BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 240/09

Verkündet am:
11. März 2010
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AÜG § 9 Nr. 3

Die Höhe der in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Leiharbeitgebers festgesetzten Vergütung, die der einen Leiharbeitnehmer übernehmende Entleiher dem Leiharbeitgeber zu zahlen hat, ist grundsätzlich nicht mehr angemessen im Sinne des § 9 Nr. 3 2. Halbsatz AÜG, wenn sie nicht nach der Dauer des vorangegangenen Verleihs gestaffelt ist. Eine solche Vereinbarung verstößt gegen § 9 Nr. 3 1. Halbsatz AÜG und ist unwirksam.

BGH, Urteil vom 11. März 2010 - III ZR 240/09 - LG Siegen
AG Olpe

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. März 2010 durch den Vizepräsidenten Schlick und die Richter Dörr, Wöstmann, Hucke und Seiters

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Siegen vom 2. September 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Amtsgerichts Olpe vom 18. November 2008 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittelzüge zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1 Die Parteien streiten um die Verpflichtung zur Zahlung einer Provision für die Vermittlung eines Arbeitnehmers.

2 Die Klägerin überließ aufgrund eines Auftrags vom 3. März 2008 der Beklagten einen ihrer Arbeitnehmer (Qualifikation: Schweisser). Die Parteien schlossen einige Tage später einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag/Personalvermittlungsvertrag, aufgrund dessen für die Arbeitnehmerüberlassung für

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

die hier maßgebliche Zeit ein Stundenverrechnungssatz von 24,95 € vereinbart war. Dem Vertrag lagen Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde, in denen folgender Absatz enthalten war:

> "Personalvermittlung nach vorheriger Arbeitnehmerüberlassung
>
> Wenn der Entleiher innerhalb einer Frist von 6 Monaten nach Ablauf der Überlassungszeit mit dem Mitarbeiter von Sch. Personalservice ein Beschäftigungsverhältnis begründet, ist eine Vermittlungsprovision aufgrund des gleichzeitig mit dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag geschlossenen Personalvermittlungsvertrages an Sch. Personalservice zu zahlen. Das gilt unabhängig davon, ob der Abschluss des Arbeitsvertrages auf der Initiative des Entleihers oder derjenigen des Mitarbeiters beruht. ….Die genaue Höhe der Provision errechnet sich aus dem Zweihundertfachen des Stundenverrechnungssatzes, der in der Auftragsbestätigung festgelegt ist zzgl der gültigen MwSt."

3 Die Klägerin verlangte entsprechend dieser Vereinbarung die Bezahlung der Nettoprovision in Höhe von 4.990 €, weil der Beklagte den hier fraglichen Arbeitnehmer der Klägerin nach Überlassung am 3. März 2008 zum 1. April 2008 übernommen hatte.

4 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte bei Abweisung des Feststellungsantrags, dass die Beklagte verpflichtet ist, die vorprozessualen Anwaltskosten in Höhe von 391,30 € zu tragen, zur Zahlung von 4.990 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11. April 2008 verurteilt.

5 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe

6 Die Revision hat Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass der Klägerin der geltend gemachte Anspruch aufgrund der vertraglichen Vereinbarung zustehe. Diese verstoße nicht gegen § 9 Nr. 3 AÜG. Die Vermittlungsprovision in Höhe des 200fachen des Stundenverrechnungssatzes sei nicht unangemessen. Die Vermittlungsprovision müsse nicht nach der Dauer der Entleihzeit gestaffelt werden.

II.

8 Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

9 1. Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch aufgrund des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags und hier insbesondere der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zu.

10 Die Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bezüglich der Vermittlungsprovision ist nach § 9 Nr. 3 1. Halbsatz AÜG und damit auch zugleich nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB (vgl. Senatsurteil vom 7. Dezember 2006 - III ZR 82/06 - NJW 2007, 764, 765 Rn. 15) unwirksam.

11 a) Nach dieser Vorschrift sind Vereinbarungen unwirksam, die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht. Der Senat (BGHZ 155, 311, 314 f) hat diese Unwirksamkeitsfolge nicht auf ausdrückliche Einstellungsverbote beschränkt, sondern weiter auf sonstige Vereinbarungen zwischen Verleiher und Entleiher erstreckt, die den Wechsel des Arbeitnehmers zum Entleiher verhindern oder wesentlich erschweren. Dementsprechend hat er auf der Grundlage des § 9 Nr. 4 AÜG a.F. eine vertragliche Bestimmung, wonach der Entleiher dem Verleiher eine Vermittlungsprovision zu zahlen hatte, wenn er den Leiharbeitnehmer vor Ablauf der gesetzlich geregelten maximalen Überlassungsdauer von zwölf Monaten oder innerhalb von sechs Monaten nach der Überlassung übernahm, grundsätzlich für unwirksam gehalten. Der Gesetzgeber hat § 9 Nr. 4 AÜG a.F. als § 9 Nr. 3 AÜG neu gefasst und den Halbsatz 2 angefügt, wonach die gegenüber Einstellungsverboten geltende Unwirksamkeitssanktion die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher für die nach vorangegangenem Verleih oder mittels vorangegangenen Verleihs erfolgte Vermittlung nicht ausschließt. Demnach ist nunmehr gemäß § 9 Nr. 3 Halbsatz 2 AÜG grundsätzlich die Vereinbarung eines Vermittlungsentgelts bei Arbeitsüberlassung zulässig, auch wenn diese nicht in einer Individualvereinbarung getroffen wird (Senatsurteil vom 7. Dezember 2006 - III ZR 82/06 - NJW 2007, 764, 765 Rn. 14).

12 Wenn eine nicht mehr angemessene Provision vereinbart wird, so ist diese aufgrund ihrer wirtschaftlichen Auswirkung geeignet, den Wechsel des Leiharbeitnehmers zum Entleiher zu verhindern oder zumindest wesentlich zu erschweren. Sie kommt in ihren Folgen dem in § 9 Nr. 3 1. Halbsatz AÜG geregelten Einstellungsverbot so nahe, dass auf sie die Anwendung dieser

Vorschrift gerechtfertigt ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 155, 311, 315; Mengel in: Thüsing, AÜG, 2005, § 9 Rn. 54; Boemke/Lembke, AÜG, 2. Aufl., § 9 Rn. 192).

13 b) Im vorliegenden Fall ist die zwischen den Parteien vereinbarte Vermittlungsprovision bereits deshalb nicht angemessen, weil ihre Höhe nicht nach der Dauer des vorangegangenen Verleihs gestaffelt ist.

14 Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten bei der Entscheidung der Frage, ob die Vergütungsvereinbarung zwischen Verleiher und Entleiher angemessen ist, die Dauer des vorangegangenen Verleihs, die Höhe des vom Entleiher für den Verleih bereits gezahlten Entgelts und der Aufwand für die Gewinnung eines vergleichbaren Arbeitnehmers berücksichtigt werden (BT-Drucks. 15/1749 S. 29; BT-Drucks. 15/6008 S. 11). Der Gesetzgeber hat damit hinsichtlich der Dauer des vorangegangenen Verleihs und der Höhe des vom Verleiher für den Verleih bereits gezahlten Entgelts zwei Kriterien für maßgeblich erklärt, die sich im Laufe des Verleihs verändern. Auch das dritte Kriterium, das der Gesetzgeber als Grundlage für die Angemessenheit der Vermittlungsprovision nennt, der Aufwand für die Gewinnung eines vergleichbaren Arbeitnehmers, stellt jedenfalls in der Gesamtbetrachtung eine im Laufe des Verleihs veränderbare Größe dar. Die Kosten für die Gewinnung eines vergleichbaren Arbeitnehmers wie etwa Kosten für Anzeigen, Vorstellungsgespräche, Einarbeitung und Weiterbildung werden sich im Regelfall über die Dauer der Verleihzeit nicht verändern. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass sich durch eine längere Verleihdauer diese Kosten amortisieren, da sie in der Verleihvergütung regelmäßig mit einkalkuliert sein dürften (vgl. Boemke/Lembke aaO § 9 Rn. 188; Lembke/Fesenmeyer DB 2007, 801, 803). Die Einwendung, der Aufwand, den der Arbeitgeber hat, um einen ähnlich qualifizierten Arbeitnehmer auf dem freien Markt zu rekrutieren, lasse sich mangels anerkannter Kriterien nicht zuver-

lässig ermitteln (Benkert BB 2004, 998, 999), greift nicht durch, da sich jedenfalls die zumindest angefallenen Kosten für Vorstellungsgespräche, Zeitungsanzeigen etc. ermitteln lassen.

15 Mit in die Bewertung einzustellen sind auch die ersparten Aufwendungen des den Leiharbeiter übernehmenden Arbeitgebers, der sich Vorstellungsgespräche etc. erspart. Diese Kosten verändern sich im Regelfall über die Dauer der Verleihzeit nicht. Mit in den Blick zu nehmen ist auch, welche Kosten der den Leiharbeiter übernehmende Arbeitgeber dadurch erspart, dass der zuvor bei ihm beschäftigte Leiharbeiter sich in sein Arbeitsgebiet schon eingearbeitet hat und er vom Arbeitgeber erprobt werden konnte. Die ersparten Kosten steigen mit zunehmender Dauer der Verleihzeit. Hierbei ist jedoch zu bedenken, dass für die Überlassung des Leiharbeiters und die Tätigkeiten im Betrieb eine Vergütung gezahlt wird, die in der Summe mit der fortschreitenden Dauer des Verleihverhältnisses ansteigt und deshalb diese Kostenvorteile beim Übernehmer ausgleicht (Boemke/Lembke aaO § 9 Rn. 188; Lembke/Fesenmeyer DB 2007, 801, 803).

16 Insgesamt betrachtet verändern sich die in die Wertung einfließenden Kriterien überwiegend, was eine Anpassung der Provision für die Übernahme eines Leiharbeitnehmers über die Dauer der Verleihzeit bedingt. Die Auslegung des Begriffs der Angemessenheit in § 9 Nr. 3 2. Halbsatz AÜG entsprechend dem Willen des Gesetzgebers führt im Ergebnis dazu, dass die Vereinbarung einer Vermittlungsprovision die Dauer des Verleihverhältnisses aufnehmen und bei der Höhe der Provision berücksichtigen muss (Sandmann/Marschall/Schneider, AÜG, [November 2008] Art. 1 § 9 Anm. 29; Ulrici in: Hümmerich/Boecken/Düwell, Anwaltskommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl., § 9 AÜG Rn. 30; Boemke/Lembke aaO § 9 Rn. 189; Lembke/Fesenmeyer, DB 2007, 801, 803;

Rambach/Begerau BB 2002, 937, 938; Dahl PERSONAL 2007, 52, 53; kritisch Benkert BB 2004, 998, 999; a.A. Schüren in: Schüren/Hamann, AÜG, 3. Aufl., § 9 Rn. 82). Die entgegenstehende Auffassung des Berufungsgerichts, die den Willen des Gesetzgebers ausblendet, kann deswegen nicht durchgreifen. Dem gegenüber ist es vielmehr nicht branchenunüblich (zur Berücksichtigung dieses Umstandes vgl. Senatsurteil vom 7. Dezember 2006 aaO; Boemke/Lembke, aaO § 9 Rn. 187; Ulrici aaO; ErfK/Wank, 10. Aufl., § 9 AÜG Rn. 10; Kalb in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrechtskommentar, 3. Aufl., § 9 AÜG Rn. 14; Schüren aaO § 9 Rn. 82; a.A. Ulber, AÜG, 2008, § 9 Rn. 107), dass die Leiharbeitsfirmen mit ihren Auftraggebern entsprechende nach der Entleihdauer gestaffelte Vermittlungsprovisionen vereinbaren (vgl. Rambach/Begerau BB 2002, 937, 938).

17 c) Eine Reduzierung der Vermittlungsprovision auf das angemessene Maß nach § 655 Satz 1 BGB scheidet im vorliegenden Fall aus. Die Vorschrift ist nicht anwendbar. Voraussetzung dafür wäre, dass für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluss eines Dienstvertrags oder für die Vermittlung eines solchen ein unverhältnismäßig hoher Maklerlohn vereinbart worden ist. Eine Nachweis- oder Vermittlungsleistung hat die Klägerin hier jedoch nicht erbracht. Der von der Klägerin und der Beklagten geschlossene Arbeitnehmerüberlassungsvertrag/Personalvermittlungsvertrag richtete sich primär auf die Arbeitnehmerüberlassung. Die Vermittlungsprovision ist allein daran geknüpft, dass die entleihende Beklagte mit dem Leiharbeitnehmer ein Beschäftigungsverhältnis begründet (vgl. Senatsurteil BGHZ 155, 311, 317 f).

18 Im Übrigen steht der Schutzzweck des § 9 Nr. 3 AÜG einer Anwendung des § 655 entgegen (vgl. Schüren aaO § 9 Rn. 78; Boemke/Lembke aaO § 9 Rn. 192; Ulrici aaO § 9 AÜG Rn. 31; Mengel aaO § 9 Rn. 54; a.A. Münch-

KommBGB/Roth, 5. Aufl., § 655 Rn. 4; Riedle LMK 2007, 213195). Das Verbot, dem Entleiher zu untersagen, den Leiharbeitnehmer zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht, dient dem Zweck, dem Leiharbeitnehmer die Chance des Wechsels auf einen anderen Arbeitsplatz - möglichst einen Dauerarbeitsplatz beim Entleiher - zu wahren (Senatsurteil BGHZ 155, 311, 317). Die Einfügung des 2. Halbsatzes in § 9 Nr. 3 AÜG, die die Vereinbarung einer angemessenen Vergütung zwischen Verleiher und Entleiher nicht ausschließt, hatte den Hintergrund, dass der Gesetzgeber Verleih und Vermittlung als ineinander übergehende Geschäfte ansah, die von der Privatautonomie geschützt seien. Solange die Höhe des zwischen dem Verleiher und Entleiher vereinbarten Vermittlungsentgelts nicht faktisch den sozialpolitisch durchaus erwünschten Wechsel eines Leiharbeitnehmers zum Entleiher erschwere, müssten derartige vertragliche Abreden zulässig sein (vgl. BT-Drucks. 15/1728, S. 146; BT-Drucks. 15/1749, S. 29; Senatsurteil vom 7. Dezember 2006 - III ZR 82/06 - NJW 2007, 764, 765 Rn. 12). Die Verhinderung des sozialpolitisch durchaus wünschenswerten Wechsels zum Entleiher ist aber bereits durch die Vereinbarung einer überhöhten Vermittlungsprovision beeinträchtigt, selbst wenn diese gemäß § 655 BGB auf eine angemessene Provision reduziert werden könnte. Zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Übernahme des Leiharbeitnehmers weiß der Entleiher nicht, welche Kosten ihm tatsächlich entstehen, so er denn nicht bereit ist, die überhöhte Vermittlungsprovision zu zahlen. Allein diese Unsicherheit ist geeignet, den Entleiher davon abzuhalten, den Leiharbeitnehmer einzustellen. Die Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers, deren Schutz das Gesetz ganz wesentlich im Blick hat (vgl. Senatsurteil BGHZ 155, 311, 313 f), wird deshalb bereits durch die Vereinbarung der überhöhten Provision beeinträchtigt, auch wenn eine Reduzierung im gerichtlichen Verfahren später möglich wäre. Der Schutz der Berufsfreiheit des Leiharbeitnehmers, sein Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes und ins-

besondere auf Eingehung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher nach Beendigung des Leiharbeitsverhältnisses steht deshalb einer Anwendung des § 655 BGB entgegen.

19 d) Aus dem gleichen Grund scheidet auch eine geltungserhaltende Reduktion der die Vermittlungsprovision beinhaltenden Allgemeinen Geschäftsbedingung aus (Boemke/Lembke aaO § 9 Rn. 192; Ulrici aaO § 9 AÜG Rn. 31).

20 e) Eine Klausel ohne Abstufung der Vermittlungsprovision entsprechend der Dauer der Verleihzeit kann nach allem deshalb nur in Betracht kommen, wenn die Vermittlungsprovision von der Höhe her so niedrig bemessen ist, dass sie in jedem denkbaren Fall als angemessen bezeichnet werden müsste und eine Abstufung der Zeit nach deswegen aufgrund der Höhe nicht erforderlich ist. Dies kann bei einer Provision wie im vorliegenden Fall in Höhe des 200fachen Stundenverrechnungssatzes jedoch ausgeschlossen werden.

21 Da die Vermittlungsprovisionsvereinbarung wegen der nicht erfolgten Staffelung der Provision nach der Dauer der Entleihzeit unwirksam ist und damit ein Anspruch der Klägerin ausscheidet, kommt es auf die weiteren Rügen der Beklagten zur Angemessenheit der Vermittlungsprovision im Hinblick auf die Höhe als solche nicht mehr an. Die Angemessenheit der Provisionshöhe richtet sich dabei ganz wesentlich nach dem in den beteiligten Wirtschaftskreisen Üblichen, was vom Tatrichter - so dies zwischen den Parteien streitig ist - aufgrund einer durchzuführenden Beweisaufnahme zu ermitteln ist.

22 2. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), wobei der Senat in der Sache selbst entscheiden kann, weil sie zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Schlick Dörr .Wöstmann

Hucke Seiters

Vorinstanzen:
AG Olpe, Entscheidung vom 18.11.2008 - 25 C 692/08 -
LG Siegen, Entscheidung vom 24.08.2009 - 3 S 140/08 -