

Stellungnahme zur Vermittlungsprovision bei Übernahme einer überlassenen Arbeitskraft

I. Ausgangslage:

Gemäß § 11 Abs. 2 Zi 6 AÜG sind Vereinbarungen und Bedingungen, welche die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser, insbesondere durch Konventionalstrafen, Reugelder oder Einstellungsverbote, in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken verboten. § 11 Abs. 2 AÜG bezieht sich auf das Rechtsverhältnis zwischen Überlasser und überlassener Arbeitskraft. Gemäß § 8 Abs. 2 AÜG sind Vereinbarungen zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen, verboten.

Aus diesen beiden Bestimmungen hat der OGH abgeleitet, dass nachstehende Vereinbarungen zwischen Überlasser und Beschäftiger unwirksam sind:

1. Eine Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftiger, wonach bei Abwerben oder Beschäftigung von überlassenen Arbeitskräften im Rahmen von Dienst- und Werkverträgen vor Ablauf von 6 Monaten nach Beendigung des Überlassungsvertrages eine Konventionalstrafe zu bezahlen ist.
2. Unwirksam ist weiters eine Vereinbarung in einem Personalbereitstellungsvertrag, wonach sich der Beschäftiger abhängig von der Überlassungsdauer bei Übernahme der an ihn überlassenen Personen verpflichtet hat, Zahlungen an den Beschäftiger zu leisten.

II. Rechtsgrundlagen:

Durch die Novelle des AÜG¹ wurde in § 11 Abs. 2 Zi 7 noch ein zusätzliches Verbot vorgesehen. Danach ist es auch verboten, eine Vereinbarung für den Fall zu treffen, dass eine überlassene Arbeitskraft nach Beendigung der Überlassung mit dem

¹ BGBl. Nr. 98/2012

ehemaligen Beschäftiger ein Arbeitsverhältnis eingeht. Unklar ist, ob es dadurch zu einer Erweiterung² des § 11 Abs. 2 Zi 6 AÜG gekommen ist³.

Nach der Leiharbeitsrichtlinie⁴ dürfen Leiharbeitsunternehmen im Gegenzug zur Überlassung an ein entleihendes Unternehmen oder in dem Fall, dass Arbeitnehmer nach Beendigung mit dem betreffenden entleihenden Unternehmen einen Arbeitsvertrag abschließen oder ein Beschäftigungsverhältnis eingehen, kein Entgelt von den Arbeitnehmern verlangen.

Verboten sind weiters Klauseln, die den Abschluss eines Arbeitsvertrages oder die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem entleihenden Unternehmen und den Leiharbeitnehmer nach Beendigung seines Einsatzes verbieten oder darauf hinauslaufen, diese zu verhindern, nichtig sind oder für nichtig erklärt werden können⁵. Die Leiharbeitsrichtlinie geht davon aus, dass Überlasser für Dienstleistungen in Bezug auf Überlassung, Einstellung und Ausbildung von Leiharbeitnehmern einen Ausgleich in angemessener Höhe erhalten können.

Daraus folgt, dass etwa eine Ausbildungskostenrückerersatzvereinbarung auch mit überlassenen Arbeitskräften abgeschlossen werden kann⁶.

Weiters folgt daraus, dass Überlasser neben einem Überlassungsentgelt auch ein Entgelt in Bezug auf die Einstellung in angemessener Höhe verlangen können. Darunter wird etwa ein Rekrutierungsaufwand zu verstehen sein.

Aus Artikel 6 Abs. 2 der Leiharbeitsrichtlinie folgt, dass § 11 Abs. 2 Zi 6 und 7 AÜG in Verbindung mit § 8 Abs. 2 AÜG richtlinienkonform zu interpretieren ist⁷.

Vermittlungsprovision im Rahmen eines Überlassungsvertrages oder Konventionalstrafen bei Übernahme von überlassenen Arbeitskräften werden aufgrund dieser Judikatur als unzulässig anzusehen sein.

² OGH 1 Ob 225/08g

³ Meines Erachtens unterscheidet sich Zi 7 dadurch, dass es danach nicht mehr darauf ankommt, ob eine Zahlung eine Arbeitskraft in ihrer Erwerbstätigkeit beschränkt. Zi 7 erstreckt sich auf jegliche Zahlungen die an die Begründung eines Arbeitsverhältnisses zum Beschäftiger anknüpfen.

⁴ Artikel 6 Abs. 3

⁵ Artikel 6 Abs. 2 Richtlinie 2008/104/EG

⁶ Anders noch Schwarz in Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – Kommentar, 2. Auflage, Seite 177. Hinzuweisen ist, dass eine solche Vereinbarung den Anforderungen der strengen Judikatur des OGH zu entsprechen hat.

⁷ Bei § 11 Abs. 2 Zi 7 AÜG liegt meines Erachtens ein Verstoß gegen die Leiharbeitsrichtlinie vor.

III. Lösungsansätze

Die Judikatur hat bislang noch keine Entscheidung dazu gefällt, ob ein Rekrutierungs-, Ausbildungs- oder sonstiger Aufwand im Zusammenhang mit einer Arbeitskräfteüberlassung zulässig sind, Stellung genommen. Zulässig ist es, neben der Arbeitskräfteüberlassung auch eine Personalvermittlung oder eine sonstige Beratungsdienstleistung anzubieten. Wenn daher ein Arbeitskräfteüberlasser mit dem Beschäftiger die Vereinbarung trifft, dass dieser Rekrutierungskosten, Qualifizierungsmaßnahmen zu ersetzen hat, so wird dies zulässig sein, sofern nicht dadurch eine Umgehung der oben genannten Bestimmungen bezweckt wird.

Oft ist es so, dass Unternehmen, vor einer Vermittlung eine Überlassung vorschalten möchten. Dies dient einer Verlängerung der Probezeit und ist es unseres Erachtens zulässig einen Vermittlungsvertrag abzuschließen, dem ein Überlassungsvertrag vorgelagert ist. Für den Fall, dass Überlasser auch die Gewerbeberechtigung für die Arbeitsvermittlung haben, könnte folgendes vereinbart werden:

Hinsichtlich der unten angeführten Mitarbeiter wird ein Arbeitsvermittlungsvertrag abgeschlossen. Für die Vermittlung dieser Arbeitskraft vereinbaren die Vertragsteile folgendes Entgelt:

Zur Erprobung dieser Arbeitskraft wird vom Unternehmer dem vorgelagert ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag abgeschlossen. Dieser beginnt amund endet amHinsichtlich der Überlassung dieser Arbeitskraft wird folgendes Entgelt vereinbart:

Alternativ dazu könnte folgendes – wenn entweder eine Arbeitskräfteüberlassung oder Arbeitsvermittlung gewollt ist - vereinbart werden:

Hinsichtlich der nachstehend angeführten Arbeitskraft wird ein Überlassungsvertrag abgeschlossen. Für die Überlassung dieser Arbeitskraft wird ein Entgelt in der Höhe vonvereinbart.

Hinsichtlich nachstehender Person wird zwischen uns als Vermittler sowie der Firma ein Arbeitsvermittlungsvertrag abgeschlossen. Für die Vermittlung der unten angeführten Person wird ein Vermittlungsentgelt in Höhe von vereinbart.

IV. Zusammenfassung

Auch wenn die Rechtsprechung hinsichtlich der Vereinbarung von Konventionalstrafen und Vermittlungsprovisionen streng ist, bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang Rekrutierungs-, Ausbildungs- und Qualifizierungskosten zwischen Überlasser und Beschäftigter vereinbart werden können. Die Vereinbarung eines Überlassungsentgeltes und die Vereinbarung eines Vermittlungsentgelts für die Arbeitsvermittlung sind unseres Erachtens nebeneinander möglich.⁸ Im Rahmen der Vertragsautonomie zwischen Unternehmen wird es zulässig sein, Überlassungsvertrag und Personalvermittlungsvertrag nebeneinander abzuschließen.

Tipp: Von einer Vereinbarung, die den Aufwand des Arbeitskräfteüberlassers für Rekrutierung von Arbeitskräften in der Form festlegt, dass ein angemessener Kostenersatz verlangt wird raten wir ab, weil die Höhe dieses Kostenersatzes nur durch freie richterliche Schadensschätzung⁹ oder durch gerichtliche Gutachten festgestellt werden kann. Wir empfehlen die Festlegung dieses Kostenersatzes der Höhe nach.

⁸ auch hierzu gibt es noch keine Rechtsprechung.

⁹ hierzu § 273 ZPO.