

---

**Datum:** 09.07.2002  
**Gericht:** Oberlandesgericht Köln  
**Spruchkörper:** 22. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 22 U 258/01  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGK:2002:0709.22U258.01.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Köln, 91 O 162/00

---

**Tenor:**

Das Versäumnisurteil des Senats vom 09.04.2002 – 22 U 258/01 – bleibt aufrechterhalten.

Die weiteren Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Entscheidungsgründe:**

1

Aufgrund des Einspruchs der Beklagten gegen das vorbezeichnete Versäumnisurteil ist der Prozess in die Lage vor der Säumnis der Beklagten zurückversetzt worden (§§ 526, 342 ZPO a. F.). Der Einspruch ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und auch begründet worden. Das Versäumnisurteil war allerdings aufrecht zu erhalten, weil die zulässige Berufung in der Sache keinen Erfolg hat.

2

I.

3

Der Klägerin steht gegen die Beklagte wegen der Überlassung des Arbeitnehmers L. in der Zeit vom 08.05. bis zum 27.06.2000 aufgrund des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages vom 11.05./15.05.2000 ein vertraglicher Vergütungsanspruch in Höhe von 12.389,38 DM zu.

4

Im Berufungsverfahren wendet sich die Beklagte nicht dagegen, dass das Landgericht in dem angefochtenen Urteil der Klägerin einen vertraglichen Vergütungsanspruch in dieser Höhe zuerkannt hat. Da sich die Beklagte gegenüber dieser Forderung nur mit einer Aufrechnung mit vermeintlichen Gegenforderungen verteidigt, ist das Bestehen des Vergütungsanspruchs vom Senat nicht zu überprüfen (vgl. hierzu BGH NJW 1996, 597; Zöller/Gummer, ZPO, 22. Aufl., § 537 Rz. 13 a. E.).

Entgegen der Ansicht der Beklagten ist der Vergütungsanspruch der Klägerin nicht durch die von ihr erklärte Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen untergegangen.

Zu Recht hat das Landgericht das Bestehen von vertraglichen und deliktischen Schadensersatzansprüchen der Beklagten wegen der von ihr behaupteten Schlechtleistung des Arbeitnehmers L. und des angeblich darauf beruhenden Verlustes von Computerzubehörgeräten und des Nachforschungsaufwandes in Höhe von insgesamt 14.720,00 DM verneint. Wegen der Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die zutreffenden Ausführungen in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils Bezug genommen. Die hiergegen von der Beklagten im Berufungsverfahren geltend gemachten Einwendungen bleiben ohne Erfolg.

Als Verleiherin haftet die Klägerin nicht für die Schlechterfüllung der Arbeitsleistung der von ihr überlassenen Arbeitnehmer. Nach allgemeiner Auffassung schuldet der Verleiher eines Leiharbeitnehmers nur dessen sorgfältige Auswahl, jedoch nicht die Erfüllung der Arbeitspflicht und den Arbeitserfolg. Der Leiharbeitnehmer unterliegt bei der Ausführung der Arbeiten nur den Weisungen des Entleiher. Deshalb ist der Leiharbeitnehmer bei der Ausführung der ihm von dem Entleiher übertragenen Arbeiten weder als Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) noch als Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB) des Verleihers anzusehen, mit der Folge, dass dem Verleiher eine fehlerhafte Arbeitsleistung des Arbeitnehmers weder im Rahmen der Vertragsbeziehungen noch im Rahmen des Deliktsrechts zugerechnet werden kann.

Der Beklagten steht gegen die Klägerin auch kein vertraglicher Schadensersatzanspruch nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung wegen nicht sorgfältiger Auswahl des Arbeitnehmers L. zu. Zu Recht hat das Landgericht ausgeführt, dass der Klägerin eine derartige Pflichtverletzung nicht vorgeworfen werden kann. Aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages hat der Verleiher sicher zu stellen, dass ein geeigneter Arbeitnehmer für die vom Entleiher vorgesehenen Arbeitsaufgaben und für die vereinbarte Leistungszeit zur Verfügung steht. Das heißt, der Arbeitnehmer muss über die erforderliche berufliche Qualifikation verfügen und muss auch den besonderen Anforderungen und Merkmalen der beim Entleiher vorgesehenen Tätigkeit Rechnung tragen können (Ulber, AÜG, 1998, § 12 Rz. 9). Als Anspruchsteller trägt der Entleiher die Darlegungs- und Beweislast für eine Vertragspflichtverletzung des Verleihers, nämlich dass der Arbeitnehmer ungeeignet war und der Verleiher seine Auswahlpflichten verletzt hat (BGH NJW 1971, 1129; Ulber a. a. O. § 12 Rz. 14; Sandmann/Marschall, AÜG, "Rechtsbeziehungen Verleiher und Entleiher" Rz. 452). Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Beklagten nicht. Die Beklagte hat weder vorgetragen, dass der Arbeitnehmer L. nicht über die erforderliche berufliche Ausbildung für den vorgesehenen Einsatz als Disponent verfügte, noch dass er sich bereits in der Vergangenheit – vor der Überlassung an die Beklagte – bei der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit wiederholt als unzuverlässig erwiesen hat, und dass derartige Umstände der Klägerin im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages bekannt waren oder aber hätten bekannt sein müssen.

Die Beklagte beruft sich zur Begründung der von ihr behaupteten Ungeeignetheit des Arbeitnehmers L. lediglich auf ein Fehlverhalten des Zeugen L. im Rahmen seines Einsatzes bei ihr. Dieser habe es nämlich unter Verstoß gegen die Weisungen der Beklagten unterlassen, die Namen und Anschriften der Mieter von mietweise überlassenen Computergeräten schriftlich festzuhalten, weshalb mehrere Computerzubehörteile (ein Beamer, 2 Monitore) nicht mehr auffindbar seien. Es kann dahin stehen, ob dem Arbeitnehmer L. ein derartiges Fehlverhalten tatsächlich vorzuwerfen ist. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, könnte allein hieraus nicht der sichere Rückschluss darauf gezogen werden, dass der Arbeitnehmer L. für die von der Beklagten vorgesehene Tätigkeit als Disponent ungeeignet war. Ein Fehlverhalten oder eine Schlechtleistung in einem oder auch in mehreren Fällen alleine rechtfertigt nicht die Annahme der grundsätzlichen Ungeeignetheit. Fehler und Nachlässigkeiten können auch qualifizierten Personen unterlaufen. Soweit die Beklagte in der Einspruchsschrift behauptet, dass es sich bei dem von ihr geschilderten Vorfall nicht um einen Einzelfall gehandelt habe, sondern dass sich während des Arbeitseinsatzes des Arbeitnehmers L. eine manifeste fortdauernde Unfähigkeit herausgestellt habe, reicht dieses pauschale Vorbringen ohne weitere Konkretisierung nicht aus, um die grundsätzliche Ungeeignetheit des Arbeitnehmers L. darzutun. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte vor dem hier in Rede stehenden Vorfall, der zu dem Verlust der behaupteten Computerzubehörteile geführt haben soll, der Klägerin gegenüber weder die mangelhafte Arbeitsweise des Arbeitnehmers L. noch dessen grundsätzliche Ungeeignetheit beanstandet hat.

II.

11

Schließlich kann die Klägerin von der Beklagten wegen der Überlassung des Arbeitnehmers K. in dem Zeitraum 19.05. – 13.07.00 Zahlung von 10.351,84 DM gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt.BGB verlangen. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen wird, hat das Landgericht ausgeführt, dass die Klägerin, die über die nach dem AÜG erforderliche Erlaubnis verfügt, infolge der Formnichtigkeit des Arbeitnehmerüberlassungsvertrages bezüglich dieses Arbeitnehmers (§ 12 AÜG; §§ 125,126 BGB) von der Beklagten Wertausgleich aufgrund eines Bereicherungsanspruchs gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB verlangen kann. Der Wertausgleich bemisst sich gemäß §§ 812 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB nach der allgemein üblichen Vergütung für die Überlassung des Arbeitnehmers als vom Entleiher ersparte Aufwendung, wozu der Verkehrswert der Arbeitnehmerüberlassung einschließlich des Gewinns des Verleihers gehört. Die Beklagte hat nicht bestritten, dass die von der Klägerin für die Überlassung des Arbeitnehmers K., der von der Beklagten als Sachbearbeiter, nämlich als telefonischer Kundenbetreuer eingesetzt werden sollte, in Ansatz gebrachte Vergütung in Höhe von 46,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer pro Stunde der üblichen und angemessenen Vergütung für einen derartigen Arbeitnehmer entspricht. Die von der Klägerin vorgelegten Tätigkeitsnachweise und Rechnungen, die von der Beklagten nicht beanstandet werden, ergeben für den Zeitraum des Einsatzes des Arbeitnehmers K. bei der Beklagten insgesamt eine Vergütung in Höhe von 10.351,84 DM.

12

Die Beklagte kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Arbeitnehmerüberlassung keinen Verkehrswert gehabt habe, oder dass höchstens ein Stundenlohn von 18,00 DM gerechtfertigt sei.

13

Der Einwand der Beklagten, die Überlassung des Arbeitnehmers K. sei für sie wertlos gewesen, weil er während der gesamten Zeit seines Einsatzes bei ihr in der Zeit vom 19.05. – 13.07.2000 nicht als Kundenbetreuer tätig gewesen sei, vielmehr von der Beklagten habe

14

eingearbeitet werden müssen, ist unerheblich. Dieses pauschale Vorbringen der Beklagten ist bereits nicht nachvollziehbar. Mangels Konkretisierung von Art und Umfang der von dem Arbeitnehmer K. tatsächlich erbrachten Arbeitsleistungen und der Einarbeitung lässt sich ein Minderwert nicht ermitteln. Abgesehen davon, ist bei dem Einsatz neuer Arbeitskräfte in aller Regel eine gewisse Einarbeitungszeit erforderlich, bevor sie dieselbe Arbeitsleistung erbringen können wie bereits längerfristig Beschäftigte. Dies ist zunächst das Risiko des Unternehmers. Es steht diesem frei, für eine bestimmte Zeit der Einarbeitungs- oder Erprobungsphase eine geringere Vergütung mit dem Arbeitnehmer oder mit dessen Verleiher zu vereinbaren, woran es vorliegend fehlt. Bei einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag kommt hinzu, dass der Verleiher aufgrund eines wirksamen Vertrages ohnehin nicht den Erfolg der Arbeitsleistung schuldet und deshalb die Höhe der zu zahlenden Vergütung nicht vom Wert der von dem Leiharbeitnehmer erbrachten Leistung abhängig ist.

Unerheblich ist ferner der Einwand der Beklagten, dass die Einarbeitung des Zeugen K. auch 15 deshalb erforderlich gewesen sei, weil dieser nicht über die von ihr verlangte ausreichende technische Qualifikation verfügt habe, und dass die Klägerin sie hierauf pflichtwidrig nicht hingewiesen habe. Es kann dahinstehen, ob im Falle eines Auswahlverschuldens des Verleihers in Bezug auf die fachliche Eignung des Leiharbeitnehmers eine Minderung des Verkehrswertes der Arbeitnehmerüberlassung angenommen werden kann. Im vorliegenden Fall kann jedenfalls nicht festgestellt werden, dass der Arbeitnehmer K. den Vorgaben der Beklagten in Bezug auf seinen geplanten Einsatz als telefonischer Kundenbetreuer nicht entsprochen hat und der Klägerin ein Auswahlverschulden vorzuwerfen ist. Die Beklagte hatte in ihrer Arbeitsplatzbeschreibung in Bezug auf die zu besetzende Stelle des Kundentelefonbetreuers lediglich gefordert, dass dieser über Grundkenntnisse in PC-Hardware verfügen müsse. Es war der Beklagten somit bekannt, dass der in diesem Tätigkeitsbereich einzusetzende Arbeitnehmer noch einer genaueren Einweisung in die Funktion und Bedienung der von ihr vertriebenen Geräte bedurfte. Die Beklagte hat die angeblich fehlende Qualifikation des Mitarbeiters K. gegenüber der Klägerin während seiner Einsatzzeit zudem nie gerügt.

Dass die Einarbeitungszeit des Mitarbeiters K. für die Beklagte letztlich "wertlos" war, weil 16 das kostenpflichtige Abstellen eines weiteren Mitarbeiters zum Zwecke der Einweisung des Arbeitnehmers K. aufgrund der vorzeitigen Beendigung seines Einsatzes letztlich nutzlos war, ist das Risiko der Beklagten. Mangels wirksamen Vertragsschlusses kommen Schadensersatzansprüche der Beklagten gegen die Klägerin nicht in Betracht, darüber hinaus war das Vertrauen der Beklagten auf eine längerfristige Beschäftigung des Arbeitnehmers K. und damit Amortisation der Kosten für dessen Einarbeitungszeit mangels wirksamen Vertrages ohne hinreichende Grundlage.

Der Wert der Arbeitnehmerüberlassung ist auch nicht aufgrund der Vorstrafe des 17 Arbeitnehmers K. gemindert. Die Beklagte hat bereits nicht vorgetragen, dass ihr durch mangelhafte Arbeitsleistungen des Arbeitnehmers K. konkrete Nachteile im Zusammenhang mit der Vorstrafe entstanden sind. Schließlich kann der Klägerin in Bezug auf die Vorstrafe auch kein Auswahlverschulden wegen unterlassener Anforderung eines Führungszeugnisses vorgeworfen werden. In ein Führungszeugnis wird lediglich die Verurteilung zur Zahlung einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen aufgenommen (§§ 32 Abs. 2 Nr. 5, 53 BZRG). Geldstrafen, die unterhalb dieser Grenze liegen, sind deshalb bei Abschluss eines Arbeitsvertrages grundsätzlich nicht offenbarungspflichtig (BAG DB 1991, 1934). Deshalb hätte auch die Einholung eines Führungszeugnisses vor Abschluss des formnichtigen Arbeitnehmerüberlassungsvertrages mit der Beklagten keine weiteren Erkenntnisse für das Vorliegen der Vorstrafe erbracht.

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| III. Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 28.5.2002 Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin wegen Verletzung vertraglicher Nebenpflichten daraus herleiten will, dass die Klägerin es unterlassen habe, vor Ablauf der in den Arbeitsverträgen hierfür bestimmten Ausschlussfristen Schadensersatzansprüche gegenüber den Arbeitnehmern L. und K. geltend zu machen oder zumindest sie - die Beklagte - auf die Ausschlussfristen hinzuweisen, hat sie auch hiermit keinen Erfolg.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 18 |
| Es ist bereits fraglich, ob der Klägerin eine derartige Hinweispflicht gegenüber der Beklagten oblag.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 19 |
| Jedenfalls fehlt es an der nachvollziehbaren Darlegung eines durch die vermeintliche Pflichtverletzung der Klägerin entstandenen kausalen Vermögensschadens. Dass die Beklagte oder die Klägerin die Arbeitnehmer L. und K. bei Einhaltung der Ausschlussfristen erfolgreich in Höhe der von ihr in dem vorliegenden Verfahren geltend gemachten Schäden hätte in Anspruch nehmen können, steht nämlich nicht fest. Auch bei Leiharbeitnehmern sind nämlich die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die Haftungsbeschränkung von Arbeitnehmern anzuwenden (Sandmann/Marschall, AÜG, Einleitung, Rz. 427). Demzufolge kommen Schadensersatzansprüche gegen die Arbeitnehmer L. und K. nur nach einer einzelfallbezogenen Abwägung und bei Vorliegen besonderer Umstände, gegebenenfalls bei vorsätzlichem und grobfahrlässigem Verhalten, in Betracht. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich weder aus dem Beklagtenvortrag noch sind sie sonst aus den Verfahrensakten ersichtlich. | 20 |
| IV. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 344, 708 Nr. 10, 713 ZPO a. F.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 21 |
| Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 22 |
| Streitwert für das Berufungsverfahren und Wert der Beschwerde der Beklagten: 11.627,38 €.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 23 |