



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

III ZR 348/02

Verkündet am:
3. Juli 2003
K i e f e r
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 134

AÜG § 9 Nr. 4 in der Fassung vom 3. Februar 1995

Eine vertragliche Bestimmung, wonach der Entleiher dem Verleiher eine Vermittlungsprovision zu zahlen hat, wenn er den Leiharbeitnehmer vor Ablauf der gesetzlich geregelten maximalen Überlassungsdauer von zwölf Monaten oder innerhalb von sechs Monaten nach der Überlassung übernimmt, unterliegt grundsätzlich der Unwirksamkeitssanktion des § 9 Nr. 4 AÜG.

BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 - III ZR 348/02 - OLG Celle

LG Hannover

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Rinne und die Richter Dr. Wurm, Schlick, Dr. Kapsa und Galke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 11. Oktober 2002 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsrechtszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Mit "Arbeitnehmerüberlassungs- und Personalvermittlungsvertrag" vom 24. Juli 2000 und 21. August 2000 überließ die Z. GmbH (im folgenden Z.) der Beklagten Arbeitnehmer. In den Verträgen hieß es im Anschluß an den Abschnitt "Arbeitnehmerüberlassungsvertrag":

"Personalvermittlungsvertrag

1. Sofern der Entleiher oder ein mit ihm rechtlich oder wirtschaftlich verbundenes Unternehmen einen Mitarbeiter aus dem Überlassungsvertrag vor Ablauf der gesetzlich geregelten maximalen Überlassungsdauer von 12 Monaten oder inner-

halb von 6 Monaten nach Ablauf der Überlassung übernimmt, wird ein Vermittlungshonorar fällig.

Das vereinbarte Vermittlungshonorar beträgt ... <2.700 DM bis 4.000 DM je Arbeitnehmer>

Die Personalvermittlung ist kostenfrei, wenn der Mitarbeiter unmittelbar vor seiner Vermittlung die gesetzlich höchstzulässige Überlassungsdauer von 12 Monaten ... im Rahmen dieses Vertrages beim Entleiher tätig war."

Die Leiharbeitnehmer beendeten ihre Arbeitsverhältnisse mit der Z. , nachdem sie der Beklagten weniger als zwölf Monate überlassen worden waren. Sie schlossen innerhalb von sechs Monaten nach der Überlassung neue Arbeitsverträge mit der H. Gesellschaft für Arbeitnehmerüberlassung GmbH (im folgenden H.), die denselben Sitz, dieselben Geschäftsführer und zum Teil denselben Geschäftsgegenstand, nämlich die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, wie die Beklagte hatte. Die Klägerin beansprucht wegen der Übernahme der Arbeitnehmer durch die H. das Vermittlungshonorar, das die Z. in den Arbeitnehmerüberlassungs- und Personalvermittlungsverträgen mit der Beklagten vereinbart hatte. Sie stützt sich auf eine Abtretung der Z. .

Landgericht und Berufungsgericht haben die auf Zahlung von 8.777,86 € (= 17.168 DM) nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

I.

Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im wesentlichen wie folgt begründet:

Der Klägerin stehe eine Vermittlungsprovision aus abgetretenem Recht der Z. nicht zu. Ein solcher Anspruch ergebe sich nicht aus der Provisionsvereinbarung in den Arbeitnehmerüberlassungs- und Personalvermittlungsverträgen vom 24. Juli und 21. August 2000, die die Z. mit der Beklagten geschlossen habe. Zwar handele es sich bei der H. um ein mit der Beklagten "wirtschaftlich verbundenes Unternehmen" im Sinne dieser Klausel, so daß die Provision an sich ebenso geschuldet sei, als ob die Beklagte selbst die Leiharbeitnehmer eingestellt habe. Die zwischen der Beklagten als Entleiher und der Z. als Verleiher geschlossene Provisionsvereinbarung sei aber wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot unwirksam (§ 134 BGB). Denn sie habe das durch § 9 Nr. 4 (seit dem 1. Januar 2003: § 9 Nr. 3) des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158) geschützte Recht des Leiharbeitnehmers auf freie Wahl seines Arbeitsplatzes verletzt.

II.

Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung stand. Die Klägerin kann von der Beklagten eine Vermittlungsprovision nicht beanspruchen, weil die in den Arbeitnehmerüberlassungs- und Personalvermittlungsverträgen getroffene Provisionsvereinbarung nach § 9 Nr. 4 AÜG a.F. unwirksam ist.

1. Nach § 9 Nr. 4 AÜG a.F. sind Vereinbarungen, die dem Entleiher untersagen, den Leiharbeiter zu einem Zeitpunkt einzustellen, in dem dessen Arbeitsverhältnis zum Verleiher nicht mehr besteht, unwirksam. Die Bestimmung schließt - ebenso wie § 9 Nr. 5 AÜG a.F. (jetzt § 9 Nr. 4 AÜG) - vertragliche Abreden aus, die eine Einstellung des Leiharbeiters unmittelbar durch den Entleiher nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Verleiher und Leiharbeiter verhindern. Aufgrund des Sozialstaatsprinzips erschien es nicht gerechtfertigt, das Recht des Leiharbeiters auf freie Wahl des Arbeitsplatzes zu beeinträchtigen (Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung BT-Drucks. VI/2303 S. 13). Der Wechsel des Leiharbeiters zum Entleiher kann dem Verleiher erhebliche wirtschaftliche Nachteile bringen. Gleichwohl hat der Gesetzgeber der Berufsfreiheit des Leiharbeiters (Art. 12 Abs. 1 GG) den Vorrang eingeräumt (vgl. LAG Baden-Württemberg LAGE § 9 AÜG Nr. 5; Schüren, AÜG 1994 § 9 Rn. 138; ErfK/Wank 3. Aufl. 2003 § 9 AÜG Rn. 22; Sandmann/Marschall, AÜG <Stand Juni 2002> Art. 1 § 9 Anm. 29). Bei der Regelung des § 9 Nr. 4 AÜG a.F. handelt es sich um ein den Schutz des Leiharbeiters bezweckendes gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB (vgl. LAG Baden-Württemberg aaO; Becker/Wulfgramm, AÜG 3. Aufl. 1985 Art. 1 § 9 Rn. 30a; Ulber, AÜG 2. Aufl. 2002 § 9 Rn. 72, 79; Künzl EWiR 2001, 511; s. auch BGHZ 75, 299, 302 <zu Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG>).

2. Seinem Wortlaut nach ordnet § 9 Nr. 4 AÜG a.F. nur die Unwirksamkeit von Einstellungsverboten an. Sinn und Zweck der Vorschrift gebieten jedoch, die Unwirksamkeitsfolge darüber hinaus auf Abreden mit vergleichbarer Wirkung zu erstrecken (vgl. Boemke, AÜG 2002 § 9 Rn. 50; Ulber aaO Rn. 78; Künzl aaO S. 512; LG München I BB 2002, 1595, 1596 <Anmerkung Mechlem/Lipinski>; AG Hamburg NZA-RR 2002, 239 f). Sonst würde das vorbeschriebene Ziel des Gesetzgebers, dem Leiharbeiter in Einklang mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und im Interesse der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) die freie Wahl des Arbeitsplatzes zu sichern, verfehlt. Dementsprechend sind nach § 9 Nr. 4 AÜG unwirksam nicht allein ausdrückliche Einstellungsverbote, sondern auch sonstige Vereinbarungen zwischen Verleiher und Entleiher, die den Wechsel des Leiharbeitnehmers zum Entleiher verhindern oder wesentlich erschweren (vgl. Ulber aaO; Künzl aaO; AG Hamburg aaO; AG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1495; vgl. auch ErfK/Wank aaO Rn. 23).

Da es bei § 9 Nr. 4 AÜG a.F. allgemein um den Grundsatz der freien Wahl des Arbeitsplatzes geht, ist es unerheblich, daß der Streitfall den Wechsel eines Arbeitnehmers in ein anderes (wohl besser bezahltes) Leiharbeitsverhältnis, nicht aber in ein normales Stamarbeitsverhältnis betrifft.

3. Eine vertragliche Bestimmung, wonach der Entleiher dem Verleiher eine Vermittlungsprovision zu zahlen hat, wenn er den Leiharbeiter vor Ablauf der gesetzlich geregelten maximalen Überlassungsdauer von zwölf Monaten oder innerhalb von sechs Monaten nach der Überlassung übernimmt, unterliegt grundsätzlich der Unwirksamkeitssanktion des § 9 Nr. 4 AÜG a.F. (vgl. LAG Baden-Württemberg aaO; LG München I aaO; AG Hamburg aaO; AG Düssel-

dorf aaO; Ulber aaO Rn. 72 und 78; Boemke aaO Rn. 51; Künzl aaO; Küttner/Bauer, Personalbuch 2001 Stichwort "Leiharbeitnehmer" Rn. 12; s. zu der weiteren unveröffentlichten - gleichsinnigen und abweichenden - Rechtsprechung der Land- und Amtsgerichte Rambach/Begerau BB 2002, 937, 939 f und Dahl DB 2002, 1374, 1375 f; a.A. für den Fall, daß sich die Vermittlungsgebühr im Rahmen des Üblichen hält, Sandmann/Marschall aaO, ErfK/Wank aaO Rn. 26 und Bundesanstalt für Arbeit, s. Rambach/Begerau aaO S. 941). Sie kommt in ihren Folgen dem in § 9 Nr. 4 AÜG a.F. geregelten Einstellungsverbot so nahe, daß die Anwendung dieser Vorschrift gerechtfertigt ist.

a) Die Abrede einer Personalvermittlungsprovision ist aufgrund ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen geeignet, den Wechsel des Leiharbeitnehmers zum Entleiher zu verhindern oder zumindest wesentlich zu erschweren. Es liegt auf der Hand, daß grundsätzlich jede Verpflichtung zur Zahlung einer Vermittlungsprovision den Entleiher davon abhalten kann, den Leiharbeitnehmer einzustellen. Denn ihm steht ohnehin das kostenlose Vermittlungsangebot der Bundesanstalt für Arbeit zu Gebote. Einen solchen, der Übernahme des Leiharbeitnehmers ungünstigen Vergleich wird der Entleiher besonders dann anstellen, wenn - wie im Streitfall - Provisionen zwischen 2.700 DM und 4.000 DM je Arbeitnehmer, jeweils zuzüglich Umsatzsteuer, im Spiel sind. Stets handelt es sich bei der Personalvermittlungsprovision um eine Ausgabe des Entleihers, der - anders als bei dem Entgelt für die Arbeitnehmerüberlassung - zunächst ein Gegenwert nicht gegenübersteht, die sich vielmehr erst in der Zukunft und vor allem auf Risiko des Entleihers rechnet. Zu bedenken ist weiter, daß der Entleiher für die "Leihe" des Arbeitnehmers bereits ein höheres Entgelt gezahlt hat, als er es an den Arbeitnehmer unmittelbar zahlen müßte (vgl. AG Düsseldorf aaO).

b) Die Vereinbarung eines Vermittlungshonorars war nicht deshalb zulässig, weil die Zedentin Z. neben der Erlaubnis für die Arbeitnehmerüberlassung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG) die - nach § 291 Abs. 1 SGB III a.F. noch erforderliche - Erlaubnis für die Arbeitsvermittlung hatte.

Es wird der Standpunkt vertreten, der Verleiher, der gleichzeitig Inhaber einer Erlaubnis zur privaten Arbeitsvermittlung sei, könne eine "Ablösezahlung" mit dem Entleiher vereinbaren; das verstoße nicht gegen § 9 Nr. 4 AÜG a.F., sofern die üblichen Honorare für Arbeitsvermittlung ohne vorausgegangenen Verleih nicht überstiegen würden. Nach der Zulassung der privaten Arbeitsvermittlung sei den Zeitarbeitsunternehmen mit der entsprechenden Doppelerlaubnis (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 der bis zum 27. März 2002 geltenden Verordnung über Arbeitsvermittlung durch private Arbeitsvermittler vom 11. März 1994, BGBl. I S. 563) gestattet, gegenüber demselben Arbeitnehmer und demselben Kunden zugleich als Verleiher und als - provisionsberechtigter - Vermittler aufzutreten (vgl. Sandmann/Marschall aaO; ErfK/Wank aaO; Kaufmann Arbeitnehmerüberlassung 1998 Rn. 252; Rambach/Begerau aaO S. 941; Dahl aaO S. 1376 ff). Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen (vgl. LAG Baden-Württemberg aaO; AG Düsseldorf aaO S. 1495 f; Ulber aaO Rn. 72 und 78; Künzl aaO S. 512; Hiekel in Tschöpe, Anwalts-Handbuch Arbeitsrecht 3. Aufl. 2003 Teil 6 D Rn. 32). Die Einführung der privaten Arbeitsvermittlung - auch - durch den Verleiher von Arbeitnehmern bedingte nicht zugleich eine Einschränkung des zum Schutz der Leiharbeiter erlassenen und unverändert gebliebenen § 9 Nr. 4 AÜG a.F.

Die grundsätzliche Zulassung der privaten Arbeitsvermittlung erfolgte durch eine Neufassung des § 23 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) vom 25. Juni 1969 (BGBl. I S. 582) durch Art. 1 Nr. 5 des Ersten Gesetzes zur Umsetzung des Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms (1. SKWPG) vom 21. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2353). Angesichts immer differenzierter werdender Wirtschafts- und Berufsstrukturen sollte den Privaten mehr als bisher die Möglichkeit eingeräumt werden, Arbeitsvermittlung zu betreiben, wenn dadurch der Arbeitsmarktausgleich erleichtert werde (vgl. Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Umsetzung der Spar-, Konsolidierungs- und Wachstumsprogramms BT-Drucks. 12/5502 S. 24). Demselben Zweck diente Art. 1 Nr. 3 des Beschäftigungsförderungsgesetzes (BeschG 1994) vom 26. Juli 1994 (BGBl. I S. 1786), der § 23 AFG erneut änderte und das Alleinvermittlungsrecht der Bundesanstalt für Arbeit aufhob (vgl. Begründung der Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. zu dem Entwurf eines Beschäftigungsförderungsgesetzes 1994 BT-Drucks. 12/6719 S. 12; s. zu der Gesetzesgeschichte im einzelnen Fuchs in Gagel, SGB III 4. Aufl. <Stand Oktober 2002> Vor §§ 291-303 Rn. 17 ff).

Das gesetzliche Verbot des § 9 Nr. 4 AÜG a.F. war mit diesen beschäftigungspolitischen Zielen vereinbar und blieb daher uneingeschränkt anwendbar. Die Unwirksamkeit von Einstellungsverboten und vergleichbar wirkenden Vereinbarungen nach § 9 Nr. 4 AÜG a.F. sollte dem Leiharbeitnehmer die Chance des Wechsels auf einen anderen Arbeitsplatz, möglichst auf einen Dauerarbeitsplatz, beim Entleiher wahren (vgl. Becker/Wulfgramm aaO Rn. 30; Franßen/Haesens AÜG 1974 Art. 1 § 9 Rn. 29; Sandmann/Marschall aaO). Sie wirkte somit ebenfalls einem Hemmnis für Ausgleichsvorgänge auf dem Ar-

beitsmarkt, nämlich einer Bindung des Leiharbeitnehmers an den Verleiher, entgegen.

c) Die von der Klägerin beanspruchte Vermittlungsprovision kann nicht deshalb vom Verbot des § 9 Nr. 4 AÜG a.F. ausgenommen werden, weil sie als Entgelt für eine Nachweis- oder Vermittlungsleistung (§ 652 Abs. 1 Satz 1 BGB) der Zedentin Z. aufzufassen wäre (vgl. LAG Baden-Württemberg aaO; Mechlem/Lipinski BB 2002, 1596, 1597; a.A. Rambach/Begerau aaO S. 941).

Die von der Zedentin und der Beklagten geschlossenen "Arbeitnehmerüberlassungs- und Personalvermittlungsverträge" - die der Senat selbst auslegen kann, da weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind - richteten sich primär auf die Arbeitnehmerüberlassung. Diese ist in dem Abschnitt "Arbeitnehmerüberlassungsvertrag" im einzelnen geregelt. Von der Vereinbarung eines Nachweises oder einer Vermittlungstätigkeit der Z. ist nirgendwo die Rede. Das im Schlußabschnitt "Personalvermittlungsvertrag" vorgesehene "Vermittlungshonorar" ist allein daran geknüpft, daß die entleihende Beklagte den Leiharbeitnehmer vor Ablauf der gesetzlich geregelten maximalen Überlassungsdauer von zwölf Monaten oder innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf der Überlassung übernimmt.

Die Z. erbrachte auch nicht - über die Arbeitnehmerüberlassung hinaus - eine Nachweis- oder Vermittlungsleistung. Zwar erhielt die Beklagte über die Z. Kenntnis von dem Arbeitsangebot des betreffenden Leiharbeitnehmers und konnte dessen Beschäftigung in ihrem Unternehmen als "Probezeit" nutzen. Diese Leistung der Z. an die Beklagte ergab sich aber schon allein aus der von der Z. geschuldeten und ihr entgoltenen Arbeitnehmerüberlas-

sung. Sie vermag ein "Vermittlungshonorar" nicht zu rechtfertigen. Die Vereinbarung eines "Vermittlungshonorars" zielte im Kern vielmehr auf einen bloßen

Ersatz für das - vor Erlass des § 9 Nr. 4 AÜG a.F. übliche (vgl. Becker/Wulfgramm aaO Rn. 29) - vertragsstrafebewehrte Einstellungsverbot und ist deshalb wie dieses unwirksam.

Rinne

Wurm

Schlick

Kapsa

Galke