

Mitarbeiterbindung durch Beschäftigungsverbot in Auftragsbedingungen?



Univ.-Lektor Dr. Georg Bruckmüller
Rechtsanwalt, Partner Bruckmüller RechtsanwaltsgmbH

In Zeiten akuten Arbeitskräftemangels ist es nachvollziehbar, dass Arbeitgeber mit Mitarbeitern Konkurrenzklauseln vereinbaren, die nach Beendigung des Dienstverhältnisses diesen untersagen sollen, im Geschäftsbereich des Arbeitgebers zu arbeiten. Daneben versuchen Unternehmen ihren Geschäftspartnern durch vertragliche Vereinbarungen zu untersagen, MitarbeiterInnen abzuwerben oder zu beschäftigen. Eine solche Klausel, die in den von der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftstreuhänder (KSW) herausgegebenen unverbindlichen Allgemeinen Auftragsbedingungen (AAB) enthalten war, war nun durch den OGH zu überprüfen.

Zum Sachverhalt: Eine ehemalige Mitarbeiterin einer Steuerberatungskanzlei war ein knappes Jahr nach Ende des Auftragsverhältnisses in ein Dienstverhältnis zu einem ehemaligen Klienten eingetreten. Daraufhin klagte die Steuerberatungskanzlei ihren ehemaligen Klienten auf Zahlung einer Konventionalstrafe.

Die „Mitarberschutzklausel“ in den AAB sieht eine hohe Konventionalstrafe für genau den geschilderten Fall vor, dass ein Klient während oder binnen eines Jahres nach Ende des Auftragsverhältnisses Mitarbeiter des Steuerberaters beschäftigt. Die am Verfahren als Nebenintervenientin beteiligte KSW hat dem klagenden Steuerberater noch im Verfahren mitgeteilt, dass Streitigkeiten mit Klienten dem Ansehen des Berufsstandes schaden und daher ein Vergleich angestrebt werden soll.

Ein Vergleichsangebot des beklagten ehemaligen Klienten über EUR 15.000,00 hat der Steuerberater nicht angenommen, sondern begehrte weiterhin die gesamte von ihm berechnete Pönalsumme in Höhe von fast EUR 55.000,00.

Der beklagte ehemalige Klient argumentierte im Verfahren, dass die Klausel nicht wirksam vereinbart worden sei, weil diese

überraschend sei. Weiters, so der Klient, sei die Klausel gröblich benachteiligend und sittenwidrig.

1. Zur Vereinbarung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

AGB werden grundsätzlich nur dann wirksam, wenn sie entweder ausdrücklich oder schlüssig vereinbart werden. Voraussetzung für eine schlüssige Vereinbarung ist, dass sich der Unternehmer vor Vertragsabschluss auf die Geltung dieser AGB beruft und der andere die Möglichkeit hatte vom Inhalt Kenntnis zu erlangen. Diese allgemeinen Grundsätze gelten auch im B2B-Bereich. Die AAB sind die am weitesten verbreiteten „Muster-AGB“ im Bereich der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.

In der Praxis fügen Steuerberater und Wirtschaftstreuhänder die AAB meist den jährlichen Jahresabschlüssen an oder binden diese in die Jahresabschlüsse als Bestandteil ein. Zum Teil lassen die Berufsberechtigten die AAB anlässlich der Finalisierung des Jahresabschlusses von ihren Klienten unterfertigen. Durch eine wiederholte Praxis, sich bei Erstellung des Jahresabschlusses in den einleitenden Worten oder im Erstellungsbericht auf die Geltung der AAB zu berufen und diese dann in den

Jahresabschluss einzubinden, ist von einer schlüssigen Vereinbarung dieser auszugehen, auch wenn sie möglicherweise jahrelang nicht erörtert oder auch gar nicht gelesen werden.

Allerdings ist zu beachten, dass diese Handhabung dann keine rechtswirksame Vereinbarung der AAB darstellt, wenn diese zum ersten Mal beim Überreichen des Jahresabschlusses dem Klienten bekanntgemacht werden und die AAB bei Auftragserteilung an den Steuerberater nicht vereinbart wurden. Denn die Erklärung im Jahresabschluss und die Einbindung des Textes der AAB in den Jahresabschluss erfolgt nach der Auftragserteilung des Klienten. Sich erst im Zeitpunkt der Erfüllung des Auftrages auf AGB zu berufen, stellt ein unwirksames Nachschieben von vertraglichen Grundlagen dar. Im konkreten Fall wurden die AAB aber nach dem gerichtlich festgestellten Sachverhalt vereinbart.

2. Im Detail: Der Inhalt der beanstandeten Klausel

Die Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftstreuhänder der Kammer der Wirtschaftstreuhänder in der Fassung vom 21.02.2011 (AAB 2011) sahen auf der Seite 1 unter „Präambel und Allgemeines“ folgenden sechsten und letzten Absatz vor:
„Der Auftraggeber verpflichtet sich, Mitarbeiter des Berufsberechtigten¹ während und binnen eines Jahres nach Beendigung des Auftragsverhältnisses nicht in seinem Unternehmen oder in einem ihm nahestehenden Unternehmen zu beschäftigen, widrigenfalls er sich zur Bezahlung eines Jahresbezugs des übernommenen Mitarbeiters an den Berufsberechtigten verpflichtet.“

Nunmehr findet sich in den (aktuellen) AAB 2018 unter Teil I, der die Überschrift 1. „Umfang und Auftrag“ trägt, ein zwölfter Absatz, der die oben genannte Klausel etwas abwandelt und wie folgt lautet: „Der Auftraggeber² verpflichtet sich, **Personen, die während des Auftragsverhältnisses Mitarbeiter des Auftragnehmers sind oder waren, während und binnen eines Jahres nach Beendigung des Auftragsverhältnisses nicht in seinem Unternehmen oder in einem ihm nahestehenden Unternehmen zu beschäftigen, widrigenfalls er sich zur Bezahlung eines Jahresbezuges des übernommenen Mitarbeiters an den Auftragnehmer verpflichtet.**“

Die Klausel sieht nunmehr als Forderungsberechtigten nicht mehr den „Berufsberechtigten“ sondern den „Auftragnehmer“ vor, stellt also auf die jeweilige Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungskanzlei ab. Dies macht Sinn, da Berufsberechtigte im Sinne des § 5 WTBG nicht nur die Steuerberatungsgesellschaft als juristische Person „Berufsberechtigte“, sondern auch die (alle) in einer solchen Gesellschaft tätigen Steuerberater und Wirtschaftsprüfer sind.

Für die Geltendmachung war daher auf Basis der AAB 2011 unklar, wer überhaupt eine allfällige Forderung wegen Verletzung dieser Klausel geltend machen kann, mit Ausnahme des Falles, dass der Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer seine Tätigkeit als Einzelunternehmer ausgeübt hat. Abgesehen von diesen kleinen begrifflichen Anpassungen ist in den AAB 2018 nur die Platzierung der Klausel neu.

In der jüngst ergangenen Entscheidung³ hat der OGH zwar nur zu der Klausel in den AAB 2011 Stellung genommen, die Begründung und die nur geringfügigen Änderungen gegenüber der Vorgängerregelung lassen aber auch klare Schlüsse für die Nachfolgeregelung in den AAB 2018 zu.

3. Die Gründe für die Ungewöhnlichkeit der Klausel

Der OGH hat die Klausel als eine ungewöhnliche Bestimmung im Sinne des § 864a ABGB qualifiziert. Eine Klausel ist dann objektiv ungewöhnlich, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht. Ungewöhnlichkeit hat sich an der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu orientieren.

Maßgeblich ist die Üblichkeit der Klausel bei einem Geschäftstyp; dabei kommt es aber auch auf die redlichen Verkehrsgepflogenheiten an, sodass selbst eine weite Verbreitung der Klausel in einer bestimmten Branche die Anwendung des § 864a ABGB nicht hindert⁴.

Daher: Auch wenn die AAB weit verbreitet sind und in der Branche von einer fast flächendeckenden Verwendung auszugehen ist, können darin überraschende Klauseln enthalten

”

Der OGH hat die Klausel als eine ungewöhnliche Bestimmung im Sinne des § 864a ABGB qualifiziert.

sein. Neben ihrem Inhalt ist auch die Stellung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragstextes maßgebend, weil sich das Ungewöhnliche einer Vertragsbestimmung vor allem aus der Art ihrer Einordnung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ergibt.⁵ Die als ungewöhnlich und nachteilig eingestufte Vertragsbestimmung wird damit nicht zum Vertragsinhalt. Daher

kann der klagende Steuerberater auch die darin vorgesehene Konventionalstrafe nicht fordern.

Das OLG Wien⁶ hat dazu in der zweitinstanzlichen Entscheidung zur gegenständlichen Klausel festgehalten, dass ein Klient eines Steuerberatungsbüros nicht damit rechnen muss, dass er sich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen dazu verpflichtet, während und sogar noch einige Zeit nach dem Vertragsverhältnis keinen Arbeitnehmer seines (ehemaligen) Vertragspartners zu beschäftigen, unabhängig davon, ob dieser im Vertragsverhältnis irgendeine Funktion übernommen hatte, weiters unabhängig davon, ob das im Zusammenhang mit der Beendigung des

Vertragsverhältnisses steht sowie auch unabhängig davon, ob dem Kunden überhaupt bewusst ist, dass der von ihm neu Eingestellte bisher Arbeitnehmer seines (ehemaligen) Vertragspartners war.

Dass die Klausel in den AAB 2018 unter der Überschrift „Umfang und Auftrag“ platziert ist, ändert nichts an dem Umstand, dass die Klausel ungewöhnlich ist – ebenso wie in den AAB 2011 unter Überschrift „Präambel und Allgemeines“. Die Klausel hat weder mit dem Umfang noch mit dem an den Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer erteilten Auftrag einen inhaltlichen Konnex. Die aktuelle Klausel ist daher ebenfalls überraschend und nachteilig im Sinne des § 864a ABGB.

Nach § 864a letzter Halbsatz ABGB sind ungewöhnliche Bestimmungen in AGB jedoch dann gültig, wenn vor Vertragsabschluss von demjenigen, der sich auf die Klausel berufen möchte, ein ausdrücklicher Hinweis auf die Klausel erfolgt. Damit wird die Vertragsbestimmung in den AGB zu einer Individualvereinbarung.

Daraus könnte man nun den Schluss ziehen, dass die in Punkt 1. Absatz 12 der AAB 2018 vorgesehene Klausel wirksam ist, wenn der Steuerberater oder Wirtschaftstreuhänder auf diese Klausel vor Vertragsabschluss hingewiesen hat. Aus dem Urteil des OGH darf dieser Schluss jedoch nicht gezogen werden, denn das Höchstgericht hat sich ausdrücklich nur mit der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB und nicht mit der Inhaltskontrolle des § 879 Abs. 3 ABGB beschäftigt. Damit musste sich der OGH nicht mehr auseinandersetzen, weil er ohnehin das Ergebnis der vorgelagerten Geltungskontrolle des Berufungsgerichts bestätigt hat. Die Klausel ist schon aus diesem Grund unwirksam.

4. Ist die Klausel auch sittenwidrig?

Nach § 879 Abs. 3 ABGB sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmungen, die keine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen, jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligen. Unterzieht man die Klausel auch einer Inhaltskontrolle nach § 879 Abs. 3 ABGB, kommt man – wie auch das OLG Wien – aus nachstehenden Gründen zu dem Ergebnis, dass diese auch aus diesem Grund unwirksam ist und daher trotz allfälligem Hinweis des Steuerberaters vor der Auftragserteilung nicht wirksam ist.

Nach den AAB ist die Höhe der vom Klienten zu leistenden Vertragsstrafe ein Jahresbezug des vom Klienten nunmehr beschäftigten Mitarbeiters. Die Höhe der Pönale ist – auch nach dem OLG Wien – im Verhältnis zur Honorarhöhe des Steuerberaters unangemessen hoch. Im gegenständlichen Fall hat der klagende Steuerberater eine Forderung geltend gemacht, die mehr als fünf Mal so hoch war als das Honorar, welcher für die gesamte Leistung während der gut sechzehn Monate des Vertragsverhältnisses bezogen hat.

Zwar unterliegen Vertragsstrafen gemäß § 1336 ABGB auch im B2B-Bereich stets dem richterlichen Mäßigungsrecht, es kann allerdings die Divergenz zwischen Honorar und Jahresbezug ungeachtet dessen unbillig sein. Dies wäre etwa dann – ähnlich wie hier – der Fall, wenn ein Klient pro Jahr nur ein geringes Honorar für die Lohnverrechnungsleistungen bezahlt und der „Jahresbezug“ des beschäftigten Mitarbeiters dieses Honorar mehrfach übersteigt.

Kritisch ist weiters, dass die Klausel nicht nur ein aktives Abwerben von Mitarbeitern eines Steuerberatungsbüros umfasst, sondern jede Art der Beschäftigung sanktioniert. Das ist ein massives einseitiges Abweichen von den ansonsten geltenden rechtlichen Regeln (dispositives Recht). Grundsätzlich ist selbst das aktive Abwerben von Beschäftigten als Teil des Leistungswettbewerbs erlaubt. Nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist Abwerben nur dann unzulässig, wenn der Abwerbende verwerfliche Mittel wie irreführende oder herabsetzende Behauptungen über den bisherigen Arbeitgeber abgibt⁷ oder verwerfliche Ziele, wie etwa die bewusste Schädigung des Unternehmens, verfolgt. Die AAB-Klausel differenziert aber nicht zwischen lauterem und unlauterem Abwerbemethoden.

Sogar die Einstellung von MitarbeiterInnen, bei denen der neue Dienstgeber gar nicht wusste oder wissen konnte, dass die AAB eine solche Klausel enthalten, könnte zu einer Vertragsstrafe führen. Nach dem Wortlaut müsste der ehemalige Klient auch dann eine Zahlung an den Steuerberater oder Wirtschaftstreuhänder leisten, wenn ein ihm nahestehendes Unternehmen einen solchen Ex-Mitarbeiter einstellt.

Denkbar sind Fälle, in denen eine Konzerngesellschaft einen Mitarbeiter einstellt, ohne zu wissen, dass der neu Eingestellte MitarbeiterIn einer Steuerberatungsgesellschaft war, die für eine andere Konzerngesellschaft arbeitet oder im letzten Jahr gearbeitet hat. Dies würde dazu führen, dass Unternehmen vor der Einstellung von ehemaligen MitarbeiterInnen von Steuerberatern und Wirtschaftstreuhändern immer im Konzern nachfragen müssten, ob diese eine Geschäftsbeziehung zu diesem ehemaligen Arbeitgeber gehabt haben. Selbst wenn ein nahestehendes Unternehmen gegen den Willen des Ex-Klienten einen Arbeitnehmer einstellt, wäre die Vertragsstrafe zu bezahlen. Daraus folgt, dass es Zahlungspflichtige in bestimmten – wenn auch seltenen – Fällen gar nicht beeinflussen kann, ob die Klausel verletzt wird.

Das OLG Wien qualifiziert die Klausel aus all diesen Gründen als gröblich benachteiligend, da die „Mitarbeiterschutzklausel“ die MitarbeiterIn in ihrem Recht auf Wahl des Arbeitgebers im Ergebnis einschränkt und ausschließlich den wirtschaftlichen Interessen der Wirtschaftstreuhänder und Steuerberater vor Abwerbung ihrer MitarbeiterInnen dient. Die Klausel verpflichtet die Klienten der Wirtschaftstreuhänder nicht nur während der Vertragsdauer, sondern auch noch ein Jahr danach.

Irgendeine Gegenleistung des Wirtschaftstreuhänders bzw.

Steuerberaters für diese Verpflichtung ihrer Kunden ist in den AAB nicht vorgesehen; eine gleichartige oder auch nur ähnliche Verpflichtung des Wirtschaftstreuhänders bzw. Steuerberaters ihren Kunden gegenüber besteht laut AAB nicht.⁸ Dieses Argument des OLG Wien spricht u.E. nicht für die Unwirksamkeit der Klausel, zeigt aber die Einseitigkeit dieser Regelung auf.

Für das OLG Wien war, wie bereits erwähnt, auch die Höhe der Vertragsstrafe im Verhältnis zu dem vom Klienten bezahlten Honorar für das Ergebnis ausschlaggebend, dass die Klausel gröblich benachteiligend und gemäß § 879 Abs. 3 ABGB nichtig ist. Hierzu ist anzumerken, dass dieses Missverhältnis im gegenständlichen Fall tatsächlich besteht. Es könnte aber auch Fälle geben, in denen das jährliche Honorar nur einen Bruchteil des zu bezahlenden Jahresbezug ausmacht und die Höhe daher nicht zu einem krassem Missverhältnis führt.

5. Transparenz und geltungserhaltende Reduktion?

Die in den AAB 2018 noch enthaltene Klausel ist inhaltlich nicht ausreichend bestimmt und u.E. auch nicht im Wege der Auslegung bestimmbar. Die Klausel stellt auf den Jahresbezug der übernommenen MitarbeiterIn ab. Auch wenn dies nicht angeführt ist, wird man diese Bestimmung so auslegen können, dass es sich um den „Jahresbezug“ der MitarbeiterIn handelt, den diese im letzten Jahr vor seinem Ausscheiden erhalten hat. Nicht maßgeblich sein kann der Verdienst beim neuen Arbeitgeber.

Unklar ist aber was unter Jahresbezug zu verstehen ist. Handelt es sich dabei um das gesamte Einkommen einschließlich steuerfreier Bezüge? Meinen die AAB das Bruttojahreseinkommen oder nur das Nettoeinkommen, das Gehalt mit oder ohne Lohnnebenkosten? Es würden auch Überstundenzuschläge, Jubiläumsgelder und Abfertigungen einzubeziehen sein. Sollte eine Sanierung der Bestimmung in Angriff genommen werden, ist diese Unklarheit ebenso zu beseitigen.

Unklar ist auch, was unter „nahestehendem Unternehmen“ zu verstehen ist. Kommt es darauf an, dass es sich um verbundene Unternehmen im Sinne des § 228 Abs. 3 UGB handelt? ■

Resümee

Die vorliegende Entscheidung zeigt, dass der OGH sogenannten Mitarbeiterschutzklauseln in AGB generell kritisch gegenübersteht. Das Bedürfnis von Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern, dass exzellent ausgebildete und spezialisierte MitarbeiterInnen nicht sanktionslos von Klienten abgeworben werden sollen (z.B. „In-Sourcing“ von bestimmten Leistungen), ist nachvollziehbar. Eine Beschränkung des Wechsels einer Arbeitskraft kann nach der Entscheidung nur im Einzelfall ausgehandelt und vereinbart werden. Gerade bei ständiger Zusammenarbeit im Rahmen von Projekten wäre dies ratsam.

Überdies ist eine Klausel in Anbetracht der OGH-Entscheidung auch inhaltlich wesentlich abzuändern. Die bestehende Regelung in den AAB kann u.E. auch nicht durch Individualvereinbarung mit Klienten saniert werden. Eine vertragliche Mitarbeiterbindung sollte nur für jene Fälle gelten, in denen der Klient die MitarbeiterIn etwa aufgrund der Zusammenarbeit kennt oder das aktive Abwerben durch eine sonstige unlautere Geschäftspraktik erfolgt. Die Höhe einer Vertragsstrafe muss zudem im Verhältnis zu dem bezahlten Honorar angemessen und nachvollziehbar sein. Die Grenzen der Zulässigkeit solcher Klauseln sind noch nicht abgesteckt. Es bleibt daher abzuwarten, ob und inwiefern eine modifizierte Regelung von den Gerichten als wirksam angesehen wird.

- 1 § 5 Abs. 1 WTBG: Wirtschaftstreuhänderberufe dürfen selbständig durch Berufsberechtigte, das sind entweder natürliche Personen oder Gesellschaften, ausgeübt werden.
- 2 Hervorhebung der Unterschiede durch den Autor.
- 3 4 Ob 69/22h.
- 4 6 Ob 57/08p mwN.
- 5 4 Ob 69/22h.
- 6 2 R 102/21s.
- 7 4 Ob 290/02d.
- 8 2 R 102/21s.



Jetzt noch Chance nutzen

und von den Jubiläumsrabatten profitieren!



Effiziente, leistungsstarke und einfach zu bedienende Software-Lösungen im Bereich Rechnungswesen und Kanzleiorganisation – dafür steht RZL Software seit 40 Jahren.

Feiern Sie mit uns „40 Jahre RZL“ und sichern Sie sich noch **bis 31. Oktober 2023** unsere Jubiläumsrabatte.



RZL Software GmbH · 07752 / 252-65 · Software@rzl.at

RZL

SOFTWARE

Rechnungswesen
einfach machen.
Schnell und effizient.

rzlSoftware.at