

„Kann ein Abwerbeverbot mit einem Beschäftigter vereinbart werden?“

A. Vereinbarung über ein Beschäftigungsverbot vereinbaren?

a) Während § 11 AÜG verbotene Bedingung im Arbeitsvertrag zwischen Überlasser und Arbeitskraft regelt, bezieht sich § 8 AÜG auf den Arbeitskräfteüberlassungsvertrag. Nach § 8 Abs 2 AÜG sind „Vereinbarungen zwischen Überlasser und Beschäftigter, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen, verboten“. Dieses Verbot soll insbesondere Vereinbarungen erfassen, welche der überlassenen Arbeitskraft den Abschluss eines Arbeitsvertrages für die Zeit nach der Beendigung der Überlassung erschweren oder unmöglich machen¹.

b) Vereinbarungen, die es dem Beschäftigter verbieten überlassene Arbeitskräfte zu übernehmen bzw. die Vereinbarung von Konventionalstrafen für diesen Fall, sind nichtig². Eine solche Vereinbarung im Arbeitskräfteüberlassungsvertrag unterläuft das ausdrückliche Verbot des § 11 Abs 2 Z. 6 AÜG³.

c) Der OGH hat in einer aktuellen Entscheidung zu einem Abwerbeverbot samt Konventionalstrafe Stellung genommen: „Die Vereinbarung einer Konventionalstrafe für den Fall der Beschäftigung der Arbeitskräfte innerhalb von 6 Monaten nach Ende des Dienstverhältnisses zum Überlasser ist als gesetzwidrig und unzulässig zu beurteilen und daher nicht zu berücksichtigen“. Der OGH stellte dabei fest, dass kein Zweifel daran bestehen kann, dass die Aussichten eines Arbeitnehmers, ein Dienstverhältnis zu einem neuen Arbeitgeber zu begründen, erheblich ungünstiger sind, wenn die Begründung eines solchen Arbeitsverhältnisses für den potentiellen neuen Arbeitgeber mit der Verpflichtung zur Leistung einer Konventionalstrafe verbunden ist. Wäre eine solche Vereinbarung gültig, würde ein potentieller Arbeitgeber regelmäßig einen anderen - sonst gleichwertigen - Arbeitnehmer einstellen, mit dessen Beschäftigung keine weiteren finanziellen Nachteile verbunden wären⁴.

c) Wenn nach der jüngsten Rechtsprechung des OGH die Vereinbarung einer Konventionalstrafe im Arbeitskräfteüberlassungsgesetz unzulässig ist, stellt sich die Frage, ob der Überlasser zumindest ein angemessenes und branchenübliches Vermittlungsentgelt wirksam vereinbaren kann. Nach *Schindler* soll dies dann zulässig sein, wenn es sich um ein marktübliches Vermittlungshonorar handelt, sofern der Wechsel zum Beschäftigter noch im

¹ 450 BlgNR 17. GP 19.

² vgl. Rz 18 zu § 11 AÜG - Kommentar Leutner/Schwarz/Ziniel.

³ *Schindler* in ZellKomm, Rz 7 zu § 8 AÜG.

⁴ OGH v. 25.11.2008, 1 Ob 225/08g.

ersten Monat des Einsatzes erfolgt⁵. Dem entgegen vertritt *Sacherer* die Ansicht, dass es sich bei der Vereinbarung von Vermittlungsentgelt um eine unzulässige Vermischung der Überlassungs- und Vermittlungstätigkeit zum Nachteil der Arbeitskraft handelt, das einen Verstoß gegen das AÜG darstellt⁶. Eine gerichtliche Entscheidung zu dieser Frage liegt - soweit ersichtlich - nicht vor. Unseres Erachtens widerspricht die Vereinbarung von Vermittlungsentgelt dem AÜG, da auch damit eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit der Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt verbunden ist. Im Übrigen hat auch das Landgericht München bereits in diesem Sinne entschieden⁷.

d) Ob ein bloßes Abwerbverbot ohne dass damit Sanktionen gegen den Beschäftigte verbunden sind 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 Arbeitskräfteüberlassungsvertrag, welches entsprechend der Judikatur zu § 1 UWG formuliert ist, nichts anderes als die vertragliche Vereinbarung des gesetzlich verbotenen, sittenwidrigen Verhaltens. Ist das „Abwerbverbot“ weit formuliert und erfasst es auch gesetzlich zulässige Handlungen, wie z.B. das bloße Ansprechen oder ein Angebot zum Abschluss eines Arbeitsvertrages, wird ein Verstoß gemäß § 11 Abs. 2 Z. 6 AÜG vorliegen.

B. Zusammenfassung:

Überlasser haben rechtlich keine Möglichkeit, sich gegen eine zulässige Abwerbung ihrer Arbeitnehmer durch den Beschäftigte zur Wehr zu setzen. Jedenfalls scheiden sämtliche vertragliche Instrumente, die den Arbeitnehmer an den Überlasser binden oder ein Entgelt für den Fall der Übernahme durch den Beschäftigte fällig werden lassen, als AÜG-widrig und damit als unzulässig aus.

BRUCKMÜLLER • ZEITLER
RECHTSANWÄLTE

Verfasser: **Rechtsanwalt Dr. Georg Bruckmüller**

Vertrauensanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser

im Namen der Bruckmüller Zeitler Rechtsanwälte GmbH

Kontakt: www.bzp.at

Stand: März 2010

⁵ *Schindler* in ZellKomm, Rz 7 zu § 8 AÜG; es läge somit Arbeitskräftevermittlung vor, das ein zulässiges Geschäft darstellt, sofern der Überlasser über die entsprechende Gewerbeberechtigung zur Vermittlung von Arbeitskräften besitzt.

⁶ *Sacherer* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG, S. 232 und *Sacherer*, Abwerbung von überlassenen Arbeitskräften, RdW 2009/776.

⁷ LG München I 17.4.2002, 15 S 14596/01; dies dürfte wohl auch auf die österreichische Rechtslage zutreffen.

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.