

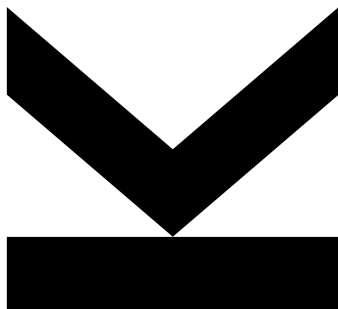
Eingereicht von
Melissa Prieler

Angefertigt am
**Institut für
Unternehmensrecht**

Beurteiler
**Assoz. Univ.-Prof. Dr.
Thomas Wolkerstorfer
LL.B.**

März 2022

DAS ABWERBEN VON MITARBEITERN IM SINNE DES UWG



Diplomarbeit

zur Erlangung des akademischen Grades

Magistra der Rechtswissenschaften

im Diplomstudium

Rechtswissenschaften

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für beide Geschlechter.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	4
I. Einleitung.....	6
II. Das Wettbewerbsrecht.....	7
A. Überblick.....	7
B. Die Generalklausel.....	8
C. Die Fallgruppen der Generalklausel	10
III. Aggressive und irreführende Geschäftshandlungen.....	12
A. Aggressive Geschäftspraktiken	12
B. Irreführende Geschäftspraktiken	13
IV. Schutz durch Konkurrenzklauseln und Konventionalstrafen.....	14
A. Konkurrenzklausel.....	14
B. Konventionalstrafe	15
V. Abwerben von Mitarbeitern durch Konkurrenten	17
A. Rechtsbruch durch Verletzung gesetzlicher Vorschriften.....	19
B. Vertragsbruch	20
1. Bruch eigener Verträge	20
2. Bruch fremder Verträge.....	21
3. Entscheidung OGH 17.09.2014, 4 Ob 125/14g	23
4. Schlussfolgerung.....	25
VI. Abwerben von Mitarbeitern durch ehemalige Mitarbeiter	26
VII. Fazit.....	29
VIII. Literaturverzeichnis.....	31

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
ARD	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
bzw	beziehungsweise
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
dh	das heißt
E	Entscheidung
f	folgende(n)
ff	fortfolgende(n)
gem	gemäß
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
idR	in der Regel
insb	insbesondere
iSd	im Sinne der / des
iSe	im Sinne eines / einer
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
iZw	im Zweifel
L	Lehre
mE	meines Erachtens
MR	Medien und Recht
mwN	mit weiteren Nachweisen
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
rdb	Rechtsdatenbank
RIS	Rechtsinformationssystem
RL	Richtlinie
RL-UGP	Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken
RS	Rechtssatz

Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
sog	so genannte/r/s
StGB	Strafgesetzbuch
stRsp	ständige Rechtsprechung
uw	und weitere
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

I. Einleitung

In der unternehmerischen Praxis stellen motivierte und erfahrene Mitarbeiter eine der wichtigsten und gefragtesten Ressourcen für ein Unternehmen dar, weshalb das Abwerben von Arbeitskräften immer wieder vorkommt und immer häufiger wird.¹

Das Wirtschaftsleben ist grundsätzlich vom Prinzip der Wettbewerbsfreiheit geprägt, das UWG im Gegenzug bildet hierfür einen rechtlichen Rahmen, um einen freien jedoch auch fairen Wettbewerb zu ermöglichen und zu sichern. Lange Zeit war die Rsp des OGH einheitlich; 2014 wurde erstmals davon abgegangen und der OGH kam mit der Entscheidung 4 Ob 125/14g zu der Ansicht, dass die Übernahme von Konventionalstrafen durch den neuen Arbeitgeber kein Verleiten zum Vertragsbruch darstellt und somit nicht wettbewerbswidrig ist. Dadurch wurde einer der wichtigsten Schutzmechanismen vor einem immer größer werdenden Konkurrenzdruck, die einem Arbeitgeber zur Verfügung stehen, stark abgeschwächt.

Im Rahmen dieser Arbeit soll zunächst auf das UWG sowie einzelne Änderungen durch die Novelle 2007, ebenso wie auf die Generalklausel des § 1 UWG eingegangen werden, um einen Überblick über die Systematik des Wettbewerbsrechts zu schaffen.

Da die Entscheidung 4 Ob 125/14g ein gänzlichliches Abgehen des OGH von seiner gängigen Rsp einleitete, wird diese erläutert. Im Anschluss wird sich vertieft mit der Thematik des Abwerbens von Mitarbeitern beschäftigt, welche Schutzmöglichkeiten für den bisherigen Arbeitgeber bestehen und welche Folgen die oben genannte Entscheidung hierfür mit sich bringt.

Als Abschluss soll auch noch die Problematik des Abwerbens von Mitarbeitern durch ehemalige Mitarbeiter beleuchtet werden.

¹ *Shamiyeh & Reiser Rechtsanwälte GmbH*, Der Kampf um die besten Köpfe- Abwerben von Mitarbeitern, <https://www.srr.at/blog-05-19-abwerben/> (Stand 2022).

II. Das Wettbewerbsrecht

A. Überblick

Wie bereits erwähnt, bildet die Wettbewerbsfreiheit die Basis für ein gemeinsames Agieren in der Marktwirtschaft. Als Handlung im geschäftlichen Verkehr wird jede selbständige, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit gewertet, wobei keine Gewinnerzielungsabsicht vorausgesetzt wird.² Hier kommt es insbesondere auf die Eignung der Tätigkeit an, das Wettbewerbsgeschehen zu beeinflussen. Generell davon ausgenommen ist jedoch die Vornahme rein privater oder amtlicher Handlungen.³

Das Lauterkeitsrecht dient dazu, den Wettbewerb vor Missständen, genauer gesagt vor einem ausufernden Konkurrenzkampf zu bewahren. Geschützte Subjekte sind dabei sowohl Mitbewerber, Konsumenten als auch die Allgemeinheit.⁴ Ihnen soll ein lauterer, unverfälschter Wettbewerb geboten werden, der sog Leistungswettbewerb.⁵

In der österreichischen Rechtsordnung ist dieser Schutz durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) verwirklicht. Es ist in drei Abschnitte sowie einen Anhang (die schwarze Liste) aufgeteilt. Im Zuge dieser Diplomarbeit wird das Hauptaugenmerk auf den Ersten Teil „zivilrechtliche und strafrechtliche Bestimmungen“ gelegt, da dieser die Generalklausel des § 1 UWG enthält. Seit der UWG-Novelle 2007 bietet die Generalklausel neben einem mitbewerberschützenden Teil (Z 1) zusätzlich auch einen verbraucherschützenden Teil (Z 2).⁶ Ausgelöst wurde diese eingehende Änderung durch die EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern (RL-UGP).⁷

Durch die Generalklausel des § 1 UWG werden unlautere Geschäftspraktiken und unlautere Handlungen untersagt. Diese sehr allgemein gehaltene Formulierung wird durch die schlichte Unmöglichkeit gerechtfertigt, jeden Einzelfall einer unlauteren Handlung gesetzlich zu regeln und bietet zugleich flexiblere Beurteilungsmöglichkeiten für Richter, auch völlig neuartige Tatbestände angemessen zu berücksichtigen.⁸ Dies stellt einen enormen Vorteil dar, da die Auslegung der Generalklausel eine der Kernaufgaben der Rechtsprechung ist.⁹

² OGH 30.11.2004, 4 Ob 154/04g.

³ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 307f.

⁴ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 303.

⁵ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 RZ 6 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

⁶ *Enzinger*, Lauterkeitsrecht (2012), Rz 13.

⁷ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 304.

⁸ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 RZ 1 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

⁹ *Enzinger*, Lauterkeitsrecht (2012), Rz 485.

B. Die Generalklausel

Hinsichtlich der Beeinträchtigung von Marktteilnehmern ist § 1 UWG alternativ ausformuliert, einerseits in Bezug auf Unternehmer (B2B-Bereich) und andererseits auf Verbraucher (B2C-Bereich).

Der B2B-Bereich gem § 1 Abs 1 Z 1 UGB regelt unlautere Geschäftspraktiken oder sonstige unlautere Handlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. In den B2C-Bereich fallen gem § 1 Abs 1 Z 2 UGB unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern, die gegen die berufliche Sorgfalt widersprechen und zugleich geeignet sind, das Verhalten von Durchschnittsverbrauchern zu beeinflussen. Rechtsfolge ist, dass demjenigen, der diese Normen in Anspruch nimmt, ein Anspruch auf Unterlassung und bei Vorliegen von Verschulden sogar auf Schadenersatz zusteht.

Der Begriff Geschäftspraktik wird in § 1 Abs 4 Z 2 UWG legaldefiniert und umfasst demgemäß *jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, sowie kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Unternehmens, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produktes zusammenhängt*. Die Definition der RL-UGP stellt auf Handlungen ab, die unmittelbar mit der Absatzförderung in Verbindung stehen. Das sittenwidrige Abwerben von Mitarbeitern stellt jedoch nur eine mittelbare Einwirkung dar und würde somit nicht unter diesen Begriff subsumiert werden können. Dem wirkt § 1 Abs 1 Z 1 UWG durch die Begriffserweiterung auf „sonstige unlautere Handlungen“ entgegen und bezieht auch unlautere Handlungen mit ein, die bloß in mittelbarem Zusammenhang mit der Absatzförderung stehen.¹⁰

Obgleich der zweigleisigen Gestaltung der Generalklausel hat der für das UWG zentrale Begriff der Unlauterkeit einen einheitlichen Inhalt. Eine dahingehende Auslegung verhindert das Entstehen von Wertungswidersprüchen, da exakt dieselbe Geschäftspraxis bei beiden Ziffern des § 1 Abs 1 UWG auftreten kann. Ein einheitlicher Beurteilungsmaßstab innerhalb der gesamten Generalklausel ist hier das Ziel des Gesetzgebers. Somit ist das Merkmal der „beruflichen Sorgfalt“ genauso bei Fällen des B2B-Bereiches zur Konkretisierung des Begriffes der Unlauterkeit heranzuziehen.¹¹ Ebenso bei der Auslegung zu berücksichtigen sind die Wertungen der Sondertatbestände, die in der „schwarzen Liste“ aufgezählt sind.

In der Praxis wird bei der Interpretation der Unlauterkeit zumeist auf bereits bestehende Judikatur zurückgegriffen, was die Bedeutung, jedoch auch die Abhängigkeit, vom Richterrecht

¹⁰ Wiltschek, UWG³ § 1 Rz 5, 6.

¹¹ Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 12 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

hervorhebt.¹² Gem der jüngeren Rsp¹³ sind bei der Auslegung des Unlauterkeitsbegriffes besonders die Schutzzwecktrias, dh die Interessen der Unternehmer, Verbraucher und der Allgemeinheit und die Funktion des Leistungswettbewerbs zu berücksichtigen.¹⁴

Die Überschreitung der Spürbarkeitsgrenze bildet neben der Unlauterkeit ein weiteres Merkmal für einen Wettbewerbsverstoß iSd § 1 UWG. Dabei handelt es sich um eine Begrenzung der Anspruchslegitimation, weil Bagatellfälle von Sanktionen ausgenommen sind.¹⁵ Die Berücksichtigung der Erheblichkeitsschwellen ist darum so bedeutend, da in Einzelfällen die Wettbewerbsverstöße dermaßen gering sein können, dass eine Verfolgung mangels schutzwürdigen Interesses nicht gerechtfertigt werden kann.¹⁶

Im Hinblick auf die Erheblichkeitsschwellen der beiden Ziffern bestehen allerdings unterschiedliche Beurteilungsmaßstäbe.¹⁷ Im Verhältnis zwischen Unternehmen wird auf die Beeinflussung von Marktverhältnissen abgestellt, die eine gewisse Mindestintensität erreichen muss.¹⁸ Dies ergibt sich aus der Formulierung „*nicht nur unerheblich zu beeinflussen*“. Jedoch kommt es nur auf die Eignung an und nicht auf den Eintritt einer tatsächlichen Beeinträchtigung.¹⁹ Bei der Beurteilung, ob ein Verhalten entsprechend geeignet ist, ist der durch das Verhalten erlangte Wettbewerbsvorsprung, die Häufigkeit bzw die Dauer des Verstoßes, die individuelle Marktstärke des Unternehmens sowie die Anzahl der betroffenen Mitbewerber heranzuziehen. Bereits die Beeinträchtigung nur eines anderen Unternehmens reicht aus.²⁰ Im Verhältnis zu Verbrauchern wird nicht auf die Auswirkungen auf die Marktverhältnisse abgestellt, sondern auf den Grad der Beeinflussung des Durchschnittsverbrauchers, wobei das gesetzte Verhalten geeignet sein muss, um einen Durchschnittsverbraucher wesentlich zu beeinflussen.²¹ Durch die Z 2 des § 1 Abs 1 UWG soll die Verbraucherautonomie iSd Konsumentensouveränität gewahrt werden.²²

Ist ein Verbotstatbestand der schwarzen Liste gegeben, hat die Prüfung der Spürbarkeit auszubleiben.²³ In solchen Fällen ist die Geschäftspraktik an sich unlauter, unabhängig davon, ob diese unter der Erheblichkeitsschwelle liegt und damit einen Bagatellverstoß bildet. Dies gilt

¹² *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 319.

¹³ OGH 24.01.2006, 4 Ob 218/05w; 4 Ob 88/93, ÖBI 1994, 58.

¹⁴ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 319.

¹⁵ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 141 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹⁶ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 316.

¹⁷ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 316.

¹⁸ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 12 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹⁹ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 316.

²⁰ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 146ff (Stand 22.5.2021, rdb.at).

²¹ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 12 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

²² *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 180 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

²³ *Enzinger*, Lauterkeitsrecht (2012), Rz 101.

ebenso für die „kleinen Generalklauseln“ des § 1 Abs 3 UWG, nämlich im Bereich der aggressiven und irreführenden Geschäftspraktiken.²⁴

C. Die Fallgruppen der Generalklausel

Um die Anwendung der Generalklausel zu erleichtern, wurde sie von *W. Hefermehl* systematisch in fünf Fallgruppen eingeteilt.²⁵ Dabei orientiert er sich an der Art und Richtung der eingesetzten Wettbewerbsmittel und der durch sie betroffenen Interessen der Mitbewerber, Marktpartner und der Allgemeinheit. Diese Fallgruppen sind Kundenfang, Behinderung, Ausbeutung, Vorsprung durch Rechtsbruch und Marktstörung.²⁶ In Österreich hat sich die Gliederung in die ersteren vier Fallgruppen bewehrt, wobei sich die praktische Relevanz auf die Ausbeutung, Behinderung und Rechtsbruch beschränkt.²⁷ Durch die Einführung der aggressiven bzw irreführenden Geschäftspraktiken gem §§ 1a und 2 UWG auf Grund der UWG-Novelle 2007 sind viele Verstöße darunter zu subsumieren und erübrigt sich nunmehr eine Beurteilung iSd Fallgruppe Kundenfang.²⁸

Oft kann ein Verhalten mehreren Fallgruppen zugerechnet werden, so auch das unlautere Abwerben von Mitarbeitern. Aus Sicht des unlauteren Mitbewerbers kann sein Handeln zu den Fallgruppen Behinderung, Ausbeutung sowie Rechtsbruch gezählt werden, aus Sicht des abgeworbenen Mitarbeiters kann für sein Verhalten die Fallgruppe des Rechtsbruches zum Tragen kommen.²⁹ Diese drei Fallgruppen werden im Folgenden genauer erläutert:

Behinderung:

Wettbewerbsverstöße die in die Kategorie Behinderung fallen, wirken ausschließlich im B2B-Bereich benachteiligend wodurch § 1 Abs 1 Z 1 UWG anwendbar wird.³⁰ Solche liegen vor, wenn ein Konkurrent aktiv daran gehindert wird, sich am Wettbewerb zu betätigen, sodass er seine Waren bzw Dienstleistungen nicht mehr rein auf dem Markt zur Geltung bringen kann.³¹ Dass Mitbewerber regelmäßig durch den stetigen Leistungswettbewerb vom Markt verdrängt werden, ist nur erwartungsgemäß.³² Sobald die Handlungen den normalen Leistungswettbewerb jedoch übersteigen, also sich persönlich gegen einen bestimmten Mitbewerber bzw sein Unternehmen

²⁴ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 316.

²⁵ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 21 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

²⁶ *Hefermehl* in *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht²² Einl UWG Rz 160.

²⁷ *Enzinger*, Lauterkeitsrecht (2012), Rz 497.

²⁸ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 21 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

²⁹ *Kraft/Steinmair*, UWG: Praxiskommentar² § 1 UWG Rz 58 (Stand Februar 2022, lexisnexis.at).

³⁰ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 23 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

³¹ *Hefermehl* in *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht²² Einl UWG Rz 162.

³² *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 321.

richten, werden sie unlauter und stellen einen Verstoß iSd § 1 UWG dar.³³ Beispiele für wettbewerbliche Behinderungen sind Boykott, Absatz-, Werbe- und Bezugsbehinderung, Preiskampf ebenso wie der Missbrauch von Machtmitteln der öffentlichen Hand.³⁴ Zusätzlich stellt eine Anmeldung einer Marke oder Domain auch eine Behinderung dar, da allein schon die Registrierung einer Domain oder eines Markennamens eine Sperrwirkung für die Benützung durch andere Marktteilnehmer hat und ihnen somit der Gebrauch verwehrt bleibt, unabhängig davon, ob unter der betreffenden Internet-Domain eine Website tatsächlich eingerichtet wurde oder nicht.³⁵ Dem OGH zufolge ist für einen Verstoß gegen § 1 UWG auf die Behinderungsabsicht abzustellen, wobei es genügt, dass es sich um ein wesentliches Motiv handelt.³⁶

Ausbeutung:

Genau wie bei der Fallgruppe Behinderung fallen auch hauptsächlich Tatbestände der Kategorie Ausbeutung in § 1 Abs 1 Z 1 UWG.³⁷ Da die Benützung fremder Leistungen bzw Ergebnisse allgemein erlaubt ist, müssten für das Vorliegen von Wettbewerbswidrigkeit besondere unlautere Umstände hinzutreten die im Einzelfall zu bewerten sind. Ausbeuterische Taktiken sind die Nachahmung fremder Erzeugnisse oder Werbung, direkte Übernahme von Leistungen, das Ausbeuten eines fremden Rufes sowie das Abwerben von Kunden als auch Mitarbeitern.³⁸

Rechtsbruch:

Sinn dieser Regelung ist, dass niemand einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil erlangen soll, indem er gegen gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Bestimmungen verstößt oder diese außer Acht lässt. Rechtsbruch ist gegeben, wenn gegen Gesetze, Verordnungen oder fremde bzw eigene Verträge verstoßen wird.³⁹ Beim Zuwiderhandeln gegen fremde Verträge muss zwischen dem Verleiten zum Vertragsbruch und dem bewussten Ausnützen eines fremden Vertragsbruches unterschieden werden. Dies geschieht vor allem in Form der Übernahme von Konventionalstrafen.⁴⁰ Hervorzuheben ist jedoch bereits an dieser Stelle, dass lediglich unvermeidbare Verletzungen als wettbewerbswidrig zu qualifizieren sind.⁴¹

³³ *Hefermehl* in *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht²² Einl UWG Rz 162.

³⁴ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 23 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

³⁵ *Jahn/Häussle*, Aktuelle Entscheidungspraxis zum Internet im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes (Teil I), GesRZ 2003 H 2, 66.

³⁶ OGH 9.11.1999, 4 Ob 199/99i, ÖBI 2000, 71.

³⁷ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 332.

³⁸ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 24 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

³⁹ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 25 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

⁴⁰ *Schima*, Der Wechsel von Arbeitnehmern im Schnittpunkt zwischen Arbeits- und Wettbewerbsrecht, ZAS 2020 H 4, 229.

⁴¹ OGH 11.03.2008, 4 Ob 225/07b.

III. Aggressive und irreführende Geschäftshandlungen

Der Anhang des UWG, die schwarze Liste, enthält eine Aufzählung von Verhaltensweisen die jedenfalls als aggressive oder irreführende Geschäftspraktiken zu qualifizieren sind. Bei Vorliegen eines dieser explizit geregelten Tatbestände erübrigt sich eine Prüfung der Überschreitung der Spürbarkeitsgrenze. Wenn dies jedoch nicht der Fall ist, ist noch vor den Tatbeständen der Generalklausel zu prüfen, ob die „kleinen Generalklauseln“ der §§ 1a und 2 UWG zur Anwendung kommen, da gem § 1 Abs 3 UWG das Kriterium der Unlauterkeit insbesondere in solchen Situationen erfüllt ist.⁴²

A. Aggressive Geschäftspraktiken

ISd § 1a UWG sind Geschäftspraktiken als aggressiv zu werten, wenn sie geeignet sind, *„die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Marktteilnehmers in Bezug auf das Produkt durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung wesentlich zu beeinträchtigen und ihn dazu zu veranlassen, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“* Gem Abs 2 sind dabei unter anderem der Zeitpunkt, Ort, die Art und Dauer zu berücksichtigen.

Mit der nationalen Umsetzung der Vorgaben durch die RL-UGP, wurde mit der Verwendung des Begriffes „Marktteilnehmer“ ein allgemeines Verbot aggressiver Geschäftshandlungen etabliert und gleichzeitig sichergestellt, dass § 1a UWG nicht nur im B2C-Bereich, sondern ebenso im Bereich zwischen Unternehmen Anwendung finden kann.⁴³ Diese Bestimmung wurde durch die UWG-Novelle gänzlich neu eingeführt.⁴⁴

Im Hinblick auf das Abwerben von Mitarbeitern ist ein Vorgehen dann als eine aggressive Geschäftspraktik zu interpretieren, wenn der Abzuwerbende in seiner Freiheit wesentlich beeinträchtigt wird, eine ausgewogene Entscheidung zu treffen als auch dementsprechend zu handeln und sich stattdessen für den Arbeitsplatzwechsel entscheidet, obwohl er dies andernfalls nicht getan hätte.⁴⁵

Unter Belästigung versteht man Werbemaßnahmen, die derart aufdringlich, behelligend oder störend sind, dass ein Ausweichen kaum denkbar erscheint.⁴⁶ So kann also das unerwünschte

⁴² Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 304 f.

⁴³ Burgstaller in Wiebe/Kodek, UWG² § 1a Rz 8 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

⁴⁴ Kraft/Steinmair, UWG: Praxiskommentar² § 1a UWG Rz 1 (Stand Februar 2022, lexisnexis.at).

⁴⁵ Kraft/Steinmair, UWG: Praxiskommentar² § 1a UWG Rz 6 (Stand Februar 2022, lexisnexis.at).

⁴⁶ Burgstaller in Wiebe/Kodek, UWG² § 1a Rz 92 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

Ansprechen eines abzuwerbenden Arbeitnehmers einen wettbewerbswidrigen Verstoß darstellen. Ein einmaliges Ansprechen genügt jedenfalls nicht, da eine bestimmte Intensität bzw Hartnäckigkeit gefordert wird,⁴⁷ um einen unzulässigen Eingriff in die Individualsphäre des Umworbenen zu bilden.⁴⁸

Da die Nötigung iSd UWG nicht ident mit der Nötigung des § 105 StGB ist, wird weder die Anwendung von Gewalt noch einer gefährlichen Drohung vorausgesetzt. Es reicht vielmehr schon der Umstand, dass auf jemanden derartiger Druck ausgeübt wird, der ihn zu einer Handlung veranlasst, die ohne diesen physischen bzw psychischen Zwang nicht oder nicht in der Art getätigt worden wäre.⁴⁹

Für die Erfüllung des Tatbestandes der unzulässigen Beeinflussung bedarf es genau wie bei der Nötigung iSd UWG die Ausübung von Druck, wodurch die Entscheidungsfindung der Marktteilnehmer wesentlich eingeschränkt wird. Zusätzlich bedarf es aber auch der Ausnützung einer Machtposition, was sich über die Marktmacht hinaus auf alle Arten von Über- und Unterordnungen erstrecken lässt. Auch das Ausnutzen von Angst und Zwangslagen sowie die Überrumpelung fallen unter den weit auszulegenden Begriff der Macht.⁵⁰

B. Irreführende Geschäftspraktiken

Ein Fall einer irreführenden Geschäftspraktik nach § 2 UWG liegt dann vor, *„wenn sie unrichtige Angaben enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt über einen oder mehrere [...] Punkte derart zu täuschen, dass dieser dazu veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte.“*

Durch die UWG-Novelle 2007 wurde eine detailliertere und umfassendere Neuformulierung des § 2 UWG vorgenommen.⁵¹ Das Irreführungsverbot bezieht sich allgemein auf den Schutz der Marktgegenseite womit, genau wie bei § 1a UWG, neben Verbrauchern auch Mitbewerber gemeint sind.⁵² Der lauterkeitsrechtliche Wahrheitsgrundsatz, der gezielten Täuschungen entgegenwirkt, wurde zudem um den Informationsgrundsatz bereichert, der eine informierte geschäftliche Entscheidung absichert. Abzustellen ist bei der Bewertung auf den durch die Maßnahmen entstehenden Gesamteindruck.⁵³

⁴⁷ Enzinger, Lauterkeitsrecht (2012), Rz 302.

⁴⁸ Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 351.

⁴⁹ Kraft/Steinmair, UWG: Praxiskommentar² § 1a UWG Rz 8 (Stand Februar 2022, lexisnexus.at).

⁵⁰ Burgstaller in Wiebe/Kodek, UWG² § 1a Rz 114 ff (Stand 1.5.2018, rdb.at).

⁵¹ Kraft/Steinmair, UWG: Praxiskommentar² § 2 UWG Rz 1 (Stand Februar 2022, lexisnexus.at).

⁵² Anderl/AppI in Wiebe/Kodek, UWG² § 2 Rz 12 (Stand 1.12.2016, rdb.at).

⁵³ Anderl/AppI in Wiebe/Kodek, UWG² § 2 Rz 18 ff (Stand 1.12.2016, rdb.at).

Wird also ein Arbeitnehmer auf Grund einer unrichtigen bzw unvollständigen Aussage des Abwerbenden getäuscht und trifft er deshalb eine Entscheidung, die er bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht getroffen hätte, liegt Wettbewerbswidrigkeit iSd § 2 UGB vor. Als Bsp wäre hier die unrichtige Behauptung, dass der bisherige Dienstgeber konkursreif ist, zu nennen. Gleichfalls sind unrichtige und irreführende Aussagen des Abwerbenden in Bezug auf sich selbst darunter zu subsumieren, wozu insb auch falsche Versprechungen gezählt werden können.⁵⁴

IV. Schutz durch Konkurrenzklauseln und Konventionalstrafen

A. Konkurrenzklausel

Dass ein gewisses Interesse des Arbeitgebers besteht, sich vor einer entstehenden neuen Gegnerschaft durch ehemalige Mitarbeiter zu schützen, ist nur nachvollziehbar. Die österreichische Rechtsordnung trägt diesem Schutzbedürfnis Rechnung, indem die Verhängung einzelner Beschränkungen des beruflichen Werdeganges des Arbeitnehmers nach Auflösung des Dienstverhältnisses ermöglicht wird.⁵⁵ Solche vertraglichen Vereinbarungen, die Konkurrenzklauseln, sind jedoch nur eingeschränkt erlaubt, da sie einen gravierenden Eingriff in die Erwerbsfreiheit bilden und auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit berühren.⁵⁶

Der Zweck von Konkurrenzklauseln liegt darin ein dreiseitiges Interesse zufrieden stellen zu können. Einerseits haben Arbeitnehmer ein Interesse daran ihr gewonnenes Wissen und ihre Fähigkeiten anzuwenden als auch weiterzuentwickeln, andererseits wollen Arbeitgeber den Konkurrenzkampf so klein wie möglich halten und ihre Geschäftsgeheimnisse für sich behalten. Zusätzlich besteht noch ein öffentliches Interesse daran, wertvolle Arbeitskraft nicht durch gesetzliche Schutzmechanismen zu blockieren und dadurch unbrauchbar zu machen.⁵⁷

§ 36 Abs 1 AngG und § 2c Abs 1 AVRAG beschreiben eine Konkurrenzklausel als eine Vereinbarung, durch die der Angestellte für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird. Sie stellt somit eine mögliche Sondervereinbarung innerhalb des Arbeitsverhältnisses dar. Konkurrenzklauseln sind jedoch eng auszulegen, da Arbeitnehmer grundsätzlich von ihrer Arbeitskraft abhängig sind.⁵⁸ IZw ist anzunehmen, dass eher

⁵⁴ *Staber/Winter*, Übernahme der Konventionalstrafe nicht mehr wettbewerbswidrig? *ecolex* 2015 H 1, 55 (57).

⁵⁵ *Wasinger*, Konkurrenzklausel, *ASoK-Spezial* 2018,8.

⁵⁶ *Mosler*, Arbeitsrecht und Wettbewerb, in *WiR-Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Wettbewerb und Recht* (2015) 70.

⁵⁷ *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*³ § 36 AngG Rz 5 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁵⁸ OGH 23.12.1998, 9 ObA 209/98w.

eine geringere Beschränkung für den Arbeitnehmer gemeint war.⁵⁹ Dem Gesetzeswortlaut zufolge, bedarf es hinsichtlich der Einschränkungen auch keiner Mindestintensität um als Konkurrenzklausele gewertet werden zu können. Als Obergrenze werden Vereinbarungen herangezogen, die einer Erwerbstätigkeit gänzlich entgegenstehen und diese somit untersagen. Hinsichtlich der Untergrenze wird von der L vertreten, dass man sich dennoch an der Spürbarkeit zu orientieren hat.⁶⁰

Eine Konkurrenzklausele kann nur wirksam vereinbart werden, wenn der Arbeitnehmer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses volljährig ist. Die Beschränkung darf sich des Weiteren nur auf den Geschäftszweig des bisherigen Arbeitgebers erstrecken, den Zeitraum maximal eines Jahres nicht übersteigen und darf überdies keine unbillige Erschwernis des Fortkommens des Arbeitnehmers darstellen.⁶¹ Bezüglich letzterem hat eine Interessenabwägung im Verhältnis zum Interesse des Arbeitgebers, in seinem Erwerb nicht geschädigt zu werden, zu erfolgen.⁶² Gem § 36 Abs 2 AngG kann eine Konkurrenzklausele zudem nur mit Arbeitnehmern vereinbart werden, die eine bestimmte Einkommensgrenze überschreiten. Diese Entgeltgrenze wurde 2006 geschaffen und 2015 novelliert. In der ersteren Fassung wurde zur Berechnung des Grenzbetrages das siebzehnfache der Höchstbeitragsgrundlage (§ 45 ASVG) herangezogen, wobei die Sonderzahlungen aliquot zu berücksichtigen waren. Für Vereinbarungen, die ab dem 29.12.2015 geschlossen wurden gilt nunmehr die zwanzigfache Höchstbeitragsgrundlage. Ebenso neu geregelt wurde, dass die Einberechnung der Sonderzahlungen auszubleiben hat.⁶³ Für das Jahr 2022 beträgt der entsprechende Wert € 5.670,00 brutto monatlich.⁶⁴

Verstößt eine Konkurrenzklausele gegen die guten Sitten, bspw dadurch wie sie zustande gekommen ist, ist sie, unabhängig von der Beurteilung nach den §§ 36 und 37 AngG wie oben angeführt, von Anfang an nichtig und gem dem Sittenwidrigkeitskorrektiv des § 879 ABGB gänzlich unwirksam.⁶⁵

B. Konventionalstrafe

Das Abweichen von einer vereinbarten Konkurrenzklausele, stellt einen Vertragsbruch dar.⁶⁶ Dies kann auf zwei Arten sanktioniert werden. Zum einen besteht die Möglichkeit der Vereinbarung

⁵⁹ *Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 36 AngG Rz 58* (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁶⁰ *Kohlegger in Reissner, Angestelltengesetz* (2013) § 36 Rz 28f.

⁶¹ § 36 Abs 1 AngG iVm § 2c Abs 1 AVRAG.

⁶² *Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 36 AngG Rz 77* (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁶³ *Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 36 AngG, Rz 89* (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁶⁴ *oesterreich.gv.at-Redaktion, Höchstbeitragsgrundlage*, <https://www.oesterreich.gv.at/lexicon/H/Seite.991498.html> (Stand 01.03.2022).

⁶⁵ LG Wiener Neustadt 19.10.1998, 5 Cga 149/97a.

⁶⁶ OGH 30.05.1961 SZ 34/86.

einer Konventionalstrafe, wie dies in § 37 Abs 4 AngG iVm § 2c Abs 5 AVRAG ausgeführt wird. Nimmt man diese Option nicht wahr, stehen dem Arbeitgeber der Unterlassungsanspruch gem § 1 UWG gegen die tatsächlich konkurrenzierende Tätigkeit, bzw die Geltendmachung von Schadenersatz oder des Erfüllungsanspruches zu.⁶⁷

Für den Fall, dass eine Konventionalstrafe vereinbart wird, bedingt dies den Verlust des Erfüllungsanspruches ebenso wie eines über den vereinbarten Betrag der Konventionalstrafe hinausgehenden Schadenersatzanspruches.⁶⁸ Der Arbeitgeber kann somit nur mehr die Konventionalstrafe verlangen und dies auch nur bis zum vereinbarten Betrag, selbst wenn ihm nach Schadenersatzrecht eine höhere Entschädigung zustehen würde.⁶⁹ Voraussetzung ist jedoch das Bestehen einer gültigen Hauptverbindlichkeit, bspw eines gültigen Vertrages.⁷⁰ Ist also bereits die Konkurrenzklausele an sich ungültig, kann die Vereinbarung über die Konventionalstrafe auch nicht wirksam zustande kommen.⁷¹ Ist das Konkurrenzverbot hingegen gültig zustande gekommen, übertritt sie lediglich die gesetzlichen Schranken, so besteht Teilnichtigkeit der Vereinbarung und ist sie iSe geltungserhaltenden Reduktion an den gesetzlichen Rahmen anzupassen.⁷² Aus § 38 AngG ist zu entnehmen, dass die Konventionalstrafe dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegt. Dabei sind die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des Arbeitnehmers und dessen Verschulden am Vertragsbruch im Verhältnis zum dadurch entstandenen Schaden beim Dienstgeber abzuwägen. Zu beachten ist dabei aber, dass die Vertragsstrafe nur bis zum Betrag des eingetretenen Schadens herabgesetzt werden kann.⁷³

Der Zweck einer solchen Vertragsstrafe ist die Pauschalierung des Schadenersatzes weshalb sie auch als „Schadenersatzsurrogat“ bezeichnet wird.⁷⁴ Neben der Absicherung der Konkurrenzklausele wird dadurch dem Arbeitgeber der konkrete Nachweis des Schadens abgenommen und bietet damit eine enorme Erleichterung, da die Erbringung des konkreten Beweises meist sehr schwierig ausgestaltet ist.⁷⁵ Die Konventionalstrafe kann sogar im Falle des gänzlichen Ausbleibens eines Schadens gefordert werden,⁷⁶ da die Vereinbarung einer Konventionalstrafe darüber hinaus auch Erfüllungsdruck auf den Verpflichteten Arbeitnehmer ausüben soll.⁷⁷

⁶⁷ Kreiner, Konkurrenzklausele, ASoK-Spezial 2018, 47.

⁶⁸ Reissner in Marhold/Burgstaller/Preyer, Angestelltengesetz Kommentar, § 37 Rz 54 (Stand 1.3.2005, rdb.at).

⁶⁹ Kerschner, Kommentar zu OGH 29.11.1983, 4 Ob 124/82, ZAS 1985, 30.

⁷⁰ Größ in Klečeka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 1336 Rz 7 (Stand 1.7.2018, rdb.at).

⁷¹ Brenn in Reissner, AngG § 38 Rz 22.

⁷² Schima, Der Wechsel von Arbeitnehmern, ZAS 2020 H 4, 229.

⁷³ Lindmayr in Lindmayr, Kurzkommentar Angestelltengesetz zu § 38 AngG.

⁷⁴ Brenn in Reissner, AngG § 38 Rz 2.

⁷⁵ Brenn in Reissner, AngG § 38 Rz 4.

⁷⁶ Sabara, Die Konventionalstrafe, ARD 6073/4/2010.

⁷⁷ OGH 05.06.2008, 9 Ob A 10/08y.

Entgegen dem Gesetzeswortlaut des § 1336 ABGB, wonach dem Arbeitnehmer nicht die Möglichkeit eröffnet werden solle, sich von seinen Erfüllungspflichten zu befreien,⁷⁸ kann er auf Grund der Ausgestaltung des § 37 Abs 3 AngG durch die Bezahlung der Konventionalstrafe sehr wohl von der Konkurrenzklauselel zurücktreten und sich somit „freikaufen“.⁷⁹

Ist die Rechtslage zweifelhaft, muss die Vertragsstrafe nur im Falle einer Nichterfüllung aus Verschulden bezahlt werden.⁸⁰ Fehlt zudem das Vorliegen eines allgemeinen Haftungsgrundes, können die Parteien auch den Verfall der Konventionalstrafe vereinbaren. Hierfür ist aber nötig, dass für beide Seiten möglichst gleiche Bedingungen vereinbart wurden, um die Gültigkeit nicht durch Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit zu gefährden.⁸¹

Ansprüche, die auf Grund wettbewerbswidrigen Verhaltens entstehen, werden durch die Geltendmachung einer Vertragsstrafe nicht tangiert und bleiben bestehen. Das Übertreten einer Konkurrenzklauselel selbst kann Unterlassungs- als auch Schadenersatzansprüche nach dem § 1 UWG begründen, jedoch bedarf es hierfür des Hinzutretens sittenwidriger Aspekte.⁸²

V. Abwerben von Mitarbeitern durch Konkurrenten

Grundsätzlich ist das Abwerben von Mitarbeitern erlaubt und stellt für sich allein noch keine Wettbewerbswidrigkeit dar.⁸³ Es entspricht der Natur des Leistungswettbewerbs, dass sich Arbeitnehmer und auch sonstige Beschäftigte am für sie attraktivsten Angebot orientieren und damit das Anbieten von aussichtsreicheren Konditionen nicht als Verstoß zu werten ist,⁸⁴ selbst wenn dadurch Interessen des bisherigen Arbeitgebers beeinträchtigt werden.⁸⁵ Ein solches Verhalten ist als wettbewerbsimmanent anzusehen.⁸⁶ Dies resultiert daraus, dass Unternehmer keinen Anspruch auf den Erhalt bzw die Treue ihrer Mitarbeiter haben und die Beschäftigten ihren Arbeitsplatz selbstverständlich frei wählen können.⁸⁷ Unlauterkeit ist erst dann anzunehmen, wenn beim Abwerben verwerfliche Mittel angewendet, oder dadurch verwerfliche Ziele angestrebt

⁷⁸ *Größ* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1336 Rz 3 (Stand 1.7.2018, rdb.at); *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1336 ABGB Rz 1 (Stand 1.1.2004, rdb.at); *Danzl* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020) zu § 1336 ABGB Rz 2; mwN.

⁷⁹ *Kreiner*, Konkurrenzklauselel, ASoK-Spezial 2018, 47.

⁸⁰ RIS-Justiz RS0032056, OGH 16.05.1979, 1 Ob 558/79, RS0016558, OGH 06.02.1950, 2 Ob 251/49, *Barth/Dokalik/Potyka*, Bedingungen des Vergütungsbetrages (Konventionalstrafe), ABGB (MTK)²⁶ § 1336 ABGB (Stand 1.8.2018, rdb.at).

⁸¹ RIS-Justiz RS0016558, OGH 06.02.1950, 2 Ob 251/49, *Barth/Dokalik/Potyka*, Konventionalstrafe, ABGB (MTK)²⁶ § 1336 ABGB (Stand 1.8.2018, rdb.at).

⁸² *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ AngG § 37 Rz 52 f (Stand 1.1.2018, rdb.at); *Rummel*, Anm zu OGH 12.11.1979, 4 Ob 379/79, DRdA 1980/18,383.

⁸³ *Olenhusen/Werner*, Abwerben von Mitarbeitern und gute Sitten, MR 2015 H 2, 111.

⁸⁴ RIS-Justiz RS0078432; *Köhler* in *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht²⁴ § 4 Rz 10.103.

⁸⁵ *Korenjak*, (Unlauterer) Wettbewerb um die besten Köpfe - Änderung in der Judikatur zur lauterkeitsrechtlichen Beurteilung der Abwerbung von Arbeitnehmern, ASoK 2014 H 12, 453; OGH 17.09.2014, 4 Ob 125/14g.

⁸⁶ *Kraft/Steinmair*, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 140 (Stand März 2022, lexisnexus.at).

⁸⁷ *Köhler* in *Hefermehl/Köhler/Bornkamm*, Wettbewerbsrecht²⁴ § 4 Rz 10.103.

werden, wie bspw das Beschaffen von Kundenlisten oder das Verbreiten bewusst falscher Behauptungen gegen das Unternehmen, für das der Umworbene tätig ist.⁸⁸

Ein rein systematisches Vorgehen beim gezielten Abwerben stellt ebenso noch keinen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht dar, da der OGH diesbezüglich seiner Rsp seit 1988⁸⁹ treu geblieben ist und vor allem den Einsatz von Head-Huntern erlaubt. Die Kontaktaufnahme eines solchen Arbeitsvermittlers durch einen Anruf am bisherigen Arbeitsplatz des Abzuwerbenden ist als zulässig zu werten, auch wenn der Mitarbeiter dadurch zu einem Bewerbungsgespräch bei einem konkurrierenden Unternehmen eingeladen werden soll.⁹⁰ Argumentiert wird dies vom OGH damit, dass der Abwerbende das gelindeste ihm zustehende Mittel einzusetzen hat. Dies sei durch Ansprache per Telefon jedenfalls gegeben und zudem meist auch überhaupt die einzige Möglichkeit, Kontakt zu gefragten Arbeitskräften herzustellen, da ein Anwerben über E-Mail oder den Einsatz sozialer Netzwerke auch heute nur wenig erfolgversprechend ist.⁹¹ Diese Vorgehensweise stellt kein verwerfliches Mittel iSd § 1 UWG dar, solange nicht die Grenze zur Beharrlichkeit überschritten wird.⁹²

Das entscheidende Kriterium, auf das es für die Unlauterkeit ankommt, ist das sog „subjektive Unrechtselement“, das idR durch die Schädigungs- oder auch Beeinträchtigungsabsicht verwirklicht wird.⁹³ Diese Absicht liegt besonders dann vor, wenn ein bestimmtes Unternehmen besonders betroffen ist und der Einsatz zu Verfügung stehender, weniger eingriffsintensiver Abwerbemittel gänzlich außer Acht gelassen wird. Auf die Anzahl der abgeworbenen Arbeitskräfte ist jedoch nicht abzustellen.⁹⁴ Das Unrechtselement ist bspw dann verwirklicht, wenn rechtswidrig erlangte Informationen verwertet, oder gezielt Mitarbeiter abgeworben werden, um an solche Informationen zu gelangen.⁹⁵

Im Hinblick auf einen Verstoß gegen eine Konkurrenzklausel, stellt dies eine Verletzung von vertraglichen Bedingungen dar, die, wie bereits zuvor erwähnt, insb unter die Fallgruppe des Rechtsbruches subsumiert werden kann.⁹⁶ Im Folgenden soll zuerst der Rechtsbruch an sich erläutert werden und anschließend wird näher auf die Aspekte des eigenen bzw fremden Vertragsbruches eingegangen. Im Zuge dessen werden die Neuerungen behandelt, die sich durch

⁸⁸ *Kraft/Steinmair*, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 149 f (Stand März 2022, lexisnexis.at).

⁸⁹ OGH 13.12.1988, 4 Ob 106/88.

⁹⁰ *Kraft/Steinmair*, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 151 f (Stand März 2022, lexisnexis.at).

⁹¹ *Schoeller/Heitzmann*, Anruf eines Headhunters am Arbeitsplatz zulässig? *ecolex* 2021/45 H 1, 49.

⁹² *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 351.

⁹³ RIS-Justiz RS0078421; OGH 26.09.1990 9 ObA 231.

⁹⁴ RIS-Justiz RS 0078413; OGH 26.09.1990, 9 ObA 231/90.

⁹⁵ OGH 25.10.2016, 4 Ob 165/16t; *Korn*, Geschäftsgeheimnis - Anwerben von Kunden mit rechtswidrig erlangten Daten, MR 2016 H 7-8, 337.

⁹⁶ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 25 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

die Entscheidung 4 Ob 125/14g, im Speziellen für das bloße Ausnützen eines fremden Vertragsbruches, ergaben.

A. Rechtsbruch durch Verletzung gesetzlicher Vorschriften

Durch die Fallgruppe des Rechtsbruches soll sichergestellt werden, dass für alle am Wettbewerb Beteiligten gleiche Rahmenbedingungen bestehen und durchgesetzt werden können. Werden verbindliche Normen übertreten und hat dies spürbare Auswirkungen auf den Markt, ist der Rechtsbruch verwirklicht.⁹⁷ Nicht unter den Tatbestand des Rechtsbruches zu subsumieren sind hingegen das Hinwegsetzen über einen Handelsbrauch oder eine Verkehrssitte.⁹⁸

Vor der UWG-Novelle 2007 wurde zwischen Bestimmungen unterschieden, die wettbewerbsregelnden Charakter aufwiesen und solchen, die wertneutral waren. Im ersteren Fall wurde bereits bei einem einmaligen Zuwiderhandeln sittenwidriges Verhalten angenommen.⁹⁹ Bei wettbewerbsneutralen Normen musste zudem noch die Absicht hinzutreten, sich durch den Verstoß einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu verschaffen.¹⁰⁰ Schon vor der UWG-Novelle 2007 wurde immer mehr vom Kriterium der Absicht abgegangen und der Fokus auf das Überschreiten der Spürbarkeitsgrenze gelegt, was nunmehr in § 1 Abs 1 Z 1 UWG festgeschrieben wurde.¹⁰¹

Mit der Entscheidung vom 11.03.2008 zu 4 Ob 225/07b hat der OGH die Grundsätze der stRsp zwar beibehalten,¹⁰² jedoch an die Änderungen der UWG-Novelle 2007 angeglichen und konkretisiert wiedergegeben. Der entscheidende Aspekt für die Beurteilung, ob Wettbewerbswidrigkeit vorliegt oder nicht, liegt demnach nicht mehr im Zweck, der durch die übertretene Bestimmung geregelt werden soll, sondern darin, dass die Übertretung auch tatsächlich eine Auswirkung am Markt nach sich zieht. Dh also, wenn kein spürbarer Vorteil gegenüber rechtstreuen Mitbewerbern erzielt wird, kann dieses Verhalten auch nicht als wettbewerbswidrig beurteilt werden. Zusätzlich muss die jeweilige Verletzung einer Norm auch geeignet sein, den Wettbewerb zu beeinflussen. Dies kann sich bereits aus dem Normverstoß selbst ergeben.¹⁰³ Sollte der Verstoß aber mit guten Gründen von der Rechtsansicht vertreten werden können, liegt keine Unlauterkeit vor.

⁹⁷ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 341f.

⁹⁸ *Duursma* in *M. Gumpoldsberger/Baumann*, UWG Rz 164.

⁹⁹ *Enzinger*, Lauterkeitsrecht (2012), Rz 543.

¹⁰⁰ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 826 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹⁰¹ *Enzinger*, Lauterkeitsrecht (2012), Rz 544.

¹⁰² *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 852 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹⁰³ *Kraft/Steinmair*, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 159 (Stand März 2022, lexisnexis.at).

Bei der Ermittlung, ob es sich um eine vertretbare Rechtsauffassung handelt, geht es nicht um die Frage, ob der „richtige“ Inhalt unterstellt wurde,¹⁰⁴ sondern vielmehr darum, dass sie nicht dem klaren Gesetzeswortlaut, der offenkundigen Absicht des Gesetzgebers und auch nicht einer bereits bestehenden Rsp des OGH widerspricht.¹⁰⁵ Ohne Bedeutung ist, ob eine nach dem Gesetzeswortlaut vertretbare Ansicht von den Gerichten auch geteilt wird.¹⁰⁶ Die Beurteilung der Vertretbarkeit hat nach objektiven Kriterien zu erfolgen, sodass die konkreten Fähigkeiten der Beteiligten außer Acht zu bleiben haben. Durch diese Änderung der UWG-Novelle 2007 sind bei Großunternehmen schließlich keine strengeren Anforderungen bezüglich der Vertretbarkeit mehr zu stellen.¹⁰⁷ Mangelt es an bisheriger Judikatur zur Bewertung eines bestimmten Verhaltens iSd § 1 UWG, so ist die Spruchpraxis der zuständigen Behörde heranzuziehen und auf ihre Rechtsansicht abzustellen.¹⁰⁸ Sollte der Fall eintreten, dass sogar eine Vielzahl von Mitbewerbern gegen eine bestimmte Norm verstößt, ist dies keinesfalls ein Rechtfertigungsgrund, da Missbräuche nie als Maßstab des Zulässigen dienen können.¹⁰⁹ Generell bringt die Bejahung einer Verletzung der beruflichen Sorgfalt gleichzeitig mit sich, dass das Vorliegen einer vertretbaren Rechtsauffassung sofort auszuschließen ist und damit ein Verstoß gegen Wettbewerbsrecht jedenfalls vorliegt.¹¹⁰

Die vom OGH dargelegten Grundsätze gelten nicht, wenn gegen die speziellen Bestimmungen des UWG verstoßen wird.¹¹¹

B. Vertragsbruch

1. Bruch eigener Verträge

Da Verträge grundsätzlich nur *inter partes* wirken, also nur die Vertragsparteien binden, kommen bei Vertragsverletzungen primär Ansprüche aus dem allgemeinen Zivilrecht auf Grund Nichterfüllung in Betracht.¹¹² Für die Anwendbarkeit des UWG reicht ein Vertragsbruch aus reiner Leichtfertigkeit oder sogar Bosheit nicht aus.¹¹³ Es bedarf wiederum besonderer Umstände, die das konkurrierende Verhalten unlauter werden lassen. Dies muss jedoch unabhängig von der Vertragsverletzung bewertet werden können. Die Wettbewerbshandlung hat demnach ebenso geeignet zu sein, einen nicht nur unerheblichen Nachteil für rechtstreue Mitbewerber zu

¹⁰⁴ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 874 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹⁰⁵ OGH 12.02.2002, 4Ob 29/02x; OGH 18.02.2003, 4 Ob 5/03v; *Duursma* in *M. Gumpoldsberger/Baumann*, UWG Rz 169.

¹⁰⁶ RIS-Justiz RS0077771, OGH 11.01.1983, 4 Ob 331/82, *Kraft/Steinmair*, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 165 (Stand März 2022, lexisnexis.at).

¹⁰⁷ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 344.

¹⁰⁸ OGH 25.03.2003, 4 Ob 256/02d; *Duursma* in *M. Gumpoldsberger/Baumann*, UWG Rz 169.

¹⁰⁹ RIS-Justiz RS 0110039, OGH 26.05.1998, 4 Ob 135/98a; RS 0078014, OGH 14.06.1983, 4 Ob 353/83.

¹¹⁰ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 882 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹¹¹ *Kraft/Steinmair*, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 160 (Stand März 2022, lexisnexis.at).

¹¹² *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 987 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹¹³ *Wiebe*, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht (2018)⁴, 344.

etablieren. Ist sie aber nachvollziehbar und kann sie mit guten Gründen vertreten werden, scheidet der Tatbestand nach dem UWG aus.¹¹⁴ Selbes gilt, wenn das gültige Zustandekommen des Vertrages, bzw seine Wirksamkeit in Frage steht.¹¹⁵ Bereitet die Auslegung des tatsächlich gewollten Vertragsinhaltes Schwierigkeiten, kann sich der Vertragsverletzer auf diese Unklarheit berufen, die iZw zu seinen Gunsten zu bewerten ist.¹¹⁶ Im Gegensatz zum Rechtsbruch kann hier jedoch nur ein Verstoß gegen vertragliche Verpflichtungen, die wettbewerbsregelnden Charakter aufweisen, Unlauterkeit begründen.¹¹⁷

Hält sich also ein ehemaliger Arbeitnehmer nicht an die vereinbarten Vorgaben der Konkurrenzklause, begründet dies für sich allein noch keinen Anspruch iSd UWG, sondern muss zusätzlich zur Vertragsverletzung ein Verhalten gesetzt werden, dass als Verstoß gegen die guten Sitten zu qualifizieren ist.¹¹⁸ Dies kann er in der Form verwirklichen, dass er bspw dem neuen Arbeitgeber Geschäftsunterlagen zukommen lässt oder anderweitig dessen Wettbewerb planmäßig fördert. Ebenso ist das Verhalten als unlauter zu werten, wenn er noch während aufrehtem Arbeitsverhältnis Kunden sowie auch Mitarbeiter im eigenen Interesse abwirbt, um eine anschließende selbständige Tätigkeit vorzubereiten.¹¹⁹

Das gleiche Prinzip gilt auch bei einer Vereinbarung zwischen zwei konkurrierenden Unternehmen, sich gegenseitig keine Mitarbeiter auszuspannen. Nur wenn eine solche Absprache getroffen worden ist, um sicherzugehen, dass man vor Abwerbemaßnahmen durch das gegnerische Unternehmen (wenn auch nur kurzfristig) geschützt ist, gleichzeitig aber selbst wissentlich dagegen verstößt und dadurch einen Vorsprung erhält und so wertvolle Arbeitskräfte für sich gewinnen kann, ist Unlauterkeit zu bejahen. Derartige „no-poach-agreements“ sind aktuell vorrangig im amerikanischen Wirtschaftsraum sehr verbreitet und unterliegen besonders der Aufmerksamkeit durch die Kartellbehörden, da solche Abwerbverbote sogar eine Wettbewerbsbeschränkung begründen können.¹²⁰

2. Bruch fremder Verträge

Ein besonderes Augenmerk bildet die Frage zur Durchsetzung vertraglicher Bedingungen gegenüber Dritten, da diese nicht Teil der Vereinbarung waren und somit auch nicht durch den Vertrag gebunden werden.¹²¹ Dass Verträge auch gegenüber Außenseitern absolute Wirkung

¹¹⁴ Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 170 ff (Stand März 2022, lexisnexus.at).

¹¹⁵ Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 989 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹¹⁶ Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 172 (Stand März 2022, lexisnexus.at).

¹¹⁷ Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 988 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹¹⁸ OGH 21.09.1993, 4 Ob 104/93, Duursma in M. Gumpoldsberger/Baumann, UWG Rz 223.

¹¹⁹ OGH 18.10.1994, 4 Ob 103/94, Duursma in M. Gumpoldsberger/Baumann, UWG Rz 223.

¹²⁰ Frank/Zöhrer, Abwerbverbote im Visier der Wettbewerbshüter, ecolex 2020 H 9, 808.

¹²¹ Emmerich/Lange, Unlauterer Wettbewerb¹¹ § 4 dUWG Rz 27,66.

entfalten sollen, ist aus unterschiedlichen Gründen vertretbar. Einerseits damit, dass in bestimmten Fällen durch die Einflussnahme eines Unbeteiligten die Entscheidungsmöglichkeiten der Arbeitskräfte, selbst über den Arbeitsplatz und das Ende des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden, beschränkt werden können,¹²² und andererseits würde dadurch äußerst intensiv in die Organisation eines Unternehmens eingegriffen.¹²³

Die wichtigste Unterscheidung, die vorzunehmen ist, ist, ob zum Vertragsbruch aktiv hingewirkt wurde und dieser – in welcher Art auch immer - wesentlich gefördert wurde, oder ob ein fremder Vertragsbruch lediglich zum eigenen Vorteil verwendet wurde.¹²⁴ Darauf kommt es insb deshalb an, da das bloße Ausnützen eines Vertragsbruches grundsätzlich keine Unlauterkeit begründet.¹²⁵ Hierfür gilt also, dass das bloße Wissen des neuen Arbeitgebers über das Bestehen eines nachvertraglichen Konkurrenzverbotes zwischen Arbeitnehmer und ehemaligem Arbeitgeber, kein Hindernis für eine Einstellung verkörpert.¹²⁶

Als sehr wohl sittenwidrig einzustufen ist hingegen das Verleiten zum Vertragsbruch. Darunter versteht man jedes bewusste Hinwirken darauf, dass jemand einen eigenen Vertragsbruch begeht, auch wenn dieser sich nur minimal dagegen zur Wehr setzt.¹²⁷ ISv Verleiten ist somit nicht nur der strafrechtliche Begriff der Anstiftung heranzuziehen, vielmehr sind hier jegliche bewusste Handlungen inkludiert, die einen Vertragsbruch unterstützen.¹²⁸ Unlauterkeit liegt demnach bereits vor, wenn der Handelnde es für möglich hält Wettbewerbswidrigkeit zu begründen, sich schließlich aber bewusst und gezielt damit abfindet.¹²⁹ Die Verwirklichung des Tatbestandes kann auch in Form der Beihilfe geschehen, wenn also ein Vertragspartner bereits dazu entschlossen ist, gegen den Vertrag zu verstoßen.¹³⁰ Verleitet der Abwerbende zu einer ordnungsgemäßen Vertragsbeendigung, ist dies nur im Falle des Hinzutretens besonderer Begleitumstände als Verstoß gegen Wettbewerbsrecht zu werten.¹³¹ Bejaht wurde die Sittenwidrigkeit bei Kündigungshilfen, in Form von vorgefertigten Schreiben die nur noch unterschrieben werden mussten und bei denen zusätzlich für die anschließende Übermittlung an den bisherigen Arbeitgeber vom Abwerbenden die postalischen Gebühren übernommen wurden.¹³² Wenn zweifelhaft ist, ob der Vertrag gültig vereinbart wurde, orientiert sich der OGH an der

¹²² Götting in Fezer, Lauterkeitsrecht² § 4-10 Rz 53.

¹²³ Jänich in Heermann/Schlingloff, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht² UWG § 4 Nr. 10 Rn 89.

¹²⁴ Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 994 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹²⁵ Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 175 (Stand März 2022, lexisnexis.at).

¹²⁶ Olt, Der Kampf um die besten Mitarbeiter - Rechtliche Aspekte des Abwerbens von Arbeitnehmern, ARD 2016/5 H 6501.

¹²⁷ OGH 12.07.1994, 4 Ob 71/94, Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴ 345.

¹²⁸ Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 173 (Stand März 2022, lexisnexis.at).

¹²⁹ RIS-Justiz RS0079416, OGH 09.11.1982, 4 Ob 367/82; RS0079386, OGH 12.07.1994, OGH 4Ob 71/94;

Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 173 (Stand März 2022, lexisnexis.at).

¹³⁰ RIS-Justiz RS0079336, OGH 14.06.1960, 4 Ob 321/60.

¹³¹ Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 994 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹³² OGH 24.09.2002, 4 Ob 193/02i, Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 146 (Stand März 2022, lexisnexis.at).

überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Ungültigkeit des Zustandekommens.¹³³ Auf eine Unterscheidung, ob absolute oder relative Nichtigkeit vorliegt, kommt es nicht an und ein Vertragsbruch ist in diesem Fall nicht als unlauter zu bewerten.¹³⁴

Im Hinblick auf das Abwerben von Mitarbeitern ist es generell als unlauter anzusehen, wenn bspw die Aufforderung erteilt wird, sofort ohne Einhaltung der Kündigungsfrist in den Betrieb des abwerbenden Arbeitsgebers zu wechseln.¹³⁵ In der Praxis ist der relevanteste Fall des Verleitens zum Vertragsbruch das Hinwirken auf einen Verstoß gegen Konkurrenzklauseln.¹³⁶ Vor der UWG-Novelle 2007 ging die Rsp¹³⁷ davon aus, dass die Zusicherung zur Übernahme der Konventionalstrafe durch den neuen Arbeitgeber durchaus als Förderung zum Vertragsbruch zu qualifizieren sei und somit Sittenwidrigkeit iSd § 1 UWG begründe.¹³⁸ Mit der Entscheidung vom 17.09.2014 zu 4 Ob 125/14g betonte der OGH, dass das Verleiten zum Vertragsbruch für sich allein keinen Verstoß iSd UWG darstelle, sondern des Hinzutretens besonderer Begleitumstände bedürfe und dies insb durch das Abwerben mittels Irreführung oder aggressiver Geschäftshandlungen realisiert wird.¹³⁹ Da diese Entscheidung eine Kehrtwende der Judikatur etablierte, wird darauf im Folgenden näher eingegangen.

3. Entscheidung OGH 17.09.2014, 4 Ob 125/14g

Sachverhalt:

Ausgangslage war, dass zwei Mitarbeiter der Klägerin von sich aus zur Beklagten wechselten. Dabei kontaktierten sie die Muttergesellschaft der Beklagten mit Sitz in Zürich, die ebenso wie die Klägerin einen Chemikalienvertrieb betreibt, und welche auf Grund dessen die nunmehr beklagte Tochtergesellschaft mit Sitz in Wien gründete, um die beiden Arbeitnehmer anzustellen. Zwischen der Klägerin und den Mitarbeitern wurde eine Konkurrenzklausel vereinbart, die ihnen für 12 Monate ab Beendigung des Dienstverhältnisses eine *entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeit in einem oder mehreren Bereichen der Klägerin* verbietet. Vereinbart wurde eine Vertragsstrafe von einem Jahresbruttobezug. Die Beklagte ließ noch vor Anstellung der Arbeitskräfte die Gültigkeit der Konkurrenzklausel durch eine Schweizer Rechtsanwaltskanzlei prüfen, welche zu dem Schluss kam, dass die Klausel unklar und zu weit gehend und somit nicht gem § 36 AngG

¹³³ RIS-Justiz, RS0079336, OGH 14.06.1060, 4 Ob 321/60; *Kraft/Steinmair*, UWG-Praxiskommentar² § 1 Rz 173 (Stand März 2022, lexisnexus.at).

¹³⁴ OGH 11.08.2020, 4 Ob 102/20h; *Tipotsch*, Verstoß gegen nichtige Vertragsklausel ist nicht unlauter, ecolex 2021/48 H 1, 53.

¹³⁵ *Reufels/Dietrich* in *Reufels*, Personaldienstleistungen Rz 623, 176.

¹³⁶ *Heidinger/Handig/Wiebe/Frauenberger/Burgstaller* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 1 Rz 996 (Stand 22.5.2021, rdb.at).

¹³⁷ RIS-Justiz RS0107766, OGH 18.02.2003, 4 Ob 290/02d; 23.05.2006, 4 Ob 32/06v mwn.; *Staber/Winter*, Übernahme der Konventionalstrafe nicht mehr wettbewerbswidrig? ecolex 2015 H 1, 55 (56).

¹³⁸ *Staber/Winter*, Übernahme der Konventionalstrafe nicht mehr wettbewerbswidrig? ecolex 2015 H 1, 55 (56).

¹³⁹ *Olt*, Der Kampf um die besten Mitarbeiter - Rechtliche Aspekte des Abwerbens von Arbeitnehmern, ARD 2016/5 H 6501.

durchsetzbar sei. Daraufhin gab die Beklagte eine Schadloserklärung ab, gegebenenfalls die Konventionalstrafe zu übernehmen.

Das Begehren der Klägerin stützte sich auf § 1 UWG und lautete auf ein Beschäftigungsverbot der beiden Arbeitnehmer für die Dauer der Konkurrenzklausel sowie auf Unterlassung der Abwerbung weiterer Beschäftigter der Klägerin unter Verletzung einer Konkurrenzklausel. Die Beklagte beantragte unterdessen die Abweisung des Klagebegehrens, da zum einen kein aktives Abwerben ihrerseits stattgefunden habe, und andererseits eine vertretbare Rechtsauffassung vorliege, da die entsprechende Klausel geprüft wurde und laut Ansicht einer Rechtsanwaltskanzlei ungültig sei.

Das Erstgericht gab der Klage statt unter Berufung auf die bisherige Rsp und führte aus, dass die Verpflichtung zur Bezahlung der Konventionalstrafe durch die Beklagte eine Förderung des Vertragsbruches darstelle und unlauter sei. Hingegen kam das Rekursgericht zu der Ansicht, dass die Beklagte mit der Prüfung der Konkurrenzklausel durch eine Anwaltskanzlei ihre berufliche Sorgfaltspflicht erfüllt habe und auf diese Beurteilung vertrauen durfte. Die Unlauterkeit wurde verneint.

Begründung des OGH:

Der OGH verneinte das Vorliegen unlauterer Umstände, da keinerlei Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Arbeitnehmer vorliege, die weder auf Täuschung oder die Ausübung von Druck, noch auf irreführendes bzw aggressives Verhalten der Beklagten zurückgeführt werden könne. Eingangs wies der OGH darauf hin, dass vor der UWG-Novelle 2007 die Übernahme von Vertragsstrafen durchaus als Förderung des Vertragsbruches zu bewerten gewesen sei,¹⁴⁰ jedoch bedürfe diese Wertung einer Überprüfung im Lichte des jüngeren Schrifttums. Dazu wurde das jüngere deutsche Schrifttum herangezogen, das die Annahme der Unlauterkeit bei bloßem Hinwirken auf einen Vertragsbruch zunehmend beanstandete. Nach *Köhler* wurde bemängelt, dass der Vorrang des Vertragsrechts und der Privatautonomie sowie das Prinzip des freien Wettbewerbs durch das Besitzstandswahrungsdenken zu sehr vernachlässigt werde. Eine moralisch empfundene Anstößigkeit durch das Verleiten zum Vertragsbruch dürfe demnach die lauterkeitsrechtliche Beurteilung nicht präjudizieren.¹⁴¹ *Götting* führt dazu aus, dass die Relativität von vertraglichen Verhältnissen zu beachten sei und von Verträgen keine Wirkung auf Unbeteiligte ausgehen könne. Zudem betont er weiters das jedem Arbeitnehmer das Recht zustehe, den Arbeitsplatz selbst zu wählen und unterdessen auch das Recht, selbst über die Beendigung des Dienstverhältnisses zu entscheiden.¹⁴² Die gegenteilige

¹⁴⁰ RIS-Justiz RS0117491, OGH 18.02.2003, 4 Ob 290/02d.

¹⁴¹ *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG³² § 4 Rz 10.108.

¹⁴² *Götting* in *Fezer*, Lauterkeitsrecht² § 4-10 Rz 53.

Ansicht von *Ohly*, dass es immerhin die Aufgabe des Lauterkeitsrechts sei, das Interesse an der Vertragstreue durch deliktische Sanktionen repressiv und präventiv abzusichern, sofern der vertragliche Schutz versage, wird vom OGH dabei nicht außer Acht gelassen.¹⁴³ *Pfeifer* argumentiert damit, dass die Ausnahme vom Grundsatz der Relativität vertraglicher Verhältnisse nicht haltbar sei und die Verleitung zum Vertragsbruch nur als unlauter angesehen werden könne, wenn man Forderungen einen Außenschutz zusprechen würde oder auf ein rechtliches Verbot abzustellen sei, das schon allein durch die Verleitung gebrochen werde.¹⁴⁴ Dass das Erfordernis eines Behinderungswillens unbedingt hinzukommen muss, wird von *Jänich* vertreten.¹⁴⁵

Vom OGH hervorgehoben wird zunächst, dass das Abwerben oder Ausspannen von Mitarbeitern eines Mitbewerbers unter Verleitung zum Vertragsbruch allein gesehen noch nicht wettbewerbswidrig ist, sondern erst durch das Hinzutreten besonderer Begleitumstände den Wettbewerb verfälscht, da Unternehmen keinen Anspruch auf ihren Mitarbeiterbestand haben. Das Vorliegen solcher besonderen Umstände war im Anlassfall zu verneinen. Das finanziell attraktive Angebot der Beklagten, die Vertragsstrafe zu übernehmen, begründe ebenso wenig Unlauterkeit, als es gerade wettbewerbsimmanent sei, vorteilhafte Anreize zu bieten. Hierbei mache es wirtschaftlich keinen Unterschied, ob der Anreiz in Form einer Wechselprämie geschaffen werde, oder durch die Zusage der Übernahme der Konventionalstrafe. Im konkreten Fall wurde die Zusage der Beklagten an die beiden durch eine Konkurrenzklausel gebundenen Mitarbeiter der Klägerin, sie bezüglich aller rechtlichen Konsequenzen der Verletzung dieser Vertragspflicht schadlos zu halten, als nicht unlauter beurteilt. Die Übernahme der Konventionalstrafe bildet somit keinen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht.

4. Schlussfolgerung

Mit dieser Entscheidung wird die Tendenz des OGH, das Vorliegen von Wettbewerbswidrigkeit zunehmend zu verneinen, neuerlich deutlich. Bis zum Jahr 1997 reichte es für die Begründung eines unlauteren Verhaltens iSd § 1 UWG bereits aus, wenn der neue Arbeitgeber allein schon die Kenntnis vom Bestehen einer Konkurrenzklausel zwischen dem Arbeitnehmer und dem alten Dienstgeber hatte und den Mitarbeiter trotzdem beschäftigte.¹⁴⁶ Erst danach bedurfte es des Hinzutretens besonderer Umstände. 2003 wurde die Zusage der Übernahme der Vertragsstrafe noch als unlautere Förderung fremden Vertragsbruches beurteilt.¹⁴⁷ Zwei Jahre später nahm der OGH in seiner Rsp eine Unterscheidung hinsichtlich der Übernahme von Abfertigungsansprüchen und der Gewährung von Wechselprämien vor und bestimmte, dass hierbei kein Verstoß gegen

¹⁴³ *Ohly* in *Ohly/Sosnitzer*, UWG⁶ § 4.10 Rz 10/28a.

¹⁴⁴ *Pfeifer* in *Teplitzky/Pfeifer/Leistner*, UWG Großkommentar² § 4 Nr. 10 Rz 317.

¹⁴⁵ *Jänich* in *Heermann/Schlingloff*, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht² UWG § 4 Nr. 10 Rn 89.

¹⁴⁶ RIS-Justiz RS0078356, OGH 25.11.1969, 4 Ob 349/69.

¹⁴⁷ OGH 18.02.2003, 4 Ob 290/02d; 08.07.2008, 4 Ob 124/08a.

Wettbewerbsrecht begründet werde.¹⁴⁸ Mit der nunmehrigen Entscheidung wurde vom OGH auch diese Differenzierung beseitigt, da die Übernahme der Vertragsstrafe unter Betrachtung der wirtschaftlichen Aspekte, nicht anders als das Anbieten einer Wechselprämie angesehen werden könne. Für eine bejahende Subsumtion unter den Begriff der Unlauterkeit wird das Hauptaugenmerk wohl in Zukunft auf die Begriffe der „kleinen Generalklauseln“ nämlich die aggressiven bzw irreführenden Geschäftshandlungen gerichtet sein, da diese vom OGH in seiner Begründung explizit herangezogen wurden.¹⁴⁹

Ob die Zusage der Übernahme einer Vertragsstrafe generell zulässig ist, oder nur dann, wenn die Initiative, den Arbeitgeber zu wechseln, von den Arbeitnehmern selbst ausgeht, wurde durch diese E nicht abschließend geklärt.¹⁵⁰ Ebenso ist fraglich, ob die anderen Fallgruppen der Behinderung und Ausbeutung auch durch diese Entscheidung berührt werden.¹⁵¹ ME kann dies aktuell nur auf die Fälle des Rechtsbruches angewendet werden und hierbei nicht einmal auf alle, da die Auslegung der Generalklausel des § 1 UWG sehr stark von der Rsp abhängt und auf Grund der differenzierten Ausgestaltung der Sachverhalte auf jeden Einzelfall einzugehen ist und die gegebenen Umstände besonders zu würdigen sind. Erkennbar ist jedenfalls, dass die Vertragsfreiheit immer mehr an Bedeutung gewinnt.

Durch diese gewandelte Rsp des OGH wird sowohl der Schutz des § 1 UWG als auch der Schutz, der durch eine Konkurrenzklausel gewährt werden soll, erheblich geschmälert, jedoch nicht gänzlich beseitigt. Es wird lediglich das Vorgehen gegen einen Konkurrenten erschwert, nicht aber die Inanspruchnahme des durch die Konkurrenzklausel verpflichteten Mitarbeiters. Somit ist der Fokus auf eine deutliche Formulierung des Konkurrenzverbotes zu legen und bereits vorab abzuwägen, ob das Bedürfnis nach der Einhaltung eines solchen, oder doch das Interesse an der Zahlung der Vertragsstrafe überwiegt.¹⁵²

VI. Abwerben von Mitarbeitern durch ehemalige Mitarbeiter

Um sich von Beginn an umfassender abzusichern, schließen vermehrt Dienstgeber mit ihren Arbeitnehmern neben einer Konkurrenzklausel auch eine sog „Mitarbeiterschutzklausel“ ab. Hintergedanke dabei ist vor allem zu verhindern, dass Mitarbeiter, die das Unternehmen verlassen, ihre Kollegen abwerben und dadurch womöglich ganze Abteilungen an die Konkurrenz verloren gehen. Solche Klauseln verbieten es den Arbeitnehmern, für eine bestimmte Zeit nach

¹⁴⁸ OGH 29.11.2005, 4 Ob 190/05b.

¹⁴⁹ *Staber/Winter*, Übernahme der Konventionalstrafe nicht mehr wettbewerbswidrig? *ecolex* 2015 H 1, 55 (58).

¹⁵⁰ *Hofmarcher*, Änderung der Rsp zum Abwerben von Arbeitnehmer? *ecolex* 2015/20 H 1, 51 (52); OGH 17.09.2014, 4 Ob 125/14g.

¹⁵¹ *Staber/Winter*, Übernahme der Konventionalstrafe nicht mehr wettbewerbswidrig? *ecolex* 2015 H 1, 55 (58).

¹⁵² *Staber/Winter*, Übernahme der Konventionalstrafe nicht mehr wettbewerbswidrig? *ecolex* 2015 H 1, 55 (58).

Beendigung des Arbeitsverhältnisses, weitere Arbeitskräfte des bisherigen Dienstgebers abzuwerben, zu beschäftigen oder sonst mit ihnen geschäftlich zu interagieren.¹⁵³

Der große Unterschied zur Konkurrenzklausel liegt darin, dass für die Arbeitnehmerschutzklauseln die Beschränkung der §§ 36 und 37 AngG nicht zum Tragen kommen, also bspw keine Einkommensgrenze überschritten werden muss, oder auch keine zeitliche Begrenzung des Verbotes greift. Das ergibt sich daraus, dass durch solche Vereinbarungen der weggehende Arbeitnehmer in keiner Weise von einer Erwerbstätigkeit, sei sie selbständig oder unselbständig, im selben Geschäftszweig wie der des ehemaligen Arbeitgebers, abgehalten wird. Zur Akquirierung von Arbeitskräften steht ihm der gesamte Arbeitsmarkt offen und ist er nur mittelbar durch die Arbeitnehmer des ehemaligen Arbeitgebers beschränkt.¹⁵⁴ Diese Ansicht des OGH wird von der L vielschichtig kritisiert. Es sei zum einen nicht darauf abzustellen, ob der Arbeitnehmer an der Ausführung einer solchen Tätigkeit gehindert wird, zum anderen obliege die Qualifikation der Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung einer Einzelfallentscheidung.¹⁵⁵ Vielmehr komme es darauf an, ob der Arbeitnehmer durch eine solche Vereinbarung nicht nur unerheblich in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird.¹⁵⁶ Dh, dass im Einzelfall durch das Zusammenarbeitsverbot eine weitgehende Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers entstehen kann und hierfür, entgegen der Ansicht des OGH, eine Analogie zu den §§ 36 f AngG sehr wohl erforderlich sein kann.¹⁵⁷ Bekräftigung findet die Rsp von *Binder* und *Mair*, da durch eine Arbeitnehmerschutzklausel nicht so gravierend in die berufliche Existenz des Arbeitnehmers eingegriffen werde, als durch eine Konkurrenzklausel. Hinzukommt, dass der Schaden des ehemaligen Dienstgebers durch den Verlust wertvoller Arbeitskräfte mit gefragtem Insiderwissen, viel schwerer ins Gewicht fallen könne.¹⁵⁸

Da die Rsp zum UWG von Einzelfallentscheidungen geprägt ist, ist mE der Ausführung des OGH zu folgen und eine generelle Anwendbarkeit der §§ 36 f AngG in Bezug auf Arbeitnehmerschutzklauseln abzulehnen. Eine tatsächlich spürbare Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit des Arbeitnehmers scheint nur in Ausnahmefällen vorzuliegen. Sollte sich ein Sachverhalt ergeben, der so heikel ausgestaltet ist, dass tatsächlich ein intensiver Eingriff in das berufliche Fortkommen eines Arbeitnehmers gegeben ist, besteht immer noch die Möglichkeit eines Analogieschlusses.

¹⁵³ *Olt*, Der Kampf um die besten Mitarbeiter - Rechtliche Aspekte des Abwerbens von Arbeitnehmern, ARD 2016/5 H 6501.

¹⁵⁴ OGH 25.06.2003, 9 ObA 66/03a; *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 36 AngG Rz 46 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹⁵⁵ *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 36 AngG Rz 46 (Stand 1.1.2018, rdb.at); *Resch* in *Löschnigg*, Angestelltengesetz⁹ § 36 Rz 21, 1291; mwN.

¹⁵⁶ *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 36 AngG Rz 47 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹⁵⁷ *Resch* in *Löschnigg*, Angestelltengesetz⁹ § 36 Rz 21, 1291.

¹⁵⁸ *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2c Rz 44 (Stand 1.1.2017, rdb.at).

Um einen Verstoß gegen eine Arbeiterschutzklausel zu begründen, muss der Dienstnehmer ein Verhalten setzen, wodurch er von sich aus, die Zusammenarbeit mit ehemaligen Kollegen bewusst herbeiführt oder, in welcher Art auch immer, fördert.¹⁵⁹ Dies wird durch das aktive Abwerben oder Beschäftigen von Arbeitskräften des ehemaligen Arbeitgebers verwirklicht.¹⁶⁰ Das OLG Wien verneinte ein aktives Abwerben im Fall 9 Ra 17/17m wo der Beklagte nur zufälliger Weise auf einen ehemaligen Kollegen getroffen war und ihm erzählte, dass in dem Unternehmen, in dem er nunmehr angestellter Gesellschafter-Geschäftsführer sei, nach einem Projektleiter gesucht werde und fragte, ob der Arbeitskollege eventuell jemand Interessierten kennen würde. Daraufhin ergriff der Arbeitskollege die Initiative und bewarb sich selbst für diesen Posten. Da der Beklagte im konkreten Fall auch beim Entscheidungsprozess bezüglich der Besetzung des Projektleiterpostens keinerlei Einfluss hatte, war eine Qualifizierung als Abwerbverhalten abzulehnen.¹⁶¹

Genau wie bei der Konkurrenzklausel kann für den Fall eines Zuwiderhandelns gegen eine Arbeiterschutzklausel eine Konventionalstrafe vereinbart werden. Wie zuvor bereits erwähnt, sind für eine Herabsetzung der Vertragsstrafe die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des Arbeitnehmers und sein Verschulden am Vertragsbruch ins Verhältnis zum dadurch entstandenen Schaden beim Dienstgeber zu setzen.¹⁶² Die Mäßigungsgrenze bildet hier wieder der Betrag des eingetretenen Schadens.¹⁶³ Auf Grund des Erfüllungsdrucks, der durch eine Vertragsstrafe ausgeübt werden soll, kommt es nicht auf den tatsächlichen Eintritt bzw Nachweis eines Schadens für die Bezahlung der Strafe an.¹⁶⁴ Der Schuldner, also der gegen die Vereinbarung verstoßende Arbeitnehmer, trägt die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen von Mäßigungskriterien.¹⁶⁵ Dass die Ausübung des Mäßigungsrechts sehr vom Einzelfall abhängt, zeigt die E des OGH 8 Ob A 80/20 im Vergleich zur oben genannten E des OLG Wien. Bei beiden war kein Schaden beim ehemaligen Arbeitgeber eingetreten, jedoch wurde nur bei letzterer eine Mäßigung auf Null vorgenommen. Ausschlaggebend war, dass zum einen im Fall des OLG Wien bereits die Abwerbbehandlung an sich verneint wurde und zum anderen der Kollege gar nicht mehr beim ehemaligen Arbeitgeber beschäftigt war.¹⁶⁶

Strenger fiel die E des OGH zu 8 Ob A 80/20 aus. Hierbei verstieß der Beklagte gegen eine Konkurrenzklausel und eine Arbeiterschutzklausel. Der Schaden beim ehemaligen Dienstgeber blieb aus, weil das Abwerben des Mitarbeiters in einem bloßen Versuch endete und erfolglos war.

¹⁵⁹ RIS-Justiz RS0077936, OGH 22.11.1995, 9 Ob A 160/95.

¹⁶⁰ *Sabara*, Arbeiterschutzklausel: Verstoß gegen Abwerbverbot? ARD 2017/8 H 6557.

¹⁶¹ OLG Wien 24.04.2017, 9 Ra 17/17m.

¹⁶² RIS-Justiz RS0029967, OGH 25.09.1979, 4 Ob 55/79; uw.

¹⁶³ *Lindmayr* in *Lindmayr*, Kurzkomentar Angestelltengesetz zu § 38 AngG.

¹⁶⁴ RIS-Justiz RS0032103, OGH 22.10.1952, 2 Ob 749/52; uw.

¹⁶⁵ RIS-Justiz RS0032195, OGH 14.01.1976, 1 Ob 333/75; uw.

¹⁶⁶ OLG Wien 24.04.2017, 9 Ra 17/17m.

Obwohl kein Schaden beim Arbeitgeber eingetreten war, erfolgte lediglich eine Herabsetzung der Strafe von den ursprünglich zwischen den Parteien vereinbarten acht Monatsgehältern auf insgesamt drei. Begründet wurde dies vom OGH damit, dass die Beendigung des Dienstverhältnisses vom Arbeitnehmer ausging und dieser schon nach sechs Wochen zu einem konkurrierenden Unternehmen wechselte, welches seine Geschäfte am identen Betriebsort vollzieht. Maßgeblich war unter anderem auch, dass in der betroffenen Branche vor allem das zwischenmenschliche Beziehungsverhältnis zu Kunden als auch zu Mitarbeitern eine besondere Rolle spielt. Das Aufzeigen von Rechtfertigungsgründen durch den Beklagten blieb in der Folge aus, wodurch der daraus resultierende Schuldvorwurf als Schranke für eine Mäßigung auf Null qualifiziert wurde. Das mit fünf Monatsgehältern belegte Konkurrenzverbot wurde schließlich auf zweieinhalb Monatsgehälter gemäßigt. Der versuchte Verstoß gegen die Mitarbeiterschutzklausel wurde von drei auf ein halbes Monatsgehalt herabgesetzt. Beachtlich bei dieser E ist, dass der OGH eine durchwegs getrennte Beurteilung der Konkurrenzklausel als auch der Mitarbeiterschutzklausel vorgenommen hatte. Dadurch wird die stRsp weiter verfestigt, dass Mitarbeiterschutzklauseln nicht unter den Begriff der Konkurrenzklauseln und die §§ 36 f AngG subsumiert werden können.¹⁶⁷

VII. Fazit

Obwohl durch die RL-UGP die Anwendbarkeit des UWG erweitert wurde und zum Teil auch Begriffe konkretisiert wurden, bleibt die hohe Abhängigkeit von der Judikatur bei der Auslegung des Gesetzes bestehen. Die Tendenz des OGH, bei der Interpretation der Generalklausel immer öfter von der Bejahung des Vorliegens von Unlauterkeit abzugehen, ist durchaus auffallend. Wurde im Jahr 2005 die Übernahme von Konventionalstrafen noch als Förderung fremden Vertragsbruches angesehen, ist dem heute nicht mehr zu folgen, da diese Vorgehensweise mit einer Gewährung einer Wechselprämie gleichzustellen ist. Mitunter Hauptargument des OGH ist die Bedeutung, die der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie im Hinblick auf den Leistungswettbewerb zukommt. Die Wettbewerbsfreiheit wird geradezu durch das Schaffen von positiven Anreizen als Überzeugungsstrategie verwirklicht und bildet das Fundament jeglicher geschäftlichen Interaktion.¹⁶⁸ Dass der OGH den fairen Wettbewerb nicht unnötig beschränken möchte, ist mE nur nachvollziehbar. Ob diese Lockerung jedoch auch auf die anderen Fallgruppen der Generalklausel anzuwenden ist, bleibt abzuwarten.

¹⁶⁷ *Schrank* in *Schrank*, Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (62. Lfg 2021) Konventionalstrafen - Grenzen und Mäßigung Verstoß gegen Konkurrenz- und Mitarbeiterschutzklauseln durch Kunden- und Personalbetreuer – Mäßigung auf insgesamt 3 statt 8 Bruttogehälter? Kreditraten?; OGH 25.08.2020, 8 ObA 80/20b.

¹⁶⁸ OGH 17.09.2014, 4 Ob 125/14g.

Hinsichtlich der durch die E 4 Ob 125/14g erfolgten Einschränkung der Schutzmöglichkeit der Konkurrenzklausele gegenüber Mitbewerbern, ist hervorzuheben, dass dadurch der Vorrang des Vertragsrechts nicht nur berücksichtigt, sondern auch verstärkt wird, weil die Geltendmachung der vertraglich geschuldeten Verpflichtung des Vertragspartners gerade nicht berührt wird. Naheliegend ist mE, dass diese Änderungen nicht auch auf Fälle anwendbar sein sollen, in denen gegen eine Arbeiterschutzklausel verstoßen wird. Dies resultiert daraus, dass für derartige Vereinbarungen die §§ 36 und 37 AngG nicht anwendbar sind und generell dadurch nicht gleichartig intensiv in das berufliche Fortkommen des Verpflichteten eingegriffen wird, wie dies bei einer Konkurrenzklausele der Fall ist.¹⁶⁹ Absehbar scheint auch die Neigung des OGH, allgemein weniger Aufmerksamkeit auf die Unlauterkeit bei der Gewinnung von Arbeitskräften allein zu richten, als eher auf das dadurch erlangte Know-how, wie auch die jüngste Novelle des UWG aus dem Jahr 2018 vermuten lässt, die auf den Schutz von Geschäftsgeheimnissen ausgerichtet ist.¹⁷⁰

Durch die E 4 Ob 125/14g wurde erneut verdeutlicht, wie wichtig eine klare und unmissverständliche Ausgestaltung von Vertragsklauseln ist, da iZw bei Vorliegen einer vertretbaren Rechtsansicht weder ein Unterlassungs- noch ein Schadenersatzanspruch iSd UWG geltend gemacht werden kann.

¹⁶⁹ OGH 25.06.2003, 9 ObA 66/03a; *Reissner in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 36 AngG Rz 46 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

¹⁷⁰ UWG-Novelle 2018 BGBl. I Nr. 109/2018.

VIII. Literaturverzeichnis

Barth/Dokalik/Potyka, Bedingungen des Vergütungsbetrages (Konventionalstrafe), ABGB (MTK)²⁶ § 1336 ABGB (Stand 1.8.2018, rdb.at).

Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht²² (2001).

Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 2c (Stand 1.1.2017, rdb.at).

Emmerich/Lange, Unlauterer Wettbewerb¹¹ § 4 UWG (2019).

Enzinger, Lauterkeitsrecht (2012).

Fezer, Lauterkeitsrecht² (2009).

Frank/Zöhrer, Abwerbeverbote im Visier der Wettbewerbshüter, *ecolex* 2020 H 9, 808.

Gumpoldsberger/Baumann, UWG Rz 164 (2006).

Heermann/Schlingloff, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht² UWG § 4 Nr. 10 Rn 89 (2014).

Hofmarcher, Änderung der Rsp zum Abwerben von Arbeitnehmer? *ecolex* 2015/20 H 1, 51.

Jahn/Häussle, Aktuelle Entscheidungspraxis zum Internet im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes (Teil I), *GesRZ* 2003 H 2, 66.

Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} (2018).

Korenjak, (Unlauterer) Wettbewerb um die besten Köpfe - Änderung in der Judikatur zur lauterkeitsrechtlichen Beurteilung der Abwerbung von Arbeitnehmern, *ASoK* 2014 H 12, 452.

Korn, Geschäftsgeheimnis - Anwerben von Kunden mit rechtswidrig erlangten Daten, *MR* 2016 H 7-8, 337.

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB⁶ (2020).

Köhler/Bornkamm, UWG³² (2014).

Kraft/Steinmair, UWG-Praxiskommentar² (2019).

Kreiner, Konkurrenzklausel, ASoK-Spezial 2018/22, 30 ff.

Lindmayr, Kurzkomentar Angestelltengesetz (2007).

Löschnigg, Angestelltengesetz⁹ (2012).

Marhold/Burgstaller/Preyer, Angestelltengesetz Kommentar (2005).

Mosler, Arbeitsrecht und Wettbewerb, in WiR-Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg) Wettbewerb und Recht (2015) 70.

Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018).

Olenhusen/Werner, Abwerben von Mitarbeitern und gute Sitten, MR 2015 H 2, 111.

Ohly/Sosnitza, UWG⁶ (2014).

Olt, Der Kampf um die besten Mitarbeiter - Rechtliche Aspekte des Abwerbens von Arbeitnehmern, ARD 2016/5 H 6501.

Reissner, Angestelltengesetz (2013).

Reufels, Personaldienstleistungen (2012).

Rummel, ABGB³ § 1336 ABGB (Stand 1.1.2004, rdb.at).

Sabara, Die Konventionalstrafe, ARD 6073/2010.

Sabara, Mitarbeiterschutzklausel: Verstoß gegen Abwerbverbot? ARD 6557/8/2017.

Schima, Der Wechsel von Arbeitnehmern im Schnittpunkt zwischen Arbeits- und Wettbewerbsrecht, ZAS 2020 H 4, 229.

Schoeller/Heitzmann, Anruf eines Headhunters am Arbeitsplatz zulässig? ecolex 2021/45 H 1, 49.

Schrank, Konventionalstrafen - Grenzen und Mäßigung Verstoß gegen Konkurrenz- und Arbeitnehmerschutzklauseln durch Kunden- und Personalbetreuer – Mäßigung auf insgesamt 3 statt 8 Bruttogehälter? Kreditraten? Leitentscheidungen der Höchstgerichte zum Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht; (62. Lfg 2021).

Staber/Winter, Übernahme der Konventionalstrafe nicht mehr wettbewerbswidrig? *ecolex* 2015 H 1, 55.

Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG Großkommentar² (2013).

Tipotsch, Verstoß gegen nichtige Vertragsklausel ist nicht unlauter, *ecolex* 2021/48 H 1, 53.

Wasinger, Konkurrenzklausele, ASoK-Spezial 2018/22, 8 ff.

Wiebe, Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht⁴ (2018).

Wiebe/Kodek, UWG² (2021).

Wiltschek, UWG³ (2013).