

Rubrum berichtigt durch  
Beschuß vom 23. Juli 2002  
Wermes  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

X ZR 83/00

Verkündet am:  
25. Juni 2002  
Potsch  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ:                   nein  
BGHR:                   ja

AÜG § 1; BGB §§ 133 B, 157 C

Für die rechtliche Einordnung eines Vertrages ist weder die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge noch die von ihnen gewählte Bezeichnung maßgeblich. Vielmehr bestimmt der sich aus dem Wortlaut des Vertrages und dessen praktischen Durchführung ergebende wirkliche Wille der Vertragspartner den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp. Die Parteien können die zwingenden Schutzvorschriften des AÜG nicht dadurch umgehen, daß sie einen vom tatsächlichen Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen.

ZPO §§ 139, 287

- a) Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht nach § 139 ZPO nicht, indem es vor der mündlichen Verhandlung allgemeine und pauschale Hinweise erteilt; vielmehr muß es die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag, den es als entscheidungser-

heblich ansieht, unmißverständlich hinweisen und ihnen die Möglichkeit eröffnen, ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Erforderlichkeit ergänzenden Vortrags von der Bewertung des Gerichts im Einzelfall abhängt.

Erweist sich, daß die Parteien einen Hinweis falsch aufgenommen haben, so muß das Gericht diesen präzisieren und der Partei erneut Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Das gleiche gilt dann, wenn das Gericht von seiner in einer gerichtlichen Verfügung geäußerten Auffassung später abweichen will.

- b) Es ist regelmäßig verfahrenfehlerhaft, eine dem Grunde nach gerechtfertigte Klage abzuweisen, ohne die Mindesthöhe des bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach § 287 ZPO zu schätzen, wenn nach den getroffenen Feststellungen nicht angenommen werden kann, daß der Anspruch schlechthin entfällt.

BGH, Urt. v. 25. Juni 2002 - X ZR 83/00 - OLG München

LG München I

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. April 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis und die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Scharen, Keukenschrijver und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 25. Februar 2000 verkündete Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin bezeichnet sich als Spezialfirma für Ausbein- und Zerlegearbeiten mit entsprechendem Fachpersonal, das für sie als jeweils selbstständige Subunternehmer tätig werde. Eine Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern besitzt sie nicht. Die Beklagte betreibt im städtischen Schlachthof in M. eine Großschlächtereier mit Fleischgroßhandel, in dem täglich mehrere

100 Tonnen Schlachtvieh verarbeitet werden. Sie verfügt über die Zulassung nach § 11 der Fleischhygiene-VO.

Am 7. März 1997 schlossen die Parteien eine als "Werkrahmenvertrag" bezeichnete Vereinbarung, nach welcher die Klägerin ab dem 10. März 1997 gemäß gesonderten Einzelaufträgen "das selbständige und eigenverantwortliche Ausbeinen, Zerlegen, Einzelverpacken und Kommissionieren der Ware und deren Verbringung zum und Lagerung im zugewiesenen Versandkühlhaus" übernahm. Die Mitarbeiter der Klägerin wurden im städtischen Schlachthof in Räumen tätig, welche die Klägerin von der Beklagten gemietet hatte. Dort erhielten die Mitarbeiter der Klägerin Rinderviertel aus der Zerlegekühlung der Beklagten, vorzerlegten diese Viertel, entfernten Knochen und Fett, schnitten sodann das Rindfleisch nach den Vorgaben der Kunden der Beklagten zu, vakuumierten und etikettierten es und verbrachten es schließlich zur Versandkühlhalle der Beklagten. Gegenüber den Aufsichtsbehörden war der Inhaber der Beklagten der für die Ausbein- und Zerlegearbeiten verantwortliche Schlachtmeister.

Die Zusammenarbeit der Parteien endete nach einer fristlosen Kündigung der Beklagten mit Schreiben vom 23. Januar 1998.

Die Klägerin verlangt Restvergütung in Höhe von 63.356,71 DM und Schadensersatz von 62.970,49 DM wegen der nach ihrer Ansicht unberechtigten fristlosen Kündigung.

Das Landgericht M. hat der Klägerin eine Restvergütung aus Werkvertrag in Höhe von 61.827,55 DM zugesprochen und im übrigen die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Berufung hat die Beklagte Klageabweisung in vollem Umfang erstrebt. Das Berufungsgericht hat die Parteien mit prozeßleitender Verfügung vom 28. Dezember 1999 darauf hingewiesen, daß entgegen der Annahme des Landgerichts und der Parteien keine werkvertraglichen Beziehungen bestünden, sondern eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung vorliege, daß die Berufung der Beklagten wenig aussichtsreich erscheine, die Klägerin nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die von ihr an die bei der Beklagten eingesetzten Mitarbeiter gezahlten Löhne und sonstigen Abgaben im Wege des Bereicherungsausgleichs verlangen könne und daß diese nach der Behauptung der Klägerin zum ursprünglich geltend gemachten Schadensersatzanspruch immerhin 90 % des Umsatzes ausmachten, eine Höhe, die im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung plausibel sei. Diese Verfügung ist dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 31. Dezember 1999 zugestellt worden. Nachdem die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 2000 einen Schriftsatz überreicht hatte, dessen Inhalt die Klägerin nicht widersprochen hatte, hat das Berufungsgericht das angefochtene Urteil abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

I. 1. Das Berufungsgericht hat einen Vergütungsanspruch der Klägerin aus Werkvertrag (§ 631 Abs. 1 BGB) verneint. Es hat die Vereinbarung der Parteien vom 7. März 1997 und die folgenden Einzelaufträge als nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam angesehen, weil Gegenstand der Vereinbarung eine Arbeitnehmerüberlassung sei, für welche die Klägerin als Verleiherin nicht die nach § 1 Abs. 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitze. Für die rechtliche Beurteilung des Vertrages sei die tatsächliche Durchführung maßgebend. Die von der Klägerin eingesetzten Kräfte seien weder selbständige Werkunternehmer gewesen noch hätten sie für die Klägerin der Beklagten selbständige Werkleistungen erbracht. Die Mitarbeiter der Klägerin seien vollständig in den Betrieb der Beklagten eingegliedert gewesen und seien nach den Weisungen der Beklagten tätig geworden. Die Klägerin habe keinen Einfluß auf die Ausführung der Arbeiten nehmen können. Die Mitarbeiter der Klägerin hätten die zu bearbeitenden Rinderviertel aus dem Kühlhaus der Beklagten erhalten, sie hätten diese in den Räumen der Beklagten bearbeitet und schließlich wieder zum Kühlhaus der Beklagten gebracht. Die einzelnen Zuschneidearbeiten seien nach Schnittmustern der Kunden der Beklagten vorgenommen worden. Die Behauptung der Beklagten, keine Kontrolle des Arbeitsergebnisses der Mitarbeiter der Klägerin durchgeführt zu haben, sei nicht glaubhaft. Vielmehr diene diese Behauptung ebenso wie das Schreiben der Beklagten vom 3. März 1997 der Verschleierung der tatsächlichen Verhältnisse.

2. Die hiergegen gerichteten Rügen der Revision haben im Ergebnis keinen Erfolg.

a) Nach Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG bedürfen Arbeitgeber, die Dritten (Entleiher) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, ohne damit Arbeitsvermittlung zu betreiben (Verleiher), der Erlaubnis. Fehlt diese, so sind sowohl die Verträge zwischen Verleiher und Entleiher als auch diejenigen zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmern nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam. Wer einem Dritten unerlaubt Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung überläßt, kann aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 Abs. 1, 267 BGB) vom Entleiher zwar nicht Wertersatz für die von den Arbeitern geleisteten Dienste, wohl aber Herausgabe dessen verlangen, was der Entleiher erspart hat, wenn nicht er, sondern der Verleiher die Leiharbeiter entlohnt hat (BGHZ 75, 299, 302 ff.; Sen.Urt. v. 18.7.2000 – X ZR 62/98).

b) Nach dem bisherigen Sachvortrag der Parteien ist die Auffassung des Berufungsgerichts unter revisionsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, die von der Klägerin der Beklagten überlassenen Kräfte seien Arbeitnehmer. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, daß die Klägerin der Beklagten nicht selbständige Subunternehmer oder eigene Mitarbeiter im Rahmen eines Werkvertrages, sondern Arbeitnehmer zur Verfügung gestellt hat.

aa) Ein Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von dem Rechtsverhältnis eines selbständigen Werkunternehmers insbesondere durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit. Danach ist Arbeitnehmer, wer seine vertraglich geschuldete Leistung im Rahmen einer von einem Dritten bestimmten Arbeitsor-

ganisation zu erbringen hat und in diese eingegliedert ist, weil er hinsichtlich Ort, Zeit und Ausführung seiner Tätigkeit einem umfassenden Weisungsrecht seines Vertragspartners (Arbeitgebers) unterliegt (vgl. BAGE 78, 252, 256 f. m.w.N.). Hingegen ist nicht Arbeitnehmer, sondern selbständig, wer im wesentlichen seine Tätigkeit frei gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann (vgl. § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB).

bb) Entsprechend diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht festgestellt, die von der Klägerin gestellten Mitarbeiter seien vollständig in den Betrieb der Beklagten und in dessen Ablauf eingegliedert gewesen und nach den Weisungen der Beklagten tätig geworden. Die Mitarbeiter der Klägerin hatten im Schlachthof M. in den von der Klägerin gemieteten Räumen der Beklagten zu arbeiten; sie erhielten die zu zerlegenden und zu bearbeitenden Rinder Viertel aus dem Kühlhaus der Beklagten, hatten die Zuschnearbeiten nach Schnittmustern von Kunden der Beklagten vorzunehmen und das zugeschnittene und verpackte Fleisch zum Kühlhaus der Beklagten zu bringen. Schon das schließt die Möglichkeit einer eigenen freien Gestaltung ihrer Tätigkeit durch die betroffenen Mitarbeiter aus. Daß sie ihre Arbeitszeit haben frei bestimmen können, ist von den Parteien nicht vorgetragen worden und erscheint nach den festgestellten Betriebsabläufen auch als ausgeschlossen. Allein der Inhaber der Beklagten war die für diese Arbeiten gegenüber den Behörden verantwortliche Person. Nur die Beklagte hatte die Zulassung nach § 11 Fleischhygiene-VO. Dem entspricht es, daß der Inhaber der Beklagten deren Betrieb einschließlich der dort tätigen von der Klägerin gestellten Mitarbeiter als sein Unternehmen bewertet hat, indem er ausführte, daß "in meinem Zerlegebetrieb" damals keine andere Firma als die Klägerin gearbeitet habe. Aus diesen Umständen und dem persönlichen Eindruck des Inhabers der Beklagten



hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei geschlossen, daß die Behauptung der Beklagten, keine Kontrolle des Arbeitsergebnisses der Mitarbeiter der Klägerin vorgenommen zu haben, nicht glaubhaft sei.

cc) Entgegen der Auffassung der Revision spricht gegen diese Würdigung des Berufungsgerichts nicht, daß das Berufungsgericht nur die Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beklagten festgestellt hat, nicht aber die Eingliederung in den Betrieb der Klägerin. Daß die Kräfte im Betrieb der Beklagten deren Weisungen unterlegen und nach diesen tätig zu werden hatten, ist maßgebend für die Begründung der Arbeitnehmerüberlassung. Daher ist es folgerichtig, wenn das Berufungsgericht die Arbeitnehmereigenschaft der überlassenen Arbeitskräfte aus der Art und Weise hergeleitet hat, in der sie bei der Beklagten eingesetzt worden sind. Auf die Bezeichnung dieser Arbeitskräfte als Subunternehmer kommt es für die rechtliche Einordnung nicht entscheidend an (vgl. BAG BB 1998, 794).

dd) Keinen Erfolg hat die Revision auch insoweit, als sie beanstandet, die Parteien hätten eine Eingliederung der Arbeitnehmer der Klägerin in die Betriebsorganisation der Beklagten nicht vorgetragen; die Feststellung des Berufungsgerichts, die Mitarbeiter hätten nach Weisung der Beklagten gearbeitet, beruhe nicht auf Parteivorbringen und sei unter Verstoß gegen den Beibringungsgrundsatz getroffen (§§ 128, 138 ZPO). Zutreffend ist, daß beide Parteien während des Rechtsstreits in den Tatsacheninstanzen an ihrer Rechtsauffassung festgehalten haben, einen Werkvertrag geschlossen zu haben, und daß beide Parteien deshalb ihr Rechtsverhältnis zu den Leiharbeitern nicht näher aufgeklärt haben. Die Klägerin hat auch nach Zustellung der Verfügung des Berufungsgerichts vom 29. Dezember 1999 in der mündlichen Verhand-

lung am 21. Januar 2000 lediglich erklärt, die für sie tätigen Personen seien Subunternehmer gewesen. Nicht in Zweifel gezogen hat sie hingegen, daß die Beklagte tatsächlich Kontroll- und Weisungsbefugnisse ausgeübt hat. Die Beklagte hat nach Zustellung der Verfügung vortragen lassen, die Mitarbeiter der Klägerin seien nicht in ihren Betrieb eingegliedert gewesen, ohne zu der tatsächlichen Handhabung Ausführungen zu machen. Im Hinblick darauf, daß der Beklagten nach Nr. 4 c) des Vertrages der Parteien vom 7. März 1997 das Recht zugestanden war, zum Zweck der Qualitätskontrolle, jederzeit, auch beim Einsatz von Subunternehmern, selbst oder durch eine beauftragte Person die Tätigkeit der Mitarbeiter der Klägerin zu überprüfen und Proben zu nehmen, und daß der Inhaber der Beklagten als verantwortlicher Schlachtmeister für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften Sorge zu tragen hatte, ist die tatrichterliche Schlußfolgerung, die der Beklagten überlassenen Mitarbeiter seien in deren Betrieb eingegliedert gewesen und hätten nach Weisung der Beklagten gearbeitet, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

c) Das Berufungsgericht hat ferner rechtsfehlerfrei festgestellt, daß der "Werkrahmenvertrag" der Parteien vom 7. März 1997 nicht als Werkvertrag, sondern als Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zu qualifizieren und unwirksam ist, weil die Klägerin unstreitig keine nach § 1 AÜG erforderliche Erlaubnis besitzt.

aa) Insoweit hat es angenommen, für die Beurteilung, ob Arbeitnehmerüberlassung oder werkvertragliche Beziehungen vorlägen, sei davon auszugehen, daß Arbeitnehmerüberlassung dadurch gekennzeichnet sei, daß dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt würden, die er seinen Vorstellungen und Zielen gemäß in seinem Betrieb wie eigene Arbeitnehmer einsetzen

könne. Die entliehenen Arbeitskräfte seien vollständig in den Betrieb des Entleihers eingegliedert und führten ihre Arbeiten allein nach dessen Weisungen durch. Die Vertragspflicht des Verleihers beschränke sich auf die Auswahl der Arbeitnehmer und ende hiermit. Im Gegensatz dazu werde bei einem Werk- oder Dienstvertrag ein Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiere die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen. Eingesetzte Arbeitnehmer unterlägen als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers dessen Weisungsbefugnis. Dies entspricht den vom Bundesgerichtshof (BGHZ 75, 299, 301; vgl. auch Sen.Urt. v. 18.7.2000 – X ZR 62/98) und vom Bundesarbeitsgericht (BAG DB 1999, 386 m.w.N.) in ständiger Rechtsprechung entwickelten Abgrenzungsgrundsätzen.

bb) Das Berufungsgericht hat für die rechtliche Einordnung des "Werkrahmenvertrages" vom 7. März 1997 auch mit Recht nicht auf die von den Parteien gewählten Bezeichnungen, sondern auf die tatsächliche Vertragsdurchführung abgestellt (dazu BAGE 67, 124 = NZA 1992, 12, 20; BAG DB 1993, 2337; BAG NZA 1995, 572, 573). Für die rechtliche Einordnung eines Vertrages ist weder die von den Parteien gewünschte Rechtsfolge noch die von ihnen gewählte Bezeichnung maßgeblich, sondern der tatsächliche Geschäftsinhalt. Die Vertragsschließenden können die zwingenden Schutzvorschriften des AÜG nicht dadurch umgehen, daß sie einen vom tatsächlichen Geschäftsinhalt abweichenden Vertragstyp wählen. Der Geschäftsinhalt kann sich sowohl aus dem Wortlaut des Vertrages als auch aus dessen praktischer Durchführung ergeben. Widersprechen beide einander, so ist die tatsächliche Handhabung maßgebend, weil sich aus ihr am ehesten Rückschlüsse darauf ziehen lassen, von welchen Rechten und Pflichten die Vertragsparteien ausgegangen sind, was sie also wirklich gewollt haben. Der so ermittelte wirkliche

Wille der Vertragspartner bestimmt den Geschäftsinhalt und damit den Vertragstyp (BAG DB 1993, 2337).

cc) Im Ergebnis ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe bei seiner Qualifikation des Vertrages als unzulässige Arbeitnehmerüberlassung außer Betracht gelassen, daß eine Arbeitnehmerüberlassung regelmäßig nur dann vorliege, wenn sich die Vertragspflichten des Unternehmers, der Arbeitnehmer im Betrieb eines anderen einsetze, in der ordnungsgemäßen Auswahl der Arbeitnehmer erschöpfe und er nur für Auswahlverschulden hafte. Beim Einsatz von Arbeitnehmern in einem Drittbetrieb liege ein Werkvertrag vor, wenn die Herstellung eines bestimmten Werkerfolgs geschuldet werde. Für einen Werkvertrag spreche die Gestaltung des Vertrages vom 7. März 1997, wonach sich die Klägerin zu bestimmten Werkleistungen verpflichtet habe. Werkvertraglich gestaltet seien die Vergütungs- und Haftungsregelungen. Die Vergütung sei am Arbeitsergebnis orientiert. Die tatsächliche Durchführung des Vertrages habe dem Wortlaut des Vertrages entsprochen. Die Parteien hätten die Aufträge nach Mengen abgerechnet. Gegen den werkvertraglichen Charakter spreche es auch nicht, wenn der Inhaber der Beklagten den Mitarbeitern der Klägerin Weisungen zum Zuschnitt erteilt haben sollte.

(1) Die Revision verkennt, daß das Berufungsgericht seine Auffassung, die Parteien hätte eine unzulässige Arbeitnehmerüberlassung vereinbart, nicht auf den Rahmenvertrag vom 7. März 1997 gestützt, sondern aus dem Schreiben der Beklagten vom 3. März 1997 hergeleitet hat. Zwar macht die Revision zutreffend geltend, daß zur Feststellung der Vertragsbeziehungen der Parteien zunächst auf die Vereinbarungen des Vertrages abzustellen sei, deren Inhalt das Berufungsgericht nicht gewürdigt habe. Dies führt jedoch nicht zum Erfolg

der Rüge. Der Bundesgerichtshof kann den Vertrag und das genannte Schreiben selbst auslegen und würdigen, da weitere tatsächliche Feststellungen nicht zu treffen sind und insoweit von der Revision auch keine Rügen ausgeführt werden.

(2) Zutreffend macht die Revision geltend, daß die Parteien ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten in dem Vertrag vom 7. März 1997 dem Wortlaut nach jedenfalls zum Teil werkvertraglich geregelt haben. Gegenstand des Rahmenvertrages ist "das selbständige und eigenverantwortliche Ausbeinen, Zerlegen, Einzelverpacken und Kommissionieren der Ware und deren Verbringung zum und Lagerung im zugewiesenen Versandkühlhaus" (Nr. 1 Abs. 1 des Vertrages). Dazu erteilt der Auftraggeber jeweils gesonderte Einzelaufträge (Nr. 1 Abs. 2). Der Auftragnehmer haftet für die ordnungsgemäße und termingerechte Abwicklung sowie die Einhaltung der relevanten Vorschriften; der Auftragnehmer hat einen fachkundigen, verantwortlichen und zeichnungsberechtigten Vertreter zu benennen, der die Aufsicht über das Personal übernimmt und berechtigt ist, erforderliche Maßnahmen anzuordnen und erforderliche Absprachen zu treffen (Nr. 4). Die Vertragspartner vereinbaren als Vergütung einen Preis je kg gelieferte Rohware und bestimmte Abrechnungsmodi (Nr. 5) und eine Kündigungsberechtigung aus wichtigem Grund (Nr. 6).

(3) Allerdings enthält der Vertrag darüber hinaus, was die Revision übersieht, auch Regelungen, die wegen ihrer besonderen Betonung in ihrer Gesamtheit mit einer Qualifizierung des Rahmenvertrages als Werkvertrag nur schwer zu vereinbaren sind und eher in Richtung einer Arbeitnehmerüberlassung weisen. Dem Auftragnehmer wird gestattet, den Auftrag wahlweise durch eigenes Personal oder durch Subunternehmer durchzuführen (Nr. 2). Ferner

verpflichtet sich der Auftragnehmer, die zur Auftragsdurchführung benötigten Räumlichkeiten, Einrichtungen, Arbeitsgeräte, Arbeitsmaterialien und Arbeitskleidung etc. auf eigene Kosten zu beschaffen bzw. vorzuhalten (Nr. 3). Der Auftraggeber hat "das Recht, zum Zwecke der Qualitätskontrolle jederzeit, auch bei Einsatz von Subunternehmern, selbst oder durch eine beauftragte Person die Tätigkeit des Auftragnehmers zu überprüfen und Proben zu nehmen. Diese Person ist dem Personal gegenüber jedoch nicht weisungsbefugt. Soweit eine Zeichnung die erbrachten Leistungen des Auftragnehmers quittiert oder gegengezeichnet werden, betrifft dies nicht etwaige Gewährleistungsansprüche oder deren Ausschluß" (Nr. 4 c Abs. 3–5).

(4) Diese Regelungen über Personal, dessen Ausstattung, die Aufsichtspflicht des Auftragnehmers und dessen Vertreters und das Kontrollrecht des Auftraggebers sind einer werkvertraglichen Beziehung fremd. Hätten die Vertragspartner ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten werkvertraglich gestalten wollen, wären diese Regelungen weitgehend überflüssig; denn der Werkunternehmer haftet dem Auftraggeber für ordnungsgemäße und termingerechte Leistung, ohne daß es darauf ankommt, wo und durch wen er das Werk erstellt. Daß er dabei für seine Mitarbeiter und seine Subunternehmer aufzukommen hat, ist eine Selbstverständlichkeit, die keiner Regelung bedarf. Der Umstand, daß die Parteien diese Dinge überhaupt als regelungsbedürftig angesehen und deshalb in den Vertrag aufgenommen haben, begründet Zweifel daran, ob die Parteien tatsächlich das vereinbart haben, was sie in dem Vertragstext niedergelegt haben. Daß der Vertrag nur der Verschleierung des wahren Geschäftsinhalts diene und die Parteien tatsächlich etwas anderes regeln wollten und auch geregelt haben, folgt, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, aus dem Schreiben der Beklagten vom 3. März 1997, das die Klägerin am

7. März 1997 gegengezeichnet hat und das die Parteien nach der Vorbemerkung des Werkrahmenvertrages ausdrücklich zu dessen Grundlage gemacht haben. Dieses Schreiben trägt die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerechts, daß die Parteien von einer unzulässigen Arbeitnehmerüberlassung ausgingen und nur zu deren Umgehung die Rechtsform des Werkvertrages wählten. Nach seinem Inhalt bringt die Beklagte ihre Sorge zum Ausdruck, von den Mitarbeitern der Klägerin auf Zahlung des Arbeitslohns oder der Abgaben in Anspruch genommen zu werden. Deshalb sucht sie sich durch Verpflichtungen der Klägerin hiergegen zu sichern. Es wird zunächst "klargestellt", daß die Ausführung der Arbeiten aufgrund von Werkverträgen erfolge und "deshalb keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen unserer Firma und Ihren Mitarbeitern oder auch den Subunternehmern oder deren Mitarbeitern" bestünden oder entstünden. Deshalb verpflichtete sich die Auftragnehmerin, die Auftraggeberin von allen etwaigen Ansprüchen freizustellen, die aus irgendeinem Rechtsgrund, etwa arbeitsrechtlichen Beziehungen, von Mitarbeitern oder Subunternehmern der Auftragnehmerin oder Dritten gegen die Auftraggeberin erhoben werden könnten. Außerdem versichere die Auftragnehmerin, daß sie die jeweils fälligen Steuern und Sozialversicherungsabgaben sowie sonstige von Arbeitgebern zu erbringende Leistungen an Dritte voll erfülle, so daß sowohl gegenüber Dritten als auch gegenüber den Beschäftigten selbst keinerlei rückständige Zahlungsverpflichtungen bestünden und entstünden. Die Auftragnehmerin habe ferner auf Verlangen jederzeit Nachweis darüber zu führen, daß alle dazu erforderlichen schriftlichen Unterlagen vorlägen und daß diese auf Wunsch ausgehändigt würden. Dies gelte beispielsweise sowohl für Genehmigungen wie auch für die Erfüllung bestehender Zahlungsverpflichtungen und sämtlicher sonstiger Beschäftigungsvoraussetzungen.

Mit diesem Inhalt stützt das Schreiben vom 3./7. März 1997 in Verbindung mit dem Rahmenvertrag der Parteien die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Parteien keinen Werkvertrag, sondern einen Vertrag über die Überlassung von Leiharbeitnehmern geschlossen haben, der wegen eines Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot solcher Vereinbarungen unwirksam ist. Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ferner davon ausgegangen, daß die Überlassung der Mitarbeiter an die Beklagte gewerbsmäßig erfolgte. Gewerbsmäßig im Sinne des § 1 Abs. 1 AÜG handelt ein Arbeitgeber, der die Arbeitsüberlassung auf gewisse Dauer anlegt oder mit ihr unmittelbar oder mittelbar wirtschaftliche Vorteile erzielen will (BAGE 31, 135, 143 = NJW 1979, 2636, 2637).

II. 1. Das Berufungsgericht hat einen Bereicherungsanspruch der Klägerin aus § 812 Abs. 1 BGB dem Grunde nach bejaht, einen Zahlungsanspruch aber im Ergebnis verneint, weil die Klägerin Zahlungen an ihre Mitarbeiter nicht nachgewiesen habe. Es hat ausgeführt, nach § 10 Abs. 1 AÜG gelte ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem jeweiligen Leiharbeitnehmer als zustande gekommen, wenn der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeitnehmer nach § 9 Ziff. 1 AÜG unwirksam sei. Zahle die Klägerin das Entgelt an ihre Mitarbeiter, könne sie ihre Leistung nicht von diesen zurückfordern, noch könnten diese Empfänger solcher Leistungen Bezahlung von der Beklagten verlangen. Dem Verleiher stehe dann ein Bereicherungsanspruch gegen den Entleiher zu. Diesem Anspruch stehe § 817 Satz 2 BGB nicht entgegen. Die Klägerin habe aber trotz ausdrücklichen Hinweises auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der gerichtlichen Verfügung vom 28. Dezember 1999 und trotz des Bestreitens der Beklagten Zahlungen an ihr als Subunternehmer behandeltes Personal nicht vorgetragen. Zahlungen lie-



ßen sich auch nicht aus ihrem Vortrag zu der in erster Instanz geltend gemachten Schadensersatzforderung entnehmen.

2. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Die Revision wendet sich mit Erfolg dagegen, daß das Berufungsgericht Zahlungen an ihre Mitarbeiter als nicht vorgetragen und ihren Vortrag zur Anspruchshöhe als nicht hinreichend substantiiert angesehen hat.

a) Mit Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe seiner richterlichen Hinweispflicht in der mündlichen Verhandlung vom 21. Januar 2000 nicht genügt. Nach § 139 ZPO hat das Gericht darauf hinzuwirken, daß die Parteien sich über alle erheblichen Tatsachen vollständig erklären und sachdienliche Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht nicht, indem es vor der mündlichen Verhandlung allgemeine und pauschale Hinweise erteilt. Vielmehr muß es die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag, den es als entscheidungserheblich ansieht, unmißverständlich hinweisen und ihnen die Möglichkeit eröffnen, ihren Vortrag sachdienlich zu ergänzen. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Erforderlichkeit ergänzenden Vortrags sich nicht bereits aus einem substantiierten Bestreiten der Gegenseite ergibt, sondern von der Bewertung des Gerichts im Einzelfall abhängt, wie z.B. hinsichtlich der Anforderungen an die Darlegung eines bestimmten Anspruchs (BGHZ 140, 365, 371). Die Hinweispflicht besteht grundsätzlich auch in Prozessen, in denen die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten wird, jedenfalls dann, wenn der Prozeßbevollmächtigte die Rechtslage erkennbar falsch beurteilt (BGHZ 127, 254, 260 m.w.N.; Sen.Urt. v. 27.10.1998 – X ZR 116/97, NJW 1999, 418, 421). Er-

weist sich, daß die Partei einen Hinweis falsch aufgenommen hat, so muß das Gericht diesen präzisieren und der Partei erneut Gelegenheit geben, dazu Stellung zu nehmen. Dies gilt entsprechend auch dann, wenn das Gericht von seiner in einer gerichtlichen Verfügung geäußerten Auffassung später abweichen will. Sofern die Präzisierung erst in der mündlichen Verhandlung möglich ist, muß das Gericht in den Fällen, in denen eine fundierte Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung nicht erfolgen kann, eine angemessene Frist einräumen.

Dem wird das Verfahren des Berufungsgerichts in der mündlichen Verhandlung nicht gerecht. Das Berufungsgericht hat in der Verfügung vom 28. Dezember 1999, die dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin am 31. Dezember 1999 zugestellt worden ist, ausgeführt, daß nach seiner Auffassung der Vertrag der Parteien nicht als Werkvertrag, sondern als unzulässige Arbeitnehmerüberlassung aufzufassen sei. Die Vereinbarung der Parteien sei deshalb nach Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, wenn nicht die Klägerin die hierfür erforderliche Erlaubnis vorweisen könne. Allerdings könne die Klägerin dann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die von ihr gezahlten Löhne und sonstigen Abgaben an die von der Beklagten eingesetzten Mitarbeiter im Wege des bereicherungsrechtlichen Ausgleichs verlangen. Diese machten nach der Behauptung der Klägerin zum ursprünglich geltend gemachten Schadensersatzanspruch immerhin 90 % des Umsatzes aus, "eine Höhe, die im Rahmen von Arbeitnehmerüberlassung plausibel ist". Gegenansprüche der Beklagten seien mit Ausnahme der vom Erstgericht anerkannten nach Bestreiten durch die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen worden. Aus dieser Verfügung konnte die Klägerin entnehmen, daß das Gericht den Vertrag der Parteien vom 7. März 1997 nicht als Werkvertrag anerkannte, sondern

mangels Erlaubnis von einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung mit der Folge der Unwirksamkeit des Vertrages ausging, daß es ferner annahm, die Klägerin habe ihre Arbeitnehmer entlohnt, und daß es der Klägerin – jedenfalls – einen Bereicherungsanspruch in Höhe von 90 % der Klageforderung zuerkennen wollte.

In der mündlichen Verhandlung am 21. Januar 2000 hat die Vorsitzende ausweislich des Protokolls die Sach- und Rechtslage mit den Parteien erörtert. Dabei hat sie darauf hingewiesen, "daß ein substantiiertes Vortrag zur Minderung und zum Schadensersatz" fehle. Ein Hinweis dahin, daß die Klageforderung unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung nunmehr als unsubstantiiert angesehen werde, ist ausweislich des Protokolls nicht ergangen.

Diesen hätte das Berufungsgericht jedoch geben müssen, wenn es von seiner in der Verfügung vom 28. Dezember 1999 niedergelegten Auffassung abweichen wollte. Ein solcher Hinweis war um so mehr geboten, als das Berufungsgericht mit der Verfügung zumindest den Anschein erweckt hatte, es gehe von Entlohnungen durch die Klägerin und von der ausreichenden Substantiierung eines bereicherungsrechtlichen Anspruchs aus. Nachdem das Gericht durch die Verfügung deutlich gemacht hatte, daß es auch unter dem Gesichtspunkt einer bereicherungsrechtlicher Anspruchsgrundlage jedenfalls in Höhe von 90 % keine Bedenken gegen den geltend gemachten Anspruch hatte, bestand für die Klägerin keine Veranlassung zum weiteren Vortrag, wenn sie sich mit dieser Höhe bescheiden wollte. Zudem ist es regelmäßig verfahrensfehlerhaft, eine nur dem Grunde nach, nicht aber zur Höhe ausreichend dargelegte

Forderung abzuweisen, ohne zuvor auf die Unvollständigkeit des Vortrags zur Höhe hinzuweisen und Gelegenheit zu ergänzendem Vorbringen zu geben (BGH, Urt. v. 9.10.2000 – II ZR 58/99, BGHR ZPO § 139 Abs. 1 – Hinweispflicht 2).

b) Hiervon abgesehen hat das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft die nach seiner Auffassung dem Grunde nach gerechtfertigte Klage abgewiesen, ohne die Mindesthöhe des bereicherungsrechtlichen Anspruchs gemäß § 287 ZPO zu schätzen. Daß solche Ansprüche schlechthin entfielen, kann nach den getroffenen Feststellungen nicht angenommen werden. Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Einordnung der Kräfte als Arbeitnehmer spricht eher dafür, daß ihnen auch eine Vergütung gezahlt wurde, die sie nach den getroffenen Feststellungen in erster Linie von der Klägerin erhalten haben mußten. Insoweit hat das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, die Beklagte habe solche Zahlungen der Klägerin an ihre Mitarbeiter bestritten. Ein solches Bestreiten der Beklagten ergibt sich weder aus ihrem in der mündlichen Verhandlung überreichten Schriftsatz vom 20. Januar 2000 noch aus ihrem früheren Verteidigungsvorbringen. In dem genannten Schriftsatz hat die Beklagte eine Arbeitnehmerüberlassung als Gegenstand des Vertrages in Abrede gestellt und vorsorglich bereicherungsrechtliche Ansprüche der Klägerin der Höhe nach als nicht substantiiert gerügt. Auch eine umsatzabhängige Provision von 10 % sei nicht nachgewiesen. In ihrem Schriftsatz vom 18. Juni 1998 hat die Beklagte vor dem Landgericht mangelnde Substantiierung der von der Klägerin geltend gemachten Vergütungs- und Schadensersatzansprüche aus Werkvertrag beanstandet. Um Bereicherungsansprüche der Klägerin ging es nicht.

Bei dieser Sachlage hätte das Gericht entweder zur Höhe weitere Feststellungen treffen oder die Bereicherung der Beklagten nach § 287 ZPO schätzen müssen, was nach seinen Ausführungen in der Verfügung vom 29. Dezember 1999 durchaus möglich gewesen wäre.

III. Daher ist auf die Revision der Klägerin das angefochtene Urteil aufzuheben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden hat. Bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung wird das Berufungsgericht zunächst der Klägerin Gelegenheit geben müssen, zur Höhe des Anspruchs aus § 812 BGB unter Berücksichtigung ihrer Zahlungen an ihre Mitarbeiter vorzutragen. Sodann wird die Beklagte Gelegenheit haben, ihr Verteidigungsvorbringen der neuen Rechtslage anzupassen.

Melullis  
laubs-

Jestaedt

RiBGH Scharen ist ur-  
bedingt ortsabwesend und  
daher gehindert zu unter-  
schreiben

Melullis

Keukenschrijver

Asendorf



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

X ZR 83/00

vom

23. Juli 2002

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 23. Juli 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Scharen, Keukenschrijver und die Richterin Mühlens

beschlossen:

Das Rubrum des Urteils des Senats vom 25. Juni 2002 wird wegen offener Unrichtigkeit dahingehend berichtigt, daß

die Prozeßbevollmächtigten der Klägerin die Rechtsanwälte ... sind, und

die Prozeßbevollmächtigte des Beklagten Rechtsanwältin ... ist

(§ 319 Abs. 1 ZPO).

Melullis

Jestaedt

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens