

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

AFG §§ 4, 13; BGB § 134; ZPO § 561

- a) Eine Arbeitsvermittlung, für die ein besonderes Entgelt versprochen wird, fällt auch dann unter das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit (§ 4 AFG), wenn sie im Rahmen einer Unternehmens- oder Personalberatung geleistet wird.
- b) Soweit im Revisionsrechtszug ein in den Vorinstanzen selbständig erhobener zweiter Klageanspruch nur noch hilfsweise geltend gemacht wird, liegt darin im allgemeinen keine im Revisionsrechtszug unzulässige Klageänderung.

BGH, Urt. v. 23. Oktober 1974 - IV ZR 7/73 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 7/73

URTEIL

Verkündet am
23. Oktober 1974
Hellmann,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Unternehmensberaters Hans S [REDACTED],
O [REDACTED] bei K [REDACTED], Zum E [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

gegen

1. die Firma C [REDACTED]-Car, Auto GmbH & Co. Betriebs-KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die C [REDACTED]-Car Auto GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer Kaufmann Walter Sc [REDACTED],
2. die Firma C [REDACTED]-Car Auto GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Kaufmann Walter Sc [REDACTED],
3. die Firma Leasing Gesellschaft W. Sc [REDACTED] KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die Leasing Beratung GmbH Vermögensverwaltung KG, diese vertreten durch den Geschäftsführer Kaufmann Walter Sc [REDACTED],

zu 1 - 3 geschäftsansässig in B [REDACTED] [REDACTED], Kurfürstendamm [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 2. Oktober 1974
durch die Richter Prof. Johannsen, Dr. Pfretzschner,
Dr. Buchholz, Knüfer und Rottmüller

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das
Urteil des 16. Zivilsenats des Kam-
mergerichts in Berlin vom 27. No-
vember 1972 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Re-
vision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist selbständiger Unternehmensbera-
ter mit der Firma MSM - Unternehmensberatung Hans
H. S. [REDACTED] (MSM ist die Abkürzung für Management-
Systems-Marketing). Er kam mit den Beklagten im Jah-
re 1970 in Geschäftsverbindung, nach dem Vorbringen
des Klägers auf dem Wege über seine persönlichen
Beziehungen zu dem damaligen technischen Geschäfts-
führer der Beklagten zu 1, Ha [REDACTED] (beide seien frü-
her bei der Firma H [REDACTED] - Autovermietungen tätig
gewesen, Ha [REDACTED] als Leiter der Niederlassung dieser
Firma in B [REDACTED], der Kläger als sein unmittelbarer
Vorgesetzter).

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



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Nachdem der Kläger nach seinem Vortrag bereits im Juli 1970 für die Beklagte als Unternehmensberater tätig gewesen war und eine Aufwands- und Ertragsrechnung für deren Unternehmen für die Jahre 1971 - 1974 erstellt hatte, trafen er und die Beklagte zu 3 eine beiderseits mit Schreiben vom 8. und 13. August 1970 bestätigte Vereinbarung, durch die der Kläger beauftragt wurde, der Beklagten zu 1 (die Beklagte zu 1 ist eine Tochtergesellschaft der Beklagten zu 3, die Beklagte zu 2 die Komplementärin der Beklagten zu 1) einen leitenden Mitarbeiter für die Position des Prokuristen - Bereich Operations - nachzuweisen und die entsprechenden Vorgespräche zu führen. Er sollte bei Einstellung des von ihm präsentierten Bewerbers ein Honorar von 7 500,-- DM erhalten. Der Kläger nahm am 18. August 1970 ersten Kontakt mit dem später eingestellten Mitarbeiter Hu [REDACTED] auf, der zu dieser Zeit noch bei der Firma H [REDACTED] in F [REDACTED] ([REDACTED]) beschäftigt war. Mit der Beklagten zu 1 traf der Kläger unter dem Datum des 20. August 1970 eine Vereinbarung, nach der er bei Einstellung des Bewerbers Hu [REDACTED] ein Vermittlungshonorar von 3 600,-- DM erhalten sollte, mit dem sämtliche Leistungen von MSM abgegolten sein sollten.

Gemäß Vereinbarung mit der Beklagten zu 1 vom 31. August 1970 übernahm der Kläger für die Zeit vom 1. September bis 31. Oktober 1970 selbst die Position des "General Manager Operations" bei der Beklagten sowie die Verpflichtung, die Geschäftsleitung der Beklagten in allen Fragen der Geschäftsführung mit Schwerpunkt "Operations" zu beraten und

zu unterstützen. Ihm wurde hierfür eine Vergütung auf der Grundlage von Arbeitstagen versprochen, und zwar für die ersten 10 Tage im Monat 4 000,-- DM und für jeden weiteren Tag im Monat 300,-- DM, außerdem eine monatliche Spesenvergütung von 1 500,-- DM. Diese Vereinbarung wurde lt. Schreiben der Beklagten zu 2 vom 28. Oktober 1970 über den 31. Oktober 1970 hinaus verlängert mit dem Zusatz, es würde begrüßt, wenn der Kläger seine beratende Tätigkeit bis zur Besetzung der Position des General Manager Operations übernehmen würde.

Am 29. Dezember 1970 traf der Kläger mit den Beklagten zu 1 und 3 eine Vereinbarung, deren Zweck im § 1 wie folgt festgelegt wurde:

"§ 1 Zweck der Vereinbarung

Diese Vereinbarung wird abgeschlossen mit dem Ziel, daß MSM die vertragschließenden Firmen in folgenden Punkten als Unternehmensberater unterstützt und berät:

- a) Gestellung des General Manager Operations für C [REDACTED] Car, als Mitglied der Geschäftsleitung mit Prokura.
- b) Gestellung des Hauptabteilungsleiters Marktentwicklung für C [REDACTED] Car.
- c) Durchführung von Sonderaufgaben gemäß gesonderter Vereinbarung."

Als Vergütung wurde dem Kläger ein monatliches "Basishonorar" von 14 000,-- DM versprochen. Die Vertragsdauer wurde auf die Zeit vom 1. Januar 1971 bis zum 31. Dezember 1972 mit Verlängerungsmöglichkeit festgelegt. Am gleichen Tage schloß der Kläger einen Anstellungsvertrag mit einem Herrn T [REDACTED] ab, in

dem es heißt:

"Herr T [REDACTED] wird zum 1. Januar 1971 als Mitarbeiter der MSM-Unternehmensberatung eingestellt. Basis für das Anstellungsverhältnis ist der zwischen der MSM und Firma C [REDACTED] Car abgeschlossene Beratungsvertrag, der die Gestellung eines Hauptabteilungsleiters Marktentwicklung zum Inhalt hat."

Am 31. Dezember 1970 schloß der Kläger einen entsprechenden Anstellungsvertrag mit Herrn Hu [REDACTED] ab, durch den dieser zum 1. Februar 1971 als Mitarbeiter von MSM eingestellt wurde. Auch in diesem Vertrag heißt es, Basis für das Anstellungsverhältnis sei der zwischen der MSM und der Firma C [REDACTED] Car abgeschlossene Beratungsvertrag, der die Gestellung eines General Manager Operations mit Prokura zum Inhalt habe. In beiden Verträgen heißt es weiter, die Herren erklärten sich bereit, die genannten Positionen bei der Firma C [REDACTED] Car, B [REDACTED], namens und im Auftrag der MSM wahrzunehmen. Für ihre Arbeit sollte "die Aufgaben- und Arbeitsplatzbeschreibung der Firma C [REDACTED] Car" gelten. Hu [REDACTED] wurde eine Vergütung von monatlich 7 000,-- DM, T [REDACTED] eine solche von 3 000,-- DM versprochen. Die Verträge wurden für die Zeit bis zum 31. Dezember 1972 nebst Verlängerungsmöglichkeit abgeschlossen.

Hu [REDACTED] und T [REDACTED] nahmen ihre Tätigkeit bei der Beklagten zu 1 Anfang 1971 auf. Zu dieser Zeit beendete der Kläger die Tätigkeit bei der Beklagten als General Manager, die er gemäß Vertrag vom 31. 8./31. 10. 1970 übernommen hatte. Nach seiner Behauptung war er als Berater noch bis zum 31. Januar 1971 und noch mehr als 10 Tage im Febru-

ar 1971 tätig sowie noch bei weiteren (im einzelnen in der Berufungsbegründung aufgeführten) Verhandlungen und Besprechungen bis in den Mai 1971 hinein. Nach Behauptung der Beklagten übte er nach Abschluß der Vereinbarung vom 29. Dezember 1970 keine Bera-tertätigkeit mehr für die Beklagten aus. Der Kläger erhielt nach seinem Vortrag auf Grund des Vertrages vom 31. 8. 1970 insgesamt ca. 8 500,-- DM. Ferner erhielt er auf Grund des Vertrages vom 29. Dezember 1970 monatlich 14 000,-- DM, von denen nach sei-ner Behauptung 7 000,-- DM an Hu[REDACTED] und 3 000,-- DM an T[REDACTED] zu zahlen waren, so daß ihm 4 000,-- DM verblieben, von denen er noch So-zialabgaben zu tragen hatte.

Mit Schreiben vom 13. Mai 1971 erteilte der Klä-ger der Beklagten zu 3 eine Rechnung über 7 500,-- DM auf Grund der Vereinbarung vom 8./13. August 1970. Am 17. Mai 1971 stellte er der Beklagten zu 1 eine Rechnung auf Grund des Vertrages vom 29. Dezember 1970 über 14 000,-- DM für Monat Mai 1971 aus; zu-folge Veränderung durch Mehrwertsteuer, Rückzahlungs-rate für erhaltenes Darlehen und andere kleine Be-träge lautete der Betrag dieser Rechnung auf 12 289,83 DM.

Die Beträge dieser Rechnungen hat der Kläger mit der zunächst durch Zahlungsbefehl vom 5. Au-gust 1971 anhängig gemachten Klage geltend gemacht, und zwar den Betrag von 12 289,83 DM gegenüber den Beklagten zu 1 - 3 und den im ersten Rechtszug noch verklagten Geschäftsführer W. Sc[REDACTED] (als Beklagten zu 4) als Gesamtschuldner sowie den weiteren Be-

trag von 7 500,-- DM gegenüber den Beklagten zu 3 und den früheren Beklagten zu 4 als Gesamtschuldner.

Die Beklagten haben geltend gemacht, die Vereinbarungen vom 8. August und 29. Dezember 1970 seien als Verträge über unerlaubte Arbeitsvermittlung wegen Verstoßes gegen §§ 4, 13 des Arbeitsförderungsgesetzes vom 25. Juni 1969 (AFG) in Verbindung mit § 134 BGB nichtig. Außerdem haben sich die Beklagten auf eine mit Schreiben vom 28. Mai 1971 ausgesprochene Täuschungsanfechtung des Vertrages vom 29. Dezember 1970, hilfsweise auf fristlose Kündigung des Vertrages berufen. Schließlich haben die Beklagten zu 1 und 2 weiter hilfsweise mit Ansprüchen auf Darlehensrückzahlung aufgerechnet. Der Kläger hat erwidert, eine unzulässige Arbeitsvermittlung liege nicht vor, weil die Vermittlung im Rahmen und bei Gelegenheit der von ihm vertraglich übernommenen und geleisteten Unternehmens- und Personalberatung erfolgt sei und deshalb gemäß Ziffer 1.2. der "Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen für Führungskräfte der Wirtschaft" (Runderlaß der Bundesanstalt für Arbeit vom 6. November 1970) erlaubt sei. Im übrigen läge keine Arbeitsvermittlung, sondern ein dem Verbot nicht unterfallendes Leiharbeitsverhältnis vor. Die Vertragsanfechtung hat der Kläger für unbegründet gehalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die nur noch gegen die Beklagten zu 1 - 3 durchgeführte

Berufung des Klägers ist von dem Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Vor dem Berufungsgericht hat der Kläger erklärt, er habe an Hu[REDACTED] und T[REDACTED] bis zum 30. Juni 1971 Vergütung gezahlt. Beide hätten seinerzeit im Interesse ihrer weiteren Berufslaufbahn gewünscht, von ihm und nicht von den Beklagten angestellt zu werden. Aus diesem Grunde hätten sie das Bestehen eines Wettbewerbsverbots vorgeschoben, auch ihm gegenüber. Hu[REDACTED] habe er zum 30. Juni 1971 gekündigt. T[REDACTED] habe nunmehr einen unmittelbaren Arbeitsvertrag mit der Beklagten zu 1; er sei deren Prokurist.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger die Klage hinsichtlich des Betrages der Rechnung vom 17. Mai 1971 über 12 289,83 DM weiter. Hinsichtlich des Betrages der Rechnung vom 13. Mai 1971 über 7 500,-- DM hat er in der Revisionsbegründung erklärt, das Berufungsurteil insoweit nicht anfechten zu wollen. In der mündlichen Verhandlung hat er erklärt, er stütze den Antrag auf Zahlung von 12 289,83 DM hilfsweise auch auf die Rechnung vom 13. Mai 1971 über 7 500,-- DM. Der Beklagte hat demgegenüber Klageänderung gerügt.

Entscheidungsgründe

Die Revision konnte keinen Erfolg haben.

Der Kläger verlangt in erster Linie den Betrag der Rechnung vom 17. Mai 1971, dem ein Honorar für Mai 1971 aus dem Vertrag vom 29. Dezember 1970 in Höhe

von 14 000,-- DM zugrunde liegt.

Mit Recht haben die Vorinstanzen angenommen, die Verpflichtung zur Zahlung dieses Honorars sei nach § 134 BGB nichtig, wenn das Honorar als Entgelt für eine nach dem Arbeitsförderungsgesetz vom 25. Juni 1969 (AFG) nicht erlaubte Arbeitsvermittlung versprochen worden sei. Diese Ansicht findet ihre Stütze in der Entscheidung BGH WM 1969, 404 zu Ziff. 4 sowie in der Entscheidung des erkennenden Senats vom 27. 6. 1973 - IV ZR 117/71 - LM BGB § 134 Nr. 70 = WM 1973, 1024. Die Revision stellt diese Rechtsfolge nicht in Frage, meint jedoch, es habe keine unerlaubte Arbeitsvermittlung stattgefunden.

1. Eine nach dem AFG verbotene Arbeitsvermittlung läge nicht vor, wenn es sich bei dem Vertrag vom 29. Dezember 1970 nicht um eine Arbeitnehmervermittlung, sondern um eine Arbeitnehmerüberlassung (sog. "Leiharbeitsverhältnis") gehandelt haben würde. Denn das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit bezieht sich nicht auf Arbeitnehmerüberlassungsverträge. Die diese erfassende Vorschrift des § 37 Abs. 3 AVAVG ist von dem Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden (BVerfGE 21, 261 = NJW 1967, 974). Sie ist in dem Arbeitsförderungsgesetz nicht mehr enthalten.

Ein Leiharbeitsverhältnis liegt vor, wenn ein Unternehmer Arbeitskräfte, die er in eigener Rechnung hat, einem dritten Unternehmer, dem "Entleiher", überläßt, ohne selbst etwas mit der Ausführung der Arbeit zu tun zu haben. Es muß also, wie sich schon

aus dem Ausdruck "verleihen" ergibt, ein die Beziehungen zwischen dem dritten Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer überdauerndes und von ihnen unabhängiges Arbeitsverhältnis zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer bestehen (BSGE 31, 235, 242; vgl. auch BGH WM 1969, 404 = BB 1969, 228). In jedem Falle muß der Schwerpunkt in dem Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Arbeitnehmer liegen. Nur in diesem Falle bedarf die Überlassung nicht des Schutzes, den das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit bietet. Diese Grundsätze sind in das für den vorliegenden Fall noch nicht anwendbare Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) vom 7. 8. 1972 (BGBl. I 1393) übernommen worden. So ist nach diesem Gesetz, das die Erlaubnispflicht für gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassungen eingeführt hat, die Erlaubnis u. a. dann zu versagen, wenn die Dauer des Arbeitsverhältnisses mit dem Leiharbeiter auf die Zeit der erstmaligen Überlassung an einen Entleiher beschränkt ist, und auch dann, wenn der Arbeitnehmer dem Entleiher länger als drei aufeinanderfolgende Monate überlassen wird (Art. 1 § 3 Nr. 5 und 6).

Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, daß die Voraussetzungen für die Annahme eines Leiharbeitsverhältnisses hier nicht gegeben waren, der Schwerpunkt vielmehr eindeutig im Verhältnis der Arbeitnehmer zur Beklagten zu 1 (als "Entleiher") lag. Die Arbeitnehmer Hu [REDACTED] und T [REDACTED] wurden voll in den Betrieb der Beklagten zu 1 eingeordnet. Eine Einordnung in das Geschäftsunternehmen des Klägers (Unternehmensberatung) hat

nicht stattgefunden. Die Anstellungsverträge sahen im Gegenteil vor, daß "Basis für das Anstellungsverhältnis" zwischen ihnen und dem Kläger der zwischen der MSM und der Firma C [REDACTED] Car abgeschlossene Beratungsvertrag sein sollte, der die Gestellung entsprechender Mitarbeiter zum Inhalt haben sollte, und daß für die von ihnen auszuübende Tätigkeit demgemäß auch die Aufgaben der Arbeitsplatzbeschreibung der Firma C [REDACTED] Car zu gelten hätten. Auch für den Urlaub sollten die Richtlinien der Firma C [REDACTED] Car gelten. Als Arbeitgeberpflicht traf den Kläger im wesentlichen nur die Lohnzahlungspflicht nebst Übernahme der Sozialabgaben sowie das Kündigungsrecht. Die Zeitdauer der Anstellungsverträge erstreckte sich auf zwei Jahre und sollte sich jeweils um 6 Monate entsprechend der Verlängerung des Vertrages zwischen C [REDACTED] Car und MSM verlängern. Der Anstellungsvertrag mit Hu [REDACTED] wurde sogar erst mit Wirkung vom 1. Februar 1971 abgeschlossen, also für einen Zeitpunkt, zu dem Hu [REDACTED] bereits bei der Beklagten zu 1 tätig war, wie aus der zwischen der Beklagten zu 1 und dem Kläger getroffenen Zusatzvereinbarung vom 22. Januar 1971 hervorgeht. Nach alledem ist die Feststellung nicht zu beanstanden, daß eine Arbeitsvermittlung vorlag, die lediglich formell mit einem Anstellungsvertrag zwischen den Arbeitskräften und dem Kläger verknüpft war. Müßte man bei einer derartigen Gestaltung der Arbeitsverhältnisse eine dem Arbeitsvermittlungsmonopol entzogene Begründung eines Leiharbeitsverhältnisses annehmen, dann wäre der Umgehung des Arbeitsvermittlungsmonopols der Bundesanstalt für Arbeit Tür und Tor geöffnet.

2. Der Hauptangriff der Revision richtet sich gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Tätigkeit des Klägers habe sich nicht in den Grenzen erlaubter Personalberatung gehalten.

Das Berufungsgericht hat in der Vereinbarung vom 29. Dezember 1970 eine gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol des § 4 AFG verstoßende Arbeitsvermittlungsvereinbarung gesehen. Es hat insoweit voll zustimmend auf die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen, das den Gegenstand dieser Vereinbarung allein in der Gestellung von zwei Arbeitnehmern und darin einen eindeutigen Verstoß gegen § 4 AFG gesehen hat. Daneben sei die Vertragsbestimmung des § 1 c, die auf Sonderaufgaben verweise, bedeutungslos, denn es sei nicht behauptet worden, daß Vereinbarungen über Sonderaufgaben getroffen worden seien. Sämtliche Vertragsbestimmungen regelten allein Einzelheiten der Gestellung der Arbeitnehmer. Es handle sich daher nicht um einen Beratervertrag, sondern ebenso wie bei dem Vertrag vom 8./13. 8. 1970 um die Vereinbarung einer Maklertätigkeit. Eine die Suche und Auswahl von Führungskräften der Wirtschaft einschließende und statt-hafte Personalberatung könne, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, nur angenommen werden, wenn der Schwerpunkt des Auftrags in der eigentlichen Beratungstätigkeit liege und nicht im Nachweis oder in der Vermittlung von Arbeitskräften. Das sei aber nur anzunehmen, wenn der Personalberater eine "erfolgsunabhängige" Vergütung und nicht eine Maklerprovision für seine Tätigkeit erhalte. Diese Voraussetzung sei hier nicht gegeben, vielmehr verdeutliche die hier in Frage stehende Provisionsab-

rede, daß der Kläger in erster Linie oder sogar ausschließlich für seine Nachweis- und Vermittlungstätigkeit honoriert werden sollte und eine Beratungstätigkeit demgegenüber zurücktrete. Daß die - noch zu erwähnenden - "Abgrenzungsgrundsätze" eine andere Auslegung geböten, sei nicht ersichtlich. Die dort getroffene Begriffsbestimmung "Personalberatung" beziehe sich erkennbar nur auf einen gegen ein "erfolgsunabhängiges" Honorar tätigen Personalberater. Die Vereinbarung einer Provision für Nachweis oder Vermittlung einer Führungskraft sei schlechthin unvereinbar mit erlaubter Personalberatung und verstoße daher immer gegen § 4 AFG. Mithin sei unerheblich, ob und in welchem Umfang der Kläger auf Grund sonstiger Vereinbarungen mit den Beklagten eine erlaubte Personalberatung ausgeübt habe.

Dem ist zuzustimmen.

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß dem Kläger mit Vertrag vom 31. August 1970 eine Beratungstätigkeit übertragen worden war. Er hatte es nach diesem Vertrag übernommen, in der Zeit vom 1. September bis zum 31. Oktober 1970 selbst die leitende Position für den Bereich "Operations" wahrzunehmen und die Beklagten zu 1 und 3 in allen Fragen der Geschäftsleitung zu beraten und zu unterstützen. Der Vertrag ist zufolge des Schreibens der Beklagten zu 3 vom 28. Oktober 1970 über den 31. Oktober 1970 hinaus verlängert worden, jedenfalls bis zur Besetzung der Position durch einen anderen Bewerber. Er war also noch in Kraft, als der Kläger die hier in Rede stehende Vereinbarung vom 29. Dezember 1970 traf und die Arbeitskräfte Hu [REDACTED]

und Tummeley an die Beklagten vermittelte.

Die dem Kläger aufgetragene Unternehmensberatung betraf die Beratung in allen Fragen der Geschäftsleitung. Hierzu gehört im allgemeinen auch die Personalberatung hinsichtlich der Besetzung der führenden Positionen des Unternehmens. Eine Personalberatung bringt vielfach eine Mitwirkung bei Auswahl und auch bei der Suche der erforderlichen Kräfte mit sich. Es stellt sich daher das von dem Berufungsgericht behandelte Problem der Abgrenzung statthafter Personalberatung von unerlaubter Arbeitsvermittlung. Diese Abgrenzung ist aus § 13 AFG zu entnehmen. Nach Absatz 1 dieser Vorschrift ist eine Arbeitsvermittlung eine Tätigkeit, die darauf gerichtet ist, Arbeitsuchende mit Arbeitgebern zur Begründung von Arbeitsverhältnissen zusammenzuführen. Dabei sind unter "Arbeitsuchende" alle Personen zu verstehen, die eine Arbeitstätigkeit aufnehmen wollen, gleichgültig, ob sie vorher Arbeitnehmer waren oder nicht (Krebs, Ktr. z. AFG 1974, Rn. 3 zu § 13). Die Ersetzung des bisher gebräuchlichen und noch in § 37 AVAVG enthaltenen Ausdrucks "arbeitsuchende Arbeitnehmer" in "Arbeitsuchende" ist lediglich geschehen, um klarzustellen, daß sich die Vorschrift auch auf Personen erstrecken soll, die bisher nicht Arbeitnehmer waren (vgl. die Begründung zu § 11 in dem Bericht des BT-Ausschusses für Arbeit zu dem Entwurf des AFG, zu BT-Drucks. V/4110 Seite 6). Mit dem Merkmal, daß die Tätigkeit auf die Zusammenführung von Arbeitskräften "gerichtet" sein muß, könnte gesagt sein, daß unter einer Arbeitsvermittlung im Sinne des Gesetzes nur die planvolle, insbesondere die auf längere Sicht gedachte und nicht die nur ge-

gelegentliche Tätigkeit verstanden werden sollte. Doch ergibt sich aus dem Zusammenhang dieser Vorschrift mit der des § 13 Abs. 3 Nr. 2, daß damit nur der Gegensatz zu einer gelegentlichen Empfehlung von Arbeitskräften gemeint sein kann, die unentgeltlich erfolgt. Denn andernfalls bliebe offen, ob eine gelegentliche, aber entgeltliche Empfehlung oder Vermittlung von Arbeitskräften als Arbeitsvermittlung anzusehen wäre oder nicht. Sie fiel als entgeltliche Tätigkeit nicht unter den Ausschluß des § 13 Abs. 3 Nr. 2 und als nur gelegentliche, nicht planvolle oder auf Dauer gerichtete Tätigkeit nicht unter den im § 13 Abs. 1 bestimmten Begriff der Arbeitsvermittlung. Es gäbe also einen breiten Bereich von Arbeitsvermittlungstätigkeiten, der von dem AFG nicht erfaßt wäre. Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 Nr. 2, nach der die gelegentliche und unentgeltliche Empfehlung von Arbeitskräften keine Arbeitsvermittlung ist, würde wesentlich an Bedeutung verlieren, weil sie nicht hinderte, daß gelegentliche entgeltliche Tätigkeiten vom Gesetz überhaupt nicht erfaßt wären. Demgemäß muß angenommen werden, daß auch die gelegentliche, auf Begründung von Arbeitsverhältnissen gerichtete Tätigkeit als Arbeitsvermittlung im Sinne des AFG anzusehen ist, wenn für sie ein besonderes Entgelt versprochen wird. Nur dann besteht auch eine sinnvolle und praktikable Abgrenzung statthafter Arbeitskräftevermittlung im Rahmen der Personalberatung von unerlaubter Arbeitsvermittlung. Bei unentgeltlich geleisteter Arbeitsvermittlung ist zwischen einer nach § 13 Abs. 1 genehmigungsbedürftigen, auf Arbeitsvermittlung gerichteten und eher dauerhaften und systematischen Tätigkeit (Krebs, aaO § 13 Rn. 5) und einer nur gelegentlich oder verein-

zelt geleisteten und somit erlaubten Vermittlung zu unterscheiden. Bei einer entgeltlichen Tätigkeit ist für eine Unterscheidung dieser Art nach dem Gesetz kein Raum.

Ist ein einheitliches Entgelt verabredet worden für eine Personalberatertätigkeit, die eine Mitwirkung bei der Suche und Auswahl von Führungskräften eines Unternehmens einschließen soll oder tatsächlich mit sich bringt, dann wird darauf abzustellen sein, welche Tätigkeit schwerpunktmäßig entlohnt werden sollte oder nach der tatsächlichen Vertragsgestaltung und Vertragsdurchführung den Schwerpunkt bildet. Dabei wird von der Annahme einer Arbeitsvermittlung nach § 13 Abs. 1 AFG nur dann abgesehen werden können, wenn die Beratertätigkeit bei weitem überwiegt und im Rahmen dieser Tätigkeit nur gelegentlich eine nicht als solche besonders entlohnte Mitwirkung bei der Personalsuche anfällt. Andernfalls könnte das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit durch Abschluß eines Unternehmens- oder Personalberatungsvertrages unterlaufen werden. Erst recht liegt eine genehmigungsbedürftige Arbeitsvermittlung nach § 13 Abs. 1 AFG vor, wenn die Mitwirkung bei der Personalsuche oder Personalvermittlung zum Gegenstand einer selbständigen entgeltlichen Vereinbarung gemacht wird.

Im Sinne dieser Auslegung des § 13 AFG werden auch die "Grundsätze zur Abgrenzung von Personalberatung und Arbeitsvermittlung bei der Besetzung von Stellen für Führungskräfte der Wirtschaft" zu verstehen sein, die in Zusammenarbeit des Bundes-

ministers für Arbeit und Sozialordnung, der Bundesanstalt für Arbeit, der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände und des Bundes deutscher Unternehmensberater entstanden und in einem Rundverlaß der Bundesanstalt für Arbeit vom 6.11.1970 herausgegeben worden sind (veröffentlicht in Amtliche Nachrichten der Bundesanstalt für Arbeit 1970 S. 889 ff). Diese "Abgrenzungsgrundsätze" sind sicher als bedeutsame Auslegungsrichtlinien zu § 13 AFG anzusehen. Aber auch sie besagen nicht, daß eine entgeltliche Arbeitsvermittlung als erlaubte Personalberatung anzusehen ist. Personalberatung liegt nach diesen "Abgrenzungsgrundsätzen" (Nr. 1.2.) vor, wenn ein Personalberater im Rahmen eines Beratungsauftrags auch bei der Suche und Auswahl von Führungskräften der Wirtschaft für die Besetzung offener Führungspositionen mitwirkt. Ausgangslage dieser "Abgrenzungsgrundsätze" scheinen die praktisch bedeutsamen Fälle gewesen zu sein, in denen ein nur als solcher bezahlter Unternehmens- oder Personalberater bei der Personalsuche mitwirkt. Demgemäß brauchte hinsichtlich einer besonderen Entgeltvereinbarung nur der Fall geregelt zu werden, daß der Personalberater von Bewerbern Gebühren oder ein Erfolgshonorar verlangt oder annimmt. Das ist in Nr. 2.2. in der Weise geschehen, daß für diesen Fall eine unerlaubte Arbeitsvermittlung vermutet wird. Hieraus kann nicht, wie die Revision meint, der Gegenschluß gezogen werden, daß dann, wenn der Personalberater nicht von einem Bewerber, wohl aber von dem Unternehmen ein besonderes Entgelt für die Personalsuche erhält, ein Fall unerlaubter Arbeitsvermittlung nicht vorliege. Vielmehr

ist daraus zu folgern, daß ein solcher Fall, der aus dem Rahmen der reinen Personalberatung heraustritt, schon der Ausgangslage nach nicht mehr zu den in den "Abgrenzungsgrundsätzen" erfaßten Fällen gerechnet worden ist. Anders wäre es nicht zu verstehen, daß er in den Abgrenzungsgrundsätzen zum Unterschied von dem Fall einer Entgeltannahme seitens eines Bewerbers nicht erwähnt worden ist. Der Ansicht der Revision, es sei nicht einzusehen, warum ein Personalberater sich nicht bei Meidung eines Verstoßes gegen § 4 AFG für eine bei der Personalberatung gelegentlich vorkommende erfolgreiche Vermittlung einer Führungskraft eine Sondervergütung von dem Unternehmen versprechen lassen könne, kann daher nicht gefolgt werden. In diesem Falle kann auch nicht darauf abgestellt werden, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit des Personalberaters in der eigentlichen Beratung oder in dem Nachweis oder der Vermittlung von Personal liegt. Demzufolge ist der Auffassung des Berufungsgerichts zuzustimmen, daß die Vereinbarung einer besonderen Vergütung für den Nachweis oder die Vermittlung einer Arbeitskraft mit dem Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit unvereinbar ist.

Der Kläger hat die Auswahl und Vermittlung der Arbeitskräfte Hu[REDACTED] und T[REDACTED] nicht unentgeltlich im Rahmen einer von ihm geleisteten und bezahlten Unternehmens- und Personalberatung erbracht. Vielmehr ist sie zum Gegenstand eines besonderen entgeltlichen Vertrages gemacht worden. Schon mit den Verträgen vom 8./13. August 1970 und 20. August 1970 hatte der Kläger sich ein Erfolgshonorar für den Fall der Einstellung eines von ihm

nachgewiesenen leitenden Mitarbeiters ausbedungen (7 500 DM im erstgenannten und 3 600 DM im zweitgenannten, ausdrücklich nur auf den Bewerber Hu [REDACTED] abgestellten Vertrag). Dann ist mit der hier in Rede stehenden Vereinbarung vom 29. Dezember 1970 ein Entgelt für die Gestellung von führenden Mitarbeitern für die Beklagten verabredet worden. Diese Vereinbarung hat zwar ein anderes Ausmaß als die vorgenannten Verträge. Es wird nicht von einem für den Fall der Einstellung der Mitarbeiter zu zahlenden Honorar (Erfolgshonorar) gesprochen, sondern von einer unterstützenden und beratenden Tätigkeit, die die Gestellung eines Mitglieds der Geschäftsleitung und eines Hauptabteilungsleiters zum Gegenstand habe (§ 1 der Vereinbarung), und von einer monatlichen Vergütung ("Basishonorar") von 14 000,-- DM, die für den Zeitraum des Vertrages (1. 1. 1971 - 31. 12. 1972 mit Verlängerungsmöglichkeit) für von MSM erbrachte Leistungen zu zahlen sei. Die Höhe dieser Vergütung erklärt sich offenbar daraus, daß der Kläger die Bezahlung der Mitarbeiter Hu [REDACTED] und T [REDACTED] übernahm, wobei ihm persönlich ein Entgelt von monatlich 4 000,-- DM abzüglich der für diese Mitarbeiter zu leistenden Sozialabgaben verblieb, was für die Vertragsdauer von zwei Jahren eine Gesamtvergütung von 96 000,-- DM abzüglich der genannten Sozialabgaben ausmachte. Das Ausmaß dieser Vereinbarung hat möglicherweise darin seinen Grund, daß der Kläger sie als Ablösung und Zusammenfassung der über eine reine Arbeitsvermittlung abgeschlossenen Verträge vom 8./13. und 20.8.1970 und der über die Unternehmensberatung abgeschlossenen Vereinbarung vom 31.8.1970 gedacht hatte. Dafür sprechen u. a. die Formulierungen von einer unterstützenden

und beratenden Tätigkeit des Klägers (§ 1), einer vertrauensvollen Zusammenarbeit der Parteien (§ 2 Abs. 3) und der Verpflichtung der Beklagten, für die Dauer der Tätigkeit von MSM keine andere Unternehmensberatung zu beauftragen (§ 2 Abs. 5) sowie die Vereinbarung nicht eines Erfolgshonorars, sondern eines monatlich zu zahlenden Tätigkeitshonorars. Der Kläger hatte möglicherweise beabsichtigt, sich mit diesem Vertrag zu einer laufenden Unternehmensberatung beauftragen zu lassen und in dem Rahmen dieser Beratung zuerst die Gestellung der Mitarbeiter Hu[REDACTED] und T[REDACTED] erbringen zu wollen. Er hat demgemäß in der Berufungsbegründung mit einer ins einzelne gehenden Darstellung behauptet, noch bis in den Mai 1971 hinein für die Beklagten tätig geworden zu sein. Aber diese Absichten des Klägers, wenn sie überhaupt bestanden haben, sind in der Vereinbarung nicht mit der gebotenen Klarheit zum Ausdruck gekommen. Der Zweck der Vereinbarung (§ 1) erwähnt nur die unterstützende und beratende Tätigkeit zu den Punkten Gestellung eines Prokuristen (a) und Gestellung eines Hauptabteilungsleiters (b) sowie unter c die Durchführung von Sonderaufgaben gemäß gesonderter Vereinbarung. Zu diesem Punkt c ist unklar, ob damit die bereits am 31. 8. 1970 getroffene Vereinbarung gemeint oder ob an zukünftig zu treffende Abreden gedacht war. Gegen beide Möglichkeiten spricht, daß die Vereinbarung vom 31. 8. 1970 bereits eine besondere Vergütungsregelung enthielt und sonstige Auftragsleistungen von MSM nach § 4 Abs. 5 der Vereinbarung vom 29. Dezember 1970 gesondert geregelt und nicht unter die in dieser Vereinbarung vorgesehene Vergütungsregelung fallen sollte. Die Fest-

stellung des Berufungsgerichts, die Vertragsbestimmung des § 1 c sei bedeutungslos, kann somit aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Die Revision bringt auch nicht vor, daß das Berufungsgericht in dieser Hinsicht (Vereinbarung über weitere Berater-tätigkeit) irgendeinen erheblichen Sachvortrag des Klägers unberücksichtigt gelassen habe. Demgemäß war mit der Vereinbarung vom 29. Dezember 1970, ob ausschließlich oder vorwiegend, mag dahinstehen, ein Entgelt für die Gestellung von Arbeitskräften versprochen worden, das von dem Berufungsgericht nicht zu Unrecht als Maklerhonorar bezeichnet worden ist. Der Kläger hat also neben der durch Vereinbarung vom 31. 8. 1970 verabredeten und vergüteten Unternehmensberatung noch einen besonderen, ausdrücklich und, wenn nicht ausschließlich, so doch in erster Linie auf die Gestellung von Arbeitskräften gerichteten, entgeltlichen Vertrag geschlossen. Das konnte aber, da der Kläger unstreitig keine Erlaubnis zur Arbeitsvermittlung nach § 23 AFG besaß, nach den Bestimmungen des AFG (§§ 4, 13, 22) in Verbindung mit § 134 BGB nicht rechtswirksam geschehen.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe es unterlassen zu prüfen, ob der geltendgemachte Anspruch aus anderen Rechtsgründen (Geschäftsführung ohne Auftrag, ungerechtfertigte Bereicherung) begründet sei, ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Kläger die Klage nur auf die genannten Vereinbarungen gestützt habe, so daß nicht darauf einzugehen sei, ob ihm bei Nichtigkeit der Vereinbarungen Ansprüche aus anderen Rechtsgründen zustehen könnten, etwa deswegen, weil er nach seinem Vortrag bis einschließlich Juni 1971 die Ver-

gütung für Hu[REDACTED] und T[REDACTED] gezahlt habe (S. 20 der Urteilsgründe). Es hat diese Beschränkung des Rechtsbegehrens als verständlich bezeichnet, weil der Kläger etwaige ihm aus der Honorierung von Hu[REDACTED] und T[REDACTED] erwachsene Erstattungsansprüche gegen die Beklagten mit den Rückzahlungspflichten aus dem ihm gewährten Darlehen verrechnen könne. Eine solche Beschränkung des Klagebegehrens ist zulässig (RGZ 86, 377, 378; 96, 197, 200/201; RG HRR 1935 Nr. 817), zumindest "ausnahmsweise" (Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. vor § 128 Anm. IV 2 e) dann, wenn ein schutzwürdiges Interesse an der Beschränkung vorliegt. Der Kläger konnte hier seinen Anspruch allein auf die vertragliche Honorarzusage von 14 000,-- DM stützen und davon absehen, ihn zugleich auf den sich davon unterscheidenden Vorgang zu gründen, daß er im Interesse oder in Bereicherung der Beklagten bestimmte Leistungen für die Beklagten an seine oder deren Angestellte Hu[REDACTED] und T[REDACTED] und an die Sozialversicherungsträger erbracht habe. Er verfolgte damit das schutzwürdige Interesse, lediglich die zweifelhafte Gültigkeit der Vereinbarung eines Honorars für den Nachweis oder die Vermittlung der Angestellten an die Beklagten festgestellt zu bekommen und Ansprüche, die sich aus der Bezahlung der Angestellten ergeben könnten, der Verrechnung mit seiner Darlehnsrückzahlungspflicht vorzubehalten. Die Rechtskraft des klageabweisenden Urteils ergreift demnach auch nur die Aberkennung der Ansprüche aus den Verträgen vom 8./13. August und 29. Dezember 1970, nicht eine Aberkennung etwa gegebener gesetzlicher Ansprüche.

3. Die vom Kläger erstmalig in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat abgegebene Erklärung, den Antrag auf Zahlung von 12 289,83 DM hilfsweise auf den Betrag der Rechnung vom 13. Mai 1971 zu stützen, enthält die hilfsweise Geltendmachung des in den Vorinstanzen gegen die Beklagte zu 3 selbständig im Wege der Klagehäufung erhobenen Anspruchs auf Zahlung von 7 500,-- DM. Der Kläger hat damit zwei verschiedene Ansprüche, nämlich einen auf die Vereinbarung vom 29. Dezember 1970 gestützten Anspruch auf Zahlung von 12 289,83 DM gegen die Beklagten zu 1 - 3 und einen auf die Vereinbarung vom 8./13. August 1970 gestützten Anspruch auf Zahlung von 7 500,-- DM gegen die Beklagte zu 3, in das Eventualverhältnis von Haupt- und Hilfsanspruch gestellt. Eine derartige "Eventualklage" wird von der herrschenden Ansicht für zulässig gehalten (RGZ 144, 71; Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. § 260 Anm. II B 2 a; Rosenberg/Schwab Zivilprozeßrecht 10. Aufl. § 100 III 3; a. A. Nikisch, Der Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1935, 143).

Doch könnte darin eine in der Revisionsinstanz unzulässige Klageänderung liegen. Im allgemeinen ist es nicht gestattet, im Revisionsrechtszug die Klage zu ändern (RGZ 160, 204, 212; OGHZ 2, 226, 231; BGHZ 26, 31, 37; 28, 131, 136 f; BGH LM KO § 146 Nr. 5 und NJW 1961, 1467; BAG 4, 149, 152). Denn die unbeschränkte Zulassung der Klageänderung im Revisionsrechtszug würde mit der Besonderheit des Revisionsverfahrens nicht vereinbar sein, nach der nur dasjenige Parteivorbringen der Beurteilung durch das Revisionsgericht unterliegt, das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils oder aus dem Sitzungsprotokoll er-

sichtlich ist (§ 561 ZPO). Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat von dieser Regel jedoch Ausnahmen gemacht, vor allem für die Fälle, in denen die Änderung nur eine Beschränkung oder Modifikation des früheren Antrags darstellt und sich auf einen Sachverhalt stützt, der vom Tatrichter bereits gewürdigt worden ist (RGZ 171, 202, 204; BGH WM 1957, 1335, 1338 und LM ZPO § 561 Nr. 29 = MDR 1962, 562; vgl. dazu näher Fischer Anm. LM ZPO § 561 Nr. 20, auch Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. § 561 Anm. II 1 c). Als zulässige Ausnahme ist es nicht angesehen worden, einen bisher als Hilfsantrag gestellten Antrag in der Revision erstmalig zum Hauptantrag zu erheben, da darin eine in dem Revisionsrechtszug nicht mehr zulässige Klageerweiterung liege (BGHZ 28, 131, 136 f). Diese Bedenken bestehen jedoch nicht in dem umgekehrten Fall, in dem, wie hier, ein bisher als Hauptantrag geltend gemachter Antrag in der Revisionsinstanz als Hilfsantrag verfolgt wird. Hierin ist keine Erweiterung, sondern eine modifizierte Einschränkung der bisherigen Klage zu sehen. Diese ist im Revisionsrechtszug zulässig, wenn sie, wie hier, auf einen Sachverhalt gegründet ist, der vom Tatrichter bereits in vollem Umfang gewürdigt worden war.

Der Zulassung des geänderten Klageantrags steht auch nicht entgegen, daß der Kläger diese Änderung noch nicht in der Revisionsbegründung angekündigt hatte, sondern den neuen Antrag erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist in der mündlichen Verhandlung gestellt hat. Denn die darin liegende Änderung des Revisionsantrags ist durch die Revisionsbegründung gedeckt, in der der Kläger sich eingehend

mit dem Vertrag vom 8./13. August 1970 beschäftigt und auch hinsichtlich dieses Vertrages die Ansicht des Berufungsgerichts, der Vertrag sei nichtig, angegriffen hat. In solchem Falle wird eine Erweiterung des bisherigen Revisionsantrags für zulässig gehalten (RGZ 130, 229, 230; BGHZ 12, 52, 67 f; BAG 6, 95; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 10. Aufl. § 138 II 2 A; a. A. Grunsky NJW 1966, 1393 ff und in Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. § 554 Anm. V 2).

Der neu gestellte Hilfsantrag ist aber sachlich unbegründet. Für ihn gelten die Gründe, aus denen die Nichtigkeit der Honorarvereinbarung im Vertrag vom 29. Dezember 1970 hergeleitet worden sind, erst recht. Denn der Vertrag vom 8./13. August 1970 stellt sich als reiner Maklervertrag dar. Er hatte lediglich den Nachweis eines leitenden Mitarbeiters zum Gegenstand. Auf die Ausführungen des Berufungsgerichts, nach denen dieser Vertrag gemäß den Vorschriften der §§ 4, 13 AFG in Verbindung mit § 134 BGB nichtig ist, kann insoweit Bezug genommen werden. Sie lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

Nach alledem mußte die Revision als unbegründet zurückgewiesen werden.

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Buchholz

Knüfer

Rottmüller