

Gericht:	KG Berlin 21. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	25.11.2025
Aktenzeichen:	21 U 200/24
ECLI:	ECLI:DE:KG:2025:1125.21U200.24.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 1b S 1 AÜG, § 9 Abs 1 Nr 1 AÜG, § 10 Abs 1 S 1 AÜG, § 134 BGB, § 267 BGB ... mehr

Einordnung eines "Subunternehmervertrags" über den Einsatz von Arbeitnehmern auf einer Baustelle des Auftraggebers als Dienstvertrag; Nichtigkeit eines Dienstvertrags bei Verstoß gegen das AÜG

Leitsatz

1. Verpflichtet sich ein Leistungserbringer, Arbeitnehmer auf einer Baustelle des Auftraggebers nach dessen Weisung einzusetzen, ohne dass eine konkrete Werkleistung beschrieben wäre, handelt es sich grundsätzlich nicht um einen Werk- oder Bauvertrag, sondern einen Dienstvertrag, der auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtet ist (vgl. KG, Urteil vom 15. Februar 2022 - 21 U 1116/20).(Rn.18)
2. Ein solcher Dienstvertrag ist grundsätzlich wegen Verstoßes gegen § 1b Satz 1 AÜG nichtig.(Rn.19)
3. Hat der Auftraggeber aufgrund des nichtigen Vertrags die Arbeitsleistungen ihm überlassener Arbeitskräfte erhalten, steht dem Verleiher ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Auftraggeber zu. Dieser Anspruch ist auf Herausgabe dessen gerichtet, was der Auftraggeber erspart hat, weil nicht er, sondern der Verleiher die Arbeitskräfte entlohnt hat.(Rn.20) (Rn.21)

Verfahrensgang

vorgehend KG Berlin, 2. September 2025, 21 U 200/24
vorgehend LG Berlin II, 5. Dezember 2024, 8 O 125/24

Tenor

1. Das Versäumnisurteil vom 2. September 2025 wird aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin II vom 5. Dezember 2024 dahin abgeändert, dass die Klage abgewiesen wird.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

- 1 Beide Parteien betreiben Bauunternehmen.
- 2 Im Jahr 2023 hatte der Beklagte auf mehreren Bauvorhaben in Berlin und Umgebung nicht näher spezifizierte Bauarbeiten durchzuführen. Am 25. Mai 2023 beauftragte er die Klägerin durch eine als „Subunternehmervertrag“ bezeichnete Vereinbarung damit, für ihn Leistungen auf diesen Bauvorhaben zu erbringen. Den Gegenstand dieses Subunternehmervertrags bezeichneten die Parteien mit „HLS-Installationen, 2 AK“. Weitere Angaben zum Vertragsgegenstand enthielt die Vereinbarung nicht, insbesondere umfasste sie kein Leistungsverzeichnis. In § 2 des Vertrags heißt es, dass der Klägerin das Leistungsverzeichnis des Generalunternehmervertrags zwischen einem nicht näher bezeichneten Generalunternehmer und der Beklagten bekannt sei. In § 3 vereinbarten sie eine Vergütung von 24 € / Stunde. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Anlage K 1 verwiesen.
- 3 In der Zeit vor dem 9. Dezember 2023 erbrachte die Klägerin durch mehrere Arbeitskräfte Leistungen für den Beklagten im Umfang von mehr als 100.000 €, die der Beklagte bezahlte.
- 4 Für weitere Leistungen zwischen dem 9. Dezember 2023 und Ende Januar 2024 stellte die Klägerin dem Beklagten weitere Rechnungen über Arbeitsstunden ihrer Mitarbeiter, die sich auf insgesamt 29.160,00 € (einschließlich Umsatzsteuer) belaufen (vgl. Anlage K 3 bis K 13).
- 5 Die Klägerin behauptet, auch diese Leistungen durch ihre Mitarbeiter erbracht zu haben. Der Beklagte bestreitet dies. Zudem ist er der Ansicht, die Klägerin habe Arbeiter eingesetzt, die über keine Arbeitserlaubnis in Deutschland verfügt hätten, weshalb der Subunternehmervertrag nichtig sei.
- 6 Nachdem der Beklagte diese Rechnungen nicht bezahlt hatte, hat die Klägerin vor dem Landgericht Berlin II Klage auf Zahlung von 29.160,00 € (einschließlich Umsatzsteuer) zuzüglich Zinsen erhoben. Mit Urteil vom 5. Dezember 2024 hat das Landgericht der Klage stattgegeben. Bei dem Vertrag zwischen den Parteien handele es sich war nicht um einen Werk-, sondern um einen Dienstvertrag, dieser sei aber nicht nichtig. Die Klage sei in vollem Umfang begründet, weil der Beklagte die von der Klägerin geltend gemachten Leistungen nicht substantiiert bestritten habe. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens und der Begründung des Landgerichts wird auf das Urteil verwiesen.
- 7 Mit ihrer Berufung wendet sich der Beklagte gegen das Urteil. Zur Begründung seines Rechtsmittels wiederholt er sein erstinstanzliches Vorbringen.
- 8 Das Berufungsgericht hat am 2. September 2025 eine mündliche Verhandlung durchgeführt, in der für den Beklagten kein Vertreter erschienen ist. Auf Antrag der Klägerin hat das Berufungsgericht durch Versäumnisurteil vom selben Tag die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Im Termin hat das Berufungsgericht den Klägervorteiler darauf hingewiesen, dass die Klage in der Sache unbegründet sei, da der Vertrag wegen Verstoßes gegen § 1b AÜG nichtig sei, § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG.

- 9 Gegen das ihm am 3. September 2025 zugestellte Versäumnisurteil hat der Beklagte am
4. September 2025 Einspruch eingelegt.
- 10 Nunmehr beantragt der Beklagte,
- 11 das Versäumnisurteil aufzuheben und auf die Berufung das Urteil des Landgerichts
dahin abzuändern, dass die Klage abgewiesen wird.
- 12 Die Klägerin beantragt,
- 13 das Versäumnisurteil aufrecht zu erhalten.
- II.
- 14 Auf den zulässigen Einspruch ist der Rechtsstreit in die Lage vor der Säumnis zurückver-
setzt, §§ 342, 525 S. 1 ZPO.
- 15 Auf die gleichfalls zulässige Berufung des Beklagten ist das Urteil des Landgerichts da-
hin zu ändern, dass die Klage abgewiesen wird. Der mit der Klage geltend gemachte An-
spruch besteht aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt.
- 16 1. Der Klageanspruch ergibt sich nicht aus § 631 Abs. 1 BGB. Dazu müsste der streitge-
genständliche „Subunternehmervertrag“ zwischen den Parteien als Bauvertrag (§ 650a
BGB) odersonstiger Werkvertrag zu qualifizieren sein. Wie das Landgericht zutreffend
entschieden hat, ist das nicht der Fall.
- 17 Dazu hätte sich die Klägerin dazu verpflichten müssen, dem Beklagten einen Werker-
folg zu erbringen. Dies ist nicht ersichtlich. Ein solcher Werkerfolg wird weder durch die
schriftliche Vertragsurkunde (Anlage K 1) definiert, noch tragen die Parteien vor, dass
sie mündlich eine dahingehende Zusatzvereinbarung getroffen hätten. Vielmehr heißt es
in dem Vertrag lediglich, dass die Klägerin „HLS Installationen“ durchzuführen habe und
dass ihr das Leistungsverzeichnis, mit dem der Beklagte beauftragt wurde, bekannt sei.
Damit bleibt unklar, welchen Teil oder welche Teile des Leistungsverzeichnisses durch
die Klägerin nun abgearbeitet werden sollen. Damit ist im Zweifel davon auszugehen,
dass die von der Klägerin auf die Baustelle entsandten Arbeitskräfte dort nach Weisung
des Beklagten mit von diesem gestellten Materialien tätig werden sollten. Dafür spricht
auch, dass der Vertrag nur eine Vergütung von Arbeitsleistungen nach Stunde vorsieht,
nicht hingegen von Material, das für die Durchführung von Installationsarbeiten ebenfalls
erforderlich ist. Damit verpflichtete sich die Klägerin nicht zu einem Werkerfolg, sondern
nur dazu, den Beklagten bei seinen Leistungen mit ihren Arbeitskräften zu unterstützen.
- 18 2. Der Klageanspruch ergibt sich ebenfalls nicht aus § 611 Abs. 1 BGB. Zwar handelt es
sich bei dem „Subunternehmervertrag“ mit dem soeben dargestellten Vertragsgegen-
stand um einen Dienstvertrag. Dass die Parteien selbst ihre Vereinbarung nicht so be-
zeichnet haben, ist, wie vom Landgericht gesehen, unschädlich (vgl. BGH, Urteil vom 21.
Januar 2003, X ZR 261/01).
- 19 Allerdings ist dieser Vertrag nichtig, § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG bzw. § 134 BGB i.V.m. § 1b
AÜG. Gerade weil die Klägerin sich in dem Vertrag nicht zu einem Werkerfolg, sondern
nur zu einer Dienstleistung verpflichtet hat, ist nicht erkennbar, worin diese Dienstlei-
stung bestanden haben soll, wenn nicht darin, dass die Klägerin ihre Arbeitskräfte dem
Beklagten überlässt, damit sie ihn bei den Leistungen unterstützen, die er gegenüber

seinem Auftraggeber zu erbringen hatte. Genau das ist Arbeitnehmerüberlassung (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2003, X ZR 261/01; KG, Urteil vom 15. Februar 2022, 21 U 1116/20; Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, 2025, vor § 631 BGB, Rn. 11). Da sie hier in den Betrieb des Beklagten geschieht - also in einen Betrieb des Baugewerbes - und dies für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden - nämlich Installationen des Gewerks Heizung, Lüftung und Sanitär - verstößt die Überlassung gegen § 1b S. 1 AÜG. Da die Parteien auch auf den Hinweis des Berufungsgerichts im Termin am 2. September 2025 nicht dazu vorgetragen haben, dass die Voraussetzungen einer Ausnahme nach § 1b S. 2 oder S. 3 AÜG erfüllt wären, ist ihr „Subunternehmervertrag“ damit nichtig, § 9 Abs. 1 Nr. 1 AÜG bzw. § 134 BGB (BGH, Urteil vom 21. Januar 2003, X ZR 261/01; KG, Urteil vom 15. Februar 2022, 21 U 1116/20; Retzlaff in: Grüneberg, Bürgerliches Gesetzbuch, 84. Auflage, 2025, vor § 631 BGB, Rn. 11).

- 20 3. Schließlich ergibt sich der Klageanspruch auch nicht aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Wenn ein Unternehmen seine Arbeitskräfte einem anderen Unternehmen aufgrund eines Vertrags überlässt, der - wie im vorliegenden Fall - wegen Verstoßes gegen § 1b AÜG nichtig ist, kommt zwar grundsätzlich ein Anspruch des Verleihers aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht.
- 21 Dieser Anspruch ist auf Herausgabe dessen gerichtet, was der Entleiher erspart hat, weil nicht er, sondern der Verleiher die Arbeitskräfte entlohnt hat (BGH, Urteil vom 8. November 1979, VII ZR 337/78). Damit ein solcher Anspruch zugesprochen werden kann, muss somit feststehen, in welchem Umfang der Beklagte die Arbeiter der Klägerin in Anspruch genommen hat und wie hoch der Lohn dieser Arbeiter ist, den der Beklagte bislang erspart hat. Beides steht nicht fest.
- 22 Selbst wenn die vorgetragenen nur rudimentären Angaben zu den von der Klägerin geltend gemachten Arbeitsstunden ausreichen sollten, wäre - entgegen der Ansicht des Landgerichts - auch das ebenfalls nur pauschale Bestreiten dieser Stunden durch den Beklagten ausreichend, sodass die Klägerin die Stunden unter Beweis stellen muss. Das hat sie auch auf den Hinweis des Berufungsgerichts vom 2. September 2025 (Terminprotokoll vom 2. September 2025, S. 3 oben) nicht getan, sodass sie beweisfällig geblieben ist.
- 23 Außerdem hat die Klägerin nichts zu dem Arbeitslohn vorgetragen, den sie an die dem Beklagten überlassenen Arbeiter während der Überlassungszeiten zahlte. Dies ist aber erforderlich, da der Wert der Arbeitsleistungen, die der Beklagte wegen der Nichtigkeit des Vertrags rechtsgrundlos erhalten hat, sich danach bemisst, bzw. - so der BGH - weil der Beklagte nur in diesem Umfang rechtsgrundlos Befreiung von seiner gemäß § 10 Abs. 1 S. 1 AÜG fingierten Zahlungspflicht gegenüber den Leiharbeitern erlangt hat (§ 267 BGB, vgl. BGH, Urteil vom 8. November 1979, VII ZR 337/78). Auch auf diesen Punkt hat das Berufungsgericht die Klägerin hingewiesen, ohne dass sie ihren Vortrag nachgebessert hätte.
- 24 4. Die Nebenentscheidungen ergeben sich aus §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 11, 711 ZPO.
- 25 5. Die Revision wird nicht zugelassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern.