

10

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 817, 812; ArbeitnehmerüberlassungsG Art. 1

§§ 1, 9, 10

Wer Dritten unerlaubt Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überläßt, kann aus ungerechtfertigter Bereicherung vom Entleiher zwar nicht Wertersatz für die von den Arbeitern geleisteten Dienste, wohl aber Herausgabe dessen verlangen, was der Entleiher erspart hat, weil nicht er - der Entleiher -, sondern der Verleiher die Leiharbeitnehmer entlohnt hat.

BGH, Urt. v. 8. November 1979 - VII ZR 337/78 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 337/78

URTEIL

Verkündet am

8. November 1979

Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kommanditgesellschaft in Firma S [REDACTED]
GmbH & Co, Kaiser W [REDACTED]-Straße [REDACTED], H [REDACTED],
vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin
Firma Fritz S [REDACTED] GmbH, daselbst, diese vertreten
durch ihren Geschäftsführer Reiner S [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Werner S p [REDACTED], Inhaber Werner Sp [REDACTED],
W [REDACTED] Landstraße [REDACTED] B [REDACTED] Bez. H [REDACTED],

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

10

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Meise, Doerry und Obenhaus

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamburg vom 13. Juni 1978 aufgehoben.

Der Klageanspruch ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Wegen der Höhe des Anspruchs wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat im Jahre 1975 auf verschiedenen von ihr betriebenen Baustellen Arbeitskräfte eingesetzt und vor allem mit Reinigungsarbeiten beschäftigt. Die Arbeiter sind von der Klägerin zur Verfügung gestellt und auch entlohnt worden. Die darüber zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen bestätigte die Klägerin mit einem von ihr stammenden Vordruck, in dem die jeweilige Abmachung als "Werkvertrag" bezeichnet ist. Aus der Ge-



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



schäftsverbindung der Parteien sind 30 Rechnungen offen, mit denen die Klägerin der Beklagten für überlassene Arbeitskräfte in der Zeit vom 14. Juli bis 11. November 1975 insgesamt 33.358,29 DM berechnet hat.

Diesen Betrag hat sie nebst Zinsen eingeklagt. Sie fordert ihn in erster Linie als Vergütung aus den mit der Beklagten geschlossenen Verträgen, jedenfalls aber aus ungerechtfertigter Bereicherung. Die Beklagte verweigert die Zahlung, weil die von den Parteien getroffenen Absprachen wegen Verstoßes gegen das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) unwirksam seien. Aus ungerechtfertigter Bereicherung könne die Klägerin nichts verlangen, denn sie habe den Gesetzesverstoß gekannt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen über den Einsatz der von der Klägerin zur Verfügung gestellten Arbeitskräfte auf den Baustellen der Beklagten gemäß Art. 1 § 9 Nr. 1 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) vom 7. August 1972 (BGBI I 1393) für unwirksam.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, ohne damit Arbeitsvermittlung nach § 13 des Arbeitsförderungsgesetzes zu betreiben (Verleiher), der Erlaubnis. Fehlt es daran, sind nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG sowohl die Verträge zwischen Verleihern und Entleihern als auch zwischen Verleihern und Leiharbeitnehmern unwirksam.

Unstreitig hatte die Klägerin nicht die nach dem AÜG erforderliche Erlaubnis. Daß sie gewerbsmäßig gehandelt hat, ihre Tätigkeit also von der Absicht dauernder Gewinnerzielung beherrscht wurde, zieht die Revision nicht in Zweifel.

2. Die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen waren auch auf Überlassung von Leiharbeitnehmern gerichtet und nicht auf eine von der Klägerin zu erbringende Werkleistung, die nicht unter die Erlaubnispflicht nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz fallen würde.

a) Wesentliches Merkmal eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG ist die bloße Überlassung von Arbeitskräften, die voraussetzt, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nach den Weisungen des Entleihers zu erbringen hat. Gerade dieses Weisungsrecht des Entleihers, dem der Arbeitnehmer unterstellt wird, unterscheidet den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag von einem Werk- oder Dienstvertrag, innerhalb dessen von den Arbeitskräften eines Unternehmers Arbeiten bei einem anderen verrichtet werden (vgl. BAG

Betrieb 1979, 851 m.w.N.; Sandmann/Marschall (1979)
Art. 1 § 1 AÜG Anm. 10; Friedrich Becker, Zeitschrift
für Arbeitsrecht 1978, 131, 135, 139 f).

b) Hier hatten die von der Klägerin zur Verfügung zu stellenden Arbeiter bei ihrer Tätigkeit auf den Baustellen der Beklagten deren Anordnungen zu befolgen. Nach den vom Berufungsgericht rechtsfehlerfrei getroffenen und auch von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen hat die Klägerin täglich am frühen Morgen arbeitswillige Leute für 6 DM je Stunde "auf die Hand" angeworben, sie eingeteilt und dann zu den einzelnen Baustellen gefahren. Dort unterstanden sie ausschließlich der Obhut und Weisungsbefugnis der jeweiligen Poliere der Beklagten. Die Klägerin hat sich jeder eigenen Einwirkung auf den Arbeitsablauf enthalten.

Damit haben die Parteien Arbeitnehmerüberlassungsverträge gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG geschlossen. Daß die Vereinbarungen in den Auftragsbestätigungen der Klägerin als "Werkverträge" gekennzeichnet sind, steht dem nicht entgegen. Für die rechtliche Einordnung kommt es nicht auf die Bezeichnung des Vertrags an, sondern auf den Inhalt der gegenseitigen Pflichten. Hat die Klägerin aber keinerlei eigenverantwortliche Herstellungsverpflichtung übernommen, so fehlt es an einem für den Werkvertrag maßgeblichen Merkmal. Die Absprachen der Parteien sind deshalb nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam.

II.

Das Berufungsgericht versagt der Klägerin gemäß § 817 Satz 2 BGB auch bereicherungsrechtlichen Wertersatz

für die von den zur Verfügung gestellten Arbeitskräften geleisteten Dienste, da die Klägerin bewußt gegen das gesetzliche Verbot unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung verstoßen habe.

Auch das bekämpft die Revision erfolglos.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wie schon des Reichsgerichts genügt für die Anwendung des § 817 Satz 2 BGB nicht der objektive Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Vielmehr muß sich der Gläubiger dieses Verstoßes bewußt gewesen sein und ihn trotzdem gewollt haben (BGHZ 50, 90, 92 mit Nachweisen; erst neuerdings wieder BGH Urteil vom 12. April 1978 - IV ZR 157/75 = WM 1978, 949, 951).

Das Berufungsgericht hat rechtsirrtumsfrei festgestellt, daß die Klägerin hier bewußt verbotswidrig gehandelt hat. Die von der Revision insofern erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 565 a ZPO).

III.

Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne von der Beklagten einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich auch nicht insofern fordern, als sie die Löhne und sonstigen Abgaben für die überlassenen Arbeiter bezahlt habe. Ein solcher Anspruch sei ebenfalls gemäß § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen. Der Zweck des gesetzlichen Verbots der Arbeitnehmerüberlassung gestatte es nicht, insofern Unterschiede zu machen.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

1. Nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zustandegekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer - wie hier - gemäß Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam ist. Die Klägerin kann von der Beklagten nach §§ 267, 812 BGB Ersatz verlangen, soweit sie deren Verpflichtung aus dem fingierten Vertragsverhältnis mit den von ihr zur Verfügung gestellten Arbeitern erfüllt hat. Insoweit ist die Beklagte auf Kosten der Klägerin ohne rechtfertigenden Grund bereichert.

a) Wird eine Leistung gemäß § 267 BGB von einem Dritten bewirkt und dadurch die Schuld erfüllt, ist der Schuldner dem Dritten gemäß § 812 Abs. 1 BGB zum bereicherungsrechtlichen Ausgleich verpflichtet. Grundsätzlich muß der Dritte aber den Willen haben, die fremde Schuld zu tilgen und das auch zum Ausdruck bringen (BGHZ 43, 1, 11; 46, 319, 325; vgl. ferner BGHZ 70, 389, 398 f; 72, 246, 249), sonst tritt die Erfüllungswirkung nicht ein. Inwieweit ein Dritter, der in der irrigen Meinung geleistet hat, er selbst sei der Schuldner, nachträglich seine Leistung als Erfüllung der Verpflichtung des wirklichen Schuldners "gelten lassen" kann, braucht nicht näher erörtert zu werden (vgl. BGH NJW 1964, 1898, 1899; von Caemmerer, Festschrift für Hans Dölle, S. 135, 147 f). Denn auf eine Tilgungsbestimmung des Dritten kommt es dann nicht an, wenn die Schuld durch die Leistung des Dritten ohnedies getilgt wird oder zumindest eine der Erfüllung gleichkommende Wirkung eintritt, weil der Dritte seine Leistung vom Gläubiger

nicht zurückverlangen und dieser sie nicht noch einmal vom wahren Schuldner fordern kann.

b) So ist es hier. Die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Entleiher und Leiharbeitnehmer in Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG ist allein im Interesse des Leiharbeitnehmers geschaffen worden. Dadurch sollte er einen stärkeren Schutz erhalten als etwa durch eine subsidiäre Haftung des Entleihers für die Erfüllung der Pflichten des Verleihers ihm gegenüber (vgl. die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. VI/2303 S. 13). Dieser Sicherungszweck würde verfehlt, wenn der Leiharbeitnehmer bei Nichtigkeit seines Vertrags mit dem Verleiher gemäß Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG Bereicherungsansprüchen des Verleihers auf Rückerstattung bereits gezahlter Löhne ausgesetzt wäre. Dann würde er schlechter stehen als er ohne das fingierte Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher stünde. Denn ohne diese Fiktion wäre seine Beziehung zum Verleiher nach anerkannten Regeln des Arbeitsrechts als sogenanntes "faktisches Arbeitsverhältnis" zu behandeln. Das hätte zur Folge, daß bezahlter Lohn für geleistete Arbeit nicht mehr, jedenfalls nicht aus ungerechtfertigter Bereicherung, zurückverlangt werden könnte (vgl. etwa BGHZ 53, 152, 158 f). Wenn die Rechtsstellung des Leiharbeitnehmers verstärkt werden sollte, kann ihm der den Arbeitnehmern bei faktischen Arbeitsverhältnissen auch sonst gewährte Schutz nicht genommen sein.

Andererseits sollte ihm nicht etwa die doppelte Vergütung zugute kommen, einmal vom Verleiher und nochmals vom Entleiher. Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG verknüpft vielmehr das fingierte Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und

Leiharbeitnehmer mit dem nichtigen Rechtsverhältnis zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer. Das kommt insbesondere in Satz 5 zum Ausdruck, in dem bestimmt ist, daß der Leiharbeitnehmer gegen den Entleiher mindestens Anspruch auf das mit dem Verleiher vereinbarte Arbeitsentgelt hat. Soweit er dieses Arbeitsentgelt vom Verleiher schon erhalten hat, besteht für einen Leiharbeitnehmer kein Anlaß, es vom Entleiher noch einmal zu fordern. Sein Interesse ist hinreichend gewahrt, wenn er sich wegen darüber hinausgehender Lohnansprüche an den Entleiher wenden kann. Gegen den Verleiher hat er außerdem Schadensersatzansprüche gemäß Art. 1 § 10 Abs. 2 AUG.

Nach dem mit Art. 1 § 10 Abs. 1 AUG verfolgten Schutzzweck ist die in dieser Vorschrift getroffene Regelung infolgedessen dahin zu verstehen, daß der Leiharbeitnehmer vom Verleiher empfangenen Lohn zwar stets behalten darf, in dieser Höhe aber auch nichts vom Entleiher verlangen kann (ebenso Claus Becker, BB 1978, 363 mit weiteren Nachweisen). Dieser wird durch die Zahlungen des Verleihers entlastet. In Höhe des gezahlten Arbeitsentgelts erlischt jeweils die Schuld des Entleihers, der damit auf Kosten des Verleihers ungerechtfertigt bereichert ist, ohne daß es auf die Willensrichtung des Verleihers ankommt. Die Tilgungsbestimmung ergibt sich hier der Natur der Sache nach aus der Zahlung des Lohnes selbst. Für den Lohnarbeitnehmer ist es nicht entscheidend, von wem er letztlich das Entgelt für die von ihm geleistete Arbeit erhält, wenn er nur den Lohn, der ihm ausbezahlt worden ist, behalten darf. Davon, daß ihm ausbezahlter Lohn nicht wieder genommen werden kann, geht er allerdings aus und darf das auch annehmen.

2. Dem aus den §§ 267, 812 BGB herzuleitenden Bereicherungsanspruch der Klägerin auf Herausgabe dessen, was die Beklagte durch die Befreiung von ihren Verpflichtungen nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG gegenüber den Leiharbeitnehmern erspart hat, steht, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, § 817 Satz 2 BGB nicht entgegen. Die Vorschrift ist auf diesen Anspruch nicht anwendbar.

a) Die Klägerin hat mit der Zahlung des Arbeitsentgelts an die Leiharbeitnehmer die gesetzlichen Verbindlichkeiten der Beklagten aus den fingierten Arbeitsverträgen mit den Leiharbeitnehmern erfüllt. Damit hat sie weder gegen ein gesetzliches Verbot noch gegen die guten Sitten verstoßen, sondern im Gegenteil dem Gesetz Genüge getan, soweit es eine Sonderregelung bei unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung getroffen hat. Die Zahlung des Arbeitsentgelts an die Leiharbeitnehmer in diesen Fällen wird vom Gesetz nicht mißbilligt, wer immer die Zahlungen bewirkt. Wenn der Sinn der Regelung des Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG ist, die Arbeitnehmer weitgehend zu schützen und zu sichern, so gehört dazu auch, daß sie unangefochten in den Genuß des ihnen zustehenden Arbeitsentgelts kommen sollen.

b) Der Bundesgerichtshof legt den als Ausnahmenvorschrift verstandenen § 817 Satz 2 BGB seit langem einschränkend aus und lehnt seine ausdehnende Anwendung ab (vgl. etwa BGHZ 8, 348, 371; 39, 87, 91; 41, 341, 349; 44, 1, 6; 50, 90, 92; 63, 365, 369; BGH Urteil vom 23. März 1964 - VIII ZR 205/62 = LM BGB § 817 Nr. 20). Die dem Zivilrecht an sich fremde Regelung, die nicht selten zu unbilligen Ergebnissen führen kann (vgl. BGHZ 8, 348, 370 f; 39, 87, 91), muß in den von ihrem Zweck her

bestimmten engen Grenzen gehalten werden. Der Senat hat deshalb das Rückforderungsverbot des § 817 Satz 2 BGB nur auf das bezogen, was aus den vom Gesetz mißbilligten Vorgängen geschuldet wird. Dagegen bleiben Bereicherungsansprüche unberührt, die sich aus nicht zu beanstandenden Leistungen ergeben, selbst wenn sie demselben tatsächlichen Verhältnis entstammen (BGHZ 50, 90, 92).

c) Ähnlich ist es hier. Gesetzlich mißbilligt wird nur die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, die ohne die dafür vorgeschriebene Erlaubnis betrieben wird. Dagegen soll es niemandem verwehrt sein, auch dem Verleiher nicht, die Leiharbeitnehmer für die von ihnen geleistete Arbeit zu entlohnen. Daß dem Verleiher bei Unwirksamkeit seiner Verträge mit dem Entleiher und den Leiharbeitnehmern gemäß Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG jeglicher Ersatzanspruch gegen den Entleiher versagt sein soll, läßt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Deshalb kommt es auch keiner Umgehung erlaubnispflichtiger Arbeitnehmerüberlassung gleich, wie das Berufungsgericht meint, wenn auf den aus den §§ 267, 812 BGB hergeleiteten Bereicherungsanspruch auf Ersatz der für die Arbeiter gezahlten Löhne und sonstigen Abgaben § 817 Satz 2 BGB nicht angewendet wird. Ebensowenig gebietet es Art. 1 § 16 Abs. 1 Nr. 1 AÜG, wonach vorsätzliche oder fahrlässige Überlassung eines Leiharbeitnehmers ohne Erlaubnis als Ordnungswidrigkeit geahndet wird, dem Verleiher einen Bereicherungsanspruch, wie er hier in Frage steht, zu versagen.

Es genügt, wenn gegen den Verleiher wegen der von ihm begangenen Ordnungswidrigkeit eine Geldbuße verhängt wird und er aus der verbotenen Arbeitnehmerüber-

lassung keinen Gewinn ziehen kann, weil er wegen der Nichtigkeit des Vertrags mit dem Entleiher von diesem nicht die vereinbarte Vergütung und auch keinen Werterersatz für die von den zur Verfügung gestellten Arbeitern geleisteten Dienste verlangen kann. Ungerechtfertigt wäre es aber, wenn er nicht wenigstens das erstattet verlangen könnte, was er dem Entleiher dadurch erspart hat, daß er die Arbeitskräfte entlohnt hat. Es besteht kein Grund, dem Entleiher auf diese Weise einen weiteren Vorteil aus der verbotenen Überlassung der Arbeitskräfte zukommen zu lassen, die er in seinem Betrieb auch tatsächlich beschäftigt hat. In der Beschränkung des Verleihers auf den Ersatzanspruch gemäß §§ 267, 812 BGB liegt vielmehr ein angemessener und damit billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen.

IV.

Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, sondern muß aufgehoben werden.

Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich. In welcher Höhe die Klägerin Löhne, Steuern und Sozialabgaben für die der Beklagten überlassenen Arbeiter gezahlt hat, ist streitig. An Feststellungen des Berufungsgerichts dazu fehlt es. Danach richtet sich aber, in welchem Umfang die Klägerin die Verpflichtungen der Beklagten aus den nach Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG fingierten Arbeitsverhältnissen mit den Leiharbeitnehmern erfüllt hat. Da jedoch hohe Wahrscheinlichkeit dafür gegeben ist, daß der Klageanspruch in irgend einer Höhe besteht, ist der Senat in der Lage, ein Grundurteil zu erlassen, das auch bei Bereicherungsansprüchen möglich ist (BGHZ 53, 17, 23).

Wegen der Höhe des Anspruchs ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Doerry

Obenhaus