

## „Abwerben von Mitarbeitern wettbewerbswidrig im Sinne UWG?“

### A. Ausgangslage:

Überlassene Arbeitskräfte sind in einem besonderen Maß gefährdet, von einem Beschäftiger abgeworben zu werden. Dies ist in gewisser Weise auch verständlich: Während einer Überlassung kann der Beschäftiger die fremden Arbeitskräfte ohne Risiko auf „Herz und Nieren“ prüfen und bietet ihnen bei entsprechender Eignung eine feste Anstellung an. Während dem Beschäftiger dadurch praktisch keine Suchkosten entstehen und ihm zumeist auch böse Überraschungen hinsichtlich der Qualifikation der Arbeitskraft erspart bleiben, verliert der Überlasser eine (in diesen Fällen zumeist sehr gute) Arbeitskraft<sup>1</sup>.

Häufig ist es so, dass sich Beschäftiger und Arbeitnehmer im Vorfeld bereits über die Begründung eines (direkten) Arbeitsverhältnisses einig sind. Der Arbeitskräfteüberlasser wird über die Hintergründe des Ausscheidens seiner Arbeitskraft getäuscht und erhält in der Zukunft kein Entgelt mehr, obwohl die Arbeitskraft im Wesentlichen dieselben Dienstleistungen verrichtet wie während des aufrechten Arbeitskräfteüberlassungsverhältnisses.

### B. Rechtliche Stellungnahme:

#### 1. Verstoß gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG):

a) Wer im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, kann gemäß § 1 Abs 1 Z. 1 UWG auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

Unter welche Voraussetzungen ist ein Abwerben von Mitarbeitern des Mitbewerbers wettbewerbswidrig im Sinne des UWG?

b) Grundsätzlich muss jeder Arbeitgeber damit rechnen, dass Dienstnehmer das Beschäftigungsverhältnis beenden<sup>2</sup>. Dies gehört ebenso zum Wesen eines wirtschaftlichen Leistungswettbewerbs wie der Umstand, dass Arbeitnehmer von Mitbewerbern abgeworben werden und sich damit das attraktivere Angebot am Arbeitsmarkt durchsetzt<sup>3</sup>. Jeder

---

<sup>1</sup> Sacherer, Abwerbung von überlassenen Arbeitskräften, RdW 2009/776.

<sup>2</sup> Baumbach/Hefermehl § 1 UWG Rn 586; Koppensteiner, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Rz 87 zu § 33

<sup>3</sup> Gruber, Wettbewerbswidrigkeit der Abwerbung von Kunden und Arbeitnehmern, JBl 2002,416.

Arbeitnehmer hat das Recht seine wirtschaftliche Lage zu verbessern<sup>4</sup>. Das Abwerben von Mitarbeitern ist nach Maßgabe des UWG grundsätzlich erlaubt, unabhängig davon, ob es sich um eine überlassene oder um eine „normale“ Arbeitskraft handelt<sup>5</sup>.

Die Entscheidungen des OGH zum Abwerben von Mitarbeitern sind kasuistisch und auf den Einzelfall bezogen. Allgemeine Leitlinien zur Zulässigkeit des Abwerbens lassen sich daraus nur schwer ableiten.

c) Von der Judikatur wurden folgende Fälle als UWG-konform qualifiziert:

- ▣ Das Anbieten von vorteilhafteren Arbeitsbedingungen<sup>6</sup>, allenfalls auch unter Zuhilfenahme eines Headhunters;
- ▣ Die Veranlassung einer ordentlichen Kündigung durch das Anbieten besserer Arbeitsbedingungen<sup>7</sup>, sofern es nicht unter sittenwidrigen Umständen geschieht<sup>8</sup>;
- ▣ Kurzer Anruf des werbenden Unternehmens am Arbeitsplatz des Abzuwerbenden, um diesen zu einer Besprechung über einen allfälligen Wechsel des Arbeitsplatzes einzuladen<sup>9</sup>;
- ▣ Weder eine Mehrzahl von übernommenen Arbeitskräften noch eine erkennbare Planmäßigkeit bei der Übernahme führt zur Unlauterkeit des Abwerbens, sofern keine Schädigungsabsicht hinzutritt<sup>10</sup>;
- ▣ Sollen mit den Arbeitnehmern auch Kunden des Mitbewerbers ausgespannt werden, so ist dies solange nicht verwerflich, als keine besonderen Umstände hinzutreten, die den Wettbewerb verfälschen<sup>11</sup>;

d) Die Unlauterkeit ergibt sich somit nicht aus der Tatsache des Abwerbens von Mitarbeitern selbst, sondern aus den Begleitumständen<sup>12</sup>. Das Abwerben von Arbeitskräften ist nur dann sittenwidrig, wenn verwerfliche Mittel angewendet oder verwerfliche Ziele verfolgt werden. Das ist etwa dann der Fall, wenn Mitarbeiter des Konkurrenten „planmäßig“ ausgespannt werden und ein subjektives Unrechtselement dazu tritt, das meistens in der Absicht des Abwerbenden besteht, den Geschäftsbetrieb seines Mitbewerbers zu beeinträchtigen und ihn dadurch zu schädigen<sup>13</sup>.

e) Die Judikatur hat dies für folgende Fallgruppen bejaht:

- ▣ Anruf des werbenden Unternehmens am Arbeitsplatz des Abzuwerbenden, sofern nicht nur kurz nach seinem Interesse an einer neuen Stelle befragt wird, sondern über das für eine erste Kontaktaufnahme Notwendige hinausgeht<sup>14</sup>;

---

<sup>4</sup> Dies gilt ebenso für leitende Angestellte wie auch für Schlüsselkräfte; vgl. 4 Ob 290/02d und 4 Ob 196/01d.

<sup>5</sup> *Sacherer*, Abwerbung von überlassenen Arbeitskräften, RdW 2009/776.

<sup>6</sup> Vgl. 4 Ob 328/71.

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

<sup>8</sup> Vgl. 4 Ob 54/88.

<sup>9</sup> Vgl. 4 Ob 106/88.

<sup>10</sup> Vgl. 4 Ob 121/94.

<sup>11</sup> Vgl. 4 Ob 2345/96y.

<sup>12</sup> Vgl. *Handig* in *Wiebe/G. Kodek*, UWG, Rz 358 zu § 1.

<sup>13</sup> OGH EvBl 1995/134-Die Profis, OGH ÖBl 1991,15, *Wiltschek* UWG, Rz 2319 und 2320 zu § 1 UWG; *Gruber*, Wettbewerbswidrigkeit der Abwerbung von Kunden und Arbeitnehmern, JBl 2002, 416ff. Dies läge im gegenständlichen Fall nur dann vor, wenn das Abwerben durch ein anderes Arbeitskräfteüberlassungsunternehmen erfolgt.

<sup>14</sup> WRP 2008,218.

- ▣ Unaufgefordertes Besuchen am Arbeitsplatz, da damit eine nicht unwesentliche Störung der betrieblichen Tätigkeit verbunden ist<sup>15</sup>;
- ▣ Bei Absicht den Geschäftsbetrieb des Mitbewerbers durch „systematische“ Abwerbungen zu beeinträchtigen oder zu schädigen<sup>16</sup>;
- ▣ Wenn der Abwerbende sich durch planmäßiges Abwerben von Arbeitnehmern seines Mitbewerbers deren Erfahrungen und Leistungen nutzbar machen will. Will er sich hingegen nur die Ausbildungskosten ersparen, liegt keine Unlauterkeit vor<sup>17</sup>;
- ▣ Wenn der neue Arbeitgeber durch die Übernahme der Arbeitnehmer im Wesentlichen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ihres ehemaligen Arbeitgebers in Erfahrung bringen will<sup>18</sup>;
- ▣ Wenn der Arbeitnehmer des Konkurrenzunternehmens durch bewusst unrichtige oder sonst irreführende Behauptungen zum Wechsel des Arbeitgebers veranlasst wird oder dies zumindest versucht wird<sup>19</sup>; die unrichtigen Behauptungen müssen von hinreichendem Gewicht für eine solche Entscheidung sein, wie etwa tatsachenwidrige Behauptungen, welche geeignet sind, Zweifel am Fortbestehen, der Zahlungsfähigkeit, usw. zu wecken<sup>20</sup>;
- ▣ Abwerbung durch herabsetzende Äußerungen über den Arbeitgeber oder dessen Unternehmen<sup>21</sup>;
- ▣ Gewährung von Kündigungshilfe (z.B. vorbereitetes Kündigungsschreiben, das der Arbeitnehmer nur noch unterschreiben und den Kündigungstermin einsetzen muss), die über die bloße Beratung über Kündigungsmöglichkeiten weit hinausgeht<sup>22</sup>;
- ▣ Versprechen eine Konventionalstrafe, die an den früheren Dienstgeber zu bezahlen ist, zu übernehmen<sup>23</sup>

f) Die Beurteilung, ob eine Abwerbung eines Mitarbeiters wettbewerbswidrig im Sinne des UWG ist, kommt es stets auf die Umstände des Einzelfalles an, wie insbesondere die Größe der Unternehmen der Mitarbeiter, die Lage des Arbeitsmarktes und der Grad bzw. die Intensität des Wettbewerbs<sup>24</sup>.

g) Sittenwidrig im Zusammenhang mit der Arbeitskräfteüberlassung könnte unseres Erachtens sein, wenn ein Überlasser eine Partie abwirbt, um so eine Baustelle nahtlos zu übernehmen.

h) Sofern der Beweis einer wettbewerbswidrigen Abwerbung erbracht werden kann, der jedoch in der Praxis schwierig zu führen ist, bestehen nach § 1 UWG Unterlassungs-, Schadenersatz- und Beseitigungsansprüche. Beteiligt sich der ehemalige Mitarbeiter aktiv an dem unlauteren Wettbewerb (z.B. durch systematische Übermittlung von sensiblen Kundendaten an den neuen Arbeitgeber) kann auch dieser auf Unterlassung geklagt werden<sup>25</sup> bzw. wenn er den Überlasser unter Bruch seines Arbeitsvertrages verlässt auch

---

<sup>15</sup> Köhler in *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG<sup>27</sup>, Rz 10.112 zu § 4 dUWG.

<sup>16</sup> Vgl. 9 ObA 231, 232/90.

<sup>17</sup> Vgl. 4 Ob 2345/96y und 4 Ob 106/88.

<sup>18</sup> *Wiltschek*, UWG<sup>7</sup>, E 2335 zu § 1.

<sup>19</sup> *Koppensteiner*, UWG, Rz 87 zu § 33 mwN; 4 Ob 2345/96y.

<sup>20</sup> Vgl. *Handig in Wiebe/G. Kodek*, UWG, Rz 369 zu § 1.

<sup>21</sup> Vgl. 4 Ob 121/94; OGH EvBl 1995/134-Die Profis, OGH 28.7.1965, ÖBl 1966, 13.

<sup>22</sup> *Schmiedl*, Mitarbeiterabwerbung durch Kollegen während des laufenden Arbeitsverhältnisses, BB 2003, 1120.

<sup>23</sup> *ecolex* 2004, 42, OGH 4 Ob 290/02d.

<sup>24</sup> Köhler in *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, UWG<sup>27</sup>, Rz 10.105 zu § 4 dUWG.

<sup>25</sup> *Schrenk*, Die Konkurrenzklausel im Arbeitsrecht, taxlex 2009,445.

auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Kann der Wettbewerbsvorteil nicht mehr beseitigt werden (z.B. der neue Arbeitgeber hat bereits Kenntnis von den Geschäftsgeheimnissen seines Konkurrenten genommen), kommt nur mehr ein Schadenersatzanspruch in Betracht<sup>26</sup>.

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

### **C. Zusammenfassung:**

Wendet der Beschäftigte bei seiner Abwerbbehandlung verwerfliche Mittel an oder verfolgt er damit verwerfliche Ziele, kann die Abwerbung einen Verstoß gegen das UWG darstellen. In diesem Fall stehen dem Überlasser Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche zu.

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: März 2010

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.

---

<sup>26</sup> Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG<sup>27</sup>, Rz 10.113 zu § 4 dUWG.