BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 200/03

Verkündet am:
2. Dezember 2004
B ü r k ,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

BGB § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, § 818 Abs. 2, 3; InsO § 39 Abs. 1, § 95 Abs. 1; AÜG § 12 Abs. 1 Satz 1; SGB IV § 28e Abs. 2 Satz 1

Ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wegen eines Mangels der Schriftform nichtig, kann der Entleiher Sozialversicherungsbeiträge, die er nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verleihers zum Ausgleich der diesem obliegenden Zahlungspflicht an die Kasse geleistet hat, der vom Insolvenzverwalter geltend gemachten Bereicherungsforderung nicht anspruchsmindernd entgegensetzen (Einschränkung der Saldotheorie in der Insolvenz).

BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - IX ZR 200/03 - OLG Saarbrücken
LG Saarbrücken

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Kayser, Cierniak und die Richterin Lohmann

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Klägers werden das Urteil des 4. Zivilsenats des Saarländischen Oberlandesgerichts vom 5. August 2003 und das Urteil der Kammer für Handelssachen IV des Landgerichts Saarbrücken vom 24. September 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Zahlungsantrag in Höhe von 17.266,52 € zuzüglich Zinsen abgewiesen worden ist.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 17.266,52 € nebst 5 v.H. jährlichen Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 30. Oktober 2000 zu zahlen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von den in erster Instanz angefallenen Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 15 v.H. und die Beklagte 85 v.H. zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der M.

GmbH, das am 1. Oktober 2000 eröffnet worden ist. Er verlangt von der Beklagten - soweit in der Revisionsinstanz noch von Interesse - die Zahlung von 17.266,52 € restlicher Vergütung aus einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag. Die Arbeitnehmer waren der Beklagten in der Zeit von Juli bis September 2000 zur Arbeitsleistung überlassen worden.

Grundlage der Arbeitnehmerüberlassung war das schriftliche Vertragsangebot vom 28. Juni 2000, welches die Schuldnerin, die über die vorgeschriebene Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern nach § 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (fortan: AÜG) verfügte, der Beklagten übersandt hatte. Die Beklagte ergänzte die Vertragsurkunde um den Zusatz "Arbeitsschutzvereinbarung und Zahlungsweise siehe Schreiben" und sandte das mit der Änderung versehene, von ihr ebenfalls unterschriebene Vertragsformular sowie das - von ihr nicht unterschriebene - in Bezug genommene Schreiben an die Schuldnerin zurück. Darin heißt es:

> "… sehen wir uns gezwungen, 30 % des Netto-Rechnungsbetrages (also ohne USt.) für Sozialversicherungs-Beiträge einzubehalten und den Restbetrag von 70 % + USt. an Sie zur Auszahlung zu bringen.
>
> Sofern das entliehene Personal bei der AOK gemeldet ist, werden wir den anteiligen 30 %igen Einbehalt an die AOK abführen.

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

Die von uns vorab an die AOK gezahlten Sozialversicherungsbeiträge können Sie bei Ihrer Monatsmeldung als bereits geleistete Vorauszahlung berücksichtigen.

Handelt es sich um bei Ersatzkassen gemeldetes Personal, werden wir, sobald uns die Bescheinigungen über die abgeführten Sozialversicherungsbeiträge der Ersatzkassen mit namentlicher Angabe des von uns entliehenen Personals für den entsprechenden Zeitraum vorliegen, den Einbehalt umgehend an Sie zur Auszahlung bringen."

Die Beklagte hat das vereinbarte Entgelt entsprechend dem Bezugsschreiben gekürzt. Die Klageforderung entspricht der Summe der Sozialversicherungsbeiträge, welche die Beklagte nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens an die AOK und mehrere Ersatzkassen schon abgeführt hat und nach ihrer Berechnung gemäß § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV noch abführen muß.

Die Vorinstanzen haben den Zahlungsantrag abgewiesen. Mit seiner - zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Verurteilung der Beklagten (§ 563 Abs. 3 ZPO).

I.

Das Berufungsgericht läßt dahinstehen, ob der Vertrag zwischen der Schuldnerin (Verleiher) und der Beklagten (Entleiher) dem Schriftformerfordernis des § 12 Abs. 1 AÜG entspricht oder ob die Vereinbarung über die Zahlungsmodalitäten als wesentliche Nebenabrede ebenfalls der Schriftform (§ 126 Abs. 1, 2 Satz 1 BGB) bedarf und die Nichtigkeit gemäß § 139 BGB den gesamten Vertrag ergreift. Im Falle einer wirksam vereinbarten Arbeitnehmerüberlassung stehe der Schuldnerin ein vertraglicher Vergütungsanspruch zu, der am 1. Oktober 2000 fällig geworden sei. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag sei ergänzend dahin auszulegen, daß es eine Hauptpflicht der Schuldnerin gewesen sei, die Beklagte von einer Inanspruchnahme durch Sozialversicherungsträger nach § 28e Abs. 2 SGB IV freizuhalten. Da die Schuldnerin dieser Verpflichtung nicht in vollem Umfang nachgekommen sei, stehe der Beklagten die - insolvenzbeständige - Einrede des nicht erfüllten Vertrages zu. Nicht gerechtfertigt sei die Klage aber auch dann, wenn zwischen der Schuldnerin und der Beklagten kein wirksamer Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zustande gekommen sei. In diesem Fall könne der Kläger die restliche Vergütung für die Arbeitnehmerüberlassung deshalb nicht verlangen, weil die Schuldnerin mit Blick auf die unterbliebene Zahlung der abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge gegenüber der Beklagten keine volle Gegenleistung erbracht habe. Das sei bei der im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung gebotenen Saldierung der wechselseitigen Bereicherung zu berücksichtigen, so daß sich für die Beklagte kein Überschuß ergebe, um den sie ungerechtfertigt bereichert sei.

II.

Die Klageforderung ist nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, § 818 Abs. 2 BGB begründet. Dies kann der Senat selbst entscheiden, weil der Sachverhalt hinreichend geklärt ist.

1. Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vom 28. Juni 2000 verstößt gegen § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG, § 126 Abs. 1, 2 Satz 1 BGB und ist insgesamt nichtig, § 125 Satz 1 BGB.

a) Nach § 12 Abs. 1 Satz 1 AÜG bedarf der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher der Schriftform. Bei Verträgen ist diese gewahrt, wenn dieselbe Urkunde von den Vertragsparteien unterzeichnet wird (§ 126 Abs. 2 Satz 1 BGB). Erforderlich ist, daß alle wesentlichen vertraglichen Abreden in der Urkunde enthalten sind (Prinzip der Einheitlichkeit der Vertragsurkunde; BGHZ 136, 357, 359; BGH, Urt. v. 18. Dezember 2002 - XII ZR 253/01, NJW 2003, 1248). Die von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hierzu entwickelten Grundsätze gelten auch im Anwendungsbereich des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (vgl. Boemke, AÜG § 12 Rn. 9; Düwell in Kasseler Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. Bd. 2 Abschnitt 4.5 Rn. 411; Marschall in Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 2. Aufl. Bd. II § 175 Rn. 56; Schüren/ Feuerborn, AÜG 2. Aufl. § 12 Rn. 10 und 13; Wank in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 4. Aufl. § 12 AÜG Rn. 3).

aa) Der Bundesgerichtshof hat in mehreren Entscheidungen das Prinzip der Einheitlichkeit der Vertragsurkunde gelockert und darüber hinaus die Einhaltung der Schriftform für einen Nachtragsvertrag bejaht, wenn eine Nach-

tragsurkunde auf den ursprünglichen Vertrag Bezug nimmt und zum Ausdruck bringt, es solle unter Einbeziehung der Nachträge bei dem verbleiben, was früher formgültig niedergelegt war (vgl. BGHZ 42, 333, 338; 136, 357, 359; BGH, Urt. v. 21. Januar 1999 - VII ZR 93/97, WM 1999, 595, 596; v. 29. September 1999 - XII ZR 313/98, WM 2000, 539, 542; v. 18. Dezember 2002, aaO).

Auch nach diesen Grundsätzen erfüllt der Vertrag vom 26. Juni 2000 nicht die Mindestanforderungen, die an die Schriftform zu stellen sind. Denn das in der Vertragsurkunde erwähnte Schreiben ist weder mit der Urkunde verbunden noch von den Vertragsparteien paraphiert worden. Es ist einseitig von der Beklagten dem Vertrag beigefügt worden, und es fehlt eine schriftliche Erklärung der Schuldnerin, aus der hervorgeht, daß sie es akzeptiert. Das ergänzende Schreiben wird in dem Vertrag nicht individualisiert. Die von der Beklagten gewählte Form der Bezugnahme ermöglicht deshalb nicht einmal eine Identifizierung der Vertragsergänzung. Das in Bezug genommene Schreiben - ohne Datum - enthält schließlich keine Rückverweisung auf den Vertrag, so daß auch aus ihm nicht zu entnehmen ist, daß es gerade den Vertrag zwischen der Schuldnerin und der Beklagten vom 28. Juni 2000 ergänzen soll.

bb) Der Schriftform bedürfen solche Abreden nicht, die für den Inhalt des Vertrages, auf den die Parteien sich geeinigt haben, von nur nebensächlicher Bedeutung sind. Dies gilt insbesondere für Bestimmungen, die nicht über das hinausgehen, was bereits im Vertragstext selbst seinen Niederschlag gefunden hat, oder die dessen Inhalt nicht modifizieren, sondern lediglich erläutern oder veranschaulichen sollen (BGHZ 142, 158, 161 f). Darüber geht die von der Beklagten vorgeschlagene Vertragsergänzung weit hinaus. Nach Nr. 6 des Vertragsangebots vom 28. Juni 2000 in Verbindung mit Abschnitt IV Nr. 2 der ein-

bezogenen Allgemeinen Ergänzenden Vertragsbedingungen wird der Rechnungsbetrag mit Zugang der Rechnung fällig und ist spätestens 14 Tage nach Rechnungserhalt unter Ausschluß jeglicher Abzüge zu begleichen. Die Zahlung gilt erst dann als erfolgt, wenn die "Verleihfirma" über den Betrag verfügen kann. Demgegenüber sieht das der Vertragsurkunde von der Beklagten beigegebene Schreiben vor, daß die Beklagte 30 v.H. des Netto-Rechnungsbetrages einbehalten darf und - unbedingt - nur den Restbetrag von 70 v.H. an die Schuldnerin zur Auszahlung zu bringen braucht. Darin liegt eine wesentliche Abänderung des vorgeschlagenen Vertragsinhalts, welche die Hauptpflichten der Beklagten zur Entgeltleistung betrifft und deshalb an dem Erfordernis der Schriftform teilnimmt.

b) Der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vom 28. Juni 2000 ist insgesamt nichtig; er kann nicht nach § 139 BGB in einen wirksamen und einen unwirksamen Teil aufgespalten werden. Die von der Schuldnerin übersandte Urkunde weist aufgrund des von der Beklagten angebrachten Zusatzes aus, daß diese das Vertragsangebot mit dem ursprünglichen Inhalt abgelehnt hat (§ 150 Abs. 2 BGB). Einen aufrechtzuerhaltenden wirksamen Teilvertrag gibt es sonach nicht.

c) Der Schuldnerin ist es schließlich nicht verwehrt, sich auf die Formnichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags zu berufen. Der Hinweis der Revisionserwiderung auf den in der Kommentierung von Schüren/Feuerborn (aaO § 12 Rn. 18) angesprochenen Ausnahmefall, daß nur eine Partei die Formbedürftigkeit des Geschäfts beim Abschluß kennt und in der Absicht handelt, sich dann auf Formnichtigkeit zu berufen, wenn es für sie günstig sei, trifft

nicht den festgestellten Sachverhalt. Für ein unredliches Verhalten der Schuldnerin gegenüber der Beklagten besteht keinerlei Anhalt.

2. Die Formnichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrags hat zur Folge, daß der Verleiher zwar nicht die vereinbarte Vergütung, aber als Wertausgleich nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung die allgemein übliche Vergütung verlangen kann (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, § 818 Abs. 2 BGB). Der Entleiher ist - jedenfalls bei vorliegender Erlaubnis nach § 1 AÜG - um den Verkehrswert der Arbeitnehmerüberlassung einschließlich des Gewinns des Verleihers bereichert, weil der Entleiher eine solche Arbeitnehmerüberlassung regelmäßig nur auf der Grundlage eines mit diesem oder einem anderen Verleiher abzuschließenden formwirksamen Vertrags und damit lediglich gegen Zahlung der vollen Vergütung erreichen kann. Die Höhe dieser vom Entleiher eingesparten Aufwendungen bestimmt den Umfang seiner Bereicherung (BGH, Urt. v. 17. Januar 1984 - VI ZR 187/82, WM 1984, 435, 437; v. 17. Februar 2000 - III ZR 78/99, WM 2000, 785, 786; Schüren/Feuerborn, aaO § 12 Rn. 21). Hiervon geht das Berufungsgericht zutreffend aus.

3. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht jedoch gemeint, die auf seiten der Schuldnerin nicht abgeführten und auch von der Beklagten vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht ausgeglichenen Sozialversicherungsbeiträge als Passivposten berücksichtigen zu können. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Beklagte im Hinblick auf die Unwirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages überhaupt verpflichtet ist, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag für die von ihr in Anspruch genommenen Arbeitnehmer an die AOK zu zahlen.

a) Grundsätzlich ist der Verleiher der alleinige Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG), so daß ihn die sozialversicherungsrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers treffen (§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV; vgl. Schaub, Arbeitsrechtshandbuch 10. Aufl. § 120 Rn. 76).

aa) Etwas anderes gilt nach § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG nur, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und einem Leiharbeitnehmer nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist, weil der Verleiher nicht die nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt. In diesem Ausnahmefall wird der Entleiher kraft gesetzlicher Anordnung Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers mit allen gesetzlichen Rechten und Pflichten (vgl. BSGE 56, 287, 288 = ZIP 1985, 111, 112). Er hat daher gemäß § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV den Gesamtsozialversicherungsbeitrag (§ 28d SGB IV) für den unerlaubt überlassenen Arbeitnehmer zu zahlen (vgl. BSGE aaO; Boemke, aaO § 10 Rn. 62), gegebenenfalls als Gesamtschuldner neben dem Verleiher, der das Arbeitsentgelt an den Leiharbeitnehmer entrichtet hat (§ 28e Abs. 2 Sätze 3 und 4 SGB IV). Im Streitfall hat das Berufungsgericht unbeanstandet festgestellt, daß die Schuldnerin über die erforderliche Erlaubnis verfügte. Die beklagte Entleiherin trifft daher nicht die Haftung als Arbeitgeberin aus § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV.

bb) Ist der Arbeitnehmer dem Entleiher gegen Vergütung überlassen worden und ist der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wirksam, haftet der Entleiher gemäß § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV wie ein selbstschuldnerischer Bürge für die Erfüllung der Zahlungspflicht des Arbeitgebers (vgl. Marschall in Münchener Handbuch, aaO § 175 Rn. 79). Damit wird für die Beiträge zur Sozialversicherung die ausschließliche arbeitsrechtliche Zuordnung des Leiharbeitnehmers zum Verleiher durchbrochen (vgl. Düwell in Kasseler Handbuch, aaO

Abschnitt 4.5 Rn. 452; Marschall in Münchener Handbuch, aaO § 175 Rn. 73 ff). Ein solcher Fall ist hier bei wortlautgemäßer Auslegung der Bestimmung ebenfalls nicht gegeben, weil zwischen der Schuldnerin und der Beklagten ein Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wirksam nicht zustande gekommen ist.

Demgegenüber könnten Entstehungsgeschichte, Systematik und Sinn und Zweck der Regelung dafür sprechen, die Bürgenhaftung nach § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV über den Wortlaut der Vorschrift hinaus auf Arbeitnehmerüberlassungsverträge zu erstrecken, die aus anderen Gründen als wegen eines Verstoßes gegen § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam sind. Die Bestimmung wäre dann - berichtigend - in der Weise zu lesen, daß der Entleiher unter den weiter genannten Voraussetzungen für die Erfüllung der Zahlungspflicht bei einem nicht nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksamen Vertrag haftet.

(1) Der Wortlaut der Vorgängerregelung in § 393 Abs. 3 RVO knüpfte die Bürgenhaftung nicht ausdrücklich an einen wirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, sondern durch Bezugnahme auf § 317a Abs. 1 Satz 1 RVO daran, daß der Arbeitnehmer von einem anderen Arbeitgeber gegen Vergütung einem anderen (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlassen worden ist. Sie ist durch Art. 3 § 1 Nr. 2 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes vom 7. August 1972 (BGBl. I S. 1393) in die Reichsversicherungsordnung eingefügt worden. Durch dasselbe Gesetz (Art. 1 § 12 Abs. 1 Satz 1) ist die Wirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages an die Schriftform geknüpft worden. Diese soll in erster Linie dem Schutz des Entleihers dienen (vgl. BT-Drucks. VI/2303 S. 15). Mit der Einführung der Haftung des Entleihers sollte der arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Schutz des Leiharbeitnehmers ausgebaut wer-

den; zugleich wurde aber auch betont, daß dem Entleiher - bei ordnungsgemäßer Abwicklung - keine finanziellen Belastungen entstehen (vgl. BT-Drucks. aaO S. 10). Diese Aussage träfe nicht zu, wenn der Entleiher, der zu dem Verleiher in keinem wirksamen Vertragsverhältnis steht, weil die gesetzliche, seinen Schutz bezweckende Form nicht eingehalten worden ist, oder sogar Einigungsmängel oder sonstige Willensmängel vorliegen, gleichwohl für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag haftete. Ein solches Verständnis der Ausgestaltung der Bürgenhaftung bei der legalen Arbeitnehmerüberlassung, die von dem Gesetzgeber nicht mit Sanktionen belegt worden ist, könnte dem beabsichtigten gerechten Interessenausgleich widersprechen (vgl. BT-Drucks. aaO S. 13 f).

(2) Andererseits haben weder die bei dem Verleiher beschäftigten Arbeitnehmer noch die durch § 10 Abs. 1 AÜG in Verbindung mit § 28e Abs. 3 Sätze 3 und 4 SGB IV sowie durch § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV geschützten Sozialkassen Einfluß darauf, ob der Verleihvertrag bei Vorliegen der Erlaubnis wirksam zustande kommt. Das liegt allein in der Sphäre der Vertragsparteien. Dieser Umstand könnte dafür sprechen, das Insolvenzrisiko für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge nicht den Sozialkassen, sondern dem Entleiher zuzuweisen, der in Kenntnis der drohenden Bürgenhaftung aus § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV mit dem Verleiher in Vertragsverhandlungen eingetreten ist und dessen Arbeitnehmer gegen Vergütung in Anspruch genommen hat (vgl. Franßen/Haesen, AÜG [1974], Art. 3 § 1 Rn. 4; Sandmann/Marschall, AÜG, Stand 1991, § 12 Anm. 2 unter Bezugnahme auf SG Dortmund, Urt. v. 7. Oktober 1977 - S 8 (14) Kr 17/76 -). Durch die Einordnung der Vorschriften über den Einzug des Sozialversicherungsbeitrags in das Vierte Buch Sozialgesetzbuch durch Gesetz vom 20. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2330) sollte - wie

die Gesetzesbegründung hervorhebt - gegenüber dem bisherigen Recht keine Änderung der geltenden Rechtslage eintreten (vgl. BT-Drucks. 11/2221 S. 22).

(3) Bei wortlautgemäßer Anwendung des § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV ist die Klage in voller Höhe begründet. Dann bewirkte die rechtsgrundlose Leistung zur Erfüllung der vermeintlichen Verpflichtung aus § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV zwar einen Vermögensabfluß. Diesem steht jedoch ein entsprechender Bereicherungsanspruch der Beklagten gegen den Leistungsempfänger aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB gegenüber. Der Bestand ihres Vermögens hat sich deshalb mit den Zahlungen nach Insolvenzeröffnung nicht verändert. Die Beklagte hat ihre Aufwendungen auch nicht im vorrangigen Interesse oder im Risikobereich der Schuldnerin oder der Insolvenzgläubiger getätigt (vgl. BGHZ 116, 251, 256 f; siehe ferner BGHZ 145, 52, 56). Wer sich irrig für zahlungspflichtig hält, handelt vielmehr im eigenen Risikobereich und im eigenen wirtschaftlichen Interesse, wenn er an den vermeintlichen Gläubiger Leistungen erbringt. Diese Zahlungen können daher dem Bereicherungsgläubiger gegenüber nicht in Ansatz gebracht werden.

b) Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn die Beklagte für die Abführung der Sozialversicherungsbeiträge aus § 28e Abs. 2 Satz 1 SGB IV (oder einer anderen Vorschrift) haftet und deshalb mit Rechtsgrund gezahlt hat. Deshalb braucht der Senat über die sozialversicherungsrechtliche Auslegungsfrage nicht zu entscheiden.

aa) Wäre über das Vermögen der Schuldnerin das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden, kämen die Grundsätze der "Saldotheorie" zur Anwendung. Danach besteht zwischen den Parteien eines gescheiterten Austausch-

vertrages ein umfassendes Abwicklungsschuldverhältnis, in dem die beiderseitigen Leistungen zu verrechnen sind. Demzufolge wäre durch Vergleich der infolge des Bereicherungsvorgangs verursachten Vor- und Nachteile zu ermitteln, für welchen Beteiligten sich ein Überschuß ergibt; dieser Vertragsteil wäre dann Gläubiger eines einheitlichen, von vornherein durch Abzug des ihm zugeflossenen Vorteils beschränkten Anspruchs (vgl. BGHZ 116, 251, 256; 145, 52, 55; 149, 326, 333 f). So ist der Kläger bezogen auf den Saldostand bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. Oktober 2000 verfahren, indem er bei der Berechnung der Klageforderung die an die Schuldnerin und die Einzugsstelle bis dahin erbrachten Zahlungen in Abzug gebracht hat. Diese sind nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens.

bb) In der Insolvenz gelten die Grundsätze der Saldotheorie jedoch nur in abgewandelter Form. Ein nichtiger Vertrag kann in der Insolvenz eines Vertragspartners jedenfalls keine stärkeren Wirkungen äußern als ein rechtsgültiger Vertrag. Denn allgemein sieht das Insolvenzrecht keine Verstärkung für Rückabwicklungsansprüche aus nichtigen Rechtsgeschäften aus der Zeit vor Insolvenzeröffnung vor; diese werden vielmehr nicht besonders geregelt (BGHZ 149, 326, 334). Die Saldotheorie bietet deshalb keine Grundlage dafür, Forderungen, die ohne eine Saldierungsmöglichkeit Insolvenzforderungen wären, zu "verdinglichen" oder gar zu Masseforderungen zu erheben.

Im Streitfall hätte die Beklagte, wäre der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wirksam, kein insolvenzfestes Leistungsverweigerungsrecht (§ 51 Nrn. 2 und 3 InsO) und auch keine insolvenzbeständige Aufrechnungs- oder Verrechnungsposition (§§ 94 bis 96 InsO) erworben. Die zugrundeliegenden Rechtsgedanken gelten auch im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung. Jedenfalls insoweit wird die Saldotheorie eingeschränkt.

Jedenfalls insoweit wird die Saldotheorie eingeschränkt. Deshalb mindert sich der Bereicherungsanspruch der Masse nicht um die von der Beklagten geltend gemachten Abzugsposten.

(1) Für eine Berücksichtigung der vom Berufungsgericht herangezogenen §§ 103, 105 InsO i.V.m. § 320 BGB ist von vornherein kein Raum. Deshalb können aus diesen Vorschriften gegebenenfalls abzuleitende allgemeine Rechtsgedanken die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung auch nicht mittelbar beeinflussen. Unmittelbar sind die §§ 320 ff BGB auf die Rückabwicklung nichtiger Verträge ohnehin nicht anwendbar (vgl. BGHZ 150, 138, 144).

Die Entgeltpflicht der Beklagten und die Pflicht der Schuldnerin, den Gesamtsozialversicherungsbeitrag an die Einzugsstelle zu zahlen, stehen nicht in einem synallagmatischen Verhältnis. Synallagmatische beiderseitige vertragliche Hauptleistungspflichten zeichnen sich dadurch aus, daß beide Leistungspflichten nach dem Willen der Vertragschließenden gegenseitig voneinander abhängen sollen (MünchKomm-BGB/Emmerich, 4. Aufl. vor § 320 Rn. 4). Bei einem wirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag stehen regelmäßig die Überlassung der Arbeitnehmer und das hierfür zu entrichtende Entgelt in einem synallagmatischen Austauschverhältnis. Dagegen verspricht der Entleiher das vereinbarte Entgelt nicht als Gegenleistung dafür, daß der Verleiher seinen gesetzlichen Pflichten als Arbeitgeber (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG) nachkommt. Zwar wird er in der Regel davon ausgehen, daß seine Zahlungen den Verleiher in die Lage versetzen, die Löhne zu zahlen und die Lohnnebenkosten an die Einzugsstelle abzuführen. Die Erfüllung dieser Ansprüche mag auch als Nebenpflicht dem Entleiher gegenüber geschuldet sein, weil andernfalls die ordnungsgemäße Abwicklung des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages gefährdet

wäre. In welcher Weise der Arbeitgeber diesen Verpflichtungen nachkommt, ist jedoch weder durch das Gesetz noch durch den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag vorgegeben. Der Entleiher hat insbesondere keinen Anspruch auf eine bestimmte Verwendung eines Teil des Entgelts gerade zur Erfüllung der gesetzlichen Arbeitgeberpflichten aus § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Geriete der Arbeitgeber mit der Abführung des Gesamtsozialversicherungsbeitrags in Rückstand, kann dies nur Zurückbehaltungsrechte nach § 273 BGB und nicht nach § 320 BGB auslösen.

Entgegen der Auffassung der Revision kann dem Senatsurteil vom 7. März 2002 (IX ZR 293/00, ZIP 2002, 840, 842) nichts anderes entnommen werden. Dort hat der Senat die Vereinbarung von Ratenzahlungen gegen Rücknahme des Antrags auf Abgabe der eidesstattlichen Versicherung in einem Vergleich als Verpflichtungen bezeichnet, die in einem synallagmatischen Verhältnis zueinander stehen, auf welches § 320 BGB anzuwenden sei. Dies entsprach dem in dem Vertrag zum Ausdruck gekommenen beiderseitigen Willen. Die Entscheidung verhält sich jedoch nicht zu der hier entscheidenden Frage, unter welchen Voraussetzungen allgemein weitere Vertragspflichten in das synallagmatische Verhältnis einzubeziehen sind.

(2) Ein allein auf § 273 Abs. 1 BGB gestütztes Zurückbehaltungsrecht hat zugunsten bloßer Insolvenzgläubiger innerhalb der Insolvenz keine Wirkung (vgl. BGHZ 150, 138, 145). Im Falle der Wirksamkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages hätte der Beklagten nur ein solches Zurückbehaltungsrecht zugestanden. Dies folgt aus § 51 Nrn. 2 und 3 Insolvenzordnung. Nach diesen Bestimmungen sind nur einzelne, bestimmte Zurückbehaltungsrechte insolvenzfest. Dazu rechnen insbesondere Zurückbehaltungsrechte wegen

wertbeständiger Verwendungen auf eine Sache der Insolvenzmasse (§ 51 Nr. 2 InsO) sowie kaufmännische Zurückbehaltungsrechte (§ 51 Nr. 3 InsO), die nach § 371 Abs. 2 HGB ein pfandrechtsähnliches Selbstverwertungsrecht verleihen (vgl. BGHZ 150, 138, 145). Das durch den formungültigen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag näher ausgestaltete Zurückbehaltungsrecht an Teilen des vereinbarten Entgelts kam weder der Insolvenzmasse zugute, noch entfaltete es eine Drittwirkung, die das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht kennzeichnet (vgl. § 369 Abs. 2 HGB). Es wirkte nur zwischen den Vertragsparteien. Die vereinbarte Zahlungsweise stellt deshalb lediglich ein Zwangsmittel zur Durchsetzung einer rein persönlichen Gegenforderung dar, das in der Insolvenz über die Grenzen des § 51 InsO hinaus nicht zugelassen werden kann, weil es in Widerspruch zu dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger stünde (BGHZ aaO S. 145).

(3) Schließlich ist es nicht gerechtfertigt, auf der Grundlage der Saldotheorie zu Lasten der Insolvenzmasse Abzugsposten anzuerkennen, die im Falle eines wirksamen Vertrages dem Erfüllungsanspruch nicht mit dem Aufrechnungs- oder Verrechnungseinwand entgegengesetzt werden könnten.

(a) Mit dem Freistellungsanspruch des Bürgen gemäß § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB gegen den Hauptschuldner, dessen Vermögensverhältnisse sich wesentlich verschlechtert haben, kann gegen einen Zahlungsanspruch des Hauptschuldners nicht aufgerechnet werden, weil es an der Gleichartigkeit beider Ansprüche fehlt. Für eine vorzeitige "Umwandlung" des Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch hat der Senat nach der Interessenlage kein Bedürfnis gesehen, weil der Bürge, der gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners aufrechnen will, sich den dafür erforderlichen Zahlungsanspruch gemäß § 774

BGB durch Leistung an den (Bürgschafts-)Gläubiger verschaffen kann (BGHZ 140, 270, 273 f). Daran ist festzuhalten.

Deshalb könnte die Beklagte im Falle eines wirksamen Arbeitnehmerüberlassungsvertrages insoweit nicht aufrechnen, als sie die Ansprüche auf den Gesamtsozialversicherungsbeitrag noch nicht ausgeglichen hat. Dann steht ihr in dieser Höhe auch nach Bereicherungsrecht kein Abzugsposten zu.

(b) Den größeren Teil des Einbehalts rechtfertigt die Beklagte mit Zahlungen, die sie nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die Bürgschaft erbracht hat. Wäre der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag wirksam geschlossen worden, wäre die Aufrechnung gegen den Anspruch auf das restliche Entgelt nach § 95 Abs. 1 Sätze 1 und 3 InsO ausgeschlossen, weil die Forderung der Masse (Hauptforderung) unbedingt und fällig geworden ist, bevor die Aufrechnung erfolgen konnte (vgl. BGH, Urt. v. 29. Juni 2004 - IX ZR 147/03, ZIP 2004, 1608, 1609, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

Die Beklagte hat die Zahlungen unstreitig nach Rechnungsstellung durch die Schuldnerin teils direkt an die AOK abgeführt, teils erst nach Zahlungsaufforderung durch die Ersatzkassen ab April 2001. Das Entgelt für die Arbeitnehmerüberlassung war indes schon früher, nämlich mit Zugang der jeweiligen Rechnung (vgl. Absatz IV Nr. 2 der zugrundeliegenden AGB) fällig. Damit ist der Rückgriffsanspruch der Beklagten gegen die Schuldnerin erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und erst unbedingt und somit aufrechenbar im Sinne von § 387 BGB entstanden, nachdem die Hauptforderung unbedingt und fällig wurde. Dies schließt die Aufrechnung aus.

cc) Auch Gründe der Billigkeit (§ 242 BGB) gebieten es nicht, dem vermeintlichen Entleiher die (teilweise) unentgeltliche Inanspruchnahme der Arbeitnehmer auf Kosten der anderen Insolvenzgläubiger zu erhalten. Soweit er durch die Bürgenhaftung zusätzlich belastet wird, beruht dies auf der in § 28e Abs. 2 SGB IV getroffenen gesetzgeberischen Entscheidung, das Insolvenzrisiko für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag in Fällen der entgeltlichen Arbeitnehmerüberlassung auf den Entleiher zu verlagern, indem dieser in der Insolvenz regelmäßig darauf verwiesen wird, den Regreßanspruch als Insolvenzforderung geltend zu machen. Im Streitfall hat sich dieses Bürgenrisiko verwirklicht.

Demgegenüber kann sich der Beklagte auch nicht mit Erfolg auf das Senatsurteil vom 15. Dezember 1994 (IX ZR 252/93, WM 1995, 352, 354) berufen. Wie in der Entscheidung vom 7. März 2002 (BGHZ 150, 138, 147) bereits hervorgehoben wird, hat der Senat dort zwar einer Bereicherungseinrede (§ 812 Abs. 2, § 813 Abs. 1 Satz 1, § 821 BGB) Wirkungen gegenüber der Konkursmasse zuerkannt. Die Entscheidung betrifft jedoch eine besonders gelagerte Fallgestaltung, in der sich die Abwehr einer ohne Rechtsgrund entstandenen Forderung auf den Wert der Konkursmasse nicht auswirkte, weil eine Forderung, der eine dauernde Einrede entgegensteht, von vornherein wertlos ist. Die dort entwickelten Grundsätze lassen sich auf den Streitfall nicht übertragen. Die Beklagte will sich durch die Anwendung der Saldotheorie im Insolvenzverfahren wirtschaftlich so behandeln lassen, als wenn sie wegen der auf die Bürgschaft erbrachten Zahlungen Masseansprüche erworben hätte. Das ist in der Insolvenz des Hauptschuldners nicht zulässig.

Fischer Raebel Kayser

Cierniak Lohmann