hohmeister* (Fn. 5), 635; *Kunz/Kunz* (Fn. 2), Rn. 4 f. unter Nennung weiterer Motive.

10 *Peter Niepalla/Jochen Dütemeyer*, Die vergangenheitsbezogene Geltendmachung des Arbeitnehmerstatus und Rückforderungsansprüche des Arbeitgebers, NZA 2002, 712.

11 *Reinecke* (Fn. 1), 729.

12 *Abbo Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2007, Rn. 96.

13 *Gerhard Reinecke*, Die gerichtliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft und ihre Rechtsfolgen für Vergangenheit und Zukunft, RdA 2001, 357.

II. Nachträgliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft

Um die Folgen zu bestimmen, muss zunächst ein Feststellungszeitraum festgelegt werden. Daher soll dargestellt werden, welche Feststellungszeiträume in Betracht kommen.

1. Statusklage

a) Zulässigkeit

Bevor Klage auf einzelne Ansprüche erhoben wird, kann es unter dem Gesichtspunkt der Prozessökonomie sinnvoll sein, zunächst die Arbeitnehmereigenschaft zum alleinigen Streitgegenstand einer gerichtlichen Entscheidung zu machen.[14] Dazu muss der Beschäftigte eine Klage auf Feststellung erheben, dass zum Beklagten ein Arbeitsverhältnis besteht, bzw. bestand.[15]

Als besondere Prozessvoraussetzung der Feststellungsklage muss ein Feststellungsinteresse bestehen (vgl. § 256 Abs. 1 ZPO, § 46 Abs. 2 ArbGG). Insbesondere dieses Interesse ist häufig für den Feststellungszeitraum entscheidend. Bei auf ein gegenwärtiges Arbeitsverhältnis bezogenen Statusklagen besteht ein Feststellungsinteresse, weil die Beantwortung der für den Beschäftigten wichtigsten Frage nach dem sofortigen arbeitsrechtlichen Schutz seines Rechtsverhältnisses nicht durch eine vermeidbare Ausweitung des Streitgegenstandes verzögert werden soll.[16]

Bei Statusklagen, die keine Auswirkungen mehr auf ein während des Prozesses noch bestehendes Arbeitsverhältnis haben können, d. h. bei ausschließlich vergangenheitsbezogenen Statusklagen ist die Rechtsprechung dagegen inzwischen sehr restriktiv und verneint in aller Regel ein Feststellungsinteresse.[17] Bei beendeten Vertragsverhältnissen sei in aller Regel klar erkennbar, welche Ansprüche noch bestünden, weswegen solche Ansprüche nach dem Grundsatz des einfacheren Weges mit einer vorrangigen Leistungsklage geltend gemacht werden sollen.[18] Zudem sei die Interessenlage gegenüber einer zumindest auch gegenwartsbezogenen Klage anders, denn bei der ausschließlich vergangenheitsbezogenen Klage führe die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft nicht automatisch zu Auswirkungen auf das gegenwärtige Dauerschuldverhältnis.[19] Aus der vergangenheitsbezogenen Feststellung müssen sich Rechtsfolgen für die Gegenwart oder Zukunft ergeben, wobei die bloße Möglichkeit des Eintritts solcher Folgen nicht ausreicht.[20] An den Klägervortrag werden hohe Anforderungen gestellt.[21] Im Hintergrund dieser Einschränkung könnten auch die zahlreichen Schwierigkeiten stehen, die sich bei der nachträglichen Abwicklung eines rechtlich falsch behandelten, in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnisses ergeben.[22]

Während also die gegenwartsbezogene Statusklage zulässig, die ausschließlich vergangenheitsbezogene Statusklage hingegen in den meisten Fällen unzulässig ist, ist die Zulässigkeit von Statusklagen, die sich sowohl auf die Gegenwart als auch auf die Vergangenheit beziehen, umstritten. Das BAG hält auch solche Feststellungsklagen in Grenzen für zulässig.[23] Dagegen wird mitunter jedem vergangenheitsbezogenen Statusfeststellungsantrag sowie jedem vergangenheitsbezogenen Anspruch, für den der Arbeitnehmerstatus Voraussetzung ist, das Feststellungsinteresse abgesprochen. Der Beschäftigte verstoße gegen den Grundsatz *venire contra factum proprium* (vgl. § 242 BGB), da er in der Vergangenheit einer Beschäftigung als freier Mitarbeiter, d. h. als Selbständiger, nicht widersprochen habe.[24] Diese Auffassung ist schon deshalb abzulehnen, weil sie die materiellrechtliche Frage der Verwirkung zu einer Prozessvoraussetzung macht. Außerdem ist auch die Kündigungsschutzklage wegen der sechsmonatigen Wartefrist, bei der die Arbeitnehmereigenschaft für die Vergangenheit geprüft werden muss (vgl. § 1 Abs. 1 KSchG), eine auch vergangenheitsbezogene Feststellungsklage (vgl. § 4 S. 1 KSchG). Daher könnte nach dieser Auffassung die Kündigungsschutzklage eines vermeintlich Selbständigen, der in Wirklichkeit Arbeitnehmer ist, keinen Erfolg haben.[25] Dies widerspricht dem KSchG. Außerdem könnten die gesetzlichen Verjährungsregeln, bzw. ggf. tarifliche Ausschlussfristen, unterlaufen werden.[26] Damit ist der Auffassung des BAG zu folgen: Bei Statusklagen, bei denen der Beschäftigte geltend macht, seit einem bestimmten Termin als Arbeitnehmer beschäftigt zu sein, kann ein Feststellungsinteresse bestehen.

b) Begründetheit

Die Arbeitnehmerstatusklage ist ein sog. sic-non-Fall, bei dem die Arbeitnehmereigenschaft als Teil der Begründetheit und nicht schon bei der Rechtswegzuständigkeit (vgl.

14 Vgl. BAG, NZA 1995, 190 (192); siehe *Reinecke* (Fn. 13), 357 (359).

15 Vgl. *Kunz/Kunz* (Fn. 2), Rn. 49, 51; *Christian Rolfs*, Arbeitsrecht – Studienkommentar, 2005, § 611 BGB, Rn. 18.

16 BAG (Fn. 14), 190 (192); BAG, NZA 1999, 669 (670).

17 BAG (Fn. 16), 669 (670); BAG, NZA 2002, 164 (165 f.); *Reinecke* (Fn. 13), 357 (360 f.); zustimmend *Uwe J. Hochrathner*, Noch einmal: Rechtsprobleme rückwirkender Statusfeststellungen, NZA 2000, 1083 (1084); *ders.*, Die Statusrechtsprechung des 5. Senats des BAG seit 1994, NZA-RR 2001, 561 (565); anders noch z. B. BAGE 22, 332 (335 f.); BAG v. 10.05.1974, AP Nr. 48 zu § 256 ZPO.

18 BAGE 85, 347 (351); BAG, NZA 2000, 775 (776); vgl. BGHZ 190 (194); *Gert Griebeling*, Mitarbeit in den Medien, ZUM 2000, 646 (651).

19 BAG (Fn. 16), 669 (670).

20 BAG v. 17.04.2002, EzA § 256 ZPO Nr. 63.

21 Vgl. BAGE 85, 347 ff.; BAG (Fn. 18), 775 f.; BAG, NZA 2002, 164 ff.

22 Vgl. *Griebeling* (Fn. 18), 646 (650 f.).

23 BAG, NZA 2000, 534 (535); BAG, NZA 2002, 155 f.; BAG, NZA 2002, 624 (626); BAG, NZA 2003, 341 (343); BAG, NZA 2005, 814 (815); BAG, NZA 2007, 321 (322 ff.).

24 *Uwe J. Hochrathner*, Rechtsprobleme rückwirkender Statusfeststellungen, NZA 1999, 1016 (1018); *ders.* (Fn. 17), 1083 (1084 f.); *ders.*, (Fn. 17), 561 (565).

25 *Reinecke* (Fn. 13), 360.

26 *Reinecke* (Fn. 13), 360.

§§ 2 Abs. 1 Nr. 3 lit. b, 5 Abs. 1 ArbGG) geprüft wird.[27] Es existiert aber keine gesetzliche Definition des Arbeitnehmerbegriffs. Daher herrscht im Einzelnen Streit über die Merkmale eines Arbeitsverhältnisses. Es soll aber im Folgenden nicht darum gehen, den Meinungsstand zu den Voraussetzungen der Arbeitnehmereigenschaft und die Abgrenzung zum sonstigen Dienstverpflichteten i. S. v. § 611 BGB darzustellen.[28] Letztlich ist es Aufgabe der Rechtsprechung, das zwischen den Parteien begründete Vertragsverhältnis rechtlich einzuordnen.[29]

Der Kläger hat es durch seine Anträge in der Hand, denjenigen Zeitraum zu bestimmen, für den das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt werden soll.[30] Inzwischen hat das BAG entschieden, dass der Beschäftigte bei der erstmaligen gerichtlichen Geltendmachung des Arbeitnehmerstatus ausdrücklich den Zeitraum zu bestimmen hat, für den er von einem Arbeitsverhältnis ausgeht. Mit der zwingend gebotenen Festlegung auf eine bestimmte Bestandsdauer ist ein konkludenter Verzicht auf weiter zurückliegende Zeiten verbunden. Eine Berufung auf weitere Feststellungszeiträume in einem anderen Prozess wäre rechtsmissbräuchlich.[31] Dieses Urteil ist insoweit zu begrüßen, als unklare Anträge des Beschäftigten in der Vergangenheit zu Problemen geführt hatten.[32]

Folgen für das Rechtsverhältnis ergeben sich aber nicht, wenn dem Arbeitnehmer eine Berufung auf seinen Status wegen rechtsmissbräuchlichem Verhalten versagt ist. Ein rechtsmissbräuchliches Handeln des Beschäftigten, der in Wirklichkeit Arbeitnehmer ist, setzt daher voraus, dass dieser aus eigenem Antrieb ausdrücklich deutlich gemacht hat, dass er an einem Arbeitsverhältnis keinerlei Interesse hat, sondern auf seinem Status als Selbständiger beharrt hat.[33]

2. Klagen mit inzidenter Feststellung

Neben Statusklagen ist die nachträgliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft im Rahmen von anderen Prozessen, z. B. bei einer Kündigungsschutzklage oder einer Befristungskontrollklage (vgl. § 17 TzBfG), möglich.[34] Auch hier gelten für vergangenheitsbezogene inzident rechtskräftige Feststellungen, die über § 256 Abs. 2 ZPO[35] hinausgehen, Restriktionen,[36] weshalb auf die Abfassung des Klageantrags besondere Sorgfalt gelegt werden sollte.

3. (Hilfs-) Widerklage des Arbeitgebers

Der Auftraggeber wird in der Klageerwiderung zunächst beantragen, die Klage abzuweisen. Für den Fall, dass der Klage des Arbeitnehmers stattgegeben wird, kann der dann als Arbeitgeber zu behandelnde Beklagte versuchen, Gegenansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend zu machen. Deshalb wird der beklagte Auftraggeber regelmäßig eine Widerklage für den Fall der Klagestattgabe erheben.[37] In einem solchen Fall hängt die Widerklage nicht von einer unzulässigen, außerprozessualen Bedingung, sondern von einer zulässigen innerprozessualen Bedingung, nämlich von der Gerichtsentscheidung über den Hauptantrag, ab.[38] Die Rechtshängigkeit der Eventualwiderklage entfällt rückwirkend mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung der gerichtlichen Stattgabe des Hauptantrags des Beklagten.[39]

Das BAG hat nun entschieden, dass der Auftraggeber rechtsmissbräuchlich handelt, wenn er versucht, für Zeiträume, für die der Beschäftigte kein Arbeitsverhältnis geltend gemacht hat, dem Beschäftigten die Vorteile eines freien Dienstverhältnisses durch Geltendmachung von Ansprüchen aus einem Arbeitsverhältnis zu entziehen.[40] Mit einem solchen Vorgehen des Arbeitgebers würde die Funktion des Arbeitsrechts als Arbeitnehmerschutzrecht ad absurdum geführt.[41] Außerdem kommt ein solches Verhalten einer nach § 612 a BGB verbotenen Maßregelung nahe.[42] Deshalb wird durch die Vereinbarung und Behandlung eines freien Dienstverhältnisses bei dem Beschäftigten ein entsprechender Vertrauenstatbestand geschaffen, der nur für die Zeiträume entfällt, für die der Beschäftigte von sich aus ein Arbeitsverhältnis geltend macht.[43] In der Konsequenz bedeutet das, dass der Auftraggeber nur auf die Klage des Beschäftigten reagieren kann. Folgen aus der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ergeben sich daher nur, wenn der Arbeitnehmer gerichtlich vorgeht. Deshalb ist die Hilfswiderklage für den Auftraggeber umso bedeutsamer geworden.

27 *Reinecke* (Fn. 1), 729 (731); vgl. weitergehend – auch zu *aut-aut*- und *et-et*-Fällen – *Junker* (Fn. 12), Rn. 853 ff. m. w. N.

28 Vgl. dazu im Einzelnen *Rudi Müller-Glöge,* in: Kurt Rebmann et al., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 4, 4. Aufl. 2005, § 611 BGB Rn. 169 ff. m. w. N.; *Ulrich Preis,* in: Thomas Dieterich et. al., Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2006, § 611 BGB, Rn. 44 ff. m. w. N.; *Reinhard Richardi,* in: Reinhard Richardi/Otfried Wlotzke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2000, § 24 Rn. 12 ff. m. w. N.

29 *Reinecke* (Fn. 13), 357 (359 f.); vgl. dazu BAG, NZA 1998, 873 (875) m. w. N.; BAG, NZA 2002, 1412 (1414) m. w. N.

30 *Niepalla/Dütemeyer* (Fn. 10), 712 (715 f.).

31 BAG (Fn. 23), NZA 2007, 321 (324).

32 Vgl. *Niepalla/Dütemeyer* (Fn. 10), 712, 715 f.; *Reinecke* (Fn. 13), 357 (359); *Reinecke* (Fn. 3), 1282 f.; BAG (Fn. 23), 624 (626).

33 Vgl. dazu die Fallgruppen: Rechtsmissbrauch bejahend: BAG, NZA 1997, 817 f.; BAG, NZA 1997, 818 (820); BAG, NZA 2000, 106 (107 f.) und Rechtsmissbrauch verneinend: BAG, NZA 2003, 341 (343); BAG, NZA 2007, 321 (323).

34 Vgl. zu weiteren Inzidentfeststellungsklagen *Harald Schliemann,* in: ders., Das Arbeitsrecht im BGB: Kommentar, 2. Aufl. 2002, § 611 BGB Rn 166.

35 Vgl. dazu *Peter Hartmann,* in: Adolf Baumbach et al., Zivilprozessordnung, 65. Aufl. 2007, § 256 ZPO Rn. 108 f.

36 BAG, NZA 2003, 341 (343).

37 Vgl. BAG, NZA 2003, 321 ff.

38 BGHZ 132, 390 (397 f.); BAG, NZA 1988, 741.

39 BGHZ 21, 13 (16).

40 BAG, NZA 2007, 321 (324).

41 *Reinecke* (Fn. 13), 367.

42 *Reinecke* (Fn. 13), 367.

43 BAG, NZA 2007, 321 (324).

III. Folgen

1. Individualarbeitsrechtliche Folgen

a) Zustandekommen und Wirksamkeit des Arbeitsvertrags

Fraglich ist zunächst, ob nach der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft trotz der unzutreffend gewählten Rechtsform ein wirksamer privatrechtlicher Vertrag entstanden ist, bzw. ob dieser wegen der Feststellung wieder entfallen kann.

aa) Dissens (§§ 154, 155 BGB)

Es könnte ein offener (§ 154 BGB) oder versteckter (§ 155 BGB) Dissens vorliegen. Dann dürften sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer bewusst oder unbewusst über von ihnen als wesentlich angesehene Vertragsteile nicht geeinigt haben. Die Parteien haben sich jedenfalls über einen Dienstvertrag i. S. v. § 611 BGB, dessen Unterfall der Arbeitsvertrag ist, geeinigt.[44] Es kommt also darauf an, ob eine weitergehende Einigung über die Rechtsform beachtlich ist. Die arbeitsrechtlichen Gesetze und Tarifverträge, die zugunsten des Arbeitnehmers weitgehend einen einseitig zwingenden Charakter haben,[45] sollen nicht durch die Vertragsfreiheit umgangen werden, sodass von einem Rechtsformzwang gesprochen wird.[46] Zudem zeigt sich der wirkliche Wille der Vertragsparteien, der Geschäftswille, am deutlichsten beim tatsächlichen Vollzug: Das, was die Parteien praktizieren, ist im Zweifel der vereinbarte Inhalt ihres Rechtsgeschäfts.[47] Deshalb zeigt die Gestaltung, bzw. tatsächliche Durchführung des Vertrags gemäß einem Arbeitsverhältnis, dass sich die Parteien konkludent rechtsverbindlich auf eine Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit geeinigt haben, weshalb der Geschäftswille auf ein Arbeitsverhältnis zielt.[48] Dass die Parteien die arbeitsrechtlichen Rechtsfolgen nicht vorausgesehen haben, ist schon deshalb unbeachtlich, weil sich sonst jede Vertragspartei der Anwendung zwingenden Rechts mit dem Argument entziehen könnte, die betreffende Rechtsfolge sei unerwünscht und nicht vom Parteiwillen gedeckt.[49] Folglich ist der Wille der Vertragsparteien, ein anderes Rechtsverhältnis als ein Arbeitsverhältnis zu begründen, unbeachtlich, weshalb die Einigungsvoraussetzungen zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses vorliegen.

44 *Christian Lampe*, Arbeitsrechtliche Folgen der aufgedeckten „Scheinselbständigkeit", RdA 2002, 18 f.

45 *Junker* (Fn. 12), Rn. 71.

46 *Lampe* (Fn. 44), 19; *Müller-Glöge* (Fn. 28), § 611 BGB Rn. 173; *Herbert Fenn*, Arbeitsverhältnisse und sonstige Beschäftigungsverhältnisse, in: Walther Habscheid et al., Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, 1976, S. 171 (178).

47 *Griebeling* (Fn. 18), 648 f.

48 *Mathias Kirsten*, Individualarbeitsrechtliche Behandlung des verdeckten Arbeitsverhältnisses, 1995, S. 49.

49 *Frank Maschmann*, Arbeitsverträge und Verträge mit Selbständigen: Rechtliche Qualifizierung von Dienstleistungsverhältnissen als Abgrenzungs- und Einordnungsproblem, 2001, S. 244.

bb) Scheingeschäft (§ 117 BGB)

Fraglich ist, ob ein gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtiges Scheingeschäft vorliegt, wenn beide Vertragsparteien bewusst die arbeitsrechtlichen Vorschriften umgehen wollen. Zum Teil wurde in einem solchen Fall ohne nähere Begründung tatsächlich ein nichtiges Scheingeschäft angenommen. Für dieses sollte nach bereits erfolgtem Leistungsaustausch in der Vergangenheit (In-Vollzug-Setzung) entweder nach der Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis[50] oder in analoger Anwendung von § 10 Abs. 1 S. 4 AÜG[51] ein Arbeitsverhältnis fingiert werden.

Dieser Annahme sollte aber nicht gefolgt werden. Ein Scheingeschäft liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, die mit dem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen aber nicht eintreten lassen wollen.[52] Im Fall, dass tatsächlich beide Parteien entgegen der beabsichtigten Vertragsdurchführung bewusst die Anwendung von Arbeitsrecht auszuschließen versuchen, wollen die beiden Vertragsparteien gerade die selbständige Tätigkeit des Beschäftigten und damit den Eintritt der mit dem Abschluss eines freien Dienstverhältnisses verbundenen Rechtsfolgen.[53] Zudem überzeugen die vorgeschlagenen Rechtsfolgen nicht. Geht man von einem Scheingeschäft aus, käme § 117 Abs. 2 BGB zur Anwendung.[54] Damit hatten die Vertragsparteien selbst im Fall der beiderseitigen bewussten Umgehung des Arbeitsrechts Rechtsbindungswillen hinsichtlich eines Arbeitsverhältnisses.

cc) Nichtigkeit durch Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB)

Aus diesem Grund wird vertreten, dass der Vertrag nach einer ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) als nichtig anzusehen sei, wenn beide Vertragsparteien vorsätzlich die falsche Rechtsform wählen, um das Arbeitsrecht zu umgehen. Der Vertrag sei dahingehend

50 *Frank Hohmeister*, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen eines vom Arbeitnehmer gewonnenen Statusprozesses: Fehlerhafte Rechtsformwahl bei Begründung eines Mitarbeiterverhältnisses, NZA 1999, 1009 (1010 ff.); *Nicolai Besgen*, Aufgedecktes Arbeitsverhältnis nach Scheinselbständigkeit: Abwicklungsfragen (Sozialversicherung, Arbeitsrecht, Steuer), b+p 2000, 159 (162 f.).

51 *Knut Müller*, Arbeitnehmer und freie Mitarbeiter, MDR 1998, 1061 (1069); *Goretzki/Hohmeister* (Fn. 5), 641.

52 *Helmut Heinrichs,* in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Aufl. 2007, § 117 BGB Rn. 3.

53 *Harald Keller*, Faktisches Arbeitsverhältnis bei Vorliegen eines Umgehungsgeschäfts?, NZA 1999, 1311 (1312); *Lampe* (Fn. 44), 26; *Reinecke* (Fn. 13), 358; *Kirsten* (Fn. 48), S. 52; *Ulrich Rosenfelder*, Der arbeitsrechtliche Status des freien Mitarbeiters: Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs unter besonderer Berücksichtigung der freien Mitarbeiter bei Hörfunk und Fernsehen, 1982, S. 144; inzwischen auch *Frank Hohmeister*, Letztmals: Zur Abgrenzung zwischen Scheingeschäft und Umgehungsgeschäft bei vorsätzlich falscher Rechtsformwahl, NZA 2000, 408 und *Frank Hohmeister/Susanne Goretzki*, Verträge über freie Mitarbeit: Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht, 2. Aufl. 2000, S. 154.

54 *Keller* (Fn. 53), 1312; *Heinrichs* (Fn. 52), § 117 BGB Rn. 8; a. A. *Hohmeister* (Fn. 53), 408 f.

auszulegen, dass das Vereinbarte nicht gewollt sei und auch nicht praktiziert werde, wodurch der Vertrag von Anfang an nichtig sei und für die Vergangenheit wiederum ein faktisches Arbeitsverhältnis fingiert werde.[55] Es mutet aber seltsam an, wenn ein Vertrag so ausgelegt wird, dass er nicht besteht. Schließlich ist der Zweck der ergänzenden Vertragsauslegung, Lücken der rechtsgeschäftlichen Regelung zu schließen,[56] und nicht, über die Gültigkeit des Vertrags zu entscheiden. Es besteht kein Bedürfnis, unwirksame Willenserklärungen auszulegen, weshalb die §§ 157, 133 BGB wirksame auslegungsfähige und -bedürftige Willenserklärungen, mithin einen wirksamen Vertrag, voraussetzen.[57] Folglich verbleibt kein Raum für eine ergänzende Vertragsauslegung, die zur Nichtigkeit des Vertrags von Anfang an führt.

dd) Gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) und Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB)

Weiterhin wird vertreten, dass der Rechtsformzwang im Arbeitsrecht entsprechend einem gesetzlichen Verbot i. S. v. § 134 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses führe, für die Vergangenheit die Regeln des vereinbarten freien Dienstverhältnisses gälten, und für die Zukunft zur Loslösung vom Vertrag eine einfache Erklärung ausreiche.[58] Danach würde aber das zwingende Recht leerlaufen und dessen Arbeitnehmerschutzzweck verfehlt.[59] Dies gilt insbesondere für den arbeitsrechtlichen Bestandsschutz. Der arbeitsrechtliche Rechtsformzwang kann folglich nicht wie ein gesetzliches Verbot ausgelegt werden. Auch dieser Meinung sollte daher nicht gefolgt werden. Aus demselben Grund scheidet die Nichtigkeit des gesamten Dauerschuldverhältnisses nach § 138 Abs. 2 BGB aus, wenn sich der Arbeitgeber bewusst durch das Ausnutzen einer Zwangslage beim Arbeitnehmer mit der falschen Rechtsformwahl Vorteile verschafft. Nichtigkeit kann daher in aller Regel nur für einzelne Abreden angenommen werden.[60] Eine Situation, in der ein Arbeitnehmer i. S. v. § 138 Abs. 2 BGB eine Zwangslage beim Arbeitgeber durch den Abschluss eines angeblich freien Dienstverhältnisses ausnutzt, ist dagegen kaum denkbar.[61]

ee) Eigener Ansatz zur beiderseitig vorsätzlich falschen Rechtsformwahl

Damit muss nach den obigen Ausführungen noch die Ausnahmekonstellation der beiderseitig vorsätzlichen Umgehung des Arbeitsverhältnisses gelöst werden. Dabei sollte an die Aussagen des BAG zum Rechtsmissbrauch bei Statusklagen angeknüpft werden. Maßgebliches Kriterium für einen Rechtsmissbrauch ist dabei, auf wessen Initiative ein freies Dienstverhältnis anstatt eines Arbeitsverhältnisses vereinbart wurde.[62] Für den Fall der beiderseits vorsätzlich falschen Rechtsformenwahl zur Umgehung des Arbeitsrechts wäre dann nach der jeweiligen Initiative zu differenzieren: Zunächst muss sich der Arbeitgeber gesetzeskonform verhalten, indem er ausdrücklich den Abschluss eines Arbeitsvertrags anbietet. Wenn daraufhin die Initiative zur vorsätzlich falschen Rechtsformwahl eindeutig vom Arbeitnehmer ausgeht und die Parteien wider besseren Wissens ein freies Dienstverhältnis abschließen, ist das Vertrauen des Arbeitgebers in die vereinbarte Rechtsform schutzwürdig. Der Beschäftigte könnte sich wegen widersprüchlichen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens i. S. v. § 242 BGB nicht nachträglich darauf berufen, er sei in Wirklichkeit Arbeitnehmer. Geht die Initiative zur vorsätzlich falschen Rechtsformwahl dagegen vom Arbeitgeber aus und schließen die Parteien am Ende vorsätzlich ein freies Dienstverhältnis ab, so hat der Arbeitgeber kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass sich der Arbeitnehmer nicht auf seinen Status beruft. In diesem Fall muss der Arbeitgeber die arbeitsrechtlichen Konsequenzen zu seinen Lasten voll tragen. Diese Risikoverteilung entspricht auch dem Wesen des Arbeitsrechts, das entweder ganz oder gar nicht anwendbar ist. Somit ist auch im Fall beiderseits vorsätzlich falscher Rechtsformwahl von einem wirksamen Arbeitsverhältnis auszugehen. Es erfolgt gegebenenfalls eine Risikoverteilung nach dem Grundsatz vom Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens.

ff) Gestaltungsrechte

Fraglich ist, ob sich die Vertragsparteien aufgrund der nachträglichen Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft zumindest für die Zukunft vom Vertrag lösen können. Dies ist insbesondere für den Arbeitgeber von Interesse, da sich der Arbeitnehmer i. d. R. ohne größere Schwierigkeiten vom Arbeitsverhältnis lösen kann (vgl. § 622 Abs. 1 und 4 BGB).

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber anfechten könnte. Wenn sich der Arbeitgeber über die Anwendbarkeit des Arbeitsrechts geirrt hat, könnte ein Inhaltsirrtum gem. § 119 Abs. 1 1. Alt. BGB als Anfechtungsgrund vorliegen. Nach der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis würde das in Vollzug gesetzte Arbeitsverhältnis bei einer Anfechtung entgegen § 142 Abs. 1 BGB immerhin mit Wirkung ex-nunc nichtig sein.[63] Wenn die Vertragsparteien ihr Rechtsverhältnis aber so ausgestalten, dass es rechtlich als Arbeitsverhältnis einzuordnen ist, dann ist ein Irrtum über daran anknüpfende arbeitsrechtliche Folgen als Rechtsfolgenirrtum unbeachtlich.[64] Die Parteien müssen

55 *Hohmeister* (Fn. 53), 409; *Hohmeister/Goretzki* (Fn. 53), S. 154 f.

56 *Heinrichs* (Fn. 52), § 157 BGB Rn. 2.

57 *Lampe* (Fn. 44), 27.

58 *Manfred Lieb*, Rechtsformzwang und Rechtsformverfehlung im Arbeitsrecht, RdA 1975, 49 (50, 53).

59 *Maschmann* (Fn. 49), S. 244; *Fenn* (Fn. 46), S. 178 f.; *Junker* (Fn. 12), Rn. 176.

60 *Junker* (Fn. 12), Rn. 176 m. w. N.

61 *Hinrich Julius*, Die rechtliche und rechtstatsächliche Lage der „Neuen Selbständigen“: insbesondere in der Baubranche, 1995, 102 f.

62 BAG, NZA 1997, 817 (818).

63 *Junker* (Fn. 12), 197.

64 Vgl. *Preis* (Fn. 28), § 611 BGB Rn. 122; *Gregor Thüsing*, in: Martin Henssler et al., Arbeitsrecht: Kommentar, 2. Aufl. 2006, Vor § 611 BGB Rn. 25; *Richardi* (Fn. 28), § 24 Rn. 64; *Kirsten* (Fn. 48), S. 49; in diesem Fall auch *Maschmann* (Fn. 49), S. 249 f., der ansonsten differenziert; *Wank* (Fn. 2), 1. Teil, Rn. 208; *Lampe* (Fn. 44), 19 f., 25.

in einem solchen Fall damit rechnen, dass auch ein Arbeitsverhältnis entstehen kann.[65] Damit kommt ein Inhaltsirrtum als Anfechtungsgrund nicht in Betracht.

Es ist weiterhin in der Praxis kaum denkbar, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber arglistig über die falsche Rechtsformwahl täuscht (vgl. § 123 BGB), weil ein Informationsgefälle[66] über die Rechtsformwahl zulasten des Arbeitgebers regelmäßig nicht vorliegen wird. Damit ist kein Anfechtungsgrund für den Arbeitgeber ersichtlich, weshalb eine Anfechtung nicht in Betracht kommt.

Fraglich ist, ob die falsche Rechtsformenwahl eine Kündigung rechtfertigt. Soweit das KSchG anwendbar ist (vgl. §§ 1, 23 KSchG), was bei der nachträglichen Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft der Regelfall sein dürfte, ist eine Zuordnung der Kündigung wegen der falschen Rechtsformwahl unter die Kündigungsgründe (vgl. § 1 Abs. 2 S. 1 KSchG) erforderlich. In den in der Praxis vorstellbaren Fällen des beiderseitigen Rechtsirrtums, der beiderseitig vorsätzlich falschen Rechtsformwahl und der einseitigen Kenntnis des Arbeitgebers von der falschen Rechtsform entstammt die falsche Rechtsformenwahl aber mindestens der Sphäre des Arbeitgebers, weshalb eine personen- oder eine verhaltensbedingte Kündigung nicht in Betracht kommt.[67] Eine betriebsbedingte Kündigung könnte sich noch aus dem Grund ergeben, dass der Betrieb nach der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft des Mitarbeiters durch die Kosten eines zusätzlichen Arbeitnehmers belastet wird. Allerdings wäre es mit dem arbeitnehmerschützenden Zweck des Arbeitsrechts nicht zu vereinbaren, wenn ausgerechnet die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft zum Anlass einer Kündigung genommen würde.[68] Nach dem arbeitnehmerschützenden Zweck des Arbeitsrechts soll der Arbeitnehmer seinen Schutz nicht wegen der falschen Rechtsform verlieren, weshalb das Risiko der unzutreffenden Rechtsformwahl in erster Linie den Arbeitgeber trifft.[69] Dem Arbeitgeber sollte daher ein Kündigungsrecht, das unmittelbar mit der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft und nicht mit einem Wegfall des Arbeitsplatzes zusammenhängt, versagt werden.[70] Damit ist festzuhalten, dass bis auf eine Ausnahme die nachträgliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft einem wirksamen Arbeitsverhältnis nicht entgegensteht, und eine Lösung des Vertragsverhältnisses wegen der Feststellung nicht in Betracht kommt.

65 *Theo Mayer-Maly*, Anmerkung zu BAG Urt. v. 09.07.1986, AP Nr. 7 zu § 242 BGB Geschäftsgrundlage.

66 Vgl. *Heinrichs* (Fn. 52), § 123 BGB Rn. 5, 6.

67 Vgl. *Junker* (Fn. 12), Rn. 361; vgl. *Maschmann* (Fn. 49), S. 253.

68 Vgl. *Müller-Glöge* (Fn. 28), § 611 BGB Rn. 192; vgl. *Lampe* (Fn. 44), 21; BAG, SAE 1977, 118 (119 f.).

69 *Kirsten* (Fn. 48), S. 167 f.; *Wolfgang Forster*, Bereicherungsrecht und Wegfall der Geschäftsgrundlage nach Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft, 2001, S. 22 f.

70 *Kirsten* (Fn. 48), S. 164 ff.; *Forster* (Fn. 69), S. 22 f.

b) Folgen für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses

Fraglich ist, welchen Einfluss die nachträgliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft auf den Inhalt des Arbeitsverhältnisses hat. Im Grundsatz besteht Einigkeit darüber, dass für den gesamten Feststellungszeitraum in vollem Umfang das gesamte zugunsten des Arbeitnehmers zwingende Arbeitsrecht Anwendung findet.[71]

aa) Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Gesetze

Der Arbeitnehmer genießt z. B. unter den jeweiligen Voraussetzungen allgemeinen (vgl. §§ 1 Abs. 1, 23 KSchG) und besonderen (z. B. § 9 MuSchG, §§ 85, 91 SGB IX, § 18 Abs. 1 BErzGG) Kündigungsschutz. Der Betriebsrat ist vor Kündigungen gem. § 102 BetrVG anzuhören. Das wird meist schon deshalb zum Erfolg einer Kündigungsschutzklage eines vermeintlich Selbständigen führen, weil die Anhörung bei der Kündigung eines vermeintlich Selbständigen unterbleiben wird. Sollte das vermeintlich freie Dienstverhältnis befristet worden sein, so richtet sich die Zulässigkeit der Befristung nach § 14 TzBfG. Ferner findet hinsichtlich der Arbeitszeit des ArbZG Anwendung. Es kommen u. a. Ansprüche des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall (vgl. § 3 EFZG), bzw. aus §§ 615, 616 BGB in Betracht. Ferner hat der Arbeitnehmer Anspruch auf den gesetzlichen, bezahlten Mindesturlaub (§§ 1, 3 BUrlG), der im Einzelfall darüber hinaus gehen kann (vgl. § 13 Abs. 1 BUrlG). Ist die Arbeitnehmereigenschaft auch für die Vergangenheit festgestellt worden, wird der Urlaubsanspruch für vergangene Zeiträume häufig nicht mehr bestehen (vgl. § 7 Abs. 3 BUrlG)[72].

bb) Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen

Sofern der Arbeitnehmer nach der Feststellung des Arbeitnehmerstatus nun dem Geltungsbereich eines Tarifvertrags unterfällt (§ 4 Abs. 1 und § 3, bzw. § 5 Abs. 4 TVG), gelten dessen Bestimmungen unmittelbar und zwingend für das Arbeitsverhältnis. Sofern – wie regelmäßig – keine Öffnungsklausel nach § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG vorliegt, ist damit eine gegenüber Tarifnormen für den Arbeitnehmer ungünstigere Individualvereinbarung nach § 134 BGB nichtig.[73] Unter den Voraussetzungen des § 77 Abs. 3, 4 BetrVG unterfällt der Arbeitnehmer darüber hinaus gegebenenfalls Betriebsvereinbarungen. Wenn die Arbeitnehmereigenschaft auch für die Vergan-

71 *Ulrich Preis,* in: ders., Der Arbeitsvertrag: Handbuch der Vertragspraxis und -gestaltung, 2. Aufl. 2005, Teil II A 50 Rn. 28; *Preis* (Fn. 28), § 611 BGB Rn. 122; *Thüsing* (Fn. 64), Vor § 611 BGB Rn. 25; *Kerstin Reiserer,* in: dies. et al., Scheinselbständigkeit, geringfügige Beschäftigung: Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht – Steuerrecht, 2002, Rn. 373; *Kerstin Reiserer,* in: dies./Anke Freckmann, Freie Mitarbeit und Mini-Jobs nach der Hartz-Reform, 2003, Rn. 128; *Hohmeister/Goretzki* (Fn. 53), S. 154, 156; *Rosenfelder* (Fn. 53), S. 208; *Kirsten* (Fn. 48), S. 68 ff.; *Fenn* (Fn. 46), S. 182, 184; *Hohmeister* (Fn. 50), 1010 f.; *Besgen* (Fn. 50), 161; *Lampe* (Fn. 44), 21; a. A. hinsichtlich der Rückwirkung *Peter Schwerdtner*, in: Bettina Schmidt/Peter Schwerdtner, Scheinselbständigkeit: Arbeitsrecht – Sozialrecht, 2. Aufl. 2000, Rn. 166.

72 *Besgen* (Fn. 50), 162.

73 Vgl. *Junker* (Fn. 12), Rn. 524 m. w. N.

genheit festgestellt wurde, müssten konsequenterweise die für diesen Zeitraum geltenden, aber inzwischen außer Kraft getretenen Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen (vgl. § 4 Abs. 5 TVG, § 77 Abs. 6 BetrVG) angewandt werden. Insbesondere solche Ansprüche können durch etwaige Ausschlussfristen (vgl. § 4 Abs. 4 S. 3 TVG, § 77 Abs. 4 S. 4 BetrVG) aber bereits weggefallen sein.

cc) Individualvereinbarungen

Soweit die Arbeitsbedingungen weder durch Gesetz noch durch einen anwendbaren Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung geregelt sind, ist umstritten, wie sich im Einzelfall eine Vertragsanpassung bei Individualvereinbarungen ergeben kann. Verhandlungsspielraum haben die Parteien regelmäßig bei der Vergütung. Deshalb ist der folgende Streit meist unter diesem Aspekt diskutiert worden.

(1) Vertragsänderung nur durch Änderungskündigung (§ 2 KSchG)

Nach einer Auffassung gelten jedenfalls Individualvereinbarungen eines freien Dienstverhältnisses (über die Vergütung) für die Vergangenheit und in Zukunft, auch wenn sich das Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis herausstellen sollte.[74] Für die Zukunft verbleibe für eine (Vergütungs-) Anpassung nur die Möglichkeit einer Änderungskündigung.[75] Die Weitergeltung der individuellen (Vergütungs-) Vereinbarung auch nach der Feststellung des Arbeitnehmerstatus ergebe sich zwingend aus § 14 Abs. 1 SGB IV; entgegenstehende Vereinbarungen seien gem. § 32 SGB I nichtig.[76] Weiterhin sei die Änderungskündigung, die im Ermessen der Parteien stehe, das mildere Mittel zur automatischen Vertragsanpassung.[77]

Zwar mag es auf den ersten Blick einleuchtend erscheinen, nicht in Individualvereinbarungen einzugreifen. Gegen die Weitergeltung aller Individualvereinbarungen spricht aber, dass der Beschäftigte nicht alle Vorteile eines freien Dienstsvertrags mit denen eines Arbeitsvertrags im Sinne einer „Rosinentheorie" kombinieren soll.[78] Bei einem solchen Vorgehen bliebe der Parteiwille unberücksichtigt, da Vereinbarungen oft nur für die ursprünglich gewollte und nicht für die veränderte Vertragsdurchführung gelten.[79] Das unveränderte Festhalten an dem Vereinbarten widerspricht damit der Privatautonomie. Weiterhin wurde die Aufrechterhaltung der (Vergütungs-) Vereinbarung nur für den Fall entschieden, dass der Beschäftigte eine höhere Vergütung als ein vergleichbarer Arbeitnehmer vereinbart hatte. Sollte man diese Entscheidung auf die Fälle der Scheinselbständigkeit, in denen der Beschäftigte mitunter weniger verdient, als ein vergleichbarer Arbeitnehmer, übertragen, könnte der Arbeitgeber bei fehlender Tarifbindung und in den Grenzen des § 138 Abs. 1, 2 BGB risikolos niedrige Vergütungsvereinbarungen mit vermeintlich Selbständigen schließen. Weiterhin steht die Änderungskündigung, die außerdem gerade zur Entgeltreduzierung praktisch immer erfolglos ist,[80] nach § 2 KSchG nur dem Arbeitgeber zu.[81] Die Änderungskündigung ist zur Anpassung des Vertrags folglich kein tauglicher Behelf. Damit sollte dieser Meinung nicht gefolgt werden.

(2) Anpassung nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)?

Nach einer weiteren Meinung richte sich eine Vertragsanpassung, d. h. vor allem die Anpassung der vereinbarten Vergütung an die übliche Vergütung, nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage (vor der Kodifizierung richterrechtlicher Grundsätze vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, vgl. inzwischen § 313 BGB).[82] Zu den von den Parteien vorgestellten Umständen, auf denen der Geschäftswille aufbaue, gehöre auch ein beiderseitiger Irrtum über die Rechtsform des Vertrages, wenn der Vertrag ohne den Rechtsirrtum nicht geschlossen worden wäre.[83] Dabei gibt es deutliche Unterschiede innerhalb dieser Meinung über die Einzelheiten der Anwendbarkeit dieser Grundsätze.

Das BAG meinte, dass regelmäßig die Grundsätze von der Störung der Geschäftsgrundlage verdrängt seien, da in solchen Fallkonstellationen regelmäßig die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung (§ 626 BGB) mit der Störung der Geschäftsgrundlage als wichtigem Grund bestehe.[84] Außerdem sei eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen vom Fortfall der Geschäftsgrundlage nur beim beiderseitigen Rechtsirrtum möglich, wobei eine Anpassung für die Vergangenheit neben der Anpassung für die Zukunft nur möglich sei, wenn die Anpassung für die Zukunft zwangsläufig auch in die Vergangenheit zurückwirke.[85] Über diese Fallgruppen hinaus wird noch vertreten, dass eine uneingeschränkte Rückwirkung für An-

74 LAG Berlin, NZA 1994, 512; *Rosenfelder* (Fn. 53), S. 221; *Ralph Kramer*, Die Scheinselbständigkeit und ihre individualarbeitsrechtlichen Folgen, 1998, S. 140; *Forster* (Fn. 69), S. 3 f., 6, 20 f.; *Michael Niebler* et al., Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter?: Ein arbeits-, steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Leitfaden durch das Recht der Beschäftigungsverhältnisse, 2. Aufl. 1995, Rn. 601; *Knut Müller,* in: Stefan Sieben et al., Geringfügige Beschäftigung und Scheinselbständigkeit: Sozialrecht, Steuerrecht, 1999, Rn. 575; *ders.* (Fn. 51), 1069.

75 LAG Berlin (Fn. 74), 512 (Leitsätze); *Kramer* (Fn. 74), 217 ff.; *Forster* (Fn. 69), S. 5, 26; *Niebler* et al. (Fn. 74), Rn. 601; *Knut Müller* (Fn. 74), Rn. 575; in diese Richtung auch *Preis* (Fn. 71), Teil II A 50 Rn 31.

76 LAG Berlin v. 05.04.1993 – 5 Sa 98/92 (nicht veröffentlicht), mitgeteilt durch *Kunz/Kunz* (Fn. 2), Rn. 38.

77 *Kramer* (Fn. 74), 218 f.

78 *Reinecke* (Fn. 3), 1282; *Hohmeister* (Fn. 50), 1010; *Reinecke* (Fn. 13), 367.

79 *Lampe* (Rn. 46), 20 f..

80 *Junker* (Fn. 12), Rn. 423; vgl. *Reiserer* (Fn. 71), Rn. 375.

81 *Wank* (Fn. 2), 1. Teil, Rn. 219.

82 BAGE 52, 273 ff.; *Thüsing* (Fn. 64), Vor § 611 BGB Rn. 25 f.; *Michael Worzalla,* in: Wolfgang Leinemann, Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, Kap. 1.1 Rn. 386; *Hohmeister/Goretzki* (Fn. 53), S. 156; *Schwerdtner* (Fn. 71), Rn. 165 f.; *Kunz/Kunz* (Fn. 2), Rn. 41 f.; *Maschmann* (Fn. 49), S. 251 ff.; *Goretzki/Hohmeister* (Fn. 5), 642; *Hohmeister* (Fn. 50), 1010; *Lampe* (Fn. 44), 20 f.

83 BAGE 52, 273 (276).

84 BAGE 52, 273 (278); so auch *Maschmann* (Fn. 49), S. 262.

85 BAGE 52, 273 (276, 278); vgl. zu einzelnen Beispielen *Worzalla* (Fn. 82), Bd. 1, Kap. 1.1 Rn. 386 und *Kunz/Kunz* (Fn. 2), Rn. 41.

sprüche des Arbeitnehmers zu bejahen sei, wenn der Arbeitgeber einseitig die Arbeitsbedingungen vorgegeben habe.[86] Für ein außerordentliches Kündigungsrecht mit den Voraussetzungen der Störung der Geschäftsgrundlage als wichtigem Grund spreche, dass es keinen Sinn mache, die Parteien mit einem übereinstimmend nicht gewollten Inhalt am Vertrag festzuhalten. Ferner würden die zwingenden Rechtsvorschriften für außerordentliche Kündigungen nicht unterlaufen und es komme entsprechend den Grundsätzen von Rechtssicherheit und Vertrauensschutz zu keiner Rückabwicklung.[87]

Nach der durch die Schuldrechtsreform aufgenommenen Vorschrift des § 313 Abs. 3 S. 2 i. V. m. S. 1 BGB scheint es zwar denkbar, die Störung der Geschäftsgrundlage als wichtigen Grund für eine Kündigung gem. § 626 Abs. 1 BGB anzusehen. Für den Arbeitnehmer ist die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung meist wenig bedeutsam. Wegen der arbeitnehmerschützenden Vorschriften trägt in erster Linie der Arbeitgeber das Risiko der Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft, weshalb bei einer Kündigung des Arbeitgebers wegen der Feststellung weder das Kriterium der Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag (vgl. § 313 Abs. 1 a. E. BGB) vorliegen, noch die Interessenabwägung zugunsten des Arbeitgebers ausfallen wird. Weiterhin wird vorgebracht, dass der Rechtsformzwang nicht durch das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage ausgehebelt werden dürfe.[88] Schließlich zeigt die Statusklage des Beschäftigten, dass er entgegen der Auffassung des Auftraggebers inzwischen vom Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses ausgeht, weshalb zumindest der Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis möchte. Daher sollte nicht davon ausgegangen werden, dass ein Festhalten am Arbeitsverhältnis nicht zumutbar sei, weil ein Arbeitsverhältnis übereinstimmend nicht gewollt sei.

Weitergehend wird vertreten, dass die Grundsätze von der Störung der Geschäftsgrundlage ohne zeitliche Beschränkung sowohl für die Vergangenheit als auch für die Zukunft anwendbar seien. Eine Vertragsanpassung nach diesen Grundsätzen sei mit jeweils anderen Rechtsfolgen im Fall des beiderseitigen Rechtsirrtums über die Rechtsformwahl und im Fall der einseitigen Kenntnis des Arbeitgebers von der falschen Rechtsform möglich.[89] Einschränkend wird vertreten, dass die Grundsätze von der Störung der Geschäftsgrundlage ausschließlich für die Zukunft und nur im Fall des beiderseitigen Rechtsirrtums über die Rechtsformwahl zur Anwendung kämen.[90] Die Anwendung der Grundsätze von der Störung der Geschäftsgrundlage ergebe sich aus dem Anpassungsbedarf wegen der beiderseitigen Unklarheit über die Vertragsdurchführung in Vergangenheit und Zukunft, der Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung und dem Wegfall der gewollten Risikoverteilung.[91] Für die Anwendung der Grundsätze auch für die Vergangenheit spreche, dass eine Anpassung einheitlich erfolgen müsse.[92]

In dogmatischer Hinsicht spricht gegen die Anwendung der Grundsätze von der Störung der Geschäftsgrundlage, dass insbesondere die Vertragsauslegung der Vertragsanpassung vorgeht.[93] Außerdem sind die Voraussetzungen der Grundsätze nicht erfüllt.[94] Ein unzumutbares Opfer ergibt sich auch nicht allein daraus, dass der Arbeitgeber auf der Grundlage der vereinbarten Vergütung Beiträge zur Sozialversicherung entrichten muss, da die Beitragspflicht gesetzliche Rechtsfolge einer Vergütungsvereinbarung ist.[95] Außerdem scheint der neu eingefügte § 313 BGB in Absatz 3 die Ansicht zu bestätigen, dass eine Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnissen nur für die Zukunft möglich erscheint: Dem benachteiligten Vertragspartner eines Dauerschuldverhältnisses wird in § 313 Abs. 3 S. 2 BGB mit dem Kündigungsrecht ein Recht eingeräumt, dass nur zukünftig wirkt. Dagegen wird dem benachteiligten Teil eines sonstigen Schuldverhältnisses in § 313 Abs. 3 S. 1 BGB mit dem Rücktrittsrecht ein Recht eingeräumt, das auf eine vergangenheitsbezogene Rückabwicklung gerichtet ist (vgl. § 346 Abs. 1 BGB). Wenn schon das letzte Mittel bei Dauerschuldverhältnissen im Gegensatz zum letzten Mittel bei sonstigen Schuldverhältnissen nur eine zukünftige Wirkung hat, dann muss dies erst recht für das mildere Mittel der Vertragsanpassung gelten. Die Meinungen, die dann konsequenterweise eine Vertragsanpassung nur für die Zukunft vorschlagen, können zu Wertungswidersprüchen führen: Es mutet seltsam an, wenn Individualvereinbarungen nur mit Wirkung für die Zukunft angepasst werden, während das gesamte Arbeitnehmerschutzrecht sowohl für die Vergangenheit als für die Zukunft angewandt wird.[96] Diese Gegenstimme zieht daraus die Konsequenz, auch das Arbeitsrecht rückwirkend nicht anzuwenden. Dies verträgt sich aber nicht mit dem Schutzzweck des Arbeitsrechts, wonach das Arbeitsrecht ohne Beschränkung auf einen Zeitraum innerhalb des Feststellungszeitraums zugunsten des Arbeitnehmers zwingend wirkt. Auch praktische Erwägungen stehen der Anwendbarkeit des Instituts von der Störung der Geschäftsgrundlage entgegen: § 313 Abs. 1, 2 BGB setzt voraus, dass ein beiderseitiger Irrtum vorliegt.[97] Wenn der Arbeitgeber bewusst allein zu Lasten des Arbeitnehmers die falsche Rechtsform vereinbart, liegt aber gerade kein Irrtum beim Arbeitgeber vor. Für diese Fallkonstellation, in der der Arbeitnehmer

86 *Kunz/Kunz* (Fn. 2), Rn. 42.

87 *Maschmann* (Fn. 49), S. 262.

88 *Lampe* (Fn. 44), 21.

89 *Lampe* (Fn. 44), 20 ff.

90 *Thüsing* (Fn. 64), Vor § 611 BGB Rn. 25 f.; *Goretzki/Hohmeister* (Fn. 5), 635 (641 f.); *Hohmeister* (Fn. 50), 1010, 1012; *Besgen* (Fn. 50), 159 (163); *Schwerdtner* (Fn. 71), Rn. 165 f.; ähnlich *Hohmeister/Goretzki* (Fn. 53), S. 154 ff., die den beiderseitigen Rechtsirrtum als zusätzliche Voraussetzung nicht erwähnen.

91 *Lampe* (Fn. 44), 21.

92 *Lampe* (Fn. 44), 24.

93 *Christian Grüneberg* (Fn. 52), § 313 BGB Rn. 10; *Kirsten* (Fn. 48), 84 f.; *Hochrathner* (Fn. 17), 1085; *Reinecke* (Fn. 13), 362.

94 Vgl. im Einzelnen: *Mayer-Maly* (Fn. 65) und *Kirsten* (Fn. 48), S. 79, 85.

95 BAG, NZA 2002, 1338 (1339).

96 *Schwerdtner* (Fn. 71), Rn. 166.

97 *Grüneberg* (Fn. 52), § 313 BGB Rn. 6, 9.

besonders schutzbedürftig ist, hält das Institut der Störung der Geschäftsgrundlage damit keine Lösung bereit. Daher sollte auch dieser Meinung nicht gefolgt werden.

(3) Anpassung kraft Gesetzes

Nach einer weiteren Auffassung im Schrifttum erfolge die Anpassung – auch für die Vergangenheit – kraft Gesetzes. Die Rechtsfolgenseite müsse der Parteiherrschaft entzogen werden, so dass keine Interessenabwägung stattzufinden habe. Es seien die im Betrieb für Arbeitnehmer derselben Tätigkeit geltenden Arbeitsbedingungen anzuwenden. Falls es an vergleichbaren Arbeitnehmern im Betrieb fehle, müsse auf die Arbeitsbedingungen entsprechender Arbeitnehmer derselben Branche abgestellt werden.[98] Für eine Anpassung kraft Gesetzes spreche, dass den Vertragsparteien zwangsweise ein Vertragstyp auferlegt werde, den sie so nicht vereinbart hätten, weshalb ihnen dann auch die Parteiherrschaft über die Rechtsfolgen entzogen sei. Man könne nicht auf der einen Seite zum Schutz von Arbeitnehmern einen bestimmten Vertragstyp kraft Gesetzes eingreifen lassen, aber auf der anderen Seite die Rechtsfolgen der Vertragsfreiheit überantworten.[99]

Dagegen spricht aber, dass der Wille der Parteien nicht vollständig verdrängt werden sollte. Schließlich handelt es sich um einen freiwillig geschlossenen zivilrechtlichen Vertrag. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass der Rechtsformzwang im Arbeitsrecht aus dem Arbeitnehmerschutzzweck des Arbeitsrechts hergeleitet wird. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die insbesondere die Vertragsanpassung regelt, fehlt gerade. Insofern sollte nicht von einer Vertragsanpassung kraft Gesetzes ausgegangen werden.

(4) Ergänzende Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB)

Dagegen gehen die neuere Rechtsprechung und ein Teil der Literatur nach einer (ergänzenden) Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) vor.[100] Wenn vertraglich eine (Vergütungs-) Vereinbarung getroffen ist, sei zu fragen, ob der Vertrag dahingehend auszulegen sei, dass die (Vergütungs-) Vereinbarung unabhängig vom rechtlichen Status gelten solle.[101] Die Auslegung erfolgt für den Zeitraum, für den das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses festgestellt wurde.

Gegen die Anwendbarkeit der ergänzenden Vertragsauslegung spreche, dass der Vertrag keine Regelungslücke enthalte, da sich die Parteien – wenn auch irrtumsbedingt – über alle Vertragsinhalte geeinigt hätten.[102] Weiterhin sei es kaum möglich bestimmbare und vorhersehbare Kriterien zu entwickeln, um zwischen auslegungsfähigen und nichtauslegungsfähigen Vertragsbestimmungen zu unterscheiden.[103]

Allerdings zeigt das zersplitterte Meinungsspektrum innerhalb der Vertreter der Lehre von der Störung der Geschäftsgrundlage, dass die Anwendung der Grundsätze von der Störung der Geschäftsgrundlage selbst kaum präzise und vorhersehbare Kriterien für eine Vertragsanpassung ergeben hat. Weiterhin sollte der Vorrang der Auslegung vor der Vertragsanpassung durch die Störung der Geschäftsgrundlage beachtet werden. Ebenso ist die (Vergütungs-) Anpassung bei einer Störung der Geschäftsgrundlage regelmäßig nur für die Zukunft möglich, wohingegen eine ergänzende Vertragsauslegung für den gesamten Vertragszeitraum möglich ist.[104] Der Vertrag regelt meist gerade nicht den Fall, wie das Dienstverhältnis als Arbeitsverhältnis zu behandeln ist.[105] Deshalb besteht auch eine Regelungslücke. Diese lässt sich am besten dadurch schließen, dass bei Individualvereinbarungen dem Willen der Vertragsparteien ausreichend Rechnung getragen werden sollte.

Damit sollte eine ergänzende Vertragsauslegung (§§ 157, 133 BGB) von Individualvereinbarungen durchgeführt werden. Fehlt sowohl die beiderseitige Tarifgebundenheit der Vertragsparteien, als auch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung, kann die ergänzende Vertragsauslegung die Anwendbarkeit eines Tarifvertrages oder bestimmter tariflicher Regelungen ergeben, wenn der Arbeitgeber mit seinen Arbeitnehmern typischerweise im Arbeitsvertrag die Bezugnahme vereinbart.[106] Eine Besonderheit dürfte sich ergeben, wenn beide Vertragsparteien vorsätzlich die falsche Rechtsform vereinbart haben: Dann sollte der tatsächlich vorliegende Arbeitsvertrag dahin ausgelegt werden, dass für das Rechtsverhältnis – soweit es das zwingende Arbeitnehmerschutzrecht zulässt – die Vorschriften der vereinbarten Rechtsform gelten.[107]

Damit ergibt sich für die Vergütung für den festgestellten Zeitraum Folgendes:[108] Die für ein Dienstverhältnis getroffene Vergütungsabrede ist nicht allein deshalb unwirksam, weil das Rechtsverhältnis in Wirklichkeit ein Arbeitsverhältnis ist.[109] Die Auslegung ergibt insbesondere dann die Unwirksamkeit der Vergütungsabrede, wenn der Arbeitgeber seine freien Dienstverpflichteten und seine Arbeitnehmer üblicherweise in unterschiedlicher Form behandelt, z. B. durch die Zahlung einer Stundenpauschale anstatt eines Tarifgehalts.[110] Aus den bisherigen

98 *Wank* (Fn. 2), 1. Teil, Rn. 221; für dieselben Rechtsfolgen auch *Reiserer* (Fn. 71), Rn. 376.

99 *Wank* (Fn. 2), 1. Teil, Rn. 221.

100 BAG, NZA 2002, 624 (626); BAG, NZA 2002, 1338 f.; LAG Köln Urt. v. 10.10.1996 – 6 Sa 534/96 –, LAGE Nr. 7 zu § 611 BGB; *Günter Schaub,* in: Günter Schaub et al., Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagwerk für die Praxis, 11. Aufl. 2005, § 8 Rn. 30; *Kirsten* (Fn. 48), S. 84 f., 117 ff.; *Reinecke* (Fn. 13), 362.

101 BAG, NZA 2002, 624 (626); LAG Köln (Fn. 100).

102 *Lampe* (Fn. 44), 19.

103 *Lampe* (Fn. 44), 21.

104 Vgl. BAG, NZA 2002, 624 (626); *Forster* (Fn. 69), S. 6.

105 Vgl. *Kirsten* (Fn. 48), S. 75.

106 *Reinecke* (Fn. 13), 364; im Ergebnis auch BAG, Urt. v. 19.01.1999, AP Nr. 9 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Bl. 69 f. und BAGE 101, 75 (77), wobei die Bezugnahme als ein Fall der betrieblichen Übung angesehen wird.

107 *Fenn* (Fn. 46), 175 f.

108 Vgl. dazu auch *Michael Kittner*, in: Michael Kittner/Bertram Zwanziger, Arbeitsrecht: Handbuch für die Praxis, 4. Aufl. 2007, § 5 Rn. 150, 154.

109 BAG, NZA 2002, 1338 (LS 2).

110 BAG, NZA 2002, 1338 (LS 1); BAG, NZA 2002, 1328 (1329); BAG, NZA 2005, 814 (816).

Honorarzahlungen allein kann dann nicht gefolgert werden, dass die bisherige Vergütung auch dann gezahlt werden soll, wenn die Tätigkeit im Arbeitsverhältnis ausgeübt wird.[111]

Besteht also eine individualvertragliche Vergütungsabrede, so ist zunächst zu prüfen, ob Tarifgebundenheit besteht. Besteht Tarifgebundenheit, wird regelmäßig keine Öffnungsklausel nach § 4 Abs. 3 Var. 1 TVG für Vergütungsvereinbarungen vorliegen. Dann ist weiter zu prüfen, ob die einzelvertragliche Vergütungsvereinbarung eine höhere Vergütung als die tarifliche Vergütung vorsieht (vgl. § 4 Abs. 3 Var. 2 TVG). Ergibt die individualvertragliche Vergütungsvereinbarung eine niedrigere Vergütung als die tarifliche Vergütung, so ist die Individualvereinbarung nichtig und es gilt gemäß § 4 Abs. 1 S. 1 TVG die tarifliche Vergütung. Anders ist es, wenn sich durch den Vergleich der einzelvertraglichen Vergütungsvereinbarung eine höhere Vergütung als die tariflich vorgesehene herausstellt. Dann ergibt die ergänzende Vertragsauslegung nur dann die Unwirksamkeit der einzelvertraglichen Vergütungsvereinbarung für das Arbeitsverhältnis, wenn der Arbeitgeber freie Dienstverpflichtete und Arbeitnehmer unterschiedlich vergütet.[112] In diesem Fall musste beiden Parteien klar sein, dass die vertragliche Vergütungsvereinbarung von der Vorstellung beider Parteien von der wirklichen Natur des Rechtsverhältnisses abhängig sein sollte.[113] Stellt sich durch die Vertragsauslegung die Unwirksamkeit der günstigeren Individualvereinbarung heraus, ist weiter zu prüfen, ob die Vergütung im Verhältnis zu einem entsprechenden freien Dienstverhältnis überdurchschnittlich war. In einem solchen Fall wird die Vereinbarung ergänzend dahin auszulegen sein, dass ein in diesem Verhältnis entsprechend höheres Arbeitsentgelt als das tariflich vorgesehene zu zahlen ist.[114] Ist dies nicht der Fall, gilt wiederum die tarifliche Vergütung.

Besteht dagegen keine Tarifgebundenheit, ist die Vergütungsvereinbarung ergänzend wie beschrieben auszulegen, ob sie auch für ein Arbeitsverhältnis gelten soll. Ist die Vereinbarung demnach so auszulegen, dass sie auch für ein Arbeitsverhältnis gelten soll, da mit Arbeitnehmern und freien Dienstverpflichteten dieselben Individualvereinbarungen abgeschlossen werden, so kann die Vereinbarung einer untertariflichen Bezahlung dennoch nichtig sein, wenn sie gegen § 138 Abs. 1 oder § 138 Abs. 2 BGB verstößt.[115] Stellt sich die Unwirksamkeit einer Vereinbarung heraus, die eine im Verhältnis zu vergleichbaren freien Dienstverhältnissen überdurchschnittliche Vergütung vorsieht, so wird die ergänzende Vertragsauslegung wiederum zu einem in diesem Verhältnis höheren Arbeitsentgelt als üblich führen.[116] Entsprechendes müsste in den Grenzen von § 138 Abs. 1 und § 138 Abs. 2 BGB bei einer im Verhältnis zu vergleichbaren Dienstverhältnissen niedrigeren Vergütung gelten.[117]

Stellt sich die Unwirksamkeit einer im Verhältnis zu entsprechenden freien Dienstverhältnissen üblichen Vergütungsvereinbarung heraus, oder bestand nie eine einzelvertragliche Regelung, so gilt bei Tarifgebundenheit die tarifliche Vergütung. Ansonsten gilt § 612 Abs. 2 Var. 2 BGB, wobei üblich auch die einzelvertragliche Bezugnahme auf die tarifliche Vergütung sein kann.[118] Nicht verschwiegen werden soll, dass die tarifliche Eingruppierung im Einzelfall streitig werden kann.[119] Lässt sich eine übliche Vergütung nicht feststellen, ist eine Vergütung festzusetzen, die nach §§ 315, 316 BGB der Billigkeit entsprechen muss.[120]

Eine Kürzung der Vergütung um den Arbeitgeberanteil zur Sozialversicherung kommt wegen des entgegenstehenden Rechtsgedankens des § 32 Abs. 1 SGB I und der Umgehung zwingenden Kündigungsschutzrechts nicht in Betracht.[121] Dasselbe dürfte für eine vergangenheitsbezogene Kürzung der Vergütung um den Arbeitnehmeranteil über die Grenzen des § 28 g SGB IV hinaus gelten.[122]

dd) Gleichbehandlung und betriebliche Übung

Gewährt der Arbeitgeber Leistungen an andere Arbeitnehmer nach abstrakten und generalisierenden Regeln, kann sich der Arbeitnehmer im Feststellungszeitraum auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen.[123] Ferner kann der Arbeitnehmer gegebenenfalls Ansprüche aus betrieblicher Übung einfordern, z. B. auf Altersvorsorgeansprüche, die sich aus betrieblichen Rentensystemen ergeben.[124]

ee) Vertragliche Wettbewerbsverbote

Wurde in dem vermeintlich freien Dienstvertrag zwischen den Parteien ein Wettbewerbsverbot, das bei einem freien Dienstvertrag nach dem GWB nur ausnahmsweise nicht nichtig wäre, vereinbart, so kann das Wettbewerbsverbot unter den Voraussetzungen der §§ 74 bis 75 f.

111 BAG, NZA 1998, 594 (LS 1, 595); BAG, NZA 2002, 1328 (1329)

112 BAG, NZA 2002, 624 (626); LAG Köln (Fn. 100).

113 BAG, NZA 2002, 624 (626); LAG Köln (Fn. 100).

114 *Reinecke* (Fn. 13), 363.

115 Vgl. *Junker* (Fn. 12), Rn. 177.

116 *Reinecke* (Fn. 13), 363.

117 Vgl. BAG, NZA 1998, 594 (595).

118 BAG, NZA 1998, 594 (595); BAG, NZA 2002, 624 (626 f.); BAG (Fn. 106), 77; *Martin Henssler,* in: ders./et al., Das arbeits- und sozialrechtliche Korrekturgesetz und die Scheinselbständigkeit: Auswirkungen auf Rechtsverhältnisse vor allem von freien Mitarbeitern und Franchisenehmer, Rn. 138.

119 *Rosenfelder* (Fn. 53), S. 222; vgl. z. B. BAG, NZA 2002, 155 ff.

120 BAG, NZA 2002, 624 (627).

121 Vgl. *Preis* (Fn. 71), Teil II A 50 Rn.35; LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 26.08.1999 – 4 Sa 430/99 –, Tz. 35 ff.

122 Vgl. *Goretzki/Hohmeister* (Fn. 5), 638; LAG Rhl.-Pf. (Fn. 121).

123 BAG, SAE 1977, 118 (119); *Preis* (Fn. 28), § 611 BGB Rn. 122; *Kittner* (Fn. 108), § 5 Rn. 150; *Rosenfelder* (Fn. 53), S. 223; siehe zu den Voraussetzungen eines Anspruchs auf Gleichbehandlung: *Junker* (Fn. 12), Rn. 58 f. m. w. N.

124 *Reiserer* (Fn. 71), Rn. 129; zu den Voraussetzungen eines Anspruchs aus betrieblicher Übung siehe *Junker* (Fn. 12), Rn. 78 ff. m. w. N.

HGB i. V. m. § 110 GewO für das tatsächlich vorliegende Arbeitsverhältnis wirksam sein.

c) Geltendmachung von vergangenheitsbezogenen Ansprüchen durch den Arbeitnehmer

aa) Anspruchsumfang

Falls der Arbeitnehmerstatus für die Vergangenheit festgestellt wurde, kann der Arbeitnehmer seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis auch für die Vergangenheit geltend machen. Der Arbeitnehmer kann aber nur die Differenz zwischen seinen Forderungen und den Leistungen des Arbeitgebers geltend machen, wobei sogar Ansprüche in die Saldierung miteinbezogen werden, die eigentlich wegen tariflicher Ausschlussfristen erloschen sind.[125] Eine solche Verrechnung sei nach Treu und Glauben geboten, denn sie beruhe auf der Einheitlichkeit des Vertragsverhältnisses und diene dem Schutz der Vertragspartner, die von einem ordnungsgemäßen Leistungsaustausch ausgingen.[126] Zwar mutet es auf den ersten Blick ungewöhnlich an, wenn die Folgeansprüche, die sich aus der nachträglichen Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ergeben, saldiert werden. Man könnte in einer solchen „Aufrechnung von Amts wegen" eine Umgehung der Aufrechnungsvorschriften (§§ 387 ff. BGB) sehen. Allerdings kann die Saldierung zahlreiche Folgeprozesse über schwierige Rückabwicklungen vermeiden, was der Rechtssicherheit dient. Ferner dient die Saldierung der Einzelfallgerechtigkeit: Die Grundannahme des BAG ist, Zeiträume, für die der Arbeitnehmerstatus gerichtlich festgestellt worden ist, nachträglich auch als Arbeitsverhältnis zu behandeln.[127] Dem Arbeitnehmer sollen zwar aus der falschen rechtlichen Behandlung des Arbeitsverhältnisses keine Nachteile entstehen. Er soll aber auch nicht nach der im Arbeitsrecht stets vermiedenen „Rosinentheorie" Vorteile beliebig kombinieren können.[128] Daher müssen etwaige Unterschiede zwischen Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis und aus freiem Dienstvertrag zu Gunsten einer Gesamtbetrachtung zurücktreten.[129]

bb) Ausschluss- und Verjährungsfristen

(1) Ausschlussfristen

Die Ansprüche des Arbeitnehmers können aber aufgrund von tariflichen Ausschlussfristen erloschen sein. Gilt für die Vertragsparteien kein Tarifvertrag, können die Ausschlussfristen dennoch anwendbar sein.

Für den Beginn der Ausschlussfristen ist regelmäßig die Fälligkeit der Ansprüche maßgeblich. Fälligkeit i. S. d. Ausschlussfristen bedeutet, dass der Berechtigte den Anspruch rechtlich und tatsächlich geltend machen kann; d. h. der Gläubiger muss die Leistung verlangen können (Fälligkeit i. S. v. § 271 BGB), und er muss objektiv in der Lage sein, die Anspruchshöhe zu beziffern.[130] Dabei ergeben sich hinsichtlich des Fristbeginns bei der Geltendmachung von Ansprüchen durch den Arbeitnehmer keine Besonderheiten: Derjenige, der meint, ihm stünden (Vergütungs-) Ansprüche aus einem behaupteten Arbeitsverhältnis zu, könne diese ohne weiteres geltend machen. Lediglich die rechtskräftige Feststellung des Arbeitnehmerstatus sei ungewiss, ansonsten stünde der Geltendmachung eines bezifferbaren Anspruchs nichts im Wege.[131] Falls im Tarifvertrag nicht ausdrücklich der Fristlauf von der Kenntnis des Arbeitnehmers abhängig gemacht wird,[132] beginnt die Frist unabhängig von der Kenntnis des Arbeitnehmers dann, wenn der Arbeitnehmer die Leistung i. S. v. § 271 BGB fordern kann.[133]

Hier stellt sich aber regelmäßig das Problem, dass der unzutreffend als Selbständiger behandelte Arbeitnehmer regelmäßig keine Kenntnis von den Tarifverträgen haben wird. Dies wird u. a. daran liegen, dass der Arbeitgeber es unterlassen hat, gemäß § 8 TVG die tatsächlich für den Arbeitnehmer maßgebenden Tarifverträge im Betrieb auszulegen. § 8 TVG hat als bloße Ordnungsvorschrift aber keinen Einfluss auf den Beginn und den Lauf von Ausschlussfristen.[134] Rechtsmissbräuchliches Verhalten des Arbeitgebers ist erst dann zu bejahen, wenn er den Arbeitnehmer bewusst in der falschen Rechtsform des freien Dienstverhältnisses beschäftigt und den Tarifvertrag somit der Kenntnis des Arbeitnehmers vorenthält.[135]

Das BAG lehnt auch die Einstufung des § 8 TVG als arbeitsvertragliche Nebenpflicht oder Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB und damit einen Schadensersatzanspruch ab.[136] Dagegen wird eingewandt, dass die Pflicht zur Auslage des Tarifvertrags auch dem Schutz des einzelnen Arbeitnehmers diene.[137]

Ein Streitentscheid kann dahinstehen, wenn der Arbeitnehmer dennoch den Inhalt seiner Ansprüche im Wege eines Schadensersatzanspruchs (vgl. § 249 Abs. 1 BGB) verlangen kann. Der Arbeitgeber wird in den Fällen der falschen Rechtsformwahl regelmäßig nicht nur gegen § 8 TVG, sondern auch gegen § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 10 NachwG verstoßen haben. Zwar sei auch § 2 NachwG kein Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB.[138] Allerdings komme ein Verzugsschadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1, 2, § 286 BGB in Betracht.[139] Bei Vertragsschluss

125 BAG, NZA 2002, 1328 (1330 f.); siehe schon *Fenn* (Fn. 46), S. 182.

126 BAG, NZA 2002, 1328 (1331).

127 *Niepalla/Dütemeyer* (Fn. 10), 713.

128 Vgl. *Reinecke* (Fn. 3), 1282; vgl. *Hohmeister* (Fn. 50), 1010.

129 BAG, NZA 2002, 1328 (1331).

130 *Preis* (Fn. 28), §§ 194–218 BGB Rn. 55.

131 BAG NZA 2002, 155 (157); LAG Köln, Urt. v. 13.08.1999 – 11 Sa 1318/98 –, Tz. 26 f.; so auch *Michael Worzalla*, Arbeitsverhältnis – Selbständigkeit, Scheinselbständigkeit, 1996, Rn. 393; *ders.* (Fn. 82), Rn. 389.

132 Vgl. zu einer solchen Klausel BAG, DB 1999, 805.

133 Vgl. *Preis* (Fn. 28), §§ 194–218 BGB, Rn. 35.

134 BAG, DB 1964, 155 f.; BAG, DB 1972, 1782 f.; BAGE 100, 225 (234 ff.).

135 BAG, DB 1964, 155; *Julius* (Fn. 61), S. 106 ff.; *Worzalla* (Fn. 131); *ders.* (Fn. 82), Rn. 389.

136 BAGE 100, 225 (237 f.); so auch *Manfred Löwisch/Volker Rieble*, Tarifvertragsgesetz: Kommentar, 2. Aufl. 2004, § 8 TVG Rn. 14; an der bisherigen Rechtsprechung zweifelnd BAG, Urt. v. 21.02. 2007 – 4 AZR 258/06 –, Tz. 20 ff.

137 *Ulrich Zachert,* in: Otto Ernst Kempen/Ulrich Zachert, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl. 2006, § 8 TVG Rn. 8 ff.; *Gerhard Reinecke,* in: Wolfgang Däubler, Tarifvertragsgesetz: mit Arbeitnehmer-Entsendegesetz, 2. Aufl. 2006, § 8 TVG Rn. 18 ff.

138 BAG (Fn. 106), 82 f.; BAGE 108, 256 (263).

139 BAG (Fn. 106), 80 ff.; so auch *Löwisch/Rieble* (Fn. 136), § 8 TVG

stünde aufgrund des § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG der Zeitpunkt, zu dem die Niederschrift spätestens auszuhändigen sei, objektiv fest, weshalb eine Mahnung nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich sei.[140] Damit werden alle Auffassungen im Fall der falschen Rechtsformwahl regelmäßig zu denselben Ergebnissen führen: Außer wenn den Arbeitgeber kein Verschulden hinsichtlich der unterbliebenen Information trifft oder die unterbliebene Information über den anzuwendenden Tarifvertrag nicht kausal für den durch die Versäumung der Ausschlussfristen entstandenen Schaden war,[141] wird der Arbeitnehmer trotz der Ausschlussfristen seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis im Wege der Naturalrestitution (§ 249 Abs. 1 BGB) geltend machen können. Gegebenenfalls kommt ein Mitverschulden in Betracht (vgl. § 254 BGB).[142]

(2) Verjährung

In Betracht kommt weiterhin, dass der Arbeitgeber die Einrede der Verjährung (vgl. § 214 Abs. 1 BGB) erhebt. Nach der Schuldrechtsreform richtet sich die Verjährung der Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis grundsätzlich nach §§ 195, 199 Abs. 1 BGB.[143] Dabei ergeben sich hinsichtlich der Verjährung von Ansprüchen des Arbeitnehmers bei falscher Rechtsformwahl keine Besonderheiten.

d) Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers von überzahlter Vergütung

Sollte der Arbeitnehmerstatus auch für die Vergangenheit festgestellt worden sein, ist es möglich, dass dem Arbeitnehmer im Feststellungszeitraum eine geringere Vergütung zustand, als er tatsächlich als freier Dienstverpflichteter erhalten hat. Dann wird der Arbeitgeber versuchen, die zuviel gezahlten Beträge zurückzuverlangen.

aa) Rechtsgrundlage

Nach einer Ansicht seien allerdings Rückforderungsansprüche grundsätzlich ausgeschlossen, da in der Vergangenheit ein Rechtsgrund in Form eines vollständig wirksamen Vertrages bestanden habe.[144] Nach einer weiteren Ansicht könnten sich Rückforderungsansprüche aus einer auch vergangenheitsbezogenen Vertragsanpassung wegen der Störung der Geschäftsgrundlage ergeben. Dabei wird teilweise wiederum eine vergangenheitsbezogene Vertragsanpassung, nach der sich Rückforderungsansprüche ergeben könnten, nur ausnahmsweise und nur im Fall des beiderseitigen Rechtsirrtums angenommen.[145] Teilweise wird eine Rückforderung nach den Grundsätzen von der Störung der Geschäftsgrundlage uneingeschränkt für möglich gehalten, wenn der Arbeitgeber unvorsätzlich eine falsche Rechtsform mit dem Arbeitnehmer vereinbart hat.[146] Nach der neueren Rechtsprechung und einem Teil der Literatur ist dagegen für überzahlte Vergütung § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB einschlägig.[147]

Dieser Streit ist eine Konsequenz des Streits über die Folgen für Individualvereinbarungen. Daher sollte hinsichtlich des Streitentscheids nichts anderes gelten. Dem Arbeitnehmer sollen nicht sowohl die Vorteile eines freien Mitarbeiters als auch die Vorteile eines Arbeitnehmers zufließen.[148] Zeiträume, für die der Arbeitnehmerstatus gerichtlich festgestellt wurde, sollten nachträglich auch als Arbeitsverhältnis behandelt werden.[149] Daher ist Voraussetzung für einen Rückforderungsanspruch, dass eine Vergütungsvereinbarung nicht besteht, bzw. eine für ein freies Dienstverhältnis vereinbarte Vergütung als unwirksam anzusehen ist. Ist diese Voraussetzung erfüllt, fehlt der Rechtsgrund für den Betrag, den der Arbeitgeber über die für ein Arbeitsverhältnis geschuldete Vergütung hinaus gezahlt hatte.[150] Damit ist für den Arbeitgeber § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB die Rechtsgrundlage für Rückforderungen von Vergütungszahlungen, die den – dem Beschäftigten als Arbeitnehmer zustehenden – Vergütungsanspruch übersteigen.

bb) Zeitraum der Rückforderungsansprüche

Der Arbeitgeber kann Rückzahlungsansprüche aber nicht für einen von ihm bestimmten Zeitraum geltend machen. Stattdessen kann er nur für den vom Arbeitnehmer beantragten Feststellungszeitraum Rückzahlungsansprüche geltend machen, ansonsten handelt er rechtsmissbräuchlich.[151] Außerdem muss sich der Arbeitgeber bei der erstmaligen gerichtlichen Geltendmachung erklären, ob er die Überzahlungen abschließend für den vom Arbeitnehmer beantragten Feststellungszeitraum geltend macht.[152] Dies wird wahrscheinlich im Hinblick auf die Saldierung der gegenseitigen Ansprüche verlangt.

cc) Ausschluss nach § 814 Var. 1 oder § 817 S. 2 BGB?

Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB dürfte nicht wegen bereicherungsrechtlicher Vorschriften ausgeschlossen sein. Zum Teil wird für den Fall der von den Vertragsparteien beiderseits vorsätzlich falsch vereinbarten Rechtsform der Ausschlusstatbestand des § 817 S. 2

Rn. 15.

140 BAG (Fn. 106), 81.

141 Vgl. zur Beweislast für die Kausalität BAG (Fn. 106), 81 f.

142 BAG (Fn. 106), 82.

143 *Preis* (Fn. 28), §§ 194–218 BGB Rn. 5.

144 *Thüsing* (Fn. 64), Vor § 611 BGB Rn. 25 f.; *Mayer-Maly* (Fn. 65), a. E.; *Goretzki/Hohmeister* (Fn. 5), 641; *Besgen* (Fn. 50), 163; *Forster* (Fn. 69), S. 10 ff., 19; für die Fallgruppe des beiderseitigen Rechtsirrtums auch *Hohmeister* (Fn. 50), 1011.

145 BAGE 52, 278 f.; *Worzalla* (Fn. 131), Rn. 390; *ders.* (Fn. 82), Rn. 386; *Kunz/Kunz* (Fn. 2), Rn. 41 f.

146 *Lampe* (Fn. 44), 24, 26.

147 BAG, NZA 2002, 155 (159); BAG, NZA 2002, 1328 (1329); BAG, NZA 2005, 814 (815 f.); BAG, NZA 2007, 321 (324); LAG Köln, Urt. v. 10.09.1998 – 5 Sa 834/98 –, Tz. 3; *Reiserer,* in: ders. et al. (Fn. 71), Rn. 377; *Hochrathner* (Fn. 24). 1018; *ders.,* (Fn. 17), 1085 f.; *Reinecke* (Fn. 13), 363; *Kittner* (Fn. 108), § 5 Rn. 151.

148 *Reinecke* (Fn. 3), 1282; *Reinecke* (Fn. 13), 367; *Kittner* (Fn. 108), § 5 Rn. 150.

149 BAG, NZA 2002, 155 (159); *Reinecke* (Fn. 13), 363; *Niepalla/Dütemeyer* (Fn. 10), 713.

150 LAG Köln (Fn. 147).

151 BAG, NZA 2007, 321 (324).

152 BAG, NZA 2007, 321 (323).

BGB für anwendbar gehalten.[153] Allerdings existiert kein gesetzliches Gebot, das in einem solchen Fall die Leistung verbietet. Weiterhin erscheint es übertrieben, nach beiderseits vorsätzlicher Vereinbarung der falschen Rechtsform durch überzahlte Vergütung einen Verstoß gegen die guten Sitten zu sehen. Damit sollte diese Auffassung abgelehnt werden.

Stattdessen sollte mit der Rechtsprechung § 814 Var. 1 BGB angewandt werden.[154] Danach ist die positive Kenntnis vom Nichtbestehen der Schuld erforderlich, wobei eine Parallelwertung in der Laiensphäre genügt.[155] Zwar wird bei juristischen Personen stets Wissen gem. § 166 Abs. 1 BGB (analog) zugerechnet,[156] allerdings stellt die Rechtsprechung sehr hohe Anforderungen an die „Tatsachenkenntnis im Einzelfall".[157] Folglich ist noch kein Fall relevant geworden, in dem der Arbeitgeber nach der Arbeitnehmerstatusfeststellung die überzahlte Vergütung wegen § 814 Var. 1 BGB nicht zurückfordern konnte.[158]

dd) Anspruchsumfang nach § 818 Abs. 1 und 3 BGB

Ein Wegfall der Bereicherung beim Arbeitnehmer (vgl. § 818 Abs. 3 BGB), insbesondere nach den Anscheinsbeweisregeln des BAG bei überzahlter Vergütung,[159] wird in der Regel nicht vorliegen, da die überzahlte Vergütung meist erheblich über den Schwellenwerten liegt, für die das BAG die Anscheinsbeweisregeln entwickelt hat.[160]

Die Voraussetzungen der Saldotheorie[161] liegen beim Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers von überzahlter Vergütung an sich nicht vor. Dennoch kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer, der Leistungsansprüche geltend macht, nur einen für ihn günstigen positiven Saldo, d. h. die Summendifferenz zwischen sämtlichen Honorarzahlungen des Arbeitgebers und sämtlichen Leistungsansprüchen des Arbeitnehmers, herausverlangen.[162]

ee) Ausschluss- und Verjährungsfristen, Verwirkung

(1) Ausschlussfristen

Auch dem Rückforderungsanspruch des Arbeitgebers wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Arbeitnehmers könnten tarifliche Ausschlussfristen entgegenstehen. Eine Auffassung will tarifliche Ausschlussfristen nicht auf einen solchen Anspruch anwenden. Danach seien Ausschlussfristen zulasten des Arbeitgebers nicht anwendbar, weil dieser gerade nicht aufgrund eines Arbeitsverhältnisses, sondern aufgrund eines freien Beschäftigungsverhältnisses geleistet habe.[163] Dagegen wird zutreffend eingewandt, dass Tarifverträge ähnlich wie Gesetze auszulegen sind, sodass die Antwort auf die Frage, ob Rückforderungsansprüche von einer Ausschlussfrist erfasst sind, nicht von den subjektiven Fehlvorstellungen des Arbeitgebers abhängen kann.[164] Die erbrachten Leistungen und Gegenleistungen müssen im Feststellungszeitraum rechtlich als im Rahmen des Arbeitsverhältnisses angesehen werden.[165] Deshalb subsumiert die Rechtsprechung die Rückforderungsansprüche unter Ausschlussfristen für „sonstige Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis".[166] Die Anwendbarkeit von Ausschlussfristen richtet sich ferner nach den unter III. 1. b) bb) cc) (4) aufgestellten Grundsätzen.

Fraglich ist aber, wann die Ausschlussfrist für den Arbeitgeber zu laufen beginnt, wobei es wiederum auf die Fälligkeit ankommt. Nach einer Ansicht würden die Rückforderungsansprüche fällig, wenn der Arbeitgeber von den Umständen der fehlerhaften Berechnung Kenntnis habe, bzw. Kenntnis haben müsse, was i. d. R. im Zeitpunkt der Überzahlung der Fall sei. Es sei kein Grund ersichtlich, warum einerseits die durch eine Kündigung entstandene ungeklärte Rechtslage nach allgemeiner Auffassung den Lauf von Ausschlussfristen nicht hindere, andererseits die Unsicherheit über den Status den Beginn der Ausschlussfristen hinausschieben solle.[167] Nach der neueren Rechtsprechung des BAG sind Rückforderungsansprüche des Arbeitgebers dagegen erst fällig, wenn die Arbeitnehmereigenschaft des Beschäftigten festgestellt ist, sei es durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung oder sei es durch außergerichtliche Klärung.[168] Dies wird damit begründet, dass eine frühere Geltendmachung vom Arbeitgeber verlange, die Arbeitnehmereigenschaft des Beschäftigten zu bestreiten und gleichzeitig Rückforderungsansprüche auf die Arbeitnehmereigenschaft des Beschäftigten zu stützen.[169] Ein solch widersprüchliches Verhalten sei dem Arbeitgeber nicht zumutbar, da insbesondere bei zweistufigen Ausschlussfristen[170] eine vorsorgliche gerichtliche Geltendmachung wegen der Unzulässigkeit einer bedingten Klage nicht möglich sei.[171] Hinzu komme, dass der Beschäftigte den Zeitraum der Feststellung bestimme und ihn im Verlauf des Prozesses

153 *Goretzki/Hohmeister* (Fn. 5), 641; *Hohmeister* (Fn. 50), 1012; *Hohmeister/Goretzki* (Fn. 53), S. 157.

154 BAG, NZA 2002, 1328 (1329); BAG, NZA 2005, 814 (816); auch *Reinecke* (Fn. 13), 365 f.

155 BAG, NZA 2005, 814 (816); *Reinecke* (Fn. 13), 365.

156 Vgl. *Reinecke* (Fn. 13), 365 f.

157 Vgl. BAG, NZA 2002, 1328 (1329); BAG, NZA 2005, 814 (816).

158 Vgl. BAG, NZA 2002, 1328 (1329); BAG, NZA 2005, 814 (816); *Reinecke* (Fn. 13), 366.

159 Vgl. dazu *Junker* (Fn. 12), Rn. 247.

160 Vgl. BAG, NZA 2005, 814 (817).

161 Vgl. *Hartwig Sprau* (Fn. 52), § 818 Rn. 48 f.

162 BAG, NZA 2002, 1328 (1331); *Reinecke* (Fn. 13), 363; *Fenn*, (Fn. 46), 182; *Kittner* (Fn. 108), § 5 Rn. 151.

163 *Hochrathner* (Fn. 17), 1086.

164 *Reinecke* (Fn. 13), 364.

165 BAG, NZA 2002, 155 (159).

166 BAG, NZA 2002, 155 (159); BAG, NZA 2002, 1328 (1329); BAG, NZA 2005, 814 (817); BAG, NZA 2007, 321 (325); LAG Köln (Fn. 147), Tz. 4; zustimmend *Reinecke* (Fn. 13), 364 und *Niepalla/Dütemeyer* (Fn. 10), 714.

167 LAG Köln, Urt. v. 25.01.2000 – 13 Sa 1650/98 –, Tz. 84 – Vorinstanz zu BAG, NZA 2002, 155 ff.; *Reinecke* (Fn. 13), 364 f.

168 BAG, NZA 2002, 155 (159); BAG, NZA 2002, 1328 (1330); BAG, NZA 2005, 814 (818); BAG, NZA 2007, 321 (325).

169 BAG, NZA 2002, 155 (159).

170 Vgl. dazu *Junker* (Fn. 12), Rn. 245 m. w. N.

171 BAG, NZA 2002, 155 (159).

erweitern oder einschränken könne, weshalb dem Arbeitgeber eine Bezifferung des Rückforderungsanspruchs nicht möglich sei.[172]

Allerdings existiert der Rechtsbehelf der Eventualwiderklage. In diesen Fällen wird über den in einem Hilfsantrag gestellten Rückforderungsanspruch des Auftraggebers nur entschieden, wenn das Gericht dem Antrag des Beschäftigten auf Feststellung des Arbeitnehmerstatus stattgibt.[173] In diesen Fällen sollte ein widersprüchliches Verhalten des Arbeitgebers nicht angenommen werden, was das BAG bei Erhebung einer Hilfswiderklage auch nicht getan hat.[174] Weiterhin hat das BAG dem Beschäftigten mittlerweile aufgegeben, in seinem Statusantrag den festzustellenden Zeitraum zu bestimmen. In diesem Zeitpunkt ist es dem Auftraggeber möglich, zumindest hilfswiderklagend Rückforderungsansprüche geltend zu machen. Sollte der Feststellungszeitraum bereits in der Klage des Beschäftigten angegeben sein, so sollte die Fälligkeit i. S. d. Ausschlussfristen im Zeitpunkt der Zustellung der Klage eintreten, wodurch die Frist gem. § 187 Abs. 1 BGB am darauffolgenden Tag beginnen würde. Entsprechendes gilt, wenn der Beschäftigte den Feststellungszeitraum erst in der mündlichen Verhandlung bestimmt. Sollte der Beschäftigte seinen Feststellungsantrag im Verlauf des Prozesses erweitern, was nach den neueren Vorgaben des BAG nicht ohne weiteres möglich sein wird, sollten die Ausschlussfristen für sich aus der Erweiterung ergebende zusätzliche Rückforderungsansprüche am Tag nach der Erweiterung beginnen. Ein Arbeitgeber, der um die falsch gewählte Rechtsform weiß, ist außerdem nicht schutzwürdig, weshalb in diesem Fall die Rückforderungsansprüche im Zeitpunkt der Überzahlung fällig i. S. d. Ausschlussfristen würden. Damit ist der deutliche Unterschied beim Fristbeginn für Ausschlussfristen von Arbeitgeber- und Arbeitnehmeransprüchen als Konsequenz der neueren Rechtsprechung des BAG unbillig, weshalb der erstgenannten Meinung gefolgt werden sollte.

(2) Verjährung

Bereicherungsrechtliche Ansprüche verjähren nach der Schuldrechtsreform ebenfalls nach der regelmäßigen Verjährungsfrist (vgl. § 195 BGB). Dabei kommt es für den Fristbeginn durch die Voraussetzung des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB ebenso auf die Fälligkeit an, weshalb die unter III. 1. d) ee) (1) getroffenen Feststellungen auf den Beginn der Verjährungsfrist übertragen werden können.[175]

(3) Verwirkung

Eine Verwirkung sollte bei der durch die Schuldrechtsreform von 30 auf 3 Jahre verkürzten Verjährungsfrist nicht mehr angenommen werden.[176]

172 BAG, NZA 2002, 155 (159); BAG, NZA 2002, 1328 (1330).

173 Vgl. BGH (Fn. 39), 16; vgl. BAG (Fn. 38), 741.

174 Vgl. BAG, NZA 2007, 321 ff.

175 Vgl. *Niepalla/Dütemeyer* (Fn. 10), 714.

176 Zum alten Recht *Reinecke* (Fn. 13), 366.

2. Betriebliche und kollektivarbeitsrechtliche Folgen

Die nachträgliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft kann über die Folgen für das Rechtsverhältnis der Parteien hinaus betriebliche und kollektivarbeitsrechtliche Auswirkungen haben.[177] Es können Schwellengrenzen (vgl. §§ 17, 23 KSchG; §§ 1, 99, 106 BetrVG) erreicht werden, sei es dass für das Erreichen noch ein Arbeitnehmer fehlte, sei es, weil andere Beschäftigte im Betrieb die gleiche Tätigkeit wie die des „neuen" Arbeitnehmers ausüben. Die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft kann auch der Grund für eine Anfechtung der Betriebsratswahl sein, weil der vermeintlich Selbständige nicht mit gewählt hatte. Ferner kann die Feststellung der Anlass sein, dass der Betriebsrat eine Feststellungsklage auf das Bestehen eines Mitbestimmungsrechts erhebt.

3. Auswirkungen von sozialrechtlichen Folgen auf zivilrechtliche Ansprüche

Neben den arbeitsrechtlichen Folgen hat die nachträgliche Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft erhebliche sozialrechtliche Konsequenzen.[178] Aus diesen Folgen können sich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wiederum Streitigkeiten ergeben, die in die Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit fallen.[179]

Zunächst soll kurz die Gesetzeslage im Sozialrecht skizziert werden. Zentraler Anknüpfungspunkt für die Versicherungspflicht im Sozialrecht ist der Begriff des Beschäftigten i. S. v. § 7 SGB IV.[180] Dabei ist der Arbeitgeber Schuldner des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (vgl. § 28 e SGB IV). Das bedeutet, dass der Arbeitgeber, soweit keine Verjährung eingetreten ist (vgl. §§ 25, 23 SGB IV), sämtliche Sozialversicherungsbeiträge, also auch die Arbeitnehmeranteile, nachzahlen muss. Dabei kann er in aller Regel wegen der restriktiven Bestimmungen in § 28 g SGB IV nicht beim Beschäftigten i. S. v. § 7 SGB IV Regress nehmen. Wegen der abschließenden sozialrechtlichen Regelungen besteht deshalb auch im Zivilrecht nur eine sehr eingeschränkte Regressmöglichkeit des Arbeitgebers nach § 826 BGB.[181]

Wenn allerdings Rückforderungsansprüche der Sozialversicherungsträger bereits verjährt sind (vgl. §§ 25, 23 SGB IV), dann erhält der Arbeitnehmer weniger Leistungen aus den Sozialkassen, z. B. eine geringere Rente. Denkbar ist deshalb, dass der Arbeitnehmer die geringeren Leistungen als Schadensersatz vom Arbeitgeber

177 Vgl. im Einzelnen *Julius* (Fn. 61), S. 111 ff.; *Knut Müller* (Fn. 51), 1067 f.; *Goretzki/Hohmeister* (Fn. 5), 641; *Besgen* (Fn. 50), 161 f.; *Kunz/Kunz* (Fn. 2), Rn. 63 ff.

178 Vgl. im Einzelnen *Preis* (Fn. 28), § 611 BGB Rn. 121 m. w. N.; *Freckmann,* in: Reiserer et al. (Fn. 71), Rn. 118–325, 379–390; *dies.,* in: Reiserer/Freckmann (Fn. 71), Rn. 138–347.

179 Vgl. BAG NZA 1988, 803 (804).

180 Vgl. im Einzelnen *Rolfs* in: Erfurter Kommentar (Fn. 28), § 7 SGB IV Rn. 1 ff.

181 BAG (Fn. 179), 803 (804 f.).

verlangt.[182] Anspruchsgrundlage wäre § 280 Abs. 1 BGB. Wenn der Arbeitnehmer aber eine höhere Vergütung als ein vergleichbarer Arbeitnehmer erhält und diese auch behalten darf, wird vertreten, dass das Verschulden des Arbeitgebers entfallen solle.[183] Allerdings geht es letztlich darum, dass der Arbeitnehmer deshalb eine höhere Vergütung erhalten hat, damit er selbst vorsorgen kann. Dies ist eine Problematik der Schadenszurechnung. In Fällen, in denen der Arbeitnehmer als vermeintlich Selbständiger eine höhere Vergütung als ein vergleichbarer Arbeitnehmer erhalten hat, und diese auch behalten darf, sollte die Problematik daher im Rahmen des Schadens gelöst werden. Es ist zu prüfen, ob nicht wertend der Zurechnungszusammenhang zwischen Schaden und Pflichtverletzung entfällt, weil der Arbeitnehmer in der Lage gewesen wäre, selbst vorzusorgen.

IV. Zusammenfassung, taktische Überlegungen und Konsequenzen für die Rechtsberatung

Insgesamt lässt sich feststellen, dass es der Rechtsprechung mittlerweile gelungen ist, handhabbare Kriterien für die arbeitsrechtlichen Folgen der nachträglichen Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft aufzustellen. Die Zulässigkeit vergangenheitsbezogener Statusklagen ist eingeschränkt worden, wodurch vergangenheitsbezogene Folgeprobleme häufiger als früher schon im Voraus vermieden werden. Für den Feststellungszeitraum, den der klagende Beschäftigte anzugeben hat, besteht ein wirksames Arbeitsverhältnis, auf das sämtliche zwingende arbeitnehmerschützende Vorschriften anzuwenden sind. Individualvereinbarungen für ein vermeintlich freies Dienstverhältnis sind (ergänzend) auszulegen. Hinsichtlich vergangenheitsbezogener Ansprüche müssen gegebenenfalls tarifliche Ausschlussklauseln beachtet werden. Überzahlte Vergütung kann der Arbeitgeber für den Feststellungszeitraum nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB vom Arbeitnehmer herausverlangen.

Mit Blick auf diese Folgen ergibt sich auch, dass es nicht generell Sinn für einen Beschäftigten macht, eine Statusklage zu erheben. Erhält er eine hohe Vergütung, so setzt er sich dem Risiko aus, dass die Vergütung nicht nur für die Zukunft herabgesetzt wird, sondern auch, dass der Auftraggeber Rückzahlungsansprüche geltend macht. Will der Auftraggeber aber nur arbeitnehmerschützende Vorschriften umgehen und dem Beschäftigten im Gegenzug keinen Ausgleich zukommen lassen, kann es ratsam sein, die Arbeitnehmereigenschaft feststellen zu lassen. Die Rechtsprechung hat die Pflicht, die sich für den Arbeitnehmer ergebenden Folgen einer Statusfeststellung zu prüfen, nicht zuletzt der anwaltlichen Rechtsberatung überantwortet.[184]

Wichtiger erscheint aber gerade mit Blick auf die erheblichen Konsequenzen, wobei an dieser Stelle noch die steuerrechtlichen Folgeprobleme erwähnt seien,[185] eine sorgfältige Vertragsgestaltung und v. a. eine sorgfältige Vertragsdurchführung. Die Vertragsparteien sollten sich im Hinblick auf die Folgen einer nachträglichen Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft genau überlegen, wie sie den Vertrag ausgestalten und durchführen wollen.[186] Dies führt nicht zuletzt dazu, dass an die Kautelarjurisprudenz hohe Anforderungen gestellt werden.

182 *Hochrathner* (Fn. 24), 1017; *Reinecke* (Fn. 1), 736.

183 *Hochrathner* (Fn. 24), 1017.

184 Vgl. *Niepalla/Dütemeyer* (Fn. 10), 712 (714).

185 Vgl. dazu *Träumer,* in: Reiserer et al. (Fn. 71), Rn. 327–371, 391–429.

186 *Knut Müller* (Fn. 51), 1069; vgl. zur Vertragsgestaltung im Einzelnen *Henssler* (Fn. 118), Rn. 140 ff.