

## **ABWERBEN VON MITARBEITERN, DIE IN EINEM AUFRECHTEN DIENSTVERHÄLTNISS MIT EINEM ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSER STEHEN**

### **Ausgangslage:**

Es kommt immer wieder vor, dass Mitarbeiter eines Arbeitskräfteüberlassers sich bei diesem über einen bestimmten Arbeitsplatz beschweren und unter diesem Vorwand die Beendigung des Dienstverhältnisses wünschen. Der Arbeitskräfteüberlasser stimmt dann der Beendigung des Dienstverhältnisses zu und der Arbeitnehmer nimmt in der Folge ein Dienstverhältnis beim früheren Beschäftiger oder bei einem Mitbewerber an. Häufig ist es so, dass sich Beschäftiger/Mitbewerber und Arbeitnehmer im Vorfeld bereits über Beendigung des Dienstverhältnisses und über eine Neubeschäftigung einig sind. Der Arbeitskräfteüberlasser wird über die Hintergründe getäuscht und erhält in der Zukunft kein Entgelt mehr, obwohl der Arbeitnehmer im Wesentlichen dieselben Dienstleistungen verrichtet wie während des aufrechten Dienstverschaffungsverhältnisses.

### **Beurteilung:**

#### **a) Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG:**

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass jeder Arbeitgeber jederzeit damit rechnen muss, dass Dienstnehmer das Beschäftigungsverhältnis beenden<sup>1</sup>. Daher ist es auch zulässig Arbeitnehmer anderer Unternehmer zur ordentlichen Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses aufzufordern. Ein Abwerben von Beschäftigten für den eigenen Betrieb ist grundsätzlich nicht sittenwidrig, auch wenn vorteilhaftere Arbeitsbedingungen geboten werden, denn die Bewegungsfreiheit eines Arbeitnehmers darf nicht unterbunden werden. Wenn daher ein Unternehmer dem Wunsch eines Beschäftigten entgegenkommt, seine wirtschaftliche Lage zu verbessern, mag er ihn dabei auch veranlassen, sein bisheriges Beschäftigungsverhältnis zu kündigen, ist dies im Grundsatz nicht rechtswidrig<sup>2</sup>. **Das Abwerben von Beschäftigten**

---

<sup>1</sup> Baumbach/Hefermehl § 1 UWG Rn 586; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Rz 87 zu § 33

<sup>2</sup> Wiltschek, UWG, 7. Auflage, Rz 2313 zu § 1 UWG mwN

ist nur dann sittenwidrig, wenn verwerfliche Mittel angewendet oder verwerfliche Ziele verfolgt werden. Die Judikatur hat dies für folgende Fallgruppen bejaht:

- Abwerben besonders wichtiger Mitarbeiter (Schlüsselkräfte) eines Unternehmens<sup>3</sup>;
- planmäßiges Ausspannen von Dienstnehmern, um damit den Konkurrenten zu schädigen<sup>4</sup>;
- wenn der auszuspannende Arbeitnehmer irregeführt wird<sup>5</sup> etwa durch unrichtige oder irreführende Behauptungen, zB über den Beschäftiger;

Herabsetzende Äußerungen über den Arbeitskräfteüberlasser oder dessen Unternehmen können zur Sittenwidrigkeit des Abwerbens führen<sup>6</sup>.

Sittenwidrig könnte meines Erachtens sein, wenn ein Überlasser eine Partie abwirbt, um so eine Baustelle nahtlos zu übernehmen. Auch die Anzahl der abgeworbenen Mitarbeiter spielt eine Rolle.

Sofern ein diesbezüglicher Nachweis erbracht werden kann, bestehen nach § 1 UWG Unterlassungs-, Schadenersatz- und Beseitigungsansprüche. Der Nachweis ist in der Praxis schwierig zu führen.

Bei der Sittenwidrigkeit iSd § 1 UWG wird häufig geprüft, ob etwa ein Arbeitnehmer gegen eine bestehende Konkurrenzklausel verstößt.

#### b) Vertragsklauseln mit dem Beschäftiger/Arbeitskraft?:

Um ein Abwerben hintan zu halten, stellt sich die Frage, ob ein solches Abwerbeverbot und/oder eine Konkurrenzklausel dahingehend, dass der Arbeitnehmer nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zum Überlasser kein Beschäftigungsverhältnis zum Beschäftiger eingehen darf, vereinbart werden kann. Mit dem Arbeitnehmer könnte grundsätzlich dies im Arbeitsvertrag, mit dem Beschäftiger im Dienstverschaffungsvertrag geregelt werden.

---

<sup>3</sup> ÖBl-LS 02/36

<sup>4</sup> OGH EvBl 1995/134-Die Profis, OGH ÖBl 1991,15, Wiltschek UWG, Rz 2319 und 2320 zu § 1 UWG; Michael Gruber, Wettbewerbswidrigkeit der Abwerbung von Kunden und Arbeitnehmern im JBl 2002, 416ff. Dies läge im gegenständlichen Fall nur dann vor, wenn das Abwerben durch ein anderes Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen erfolgt.

<sup>5</sup> Koppensteiner, UWG, Rz 87 zu § 33 mwN

<sup>6</sup> OGH EvBl 1995/134-Die Profis, OGH 28.7.1965, ÖBl 1966, 13

Gemäß § 1 Abs. 2 Zif 6 AÜG sind Bedingungen, welche die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser, insbesondere durch Konventionalstrafen, Reuegelder oder Einstellungsverbote in Ihrer Erwerbstätigkeit beschränken, verboten.

Hintergrund dieser Regelung ist, dass vor Inkrafttreten des AÜG Knebelungsverträge mit den Arbeitskräften abgeschlossen wurden, die diesen die Möglichkeit entzog, frei über ihre Arbeitskraft zu verfügen. Insbesondere war es oft arbeitsvertraglich verboten, Arbeitsverhältnisse im Beschäftigterbetrieb aufzunehmen. Der OGH wertete solche Vertragsklauseln als Konkurrenzklauseln.<sup>7</sup>

Die gesetzliche Regelung ist dahingehend zu verstehen, dass sämtliche Vereinbarungen, die die Arbeitskraft für die Zeit nach Ende des Arbeitsverhältnisses in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken, nichtig und unbeachtlich sind. Im Zusammenhang mit § 8 Abs. 2 AÜG, mit welcher die Erwerbstätigkeit der Arbeitskraft einschränkende Vereinbarungen zwischen Überlasser und Beschäftigter verboten werden, sind Konkurrenzklauseln in Arbeitsverträgen unwirksam.

Daneben sind auch Vereinbarungen oder Absprachen, die es dem Beschäftigter verbieten oder mit Sanktionen versehen, wenn er überlassene Arbeitskräfte abwirbt oder selbst beschäftigen will, nichtig<sup>8</sup>. Weder dem Beschäftigter noch der Arbeitskraft können aus etwaigen vertraglichen Beschränkungen solcher Verträge Nachteile entstehen. Ob ein bloßes Abwerbverbot ohne Sanktionen gegen § 11 Abs. 2 Z 6 AÜG verstößt, ist noch nicht behandelt worden. Gegen die Zulässigkeit eines solchen Verbotes spricht der weit gefasste Wortlaut des Gesetzes. Andererseits ist ein „Abwerbverbot“ in einem Dienstverschaffungsvertrag, welches entsprechend der Judikatur zu § 1 UWG abgefasst ist, nichts anderes als die vertragliche Vereinbarung des gesetzlich verbotenen, sittenwidrigen Verhaltens. Ist das „Abwerbverbot“ weit formuliert und erfasst auch gesetzlich zulässige Handlungen, wie z.B. das bloße Ansprechen oder ein Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages, liegt ein Verstoß gemäß § 11 Abs. 2 Z 6 AÜG vor.

Das AÜG erweitert daher die arbeitsvertraglichen Einschränkungen hinsichtlich der Zulässigkeit von Konkurrenzklauseln<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Vgl. OGH 14.1.1986, JBL 1986, 329; Sacherer, Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und in der EU, 2001, S 121 f.

<sup>8</sup> vgl. Rz 18 zu § 11 AÜG - Kommentar Leutner/Schwarz/Ziniel.

<sup>9</sup> Im allgemeinen Arbeitsrecht sind lediglich Konkurrenzklauseln ungültig, die das Fortkommen des Arbeitnehmers unbillig erschweren. Das AÜG sieht darüber hinaus auch noch eine Einschränkung in § 11 Abs. 2 Z 6 vor.

Auch die Bestimmung des § 11 Abs. 3 AÜG, welche von der grundsätzlichen Zulässigkeit von bestimmten Konventionalstrafen ausgeht<sup>10</sup>, ist im gegenständlichen Fall nicht mehr einzugehen, da nach dieser Bestimmung nur jene Konventionalstrafen oder Reuegeldvereinbarungen zulässig sind, die die Arbeitskräfte nicht in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken<sup>11</sup>.

Zu beachten ist, dass § 11 Abs. 2 Zif 6 AÜG sämtliche Vereinbarungen, die die Arbeitskraft in ihrer Erwerbstätigkeit nach Ende des Vertragsverhältnisses beschränkt, verbietet. Konventionalstrafen, Reuegelder oder Einstellungsverbote sind nur exemplarisch angeführt. Daher sind auch Klauseln in einem Arbeitskräfteüberlassungsvertrag, wonach der Überlasser vom Beschäftigten eine Vermittlungsprovision fordern kann, wenn der Beschäftigte während der Arbeitskräfteüberlassung oder innerhalb eines Monats nach deren Ende mit dem überlassenen Arbeitnehmer einen Arbeitsvertrag abschließt, unwirksam, da auf diese Weise der Arbeitnehmer in seinem Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes beeinträchtigt wird. Dies wird damit begründet, dass die Verpflichtung zur Zahlung einer Provision im Falle der Übernahme des Arbeitnehmers den Beschäftigten von der Einstellung abhalten kann<sup>12</sup>.

Auch Verpflichtungen der Arbeitskräfte, Ausbildungskosten, die vom Dienstgeber (Überlasser) getragen werden, zurückzubezahlen, wenn das Dienstverhältnis vom Arbeitnehmer beendet wird, könnten unter § 11 Abs. 2 Zif 6 AÜG fallen, weil dadurch ebenfalls die Mobilität der überlassenen Arbeitskräfte eingeschränkt wird. Eine Entscheidung zu einer solchen Vertragsklausel liegt nicht vor. Meines Erachtens müsste § 11 Abs. 2 Zif 6 AÜG in diesem Punkt einschränkend ausgelegt werden, da eine sachliche Rechtfertigung für eine Ausbildungsrückzahlungsverpflichtung vorliegt. Im Extremfall hätte eine weite Interpretation von § 11 Abs. 2 Zif 6 AÜG zur Folge, dass der Arbeitnehmer umgehende Zusatzqualifikationen und Ausbildungen während des Beschäftigungsverhältnisses zum Überlasser erwirbt und dann berechtigt wäre, diese Ausbildung bei einem neuen Arbeitgeber (Beschäftigten) ohne Sanktionen zu nützen. Als Grenze würde lediglich die Sittenwidrigkeit im Sinne des § 879 ABGB anzusehen sein. Im Unterschied zur Konventionalstrafe, bei der nicht einmal der Nachweis eines Schadens erforderlich ist, ist eine Verpflichtung zur (teilweisen) Rückzahlung von Ausbildungskosten nicht als Schadenersatzanspruch einzustufen<sup>13</sup>. Ob dadurch iSd § 11 Abs. 2 Z 6 AÜG die Erwerbstätigkeit beeinträchtigt wird, hängt meines Erachtens von der Höhe der Ausbildungskosten und davon, ob der Arbeitnehmer dadurch bessere Verdienstmöglichkeiten erhält ab.

---

<sup>10</sup> Zulässig ist etwa eine Konventionalstrafe bei pflichtwidriger Schädigung der Arbeitskraft oder bei unbegründeter vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

<sup>11</sup> Aber auch bei diesen besteht gegenüber dem allgemeinen Arbeitsrecht eine Einschränkung. Derartige Vereinbarungen dürfen nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse, dass der Überlasser und der Einhaltung der jeweiligen vertraglichen Verpflichtung hat, zu keiner unbilligen finanziellen Belastung der überlassenen Arbeitskraft führen.

<sup>12</sup> LG München I 17.4.2002, 15 S 14596/01, ARD 5364/8/2002, BB 2002,1595; diese Auffassung wird auch für das Österreichische AÜG anzunehmen sein.

<sup>13</sup> Vgl. OGH 21.11.1972, 4 Ob 57/72.

## Zusammenfassung:

1. Beschäftigungsverbote, Konkurrenzklauseln, Einstellungsverbote und Konventionalstrafen bei ordnungsgemäßer Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind sowohl im Verhältnis zum Arbeitnehmer als auch zum Beschäftiger unwirksam und nichtig. Ob Rückzahlungsklauseln für Ausbildungskosten unzulässig sind, kann abschließend nicht beurteilt werden. Zu beachten ist, dass diese Verbote nur für Arbeitnehmer gelten, die dem AÜG unterliegen, nicht aber für Vertriebsmitarbeiter.

2. Bei planmäßigem Abwerben von Mitarbeitern, bei Verwendung von verwerflichen Mitteln oder Verfolgung von verwerflichen Zielen ist das Abwerben von Beschäftigten sittenwidrig und kann zu Ansprüchen aus Unterlassung, Schadenersatz und Beseitigung führen. Diese Ansprüche stützen sich auf § 1 UWG.

BRUCKMÜLLER ■ ZEITLER  
RECHTSANWÄLTE

Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller

Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser

im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH

Kontakt: [www.bzp.at](http://www.bzp.at)

Stand: April 2004

Trotz sorgfältigster Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen. Nachdruck, Vervielfältigung und Verbreitung jeglicher Art nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Allgemeinen Fachgruppe OÖ des Gewerbes, Berufsgruppe Arbeitskräfteüberlasser, zulässig.