

ARBEITSKRÄFTEÜBERLASSUNG

§ 11 Abs 2 AÜG, § 1336 Abs 2 ABGB, Art 6 Leiharbeits-RL

OGH 30. 7. 2012, 9 Ob 19/12b; LG Salzburg 8. 2. 2012, GZ 22 R 480/11h-20, BG Oberndorf 21. 9. 2011, GZ 2 C 985/10t-16

Arbeitskräfteüberlassung, Arbeitsvermittlung, Konventionalstrafe

➔ Verbot von Vermittlungsprovision für die Übernahme einer überlassenen Arbeitskraft

Es widerspricht § 11 Abs 2 Z 6 iVm § 8 Abs 2 AÜG, wenn der Überlasser vom Beschäftiger eine Vermittlungsprovision für den Fall einfordert, dass der Beschäftiger die überlassene Arbeitskraft übernimmt.

Der OGH setzt seine restriktive Rsp zu übernahmeeinschränkenden Vertragsklauseln fort.

Sachverhalt:

Ein Arbeitskräfteüberlasser überließ mehrere AN an einen Beschäftiger. Zwei AN bewarben sich beim Beschäftiger und wurden nach Selbstkündigung beim Überlasser vom Beschäftiger angestellt. Der Überlasser stellte daraufhin dem Beschäftiger eine Vermittlungsprovision in Rechnung, die sich aus dem zugrundeliegenden Personalbereitstellungsvertrag ergab. Das **ErstG** wies das auf die Vermittlungsprovision gerichtete Klagebegehren ab. Das **BerG** gab der Berufung nicht Folge, ließ aber die ordentliche Revision zu. Der OGH wies die Revision hingegen zurück und ging nur auf die Gründe für die Zurückweisung ein.

Entscheidungsgründe des OGH:

Für die Frage, was zwischen Überlasser und Beschäftiger im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung zulässigerweise vereinbart werden kann, ist das Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), BGBl 1988/196, einschlägig. Nach § 11 Abs 1 AÜG darf der Überlasser eine Arbeitskraft an einen Dritten nur nach Abschluss einer ausdrücklichen Vereinbarung überlassen, die unabhängig von der einzelnen Überlassung bestimmte Bedingungen zwingend festzulegen hat. Nach § 11 Abs 2 Z 6 AÜG sind Bedingungen verboten, welche die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser, insb durch Konventionalstrafen, Reugelder oder Einstellungsverbote, in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken. Nach § 8 Abs 2 AÜG sind Vereinbarungen zwischen dem Überlasser und dem Beschäftiger verboten, die der Umgehung gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft dienen. Die Gesetzesmaterialien führen dazu aus, dass von dem Verbot insbesondere Vereinbarungen erfasst werden sollen, die der überlassenen Arbeitskraft den Abschluss eines AV für die Zeit nach der Beendigung der Überlassung erschweren oder unmöglich machen. Dort wird weiters darauf hingewiesen, dass nach der Judikatur des OGH zu § 879 ABGB verbotene Bedingungen als dem Vertrag nicht zugesetzt gelten (RV 450 BlgNR 17. GP 18 f).

Der OGH hat sich schon zu 1 Ob 225/08g mit einer ähnlichen Konstellation wie der vorliegenden befasst. Dort ging es um eine vereinbarte „Konventionalstrafe“, die der

Überlasser vom Beschäftiger begehrt hatte, nachdem letzterer zwei ehemalige Arbeitskräfte des Überlassers nach Beendigung deren Arbeitsverhältnisse eingestellt hatte. Der OGH hielt dazu ausdrücklich fest, dass entgegen der Auffassung des Überlassers keine Rede davon sein könne, dass es durch die Vereinbarung einer Konventionalstrafe zwischen Überlasser und Beschäftiger zu keiner Behinderung oder Beeinträchtigung des AN komme bzw dass dieser dadurch in seiner Erwerbstätigkeit „in keinster Weise“ beschränkt sei. Es könne vielmehr kein Zweifel daran bestehen, dass die Aussichten eines AN, ein Arbeitsverhältnis zu einem neuen AG zu begründen, erheblich ungünstiger seien, wenn die Begründung eines solchen Arbeitsverhältnisses für den potentiellen neuen AG mit der Verpflichtung zur Leistung einer Konventionalstrafe verbunden sei. Wäre eine solche Vereinbarung gültig, würde ein potentieller AG regelmäßig einen anderen - sonst gleichwertigen – AN einstellen, mit dessen Beschäftigung keine weiteren finanziellen Nachteile verbunden wären (1 Ob 225/08g). An dieser rechtlichen Beurteilung ist festzuhalten; sie hat auch für den vorliegenden Fall zu gelten.

Ziel der Regelung des § 11 Abs 2 Z 6 AÜG ist es, die volle Beweglichkeit der überlassenen Arbeitskraft am Arbeitsmarkt sicherzustellen (*Schindler* in *ZellKomm*² § 11 AÜG Rz 19 ua). Um die Bewegungsfreiheit des AN auf dem Arbeitsmarkt nicht in bedenklicher Weise einzuschränken, sind daher Vereinbarungen verboten, die die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser durch zu leistenden Zahlungen wie etwa Konventionalstrafen oder Reugelder in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken. Wenn bspw eine Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftiger Regelungen vorsieht, die einem AN die Selbstkündigung und den anschließenden Beginn eines Arbeitsverhältnisses zum Beschäftiger erschweren, so soll damit offensichtlich die Bestimmung des § 11 Abs 2 Z 6 AÜG umgangen werden, die Beschränkungen der Erwerbstätigkeit nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses zum Überlasser untersagt (vgl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² § 8 Erl 2; *Schindler* in *ZellKomm*² § 11 AÜG Rz 19 ua). Genau dieses verpönte Ziel der Beschränkung der Erwerbstätigkeit verfolgte nun aber nicht nur die zu 1 Ob 225/08g zu beurteilende Klausel, sondern auch die hier geltend gemachte Bestimmung in den Geschäftsbedingungen der Kl, weil diese ebenso - indirekt - dazu führt, dass es der ursprünglich überlassenen Arbeitskraft schwerer fällt als sonstigen Arbeitssuchenden, einen Arbeitsplatz beim früheren Beschäftiger zu finden. Daran vermögen Beteuerungen der Kl, dass es ihr bei der Vereinbarung nicht um eine Beschränkung der Erwerbstätigkeit, sondern um ein „Entgelt für die Weiterbeschäftigung“ gegangen sei, nichts zu ändern. Es handelt sich daher um eine verbotene Bedingung, die keine Wirkung beanspruchen kann. Auf die Bezeichnung der Zahlung (zB Konventionalstrafe, Reugeld, Ablöse, Provision, Entgelt für Weiterbeschäftigung etc), die der Überlasser vom Beschäftiger fordert, kommt es nicht an (vgl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² § 8 Erl 2; *Sacherer*, Abwerbung von überlassenen Arbeitskräften, RdW 2009, 797 ua).

Soweit die Kl argumentiert, ihr stehe ein „Entgelt für die Weiterbeschäftigung“ zu, weil die Bekl (mit Billigung der Kl) eine attraktive Arbeitskraft der Kl „übernommen“ habe, vermischt sie die Tätigkeiten der Arbeitskräfteüberlassung und der Personalvermittlung (vgl *Schwarz* in *Sacherer/Schwarz*, AÜG² § 11 Erl 5.6) und übergeht, dass zwischen den Parteien kein Personalvermittlungsvertrag, sondern ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag abgeschlossen wurde. Letzterer unterliegt dem AÜG und wurde offenbar zwischen den Parteien ordnungsgemäß abgewickelt; jedenfalls sind keine Ansprüche aus der Zeit der Arbeitskräfteüberlassung Gegenstand dieses Verfahrens.

Mit rechtsvergleichenden Überlegungen zum deutschen Recht, das hier unstrittig nicht anzuwenden ist, wird keine erhebliche Rechtsfrage aufgezeigt.

Kommentar:

Die Argumentation des OGH ist in Verbindung mit dem Schrifttum schlüssig und überzeugt auf den ersten Blick. Dennoch verdienen einige Aspekte eine Vertiefung, die in weiterer Folge zu einem differenzierten Ergebnis führen.

1. Unterscheidung Vermittlungsprovision – Konventionalstrafe

Klar ist vorweg, dass es auf die bloße Bezeichnung eines Entgelts – ob Konventionalstrafe wie in OGH 1 Ob 225/08g oder Vermittlungsprovision wie im vorliegenden Fall - nicht ankommt. Folgt man dem von OGH zitierten Schrifttum, kommt es aber auch auf das Wesen des Entgelts nicht an, sondern nur auf die Wirkung. Jegliche Vereinbarung, Absprache oder Anordnung, die die Erwerbstätigkeit des AN nach Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Überlasser beschränkt, ist verboten.¹ Diese pauschale Aussage ist dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht zu entnehmen. Nach § 11 Abs 2 Z 6 sind Konventionalstrafen, Reugelder und Einstellungsverbote, die den AN treffen, ausdrücklich verboten. Die Aufzählung ist zwar demonstrativ („insbesondere“), doch hat der Gesetzgeber weder jegliches Entgelt pönalisiert, noch hat er neutrale Entgeltformen als verboten aufgezählt. Zudem betreffen die Verbote nach § 11 nur das Verhältnis Überlasser-AN. Erst über den Umweg des allgemeinen Umgehungsverbots nach § 8 Abs 2 AÜG kann die Wirkung auf das Verhältnis Überlasser-Beschäftigter ausgedehnt werden.

Zwischen Konventionalstrafe sowie Reugeld einerseits und dem im gegenständlichen Fall verwendeten Begriff „Vermittlungsprovision“ und sonstigen Ausgleichszahlungen andererseits bestehen wesentliche Unterschiede. Die **Konventionalstrafe** ist das Versprechen, bei Vertragsverletzung einen Geldbetrag zu leisten.² Ihr Zweck ist die Pauschalierung eines künftigen Schadens.³ Sie soll ebenso wie das Reugeld Druck zur Erfüllung von Verpflichtungen ausüben.⁴ Sie unterliegt dem richterlichen Mäßigungsrecht.⁵ Mindestausmaß ist der Betrag des wirklichen Schadens⁶, was zeigt, dass Konventionalstrafen meist darüber angesetzt sind. Die Konventionalstrafe kann gegen den AN, aber auch gegen den Beschäftigter gerichtet sein. Dasselbe gilt sinngemäß für das **Reugeld**, das für den Fall des Rücktritts vom Vertrag vereinbart wird.⁷

Die **Provision** ist als Begriff aus dem Handelsrecht⁸ eine Vergütung für die Vermittlung eines Geschäfts und setzt somit u.a. einen Vermittlungsvertrag voraus.⁹ Die Provision soll also nicht wie die Konventionalstrafe abschrecken, sondern anreizen. Sie wird daher meist nicht pauschal, sondern meist als Anteil vom Umsatz des vermittelten Geschäfts berechnet. Noch einschlägiger ist der ebenso handelsrechtliche Begriff des **Ausgleichsanspruchs**:¹⁰ Nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zwischen Geschäftsherr und Handelsvertreter verbleiben dem Geschäftsherrn die Vorteile aus den vom Handelsvertreter zugeführten Kunden, der Handelsvertreter verliert diese Vorteile. Der Ausgleichsanspruch soll diese Äquivalenzstörung ausgleichen.¹¹ Die Interessenlage ist, wie auch unten ausgeführt wird, dem Verhältnis Überlasser-Beschäftigter sehr ähnlich, nur dass im zweiten Fall noch die gesetzlich geschützten Interessen einer dritten Partei, der überlassenen Arbeitskraft, hinzukommen.

Dementsprechend war die im Fall OGH 1 Ob 225/08g verlangte Konventionalstrafe eine Pauschalzahlung, während der vorliegende Fall entsprechend dem Vertrag einen degressiven Betrag betraf. Ein Vorteil der Überlassung für Beschäftigter besteht darin, dass er eine erprobte Arbeitskraft ohne die einer Neueinstellung inhärenten Risiken einstellt, wobei die Kosten für die Rekrutierung und Ausbildung von Arbeitskräften nicht ihn, sondern den Überlasser treffen. Übernimmt der Beschäftigter die überlassene Arbeitskraft nach kurzer Zeit, bleibt der Überlasser auf diesen Kosten „sitzen“. Das

¹ Schindler in Neumayr/Reissner (Hrsg.), ZellKomm2 § 11 Rz 19, S 900, Schwarz in Schwarz/Sacherer, AÜG 2 § 11 Erl 5.6., 231 sowie § 8 Erl 2., 177.

² § 1336 Abs 1 ABGB.

³ Reissner in ZellKomm² (2011) § 38 Rz 9, 371.

⁴ Vgl OGH 4 Ob 124/82 in RIS-Justiz RS0029848, 9 Ob A 346/89 in RIS-Justiz RS0029835.

⁵ § 1336 Abs 2 ABGB, bekräftigt durch § 38 AngG.

⁶ Reissner, 374.

⁷ § 909 ABGB.

⁸ § 6 MaklerG, § 30b KSchG.

⁹ Jabornegg, Der Provisionsanspruch des Immobilienmaklers, WR 1992 H 27, 10.

¹⁰ § 24 HVertrG.

¹¹ Jabornegg, Handelsvertreterrecht und Maklerrecht (1987), 487.

nur kurze Zeit vom Beschäftigter zum Überlasser geflossene Überlassungsentgelt reicht zur Deckung der Kosten nicht aus. Je länger der Einsatz dauert, desto eher wird das Überlassungsentgelt die Rekrutierungs- und Ausbildungskosten decken.¹²

Ein solche Vereinbarung zwischen Überlasser und Beschäftigter dient also nicht, wie es § 8 Abs 2 AÜG formuliert, „der Umgehung von Bestimmungen zum Schutz der Arbeitskraft“, sondern einem Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien. Ein solcher Interessenausgleich hat auch nicht dieselbe Wirkung für die Arbeitskraft wie eine Konventionalstrafe: Natürlich trifft das Argument zu, dass ein an die Übernahme geknüpftes Entgelt den Beschäftigter von der Übernahme der überlassenen Arbeitskraft abhalten kann. Doch steht diesen Kosten der oben beschriebene Nutzen für den Beschäftigter gegenüber. Dadurch erhöhen sich die Chancen der Arbeitskraft auf einen Stammarbeitsplatz beim Beschäftigter erheblich. Ist die Zahlung so konzipiert, dass sie diese Interessenschieflage zwischen Beschäftigter und Überlasser ausgleicht, wird damit das Fortkommen des AN ebensowenig beschränkt wie bei einem Personalvermittlungsvertrag.

Zunächst muss der Ersatz konkreter Ausbildungskosten durch den Beschäftigter zumindest analog dem Rahmen von § 2d AVRAG zulässig sein, zumal sonst für den Überlasser der Anreiz entfällt, in die Arbeitskraft zu investieren.¹³ Sonstige Aufwendungen etwa zur Rekrutierung sind schwieriger zu ermitteln und werden je nach Fall stark variieren. Die vom Überlasser geforderte Ausgleichszahlung müsste jedenfalls die Höhe des Arbeitsentgelts als Indiz für den „Wert“ der Arbeitskraft berücksichtigen. Jedenfalls müsste die Ausgleichszahlung aufgrund der oberen und unteren Erwägungen degressiv nach der Dauer des Einsatzes gestaltet sein, wobei die Dauer auch von der Tätigkeit abhängt, da der Aufwand der Suche, Rekrutierung und Einschulung bis zur vollen Produktivität bei einer qualifizierten Angestelltentätigkeit wesentlich höher sein wird als bei einer Hilfsarbeiter- oder einer standardisierten Facharbeitertätigkeit. Ausgangspunkt für eine degressive Staffel müsste wohl das übliche Vermittlungsentgelt sein.*

2. Unterscheidung Arbeitsvermittlung - Arbeitskräfteüberlassung

Der OGH weist den Einwand des Überlassers, ein Entgelt für Weiterbeschäftigung stehe ihm zu, weil der Beschäftigter eine attraktive Arbeitskraft übernommen habe, mit dem Argument zurück, dass zwischen den Parteien kein Personalvermittlungsvertrag, sondern ein Arbeitskräfteüberlassungsvertrag abgeschlossen wurde, der dem AÜG unterliege. Offen bleibt zwar, ob ein Personalvermittlungsvertrag parallel zum Überlassungsvertrag abgeschlossen werden und als Grundlage für den Anspruch auf Vermittlungsprovision dienen könnte. Die Bemerkung des OGH wäre aber wohl entbehrlich, wenn ein Personalvermittlungsvertrag nicht in Frage käme oder ebenso am Maßstab des AÜG zu messen wäre, um dessen Umgehung zu verhindern.¹⁴

Tatsächlich kommt es in der Praxis sehr häufig vor, dass ein Vertrag Personalvermittlung UND Arbeitskräfteüberlassung regelt. Häufig zielt der Vertrag sogar auf Vermittlung ab, die Überlassung ist nur eine vorgeschaltete Probezeit.¹⁵ Seit 1994 ist die private Arbeitsvermittlung ja zulässig, die meisten gewerblichen Überlasser haben auch die Berechtigung zur Vermittlung.¹⁶

Der Arbeitsvermittler wird im Gegensatz zum Überlasser nach AÜG nicht AG, das Unternehmen, an das vermittelt wird, wird im Gegensatz zum Beschäftigter nach AÜG sofort AG. Insofern kann ein Überlasser nicht zum gleichen Zeitpunkt hinsichtlich derselben Arbeitskraft auch Vermittler sein. Bei wirtschaftlicher Betrachtung wird er aber umso mehr zum Vermittler, je kürzer der Einsatz der

¹² Die Leiharbeits-RL spricht zwar von „vorübergehender“ Arbeit beim Beschäftigter, sieht aber keine Einschränkung für langfristige oder dauerhafte Überlassungen vor. Siehe dazu *Schörghofer*, ZAS 2012, 343. Das AÜG geht von der Möglichkeit langfristiger Überlassungen aus, indem es überlassene Arbeitskräfte nach vier Jahren Einsatz in Leistungen des Beschäftigers nach dem BPG einbezieht (§ 10 Abs 1a AÜG).

¹³ aA ausdrücklich Schwarz, 177

¹⁴ Das Erstgericht verneinte den hilfsweise geltend gemachten Anspruch auf Vergütung für Arbeitskräftevermittlung wegen Verjährung, ging darauf aber nicht inhaltlich ein.

¹⁵ Das zeigt sich u.a. an den AGB vieler Überlasser, z.B.

<http://www.manpower.at/sites/default/files/uploadsfiles/Agb.pdf>

¹⁶ Das liegt daran, dass die erfolgreich abgelegte Befähigungsprüfung für das Gewerbe „Überlassung von Arbeitskräften“ auch für das reglementierte Gewerbe der Arbeitsvermittlung anerkannt wird (§ 1 Z 4. Arbeitsvermittlungs-VO).

betreffenden Arbeitskraft unmittelbar vor deren Übernahme durch den Beschäftiger gedauert hat. Je kürzer dieser Einsatz dauert, desto mehr fallen die Rekrutierungs-, Ausbildungs- und sonstigen Kosten zur Vorbereitung des Einsatzes gegenüber den Lohnkosten während des kurzen Einsatzes ins Gewicht.

Dabei liegt es letztlich nicht in der Sphäre des Überlassers, sondern jener des Beschäftigers und der Arbeitskraft, zu unterscheiden, ob ein direktes Dienstverhältnis früher, später oder gar nicht begründet wird. Letztlich spricht somit mE nichts gegen die Kombination aus Arbeitskräfteüberlassungs- und Personalvermittlungsvertrag, der wieder ein Anknüpfungspunkt für eine Provision/Ausgleichszahlung sein kann. Den Vermittlungsvertrag misst offenbar auch der OGH nicht an den strengen Kriterien, die das Schrifttums § 11 Abs 2 AÜG beimisst.

3. Argumente aus der Leiharbeits-RL

Auf den Sachverhalt des vorliegenden Falls war die Leiharbeits-RL 2008/104/EG¹⁷ noch nicht anzuwenden. Nach Art 6 Abs 2 LeiharbeitsRL müssen *„die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, damit Klauseln, die den Abschluss eines Arbeitsvertrags [...] zwischen dem entleihenden Unternehmen und dem Leiharbeitnehmer nach Beendigung des Einsatzes verbieten oder darauf hinauslaufen, diese zu verhindern, nichtig sind oder für nichtig erklärt werden können. Dieser Absatz lässt Bestimmungen unberührt, aufgrund deren Leiharbeitsunternehmen für die dem entleihenden Unternehmen erbrachten Dienstleistungen in Bezug auf Überlassung, Einstellung und Ausbildung von Leiharbeitnehmern einen Ausgleich in angemessener Höhe erhalten.“*

Der RL-Text verfolgt somit den selben Zweck wie § 11 Abs 2 Z 6 AÜG, entspricht aber der oben ausgeführten, differenzierten Argumentation, wonach ein Ausgleich zwischen Überlasser und Beschäftiger in angemessener Höhe nicht mit einer Konventionalstrafe gleichzusetzen ist und daher weiterhin zulässig sein muss. Nach der RL steht somit eine solche Ausgleichszahlung nicht im Widerspruch zum Ziel, den AN in seiner Erwerbstätigkeit nicht zu beschränken bzw ihm einen Stammarbeitsplatz beim Beschäftiger zu ermöglichen. Ist der Ausgleich nicht angemessen und die Intention von AÜG und RL damit verletzt, wäre insofern wieder das allgemeine Mäßigungsrecht wirksam*.¹⁸

Es wäre wünschenswert gewesen, hätte der Gesetzgeber anlässlich der RL-Umsetzung¹⁹ entsprechend Art 6 Abs 2 Leiharbeits-RL klargestellt, dass ein Ausgleich in angemessener Höhe weiterhin zulässig ist. Angesichts der politisch schwierigen und unter Zeitdruck stehenden Gesetzwerdung kam es dazu nicht mehr.

4. Ergebnis

Nach OGH und Schrifttum widersprechen Konventionalstrafen, aber auch „Vermittlungsprovisionen“, die der Überlasser vom Beschäftiger erhält, wenn letzterer eine Arbeitskraft übernimmt, dem Zweck des AÜG. Dagegen spricht,

- dass die Leiharbeits-Richtlinie einen angemessenen Ausgleich ausdrücklich zulässt,
- dass zwischen verpönter Konventionalstrafe und einem angemessenen Ausgleich ein wesentlicher Unterschied besteht,
- dass der Wortlaut des AÜG durchaus richtlinienkonform ausgelegt werden kann.

Daher bleibt mE entgegen der OGH-E ein angemessener Ausgleich zwischen Überlasser und Beschäftiger weiterhin möglich.

¹⁷ ABI L 327/9 vom 5. 12. 2008.

¹⁸ In Frage kommt auch die Nichtigkeit der Provisionsklausel analog zum Ausbildungskostenrückersatz, wo eine Nichterfüllung der Kriterien von § 2d AVRAG, etwa der Aliquotierungspflicht, nach der Judikatur (OGH 9 Ob A 126/08g, 9 Ob A 53/09 y) zur gänzlichen Nichtigkeit führt. Bis zur gesetzlichen Fixierung dieser Kriterien ging die Judikatur (z.B. OGH 1 Ob 625/87) allerdings nicht von einer Nichtigkeit, sondern von einer Aliquotierung durch die Gerichte aus. Siehe dazu Wagnest, ASOK 2009, 324

¹⁹ Siehe dazu Schörghofer, ZAS 2012, 336, Burz, Ecolex 2012, 193,

Rolf Gleißner
WKÖ, Abteilung für Sozialpolitik und Gesundheit