
Datum: 13.04.2016
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 125/15
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2016:0413.12U125.15.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 3 O 384/14
Schlagworte: Arbeitnehmerüberlassung, Vergütung, Wochenarbeitszeit
Normen: BGB §§ 242, 311; AÜG §§ 1, 1b; InsO § 80 Abs. 1
Leitsätze:

Die Vereinbarung einer Vergütung nur für die vom Verleiher nicht zu beeinflussende tatsächliche Arbeitszeit der Leiharbeitnehmer im Betrieb des Entleihers stellt eine vom Leitbild der Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG abweichende Vertragsgestaltung dar.

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 11.06.2015 verkündete Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Bochum abgeändert und neu gefasst.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 42.149,36 Euro nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 11.02.2015 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger zu 56 % und die Beklagte zu 44 %.

Das Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages, wenn nicht die Gegenseite vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

	1

Gründe: 2

I. 3

Der Kläger macht in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter über das Vermögen der B GmbH & Co. KG einen restlichen Vergütungsanspruch aufgrund von Arbeitnehmerüberlassungen gegen die Beklagte geltend. 4

Gegenstand des Geschäftsbetriebs der Insolvenzschildnerin war die Überlassung von Arbeitnehmern an Dritte entsprechend den Regelungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Sie verfügte seit dem Jahr 1996 über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis. 5

In den Jahren 2010 bis 2012 verlieh die Insolvenzschildnerin regelmäßig Arbeitnehmer an die Beklagte, vormals D GmbH. Grundlage waren die für die einzelnen Arbeitnehmer geschlossenen Überlassungsverträge bzw. Auftragsbestätigungen, aus denen der Überlassungszeitraum, die Wochenarbeitszeit sowie der Stundenlohn hervorgingen. Für den Zeitraum von 1.7.2011 bis zum 2.6.2012 erteilte die Insolvenzschildnerin eine Vielzahl von Rechnungen über einen Gesamtbetrag von 665.251,58 €, der von der Beklagten auch bezahlt wurde. Diesen Rechnungen lagen jeweils die von den entliehenen Arbeitnehmern tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden zugrunde. 6

Anhand der in den vertraglichen Unterlagen vorgesehenen Wochenarbeitszeiten der einzelnen Leiharbeiter nahm die Insolvenzschildnerin eine Nachberechnung vor. Unter dem 26.6.2012 stellte sie der Beklagten nachberechnete Beträge in Höhe von 89.520,83 € und 20.543,81 € in Rechnung. Der Kläger bezifferte mit Schreiben vom 2.6.2014 die nachberechnete Vergütung seinerseits mit 110.064,64 € und setzte der Beklagten eine Zahlungsfrist bis zum 23.6.2014. 7

Mit der Klage verfolgt der Kläger die nachberechnete Vergütung weiter. Die Gesamtvergütung für die Arbeitnehmerüberlassungen im Zeitraum vom 1.7.2011 bis zum 2.6.2012 hat er mit 761.531,47 € beziffert. Unter Abzug der geleisteten Rechnungszahlungen hat er eine Restvergütung in Höhe von 96.279,89 € errechnet. 8

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass ihm aus den Arbeitnehmerüberlassungsverträgen eine restliche Vergütung in der geltend gemachten Höhe zustehe. Denn vertraglich sei eine zu vergütende Wochenarbeitszeit von 40 Stunden vereinbart worden. Das sei in dem in Rede stehenden Zeitraum irrtümlich nicht berücksichtigt worden. Die Vergütung in Höhe der Differenz zu den in Rechnung gestellten und bezahlten geringeren Wochenarbeitsstunden sei deshalb zutreffend nachberechnet worden. Der Umstand, dass die Leiharbeiter nicht im vorgesehenen Umfang im Betrieb der Beklagten in Anspruch genommen worden seien, gehe zu Lasten der Beklagten und führe 9

nicht zu einer Reduzierung der Vergütung.

Die Beklagte hat behauptet, der Insolvenzschuldnerin sei bekannt gewesen, dass die Wochenarbeitszeit in ihrem Betrieb lediglich 38 1/3 Stunden betrage. Da im Zweischichtbetrieb gearbeitet werde, sei ein darüber hinausgehender zeitlicher Einsatz von Leiharbeitnehmern gar nicht möglich. Aus diesem Grund sei mündlich vereinbart worden, dass nur die tatsächlich geleistete Arbeitszeit der entliehenen Arbeitnehmer zu vergüten ist. Auf dieser Grundlage sei bereits seit Beginn der Zusammenarbeit im Jahr 2008 abgerechnet worden. Im Übrigen ergebe sich aus den Vertragsunterlagen aber auch nicht durchgängig eine vorgesehene Wochenarbeitszeit von 40 Stunden, sondern überwiegend von lediglich 35 Wochenstunden. Hilfsweise hat die Beklagte die Einwendung der Verwirkung geltend gemacht. 10

Das Landgericht hat Zeugenbeweis erhoben und die Klage sodann mit dem am 11.6.2015 verkündeten Urteil abgewiesen. 11

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass der Kläger nicht den ihm obliegenden Beweis dafür erbracht habe, dass eine zu vergütende wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden unabhängig vom Arbeitseinsatz vereinbart worden ist. So enthielten die schriftlichen Verträge teilweise eine wöchentliche Arbeitszeit von nur 35 Stunden, die Auftragsbestätigungen teilweise 40 Stunden je Woche. Die Beweisaufnahme zum zeitlichen Ablauf und Zustandekommen der Unterschriften habe keine zweifelsfreie Situation ergeben. Darüber hinaus seien die von den entliehenen Arbeitnehmern geleisteten Arbeitsstunden mit einem Zeiterfassungssystem festgestellt worden. Das deute darauf hin, dass nur die tatsächlich geleisteten Stunden vergütet werden sollten. Der Inhalt einer Besprechung im Sommer 2012 über die Nachberechnungen habe sich nicht aufklären lassen. 12

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seinen erstinstanzlichen Zahlungsanspruch nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 24.6.2014 weiterverfolgt. 13

Der Kläger hält an seiner Auffassung fest, dass es für die von der Beklagten geschuldete Vergütung auf die in den Auftragsbestätigungen genannten Wochenarbeitsstunden der Leiharbeitnehmer ankomme. Soweit in den Vertragsformularen teilweise eine geringere Wochenarbeitszeit von 35 Stunden genannt ist, handle es sich lediglich um die Offenlegung der Kalkulationsgrundlage der Insolvenzschuldnerin. Maßgeblich bleibe die in den Auftragsbestätigungen genannte Wochenarbeitszeit. Eine davon abweichende mündliche Vereinbarung, nach der nur die tatsächlich von den Leiharbeitnehmern geleisteten Arbeitsstunden zu vergüten sind, habe die Beklagte nicht bewiesen. Im Übrigen sei eine solche Vereinbarung gemäß §§ 12 AÜG, 125 S. 1 BGB formunwirksam. 14

Unter Berücksichtigung der hiernach abzurechnenden Vergütung und unter Abzug der bereits berechneten und bezahlten Beträge ergebe sich die mit der Klage verfolgte Restvergütung in Höhe von 96.279,89 €. 15

Aber auch unter Zugrundelegung von teilweise geringeren Wochenarbeitsstunden errechne sich für die auf der Grundlage von 35 Wochenarbeitsstunden abzurechnenden Arbeitnehmerüberlassungen eine offene Restvergütung von 30.001,51 €. Für die auf der Grundlage von 40 Wochenstunden abzurechnenden Arbeitnehmerüberlassungen ergebe sich eine offene Restvergütung in Höhe von 12.147,85 €. 16

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Der Zeuge N habe bei seiner Vernehmung zutreffend ausgeführt, dass eine Absprache dahingehend bestanden habe, dass lediglich die tatsächlich geleisteten Stunden der Leiharbeitnehmer vergütet werden sollten. Das sei nach seinen Angaben immer so gehandhabt worden. Darüber hinaus habe der Zeuge bestätigt, dass im Betrieb der Beklagten eine Wochenarbeitszeit von 38 Stunden und 20 Minuten gelte. Diese Wochenarbeitszeit sei Anfang 2009 auch mit der Insolvenzschuldnerin als maßgeblich vereinbart worden. Eine darüber hinausgehende Beschäftigung der Leiharbeitnehmer sei im Betrieb der Beklagten wegen des dortigen Schichtbetriebs gar nicht möglich.

II. 18

Die zulässige Berufung ist im zuerkannten Umfang begründet. 19

Dem Kläger steht eine Restvergütung in Höhe von 42.149,36 € aus den 20
Arbeitnehmerüberlassungsverträgen in Verbindung mit §§ 241, 311 BGB, 80 Abs. 1 InsO
gegen die Beklagte zu.

1. Bei der Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG handelt es sich um einen 21
Dienstverschaffungsvertrag, der in Verbindung mit den §§ 241, 311 BGB die eine Partei
verpflichtet, der anderen Partei die Dienste eines oder mehrerer Dritter zu verschaffen. Bei
Vereinbarung eines Entgelts handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag. Kennzeichnend
ist, dass es der anderen Partei überlassen bleibt, den oder die Dritten nach eigenen
betrieblichen Erfordernissen in ihrem Betrieb einzusetzen, die Dienste mithin nach Weisung
der anderen Partei in deren Betriebsorganisation zu leisten sind (BGHZ 75, 299, juris Tz. 8;
MüKo/Müller-Glöge, BGB. 6. Aufl. 2012, § 611, Rn. 35 f.; Palandt/Weidenkaff, BGB, 75. Aufl.
2016, Einf. v. § 611, Rn. 25).

Die Insolvenzschuldnerin hat der Beklagten im Zeitraum vom 1.7.2011 bis zum 2.6.2012 22
Arbeitnehmer zur Arbeit in ihrem Betrieb und nach ihrer Weisung entgeltlich zur Verfügung
gestellt.

Vertragspartei war von vorneherein die Beklagte, die nicht etwa Rechtsnachfolgerin der D 23
GmbH ist. Vielmehr handelt es sich um eine schlichte Änderung der Firma der Beklagten.

2. Bedenken gegen die Wirksamkeit der einzelnen Verträge bestehen nicht. Die gewerbliche 24
Überlassung von Arbeitnehmern, auch wenn Arbeitnehmer, wie hier, allein zu dem Zweck
eingestellt werden, sie entgeltlich an andere zu verleihen („unechtes Leiharbeiter-Verhältnis“;
BGH NJW 1971, 1129, juris Tz. 9), ist als solche zulässig. Arbeitgeber, die als Verleiher
Dritten (Entleihern) Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung
überlassen wollen, bedürfen jedoch der behördlichen Erlaubnis, § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG. Über
eine solche Erlaubnis hat die Insolvenzschuldnerin unstreitig verfügt.

Die gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung in Betriebe des Baugewerbes für Arbeiten, die 25
üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden, ist gemäß § 1b S. 1 AÜG grundsätzlich
unzulässig. Dagegen verstoßende Arbeitnehmerüberlassungsverträge sind nach § 134 BGB
nichtig. Bei der Beklagten handelt es sich aber um ein Logistikunternehmen.

3. Aus den Arbeitnehmerüberlassungen ist in der zuerkannten Höhe ein 26
Restvergütungsanspruch der Insolvenzschuldnerin offen, den der Kläger nach § 80 Abs. 1
InsO geltend machen kann.

27

Ein solcher Restvergütungsanspruch besteht, weil die Vergütung nicht nach den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden der Leiharbeitnehmer zu bemessen ist. Diese Arbeitsstunden sind unstreitig berechnet und von der Beklagten bezahlt worden. Vielmehr schuldet die Beklagte eine Vergütung für die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit der entliehenen Arbeitnehmer. Insoweit haben die Vertragsparteien die in den Vertragsurkunden genannten Wochenarbeitszeiten als Mindestwochenarbeitszeiten der zur Verfügung gestellten Arbeitnehmer vereinbart.

Die Darlegungs- und Beweislast für eine dahingehende vertragliche Vereinbarung liegt beim Kläger. Er muss anhand der Vertragsunterlagen darlegen und beweisen, dass eine Mindestwochenarbeitszeit als Grundlage der Vergütung vereinbart ist. 28

a. Zu den einzelnen Arbeitnehmerüberlassungen hat der Kläger Auftragsbestätigungen und Vertragsurkunden vorgelegt. Darin sind jeweils die Wochenarbeitsstunden angegeben, teilweise 40 Wochenstunden und teilweise 35 Wochenstunden. 29

(1) Die Angabe von Wochenarbeitszeiten in den Vertragsunterlagen spricht für eine bindende Mindestwochenarbeitszeit der Leiharbeitnehmer. Denn eine solche Angabe in den Vertragsunterlagen wäre andernfalls nicht erforderlich gewesen. Insbesondere aus den einzelnen Arbeitnehmerüberlassungsverträgen war für die Beklagte ersichtlich, dass der Vertragspreis je Stunde nach einer bestimmten Wochenarbeitszeit kalkuliert war. Darin heißt es jeweils: „Preis pro Stunde ... bei ... Wochenstunden“. Es wäre mit dem aus der Sicht der Beklagten erkennbaren und von ihr deshalb zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Interesse der Insolvenzschuldnerin nicht vereinbar, wenn die Beklagte die Wochenarbeitszeit der entliehenen Arbeitnehmer dennoch frei bestimmen und sie nur die tatsächlichen geringeren Arbeitsstunden zu vergüten hätte. Die erkennbare Kalkulationsgrundlage wäre in diesem Falle hinfällig. 30

(2) Dass die vertragliche (Mindest-) Wochenarbeitszeit der Leiharbeitnehmer eine wesentliche Grundlage der Preiskalkulation war, hat letztlich auch der Zeuge N bestätigt. Denn im Zuge eines Gesprächs über eine Herabsetzung der abzurechnenden Wochenarbeitsstunden habe die Insolvenzschuldnerin eine Erhöhung des Stundensatzes verlangt. Danach war ersichtlich, dass die Wochenarbeitszeit nicht ganz unverbindlich sein konnte, sondern den zu zahlenden Stundensatz maßgeblich bestimmte. 31

(3) Die Arbeitnehmerüberlassung im Rahmen einer bestimmten (Mindest-) Wochenarbeitszeit entspricht auch der typischen Vertragsgestaltung. Denn die Pflicht zur Zahlung der Überlassungsvergütung besteht unabhängig davon, ob der Entleiher den ordnungsgemäß angebotenen Arbeitnehmer einsetzt oder nicht (Wank in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 12 AÜG, Rn. 9). Damit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn die Beklagte die Leiharbeitnehmer nach Belieben zeitlich einsetzen könnte und zu vergüten hätte. Die Vereinbarung einer Vergütung nur für die vom Verleiher nicht zu beeinflussende tatsächliche Arbeitszeit der Leiharbeitnehmer stellt insofern eine vom Leitbild der Arbeitnehmerüberlassung abweichende Vertragsgestaltung dar. 32

(4) Letztlich behauptet die Beklagte gar nicht, dass die in den Vertragsunterlagen angegebene Wochenarbeitszeit gänzlich unverbindlich sein sollte. Vielmehr hält sie in ihrer Berufungserwiderung daran fest, dass Anfang des Jahres 2009 vereinbart worden sein soll, dass – nunmehr – nur noch die tatsächlichen Arbeitsstunden zu vergüten sein sollten. Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich mithin mittelbar, dass die angegebene Wochenarbeitszeit jedenfalls zunächst verbindlich gewollt war. 33

- (5) Dass die Insolvenzschuldnerin innerhalb des hier in Rede stehenden Zeitraums nur die erfasste tatsächliche Wochenarbeitszeit der Leiharbeitnehmer abgerechnet hat, steht dem nicht entgegen. Denn das kann, was jedenfalls nicht fernliegend ist, darauf beruhen, dass der Insolvenzschuldnerin insoweit ein Irrtum unterlaufen ist, indem sie ohne weitere Überprüfung nur die ihr mitgeteilten Arbeitsstunden abgerechnet hat. Das hat der Kläger plausibel mit einem erst nachträglich entdeckten Softwarefehler bei der Insolvenzschuldnerin erklärt.
- (6) Auch der Umstand, dass die tatsächliche Arbeitszeit der Leiharbeitnehmer mittels eines Chips im Betrieb der Beklagten erfasst worden ist, steht dem nicht zwingend entgegen. Zwar hat das Landgericht angenommen, dass eine solche Zeiterfassung nur Sinn mache, wenn die tatsächliche Arbeitszeit abzurechnen und zu vergüten ist. Die Erfassung der Arbeitszeit war aber auch bei einer vereinbarten Mindestwochenarbeitszeit erforderlich, weil darüberhinausgehende Arbeitsstunden zu vergüten waren, die tatsächliche Arbeitszeit der einzelnen Leiharbeitnehmer mithin durchaus erfasst werden musste. 35
- b. Die erstinstanzliche Beweiserhebung hat nicht ergeben, dass die Vertragsparteien von den vorgenannten Gesichtspunkten abweichend etwas Anderes gewollt haben. 36
- Der Zeuge N hat zwar ausgesagt, dass es sich stets nur um eine flexible Arbeitszeit von bis zu 40 Wochenstunden gehandelt habe. Dem stehen aber die Bekundungen des Zeugen I2 entgegen, der ausgesagt hat, dass die Beklagte im Rahmen einer Besprechung im Juni/Juli 2012 davon ausgegangen sei, dass eine Mindestwochenarbeitszeit vereinbart gewesen und dies später abgeändert worden sei. Dass stimmt überdies mit den Angaben des Zeugen N insoweit überein, als auch er von einer abändernden mündlichen Vereinbarung Anfang 2009 gesprochen hat. 37
- c. Eine ausdrückliche vertragsändernde Vereinbarung dahingehend, dass nur die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden der Leiharbeitnehmer zu Vergütung sein sollten, hat die Beklagte nach der erstinstanzlichen Beweiswürdigung nicht bewiesen. 38
- Es bedarf deshalb keiner Entscheidung über die Formwirksamkeit mündlicher Vertragsänderungen (§§ 12 Abs. 1 S. 1 AÜG, 125 S. 1 BGB). 39
- Die Darlegungs- und Beweislast für eine solche Vereinbarung liegt bei der Beklagten. Der Zeuge N hat hierzu ausgesagt, dass Anfang 2009 ein Gespräch stattgefunden habe. Dabei sei besprochen worden, dass die Vergütungen nicht mehr auf der Basis von 40 Stunden, sondern nur von 38 Stunden und 20 Minuten möglich war. Damit habe sich die Insolvenzschuldnerin einverstanden erklärt. Einzelheiten zu einer bindenden vertraglichen Einigung ergeben sich aus den Bekundungen des Zeugen jedoch nicht. Vielmehr hat er angegeben, dass die Insolvenzschuldner im Gegenzug eine Erhöhung des Stundensatzes verlangt habe. Dazu ist es offenbar nicht gekommen. Dann kann indes nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass die Insolvenzschuldnerin nunmehr mit einer flexiblen Wochenarbeitszeit einverstanden war. 40
- Darüber hinaus ist das Vorbringen der Beklagten insoweit aber auch widersprüchlich. Denn einerseits trägt sie vor, dass es sich von vornherein um eine flexible Wochenarbeitszeit gehandelt haben solle. Zugleich behauptet sie eine abändernde dahingehende Abrede der Vertragsparteien. 41
- d. Eine stillschweigende vertragsändernde Vereinbarung kann zwar nach dem Vorbringen der Beklagten im Senatstermin in Betracht kommen. Danach habe es wöchentliche Besprechungen der Vertragsparteien über die Abrechnung und Kalkulation der 42

Arbeitnehmerüberlassungen sowie Quartalsgespräche mit dem damaligen Geschäftsführer der Insolvenzschildnerin gegeben. Es sei bei diesen Gesprächen beiderseits die tatsächliche Arbeitszeit der Leiharbeiter als maßgeblich angesehen worden. Auf dieser Grundlage seien bei den Gesprächen offene Abrechnungsfragen und die Vergütung für die Abrechnungszeiträume einvernehmlich geklärt worden.

Das dahingehende Verteidigungsvorbringen der Beklagten war in der Berufung indes nicht zu berücksichtigen (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 ZPO). Es handelt sich um neuen und vom Kläger zulässig mit Nichtwissen bestrittenen Tatsachenvortrag, der bereits in erster Instanz veranlasst war. Der Inhalt der Vergütungsvereinbarung der Vertragsparteien ist wesentlicher Streitpunkt der Parteien. Es lag deshalb von vorneherein nahe, Inhalt und Gegenstand etwaiger Besprechungen der Vertragsparteien darzulegen und unter Beweis zu stellen. 43

4. Auf die in den vorgelegten Auftragsbestätigungen und Vertragsurkunden teilweise abweichenden Wochenarbeitszeiten ist der Kläger im Prozesskostenhilfebeschluss des Senats vom 18.9.2015 bereits hingewiesen worden. Darin heißt es: 44

„Von den vorgelegten Arbeitnehmerüberlassungsverträgen stimmen 15 Verträge hinsichtlich der darin angegebenen Wochenarbeitszeit von 40 Stunden mit den Auftragsbestätigungen überein. Insoweit kann sich eine Restvergütung in Höhe der Differenz zwischen einer nach dieser Wochenarbeitszeit zu berechnenden Vergütung abzüglich der hierauf geleisteten Zahlungen ergeben. 45

Hinsichtlich weiterer 22 Arbeitnehmerüberlassungsverträge dürfte für die vorgenannte Berechnung die in den Verträgen jeweils vorgesehene Wochenarbeitszeit von 35 Stunden maßgebend sein. Denn nach den nicht zu beanstandenden Ausführungen des Landgerichts wird sich eine Änderung der vertraglichen Vereinbarungen durch die in den Auftragsbestätigungen angegebene höhere Wochenarbeitszeit nicht mit hinreichender Erfolgsaussicht feststellen lassen.“ 46

An dieser mitgeteilten vorläufigen Auffassung des Senats ist festzuhalten. 47

a. Nach den zutreffenden Ausführungen des Landgerichts lässt sich die zeitliche Abfolge von Auftragsbestätigungen und Arbeitnehmerüberlassungsverträgen nicht feststellen. Die Unterlagen weisen vielmehr jeweils dasselbe Datum auf und sind zeitgleich zugegangen und von der Beklagten unterzeichnet worden. Soweit in den Vertragsurkunden eine Wochenarbeitszeit von 35 Stunden angegeben ist, kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass durch zeitlich nachfolgende und unbeanstandet gebliebene Auftragsbestätigungen, die eine Wochenarbeitszeit von 40 Stunden ausweisen, eine vertragsändernde Vereinbarung zustande gekommen ist. 48

b. Entscheidungserhebliche Einwendungen dagegen hat der Kläger mit der Berufung nicht erhoben. Soweit er sich darauf stützt, dass es sich bei den jeweiligen geringeren Stundenangaben in den Vertragsurkunden um eine bloße Offenlegung der Kalkulationsgrundlage handle, ist jedenfalls nicht ersichtlich, warum die Beklagte an mehr als den dort genannten (mindestens) 35 Wochenarbeitsstunden festzuhalten sein sollte. Vielmehr ist im Grundsatz davon aus zu gehen, dass die schriftlichen Arbeitnehmerüberlassungsverträge maßgebend sind. Etwas Anderes müsste der Kläger darlegen und beweisen. 49

5. Aus diesen Gründen ist der Berechnung der Restvergütung die vertraglich vorgesehene Wochenarbeitszeit unter Abzug der bereits abgerechneten und bezahlten tatsächlichen Arbeitsstunden der entliehenen Leiharbeitnehmer zugrunde zu legen.	
Dabei ist die in den Arbeitnehmerüberlassungsverträgen genannte Wochenarbeitszeit maßgeblich. Diese sehen, teilweise abweichend von den Auftragsbestätigungen, Wochenarbeitszeiten von 40 Stunden und 35 Stunden vor.	51
Anhand der ihm mitgeteilten vorläufigen Auffassung des Senats hat der Kläger eine offene Restvergütung bei einer Mindestwochenarbeitszeit von 35 Stunden mit nunmehr 30.001,51 € beziffert und eine entsprechende Tabelle vorgelegt. Für die auf der Grundlage von 40 Wochenarbeitsstunden abzurechnenden Arbeitnehmerüberlassungen hat der Kläger eine offene Restvergütung von 12.147,85 € berechnet. Insgesamt ergeben sich hiernach 42.149,36 €.	52
Dem Vorbringen des Klägers tritt die Beklagte lediglich hinsichtlich der grundlegenden Berechnung – Abrechnung nur der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden oder zusätzliche Berücksichtigung einer Mindestwochenarbeitszeit – entgegen. Die Richtigkeit der mit der Berufung dargelegten differenzierten Berechnung stellt die Beklagte nicht in Frage. Danach ist die Klageforderung insoweit der Höhe nach unstreitig.	53
6. Erstinstanzlich hat die Beklagte die Einwendung der Verwirkung geltend gemacht und sich darauf gestützt, dass sie aufgrund der bisherigen Abrechnung und Zahlung sowie aufgrund des eingetretenen Zeitablaufs davon habe ausgehen dürfen, dass alle Zahlungsansprüche erfüllt sind.	54
Ein Recht ist verwirkt, wenn der Berechtigte es längere Zeit nicht geltend gemacht und der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht nicht mehr geltend machen werde (Palandt/Grüneberg, a.a.O. § 242 Rn. 87). Vorliegend fehlt es an dem erforderlichen Umstandsmoment. Es ist nicht dargelegt, dass die Beklagte ihre Vermögensverhältnisse darauf eingerichtet hat, dass Vergütungsansprüche über den abgerechneten und bezahlten Umfang hinausgehend nicht mehr geltend gemacht werden. Darauf hat der Kläger bereits erstinstanzlich zutreffend hingewiesen.	55
Das Vorbringen der Beklagten im Senatstermin, welches auch in Bezug auf den Verwirkungstatbestand von Bedeutung sein kann, ist aus den genannten Gründen in der Berufung nicht zu berücksichtigen (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 S. 1 ZPO).	56
7. Verzugszinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz schuldet die Beklagte seit dem 11.2.2015 (§§ 291, 286 Abs. 1 S. 2, 288 Abs. 2, 291 BGB, 253 Abs. 1, 261 Abs. 1 ZPO). Insoweit hat der Kläger seine zunächst auf fünf Prozentpunkte beschränkte Zinsforderung im Senatstermin zulässig erweitert (§§ 533, 264 Nr. 2 ZPO).	57
Dem Kläger stehen Verzugszinsen nicht bereits seit dem 24.6.2014 zu. Denn bei dem vorgerichtlichen Zahlungsverlangen über 110.064,64 € handelt es sich um eine erhebliche Zuvielforderung, die der Kläger aus den vorgenannten Gründen auch in der Sache nicht prüfbar abgerechnet hatte.	58
III.	59
	60

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1 S. 1, 92 Abs. 2 Nr. 2, 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 S. 1 ZPO liegen nicht vor.

61