

## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### **Aktenzeichen: 5 Sa 150/19**

1 Ca 1668 c/18 ArbG Elmshorn  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am: 16.01.2020

gez. ...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein - 5. Kammer - durch die Vorsitzende Richterin am Landesarbeitsgericht ..., den ehrenamtlichen Richter ... und den ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer in der mündlichen Verhandlung vom 16.01.2020

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichtes Elmshorn vom 06.06.2019 – Az 1 Ca 1668 c/18 – wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.
3. Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

---

## Tatbestand

Die Parteien streiten über Rückzahlungsansprüche der Klägerin wegen einer vermeintlich fehlerhaften Behandlung des sie verbindenden Vertragsverhältnisses als selbstständiger Dienstvertrag.

Die Klägerin betreibt in H. ein Pflege- und Therapiezentrum. Dort war der Beklagte von Februar bis Juli 2015 als examinierte Pflegefachkraft tätig. Rechtsgrundlage ihrer Beschäftigung war der zwischen den Parteien geschlossene Dienstleistungsvertrag vom 19.02.2015, der folgende Regelungen enthält:

**„§ 1 Konditionen** Es sollen folgende Konditionen gelten

Grundsatz pro Stunde	32 €
Zuschläge für Samstag/Sonntag	15 %
Nachtzuschlag (20:00 – 6:00 Uhr)	20 %
Feiertagszuschlag	100 %
garantierte tägl. Arbeitsstunden	7,5 h

## **§ 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen**

Es gelten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit dem Stand vom 14 Februar 2015. Ich erkläre/wir erklären, dass ich/wir Kenntnis von den oben genannten Allgemeinen Geschäftsbedingungen genommen habe/haben und diese akzeptiere/akzeptieren.“

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen lauten auszugsweise:

### **„§ 2**

#### **Inhalte von Dienstleistungsverträgen nach diesen AGB**

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der Erbringung von Dienstleistungen. Diese Dienstleistungen bestehen:

**bei pflegerischen Personal:** in der eigenständigen und eigenverantwortlichen Planung, Durchführung, Dokumentation und Überprüfung von Krankenpflege und/oder Altenpflege in Kooperation mit den zu pflegenden Patienten/Heimbewohnern und den angestellten Pflegedienstmitarbeitern und Ärzten des Auftraggebers und niedergelassenen, für die Patienten zuständigen Ärzten. Der Auftragnehmer orientiert sich bei seiner Planung an den Rahmenbedingungen der Einrichtung.

### § 3

#### **Weisungsbefugnis des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer**

Der Auftraggeber ist dem Auftragnehmer während der zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbarten Dienstzeiten nicht weisungsbefugt. Insbesondere hat der Auftraggeber keine Weisungsbefugnis im Hinblick auf die Gestaltung der Dienstzeiten. Die zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbarten Dienstzeiten werden im Dienstleistungsvertrag festgelegt.

**für pflegerisches Personal gilt:** Der Auftraggeber (bzw. dessen Stellvertreter) weist dem Auftragnehmer die zu pflegenden Patienten/Heimbewohner zu. Der Auftraggeber achtet hierbei darauf, die Anzahl der Patienten/Heimbewohner auf ein angemessenes Maß zu begrenzen. Der Auftraggeber orientiert sich hierbei an der Pflegebedürftigkeit der Patienten/Heimbewohner und an der Leistungsfähigkeit einer mindestens durchschnittlichen Pflegekraft.

...“

Ferner ist geregelt, dass der Auftragnehmer der Auftraggeberin für seine Tätigkeit monatliche Honorarrechnungen erteilt, dass er seine Einkünfte selbst versteuern und sich gegen Krankheit und Unfall selbst versichern und selbst Altersvorsorge betreiben muss. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf Anlage B1, Bl. 35a - 37 d. A., verwiesen.

Der Beklagte war infolge dieser Vereinbarung wiederholt von Februar bis Juli 2015 zur pflegerischen Betreuung von Wachkomapatienten im Pflegeheim der Klägerin tätig. Er erteilte der Klägerin für seine Einsätze entsprechend der Vereinbarung jeweils monatliche Honorarrechnungen unter Angabe einer Rechnungs- und Steuernummer.

Bei der Klägerin fand ab Mai 2016 durch die Deutsche Rentenversicherung eine Betriebsprüfung nach § 28 p I SGB IV statt. Die DRV stufte die im Zeitraum vom 01.01.2012 bis zum 30.06.2016 mit der Klägerin begründeten Rechtsverhältnisse diverser Pflege- und Pflegehilfskräfte, die auf Honorarbasis gearbeitet hatten, als abhängige Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts ein und erließ den Sammelbeitragsbescheid vom 05.04.2017 über nachzuentrichtende Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 304.714,04 € gegen die Klägerin (Anlage K3, Bl. 54 ff. d. A.). Für das Kalenderjahr errechnete die DRV eine Nacherhebungsbetrag von insgesamt 85.433,63 €. Der Beklagte wurde an diesem Verfahren nicht beteiligt.

Am 28.12.2018 hat die Klägerin vor dem Arbeitsgericht Zahlungsklage erhoben und von dem Beklagten Rückzahlung überhöhter Vergütungszahlung in Höhe von insgesamt 18.636,95 € beansprucht.

Die Klägerin hat gemeint,

bei dem im Jahr 2015 zwischen den Parteien abgeschlossenen Rechtsverhältnis habe es sich tatsächlich um ein Arbeitsverhältnis gehandelt. Die sogenannten Freiberufler seien ihr durch Pflegeagenturen vermittelt worden. Diese hätten den Arbeitskräftemangel in der Pflegebranche ausgenutzt, um auf Kosten der Pflegeeinrichtungen Profit zu machen. Letztere könnten als juristische Laien oftmals den Unterschied zwischen legaler Zeitarbeit im Rahmen des AÜG und sogenannten Freiberufler-Rechnungen nicht erkennen. So sei es auch hier gewesen. Der Beklagte habe den Dienstleistungsvertrag selbst gestellt und habe ihr, der Klägerin, Honorarrechnungen erteilt, die sie beglichen habe. Tatsächlich sei der Beklagte jedoch Arbeitnehmer gewesen. Er habe sich in die Schichtpläne einfügen müssen. Seine durchzuführenden pflegerischen Tätigkeiten seien im computergestützten Pflegeplanungssystem vorgegeben gewesen. Er habe sich an die Vorgaben im Qualitätshandbuch halten müssen. Der Beklagte habe seine pflegerischen Tätigkeiten in die computergestützte Pflegedokumentation eingeben müssen. Der Beklagte habe mithin unter ständiger Verantwortung der Pflegedienstleitung gearbeitet. Eine freiberufliche Pflegetätigkeit in stationären Pflegeeinrichtungen sei nach der Rechtsprechung der Sozialgerichte nicht mehr möglich. Der Beklagte sei mithin Arbeitnehmer gewesen, sodass er nach § 612 Abs. 2 BGB nur Anspruch auf die übliche Bruttoarbeitsvergütung gehabt hätte. Diese hätte nach der Entgeltgruppe 8 des TVöD 16,32 € pro Stunden (ohne Zuschläge) betragen. Hiervon ausgehend habe sie an den Beklagten rechtsgrundlos eine überhöhte Vergütung gezahlt, die sie nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zurückfordern könne. Die Überzahlung betrage insgesamt 18.636,95 €.

Der Beklagte hat gemeint,

dass er für die Klägerin als selbstständige Pflegekraft tätig geworden sei und nicht als weisungsgebundener Arbeitnehmer. Er sei seinerzeit als Krankenpfleger in einem Krankenhaus vollzeitbeschäftigt gewesen und habe schon deshalb frei über die Einsatzzeiten bei der Klägerin bestimmen können. Nach der vereinbarten und gelebten Vertragsgestaltung sei er nicht weisungsgebunden gewesen. Aufgrund seiner qualifizierten Ausbildung und langjährigen Berufserfahrung wisse er, was pflegerisch zu tun sei und habe die diesbezüglichen pflegerischen Tätigkeiten eigenständig auf der Wachkomastation ausgeführt. Da die übrigen Mitarbeiter Altenpfleger gewesen seien,

habe er die Mitarbeiter eingeteilt und die schwersten Fälle selbst übernommen. Der Beklagte hat die behauptete Feststellung der Deutschen Rentenversicherung, als auch die Höhe der geltend gemachten Forderung, bestritten.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage vollumfänglich mit Urteil vom 06.06.2019 abgewiesen. Ein Anspruch auf Rückzahlung zu Unrecht gezahlter Honorare bestehe nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht. Nach dem Inhalt des vereinbarten schriftlichen Vertrags hätten die Parteien einen freien Dienstvertrag abgeschlossen. Dies sei ein wichtiges Indiz für das Vorliegen eines entsprechenden Vertragswillens. Der Vertrag räume der Klägerin an keiner Stelle ein Weisungsrecht gegenüber dem Beklagten ein. Angesichts dessen habe die Klägerin nicht konkret dargelegt, wie das Rechtsverhältnis im streitgegenständlichen Zeitraum tatsächlich und abweichend zu den schriftlichen Vertragsgrundlagen durchgeführt worden sei. Die Klägerin habe nur generell zu Verträgen mit Freiberuflern vorgetragen. Indessen fehle ein Vortrag zur konkreten Vertragsdurchführung mit dem Beklagten.

Gegen das ihr am 03.07.2019 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 15.07.2019 Berufung beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein eingelegt und diese nach gewährter Verlängerung bis zum 04.10.2019 am 04.10.2019 begründet.

Die Klägerin trägt vor,  
das Arbeitsgericht habe bei seiner Entscheidung die Darlegungslast bei Regel- und Ausnahmesachverhalten verkannt. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, Urt. v. 07.06.2019, Az. B 12 R 6/18 R, erfolge die Tätigkeit von Pflegefachkräften in stationären Pflegeeinrichtungen in der Regel in der Form eines Arbeitsverhältnisses; für die Annahme selbständiger Tätigkeit müssten gewichtige Anhaltspunkte vorliegen. Diese Grundsätze seien auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren anwendbar, sodass die Darlegungslast für das Vorliegen selbständiger Arbeit bei dem Beklagten liege. Es komme auf die tatsächliche Vertragsgestaltung, nicht auf die Bezeichnung im Vertrag, an. Die Abläufe bei der Auftragserteilung an die Beklagte unterschieden sich nicht von

denen bei ihren Arbeitnehmern. Auch bei diesen frage sie bei unbesetzten oder durch Krankheit frei gewordenen Schichten nach, ob diese die Schichten übernehmen könnten, wenn diese sich im Frei oder Urlaub befänden. Bei Ablehnung werde jemand anderes gefragt. Erst das Freiwerden bestimmter Schichten habe dem Beklagten die Einsatzmöglichkeit eröffnet. Bei Übernahme der konkreten Schichten sei er zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet gewesen und hätte sie, die Klägerin, im Falle einer Unpässlichkeit unverzüglich informieren müssen. Er habe sich an die vorgegebenen Schichten halten müssen und sei, ebenso wie die festangestellten Arbeitnehmer, in die fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden gewesen. Sie bzw. die Pflegedienstleitung habe dem Beklagten gegenüber das Direktionsrecht in Bezug auf den Inhalt der Tätigkeit ausgeübt. Aufgrund des von der Pflegedienstleitung erstellten Bezugspflegeplans seien dem Beklagten die von ihm konkret zu pflegenden Bewohner zugewiesen worden. Dabei sei darauf geachtet worden, dass die Patienten möglichst häufig von ein und derselben Pflegekraft betreut werden. Auch in Bezug auf die Art und Weise der pflegerischen Tätigkeit habe der Beklagte keine eigene Entscheidungsmöglichkeit gehabt. Zu jedem Patienten existiere eine konkrete Pflegeplanung, d.h. was wann durchzuführen sei (z.B. Toilettengang, Inkontinenzversorgung, Drehen im Bett, Nahrungszuweisung, Mobilisation in dem Rollstuhl, Flüssigkeitszufuhr). Hieran sei der Beklagte gebunden gewesen. Dies gelte auch für die Verabreichung von Medikamenten. Selbst für Notfälle sei in den Pflegeplänen hinterlegt, welche Medikamente zusätzlich gegeben werden dürften.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Elmshorn vom 06.06.2019, Az. 1 Ca 1668 c/18 den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin 18.636,95 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt

das angefochtene Urteil. Er weist darauf hin, dass Sozialrecht und Arbeitsrecht nicht identisch seien. Zudem habe das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung vom

07.06.2019 lediglich Ausführungen zu sogenannten Honorarpflegekräften in stationären Einrichtungen gemacht und ausdrücklich den die Ausprägung der Tätigkeit als Honorarpflegefachkräften, etwa als Intensivpfleger oder Anästhesiepfleger offengelassen. Sein ausschließlicher Einsatz auf der Wachkoma-Station sei vergleichbar mit der Intensivpflege. In den Schichten sei zumeist nur noch eine weitere examinierte Fachkraft zugegen gewesen, zumeist nur ein examinierter Altenpfleger. Deshalb habe er aufgrund seiner Erfahrungen zumeist die Personaleinteilung vorgenommen. Er habe zumeist für alle Patienten die Medikamente gestellt. Die Zeiten für die Verteilung der Medikamente und die Lagerungsrunden habe er selbst bestimmt. In Notfällen, die fast in jeder Schicht aufgetreten seien, sei er auf sich alleine gestellt gewesen. Er habe dann eigenständige Entscheidungen über Krankenhauseinlieferung, Bedarfsmedikation, Absaugung oder Not-Trachialkanülenwechsel bei nicht ausreichender Luftzufuhr treffen müssen. Häufig hätten seine Schichten nicht mit denjenigen der übrigen Mitarbeiter übereingestimmt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird auf den Inhalt ihrer wechselseitigen Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschrift vom 16.01.2020 Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist dem Beschwerdewert nach statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. b; 66 Abs. 1 ArbGG; §§ 519, 520 ZPO.

In der Sache selbst hat die Berufung der Klägerin indessen keinen Erfolg.

Das Arbeitsgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Die Klägerin hat gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch auf Rückzahlung von zu Unrecht gezahlter Vergütung.

1. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob der Beklagte im Jahr 2015 im Rahmen eines freien Dienstverhältnisses oder im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für die Klägerin

als Pflegefachkraft gearbeitet hat. Aufgrund der betrieblichen Einbindung des Beklagten in Pflegeabläufe sowie dessen Weisungsgebundenheit gegenüber der Pflegedienstleitung spricht vieles dafür, dass es sich vorliegend bei dem vom Beklagten angenommenen Einsätze/Schichten jeweils um befristete Arbeitsverhältnisse handelte. Der Beklagte verkennt insoweit, dass er die von ihm geschuldete pflegerische Tätigkeit nur entsprechend der im EDV-System der Klägerin für jeden Patienten hinterlegten Pflegeplanung sowie des auf ärztlicher Anordnung erstellten Medikamentenplans ausüben konnte. Auch dies spricht für eine Weisungsgebundenheit des Beklagten. Letztlich kommt es auf diese strittige Frage vorliegend nicht an. Denn der Klägerin steht auch dann kein Anspruch auf Rückforderung zu viel gezahlter Vergütung zu, wenn man ihren Vortrag als wahr unterstellt und von einem Arbeitsverhältnis ausgeht. Die Klägerin kann bereits aus Rechtsgründen nicht die Differenz zwischen dem üblicherweise geschuldeten Arbeitsentgelt nach §§ 611a Abs. 2, 612 Abs. 2 BGB und dem tatsächlich gezahlten Honorar beanspruchen. Einem solchen Rückforderungsanspruch steht der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB entgegen. Hierzu im Einzelnen:

**2.** Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts 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, Urt. v. 09.02.2005 - 5 AZR 175/04 -, Rn. 23, juris; BAG, Urt. v. 29.05.2002 - 5 AZR 680/00 -, Rn. 17, juris). 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, d.h. den Beklagten, trifft allerdings eine sekundäre Darlegungslast (BAG, Urt. v. 08.11.2017 - 5 AZR

11/17 -, Rn. 16, juris). Der Anspruchsteller muss daher nur denjenigen Rechtsgrund ausräumen, der sich aus dem Vortrag des Leistungsempfängers ergibt (BAG, Urteil vom 26. Juni 2019 – 5 AZR 178/18 –, Rn. 15, juris; BGH, Urt. v. 28.07.2015 - XI ZR 434/14 -, Rn. 21 mwN, juris).

**3.** Selbst dann, wenn diese Voraussetzungen eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs vorlägen, ist es der Klägerin vorliegend nach dem Grundsatz von Treu und Glauben verwehrt, sich auf die Überzahlung des Beklagten zu berufen.

**a)** Der in § 242 BGB normierte und den gesamten Rechtsverkehr beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet jedermann, in Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten, nach Treu und Glauben zu handeln. Nach diesem Grundsatz ist ein Verhalten dann als rechtsmissbräuchlich anzusehen, wenn besondere Umstände die Rechtsausübung als treuwidrig erscheinen lassen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn durch das Verhalten der einen Seite für die andere Seite ein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand des Bisherigen entstanden ist (BAG, Urt. v. 14.09.2005 - 4 AZR 348/04 -, Rn. 18, juris; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 22.08.2007 - 12 Sa 8/07 -, Rn. 68, juris).

**b)** Hieran gemessen erweist sich die streitgegenständliche Rückforderung zu viel geleisteter Vergütung als rechtsmissbräuchlich.

**aa)** Durch die Vereinbarung und Behandlung des Rechtsverhältnisses als freie Mitarbeit wird beim Mitarbeiter ein entsprechender Vertrauensstatbestand geschaffen. Erweist sich die Zusammenarbeit tatsächlich als Arbeitsverhältnis, ist dieses Vertrauen des Arbeitnehmers grundsätzlich schützenswert. Der Arbeitgeber handelt rechtsmissbräuchlich, wenn er versucht, dem Mitarbeiter die erhaltenen Vorteile wieder zu entziehen. Anders liegt es dann, wenn der Mitarbeiter selbst eine Klage erhebt und für einen bestimmten Zeitraum die Einordnung des Rechtsverhältnisses als Arbeitsverhältnis geltend macht. Damit gibt er zu erkennen, dass er das Rechtsverhältnis nicht nach den Regeln der freien Mitarbeit, sondern nach Arbeitsrecht behandelt wissen will. Wenn der Arbeitgeber entsprechend diesem Anliegen verfährt und das Rechtsverhältnis auch vergütungsrechtlich als Arbeitsverhältnis behandelt, kann der Arbeitnehmer insoweit keinen Vertrauensschutz geltend machen (BAG, Urt. v. 08.11.2006 - 5 AZR

706/05 -, Rn. 37, juris; BAG Urt. v. 26.06.2019 - 5 AZR 178/18 -, Rn. 22). Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier indessen unstreitig nicht vor. Der Beklagte hat im gesamten Verlauf des Rechtsstreits auf die Einordnung des Vertragsverhältnisses als freies Dienstverhältnis bestanden und zu keinem Zeitpunkt Arbeitnehmerrechte geltend gemacht.

**bb)** Dies zugrunde gelegt, verstößt die Klägerin gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und handelt demnach rechtsmissbräuchlich, wenn sie sich trotz des Abschlusses eines Dienstleistungsvertrages und der Zahlung der danach vereinbarten Honorare, nunmehr auf die tatsächliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses beruft und Rückzahlung einer Überzahlung des Beklagten geltend macht.

**(1)** Die Klägerin selbst hat seit Jahren die Dienste der Vermittlungsagenturen in Anspruch genommen und mit diversen sogenannten Freiberuflern, so auch dem Beklagten, Dienstleistungsverträge abgeschlossen, um den in ihrem Pflegeheim vorhandenen und benötigten Arbeitskräftebedarf zu decken. Dies war nach ihrem eigenen Vortrag eines ihrer Geschäftsmodelle. Dabei sind die Motive der Klägerin, Freiberufler einzustellen, für die Frage des Rechtsmissbrauchs unerheblich.

Die Klägerin hat sich darauf berufen, dass die Pflegeagenturen den Fachkräftemangel in der Pflegebranche ausgenutzt hätten. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Klägerin tatsächlich, trotz ausreichender Bemühungen und leistungsgerechter Entlohnung, auf dem freien Markt im Jahre 2015 keine Pflegefachkräfte als Arbeitnehmer fand, denn sie hätte aus eigener Kenntnis wissen können und müssen, dass es sich bei der von ihr angebotenen Pflegetätigkeit um weisungsabhängige Arbeit i.S.v. § 611a Abs. 1 BGB handelte. Fehlende Rechtskenntnis ihrerseits steht der Schutzwürdigkeit des durch Vertragsabschluss gesetzten Vertrauens in die Gültigkeit der getroffenen Abrede nicht entgegen. Die Klägerin hat durch Abschluss des Dienstleistungsvertrages und der Zahlung von Honoraren bei dem Beklagten das Vertrauen auf die Gültigkeit der vertraglich vereinbarten Bedingungen gesetzt.

**(2)** Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beklagte selbst den zur Akte gereichten Dienstleistungsvertrag vom 19.02.2015 gestellt hatte. Denn die Klägerin

hatte sich direkt oder über die Pflegeagentur an den Beklagten gewandt, um mit diesem einen Dienstleistungsvertrag abzuschließen. Sie hat nicht einmal behauptet, dass sie dem Beklagten 2015 vorrangig oder auch nur alternativ den Abschluss eines Arbeitsvertrages angeboten hatte. Die Klägerin hat sich bei entsprechendem Bedarf an den Beklagten gewandt und nachgefragt, ob dieser bestimmte Schichten übernehmen könne. Vor diesem Hintergrund konnte und durfte der Beklagte darauf vertrauen, dass die Klägerin die von ihr mit Vertragsschluss eingegangenen Verpflichtungen (insbesondere die Zahlung der vereinbarten Honorare) auch tatsächlich erfüllt und nicht im Nachhinein teilweise wieder zurückverlangt.

**(3)** Das in die Gültigkeit der vertraglichen Bedingungen (Honorarvereinbarung) gesetzte Vertrauen ist insbesondere auch deshalb schutzwürdig, weil sich der Beklagte nach dem Dienstleistungsvertrag selbst gegen die Folgen von Krankheit und Unfall versichern und eine eigenständige Altersvorsorge betreiben musste. Im Arbeitsverhältnis tragen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Sozialversicherungsbeiträge gemeinsam. Der Beklagte selbst hat infolge der Nacherhebung der Sozialversicherungsbeiträge durch die DRV bei der Klägerin auch keine eigenen Vorteile erlangt. Etwaige Beiträge sind seinem Rentenkonto unstreitig nicht gutgeschrieben worden.

**(4)** Zudem hat die Klägerin selbst davon profitiert, dass das Vertragsverhältnis der Parteien als freies Dienstverhältnis abgewickelt wurde. Auf der Grundlage des Dienstleistungsvertrages war die Klägerin nicht gebunden, dem Beklagten auch tatsächlich vergütungspflichtige Arbeit zuzuweisen. Ein unternehmerisches Risiko, den Beklagten trotz etwaiger rückläufiger Belegungszahlen beschäftigen und vergüten zu müssen, hatte sie nicht zu tragen. Der Beklagte hatte zudem keinen Kündigungsschutz wie die festangestellten Mitarbeiter.

Ferner schuldete die Klägerin dem Beklagten nach den vertraglichen Regelungen weder bezahlten Urlaub noch Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Auch sonstige Arbeitnehmerschutzvorschriften galten für den Beklagten nicht. Insbesondere konnte die Klägerin den Beklagten entgegen den Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes mehr als zehn Stunden am Tag einsetzen.

**cc)** Dementsprechend erweist sich die Rückforderung zu viel gezahlter Vergütung vorliegend als rechtsmissbräuchlich.

**dd)** Der Klägerin war auch kein Schriftsatznachlass gemäß § 283 ZPO zu gewähren. Ein Schriftsatznachlass kann gewährt werden, wenn sich die Partei in der mündlichen Verhandlung auf neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel der Gegenseite nicht einlassen kann. Mit dem rechtlichen Hinweis vom 10.01.2020 hat das Gericht indessen nicht auf neue Angriffs- oder Verteidigungsmittel und damit neue Tatsachen hingewiesen, aufgrund derer eine andere Bewertung des Sachverhalts geboten war, sondern einen rechtlichen Hinweis erteilt, der bislang noch keine Erörterung gefunden hatte. Zu Rechtsfragen hat sich die Partei indessen sofort zu erklären. Dies gilt insbesondere in Anwaltsprozessen. Der Klägerin war es möglich und zumutbar, zu den Rechtsfragen des § 242 BGB und die rechtliche Bewertung der Geltendmachung der Klagforderung als rechtsmissbräuchlich im Berufungstermin Stellung zu beziehen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass das Gericht bereits mit Verfügung vom 10.01.2020 darauf hingewiesen hatte. Eine Überraschungsentscheidung liegt mithin nicht vor.

**4.** Nach alledem war die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO i.V.m. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Ein gesetzlich begründbarer Anlass zur Zulassung der Revision lag hier nicht vor, § 72 Abs. 2 ArbGG.

gez. ...

gez. ...

gez. ...