Konkurrenzklausel- und Ausbildungskosten-vereinbarungen

RA Mag. Christian Marchhart

| urbanek | lind | schmied | reisch |
RECHTSANWÄLTE OG

dr. peter urbanek
dr. christian lind
dr. bernd schmied
dr. ulla reisch, universitätslektor
mag. josef gallauner, m.a.s.
dr. martina haag

mag. christian marchhart
mag. robert steinacher
mag. georg hampel
dr. nora aburumieh
dr. gabriela richter, ll.m.
mag. gerhard stefan
mag. regina krahofer, pll.m.
mag. martin führer, ll.m., fh-lektor
mag. katharina Kahrer
mag. daniela gartner

domgasse 2
a-3100 st. pölten
tel I027421351 550
fax I027421351 550–5
office.st.poelten@ulsr.at

landstraßer hauptstraße 1a, ebene 07, top 09
a-1030 wien
tel I01I212 55 00
fax I01I212 55 00–5
office.wien@ulsr.at

göglstraße 11b
a-3500 krems
tel I027321484 600
fax I027321484 610
office.krems@ulsr.at
www.recht-erfolgreich.at

A) Konkurrenzklausel

Inhaltsverzeichnis

1.1. Konkurrenzklausel – Angestellte
1.2. Konkurrenzklausel - Arbeiter
1.3. Konventionalstrafe
1.4. Konkurrenzklausel – Kollektivvertrag
1.5. Konkurrenzklausel – Betriebsvereinbarung
1.6. Kundenschutzklausel
1.7. Mitarbeiterschutzklausel
1.8. Konkurrenzklausel – Lieferantenschutzklausel
1.9. Konkurrenzklausel – Geheimnisschutzklausel
1.10. Konkurrenzklausel - Datenschutzklausel

1.11. Pensionsverlustklausel
1.12. Konkurrenzklausel – Europarecht
1.13. Konkurrenzklausel – unlauterer Wettbewerb
1.14. Übernahme der Konventionalstrafe durch den neuen AG – Sittenwidrigkeit iSd UWG
1.15. Sonderfall: Konkurrenzklausel – einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses
1.16. Wirksame Konkurrenzklausel eines Hörgeräteakustikers
1.17. Konkurrenzklausel – Verschulden des Dienstnehmers an DV-Lösung
1.18. Auslegung einer Konkurrenzklausel
1.19. Aufrechnung von Schadenersatzforderungen aus Konkurrenzklausel mit Entgeltansprüchen
1.20. Verstoß gegen Konkurrenzklausel – Mäßigung der Konventionalstrafe auf Null

1.21. Verstoß gegen Konkurrenzklausel durch Abwerben von Kunden

1.22. Verstoß gegen Konkurrenzklausel – Mäßigung der Konventionalstrafe

1.23. Konventionalstrafe aus Konkurrenzklausel verfällt nicht vor Ablauf des Konkurrenzverbotes

1.24. Mäßigungskriterien iSd § 38 AngG

1.25. Verfahren beim Verstoß gegen eine Konkurrenzklausel mit Konventionalstrafenregelung

1.26. Konkurrenzklausel und Betriebsübergang

1.1. Konkurrenzklausel - Angestellte

§ 36 AngG:

(1) Eine Vereinbarung, durch die der Angestellte für die Zeit nach der Beendigung des Dienstverhältnisses in seiner Erwerbstätigkeit beschränkt wird (Konkurrenzklausel), ist nur insoweit wirksam, als:

1.der Angestellte im Zeitpunkt der Abschlusses der Vereinbarung nicht minderjährig ist;

2.sich die Beschränkung auf die Tätigkeit des Angestellten in dem Geschäftszweig des Dienstgebers bezieht und den Zeitraum eines Jahres nicht übersteigt; und

3.die Beschränkung nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort und Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse, das der Dienstgeber an ihrer Einhaltung hat, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Angestellten enthält.

6

(2) Eine Vereinbarung nach Abs. 1 ist unwirksam, wenn sie im Rahmen eines Dienstverhältnisses getroffen wird, bei dem das für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührende Entgelt das Zwanzigfache der Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG nicht übersteigt. Allfällige Sonderzahlungen sind bei der Ermittlung des Entgelts iSd ersten Satzes außer Acht zu lassen.

7

Konkurrenzklausel

§ 37 AngG:

(1) Hat der Dienstgeber durch schuldbares Verhalten dem Angestellten begründeten Anlass zum vorzeitigen Austritt oder zur Kündigung des Dienstverhältnisses gegeben, so kann er die durch die Konkurrenzklausel begründeten Rechte gegen den Angestellten nicht geltend machen.

(2) Das gleiche gilt, wenn der DG das Dienstverhältnis löst, es sei denn, dass der AN durch schuldbares Verhalten hiezu begründeten Anlass gegeben oder dass der DG bei der Auflösung des Dienstverhältnisses erklärt hat, während der Dauer der Beschränkung dem AN das ihm zuletzt zukommende Entgelt zu leisten.

8

(3) Eine für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Konkurrenzklausel vereinbarte Konventionalstrafe ist nur insoweit wirksam, als diese das Sechsfache des für den letzten Monat des Dienstverhältnisses gebührenden Nettomonatsentgelts nicht übersteigt. Allfällige Sonderzahlungen sind bei der Berechnung des Nettoentgelts iSd ersten Satzes außer Acht zu lassen. Hat der/die Angestellte für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Konkurrenzklausel eine Konventionalstrafe versprochen, so kann der/die Dienstgeber/in nur die verwirkte Konventionalstrafe verlangen. Der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen.

9

Konventionalstrafe

§ 38 Ang:

Konventionalstrafen unterliegen dem richterlichen Mäßigungsrecht.

10

Konkurrenzklausel bei Angestellten

Für Konkurrenzklauseln, die vor dem 17.3.2006 abgeschlossen wurden, gilt keine Mindestentgeltgrenze (OGH, 7.2.2008, 9 ObA 7/08g).

Für Konkurrenzklauseln, die ab dem 17.3.2006 vereinbart wurden, gilt das 17-fache der täglichen Höchstbeitragsgrundlage inkl. Sonderzahlungsanteilen als monatlicher Mindestverdienst bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses.

Für Konkurrenzklauseln, die nach dem 29.12.2015 abgeschlossen wurden, gilt die Mindestentgeltgrenze mit dem 20-fachen der täglichen Höchstbeitragsgrundlage (exkl. Sonderzahlungsanteilen, bezogen auf das letzte Monat nach § 45 ASVG des Arbeitsverhältnisses).

11

1.2. Konkurrenzklausel - Arbeiter

§ 2c AVRAG:

(1) Eine Vereinbarung, durch die der/die Arbeitnehmer/in, auf dessen/deren Arbeitsverhältnis das Angestelltengesetz (AngG), BGBl. Nr. 292/1921, nicht anzuwenden ist, für die Zeit nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses in der Erwerbstätigkeit beschränkt wird (Konkurrenzklausel), ist nur insoweit wirksam, als:

1. der/die Arbeitnehmer/in im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung nicht minderjährig ist;
2. sich die Beschränkung auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin in dem Geschäftszweig des Arbeitgebers oder der Arbeitgeberin bezieht und den Zeitraum des Jahres nicht übersteigt; und
3. die Beschränkung nicht nach Gegenstand, Zeit oder Ort und im Verhältnis zu dem geschäftlichen Interesse, das der/die Arbeitgeber/in an ihrer Einhaltung hat, eine unbillige Erschwerung des Fortkommens des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin enthält.

12

(2) Eine Vereinbarung nach Abs. 1 ist unwirksam, wenn sie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses getroffen wird, bei dem das für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses gebührende Entgelt das Zwanzigfache der Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, nicht übersteigt. Allfällige Sonderzahlungen sind bei der Ermittlung des Entgelts iSd ersten Satzes außer Acht zu lassen.

(3) Hat der/die Arbeitgeber/in durch schuldbares Verhalten dem/der Arbeitnehmer/in begründeten Anlass zum vorzeitigen Austritt oder zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses gegeben, so kann er/sie die durch die Konkurrenzklausel begründeten Rechte gegen den/die Arbeitnehmer/in nicht geltend machen.

13

(4) Das gleiche gilt, wenn der/die Arbeitgeber/in das Arbeitsverhältnis löst, es sei denn, dass der/die Arbeitnehmer/in durch schuldbares Verhalten hiezu begründeten Anlass gegeben oder dass der/die Arbeitgeber/in bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses erklärt hat, während der Dauer der Beschränkung dem/der Arbeitnehmer/in das ihm/ihr zuletzt zukommende Entgelt zu leisten.

(5) Eine für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Konkurrenzklausel vereinbarte Konventionalstrafe ist nur insoweit wirksam, als diese das Sechsfache des für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses gebührende Nettomonatsentgelts nicht übersteigt. Allfällige Sonderzahlungen sind bei der Berechnung des Nettoentgelts iSd ersten Satzes außer Acht zu lassen. Hat der/die Arbeitnehmer/in für den Fall des Zuwiderhandelns gegen die Konkurrenzklausel eine Konventionalstrafe versprochen, so kann der/die Arbeitgeber/in nur die verwirkte Konventionalstrafe verlangen. Der Anspruch auf Erfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens ist ausgeschlossen.

(BGBl I 2015/152)

14

Zur Entgeltgrenze nach § 2c AVRAG - Arbeiter

Die Entgeltgrenze berechnet sich für die ab dem 29.12.2015 neu abgeschlossenen Konkurrenzklauselvereinbarungen in 2 Schritten:

Zunächst ist der aktuell gültige 20-fache Wert der täglichen Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG (Stand 1.1.2019 € 174,--) zu ermitteln. Anschließend sind dann dem Entgelt, das dem AN für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses gebührt, die dem AN aliquot zustehenden Sonderzahlungen abzuziehen. Und nur dann, wenn das solcher Art ermittelte letzte Bruttomonatsentgelt das 20-fache der täglichen Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG übersteigt, entfaltet die vereinbarte Konkurrenzklausel Wirksamkeit.

15

Die Herausnahme von Sonderzahlungen bei der Ermittlung der Entgeltgrenze ist nur für die seit dem 29.12.2015 getroffenen Vereinbarungen relevant. Für Konkurrenzklauselvereinbarungen, die zwischen dem 18.3.2006 und dem 28.12.2015 abgeschlossen worden sind, sind weiterhin die für den letzten Monat des Arbeitsverhältnisses gebührenden aliquoten Sonderzahlungen für die Ermittlung der Entgeltgrenze zu berücksichtigen.

Generell ist von einem „*weiten*“ Entgeltbegriff (iSd § 23 AngG) auszugehen, weshalb für die Ermittlung der Entgeltgrenze alle Leistungen des AG zu berücksichtigen sind, die für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft gewährt werden (so auch OGH, 9 ObA 159/11i).

16

1.3. Konventionalstrafe

§ 2e AVRAG:

Konventionalstrafen unterliegen dem richterlichen Mäßigungsrecht.

17

1.4. Konkurrenzklausel - Kollektivvertrag

Der KV ist gemäß § 2 Abs. 2 Z 2 ArbVG zur Regelung der *„gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der AG und der AN“* befugt. Hierzu gehören auch Konkurrenzklauseln, sodass eine Regelungskompetenz durch KV gegeben ist.

Allerdings darf der KV den einzelnen AN nicht schlechter stellen als ein zwingendes Gesetz (Günstigkeitsprinzip).

Praktisch bedeutsam könnte daher ein KV ein generelles Verbot von Konkurrenzklauseln regeln, aber auch die Erhöhung des vom AN vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses verdienten Mindestentgelts gegenüber § 36 Abs. 2 AngG wäre möglich.

18

1.5. Konkurrenzklausel - Betriebsvereinbarung

Der BV fehlt es im Allgemeinen an einer Regelungskompetenz zur Festlegung nachvertraglicher Erwerbsbeschränkungen.

Abweichendes gilt dann, wenn ein KV die BV gemäß § 29 ArbVG zur Regelung ermächtigt.

Die Zuständigkeit zur Statuierung von Pensionsverlustklauseln ergibt sich aus den die Betriebspension betreffenden Ermächtigungen in § 97 Abs. 1 Z 18 - 18b ArbVG. Ein weitergehendes Pouvoir könnte sich aus einer entsprechenden KV-Bestimmung ergeben. In allen Fällen ist das Günstigkeitsprinzip zu beachten.

19

1.6. Kundenschutzklausel

Unter einer derartigen Klausel (auch Mandantenschutzklausel genannt) versteht man die Vereinbarung, nach welcher der AN nach Beendigung des Dienstverhältnisses keine Geschäftsbeziehungen zu Kunden des AG aufnehmen darf. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass auch derartige Klauseln dem Konkurrenzklauselbegriff unterliegen.

Nach § 88 Abs. 8 WTBG (Berufsrecht der Wirtschaftstreuhänder) dürfen Personen, die für eine Wirtschaftstreuhandkanzlei tätig sind, während bzw. innerhalb dieser Tätigkeit, oder anlässlich deren Beendigung, Klienten dieser Kanzlei nur mit Zustimmung der Letzteren selbst übernehmen oder einer anderen Kanzlei zuführen.

20

1.7. Mitarbeiterschutzklausel

Darunter können Vereinbarungen verstanden werden, nach denen der AN nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit Mitarbeitern des ehemaligen AG nicht zusammenarbeiten darf. Derartige Klauseln sehen oftmals vor, dass jede wie immer zustande gekommene Kooperation einbezogen wird, auch wenn zB der Mitarbeiter sein Vertragsverhältnis schon vor dem AN gelöst hat.

Der OGH lehnt die Unterstellung einer Mitarbeiterschutzklausel unter den Konkurrenzklauselbegriff ab, womit entsprechende Vereinbarungen ohne die Schranken der §§ 36 ff AngG getroffen werden können. Nach Ansicht des OGH werde der AN durch eine derartige Vereinbarung weder an einer selbständigen noch an einer unselbständigen Tätigkeit im Geschäftszweig des bisherigen AG gehindert.

21

Außerdem steht dem AN hinsichtlich der Einstellung von Arbeitskräften mit Ausnahme der Mitarbeiter des ehemaligen AG der gesamte Arbeitsmarkt offen.

Nach Ansicht des OGH wäre nur bei einem groben Missverhältnis zwischen den Interessen von AN und AG zu Lasten des AN eine derartige Klausel unzulässig. Eine Rücksichtnahme auf die §§ 36 ff AngG habe nur im Rahmen einer allgemeinen Interessenabwägung, also im Wege der Gesamtanalogie, zu erfolgen.

22

1.8. Konkurrenzklausel - Lieferantenschutzklausel

Mit derartigen Klauseln wird es dem ehemaligen AN untersagt, Geschäftsbeziehungen zu Lieferanten des ehemaligen AG aufzunehmen. Diese Klausel stellt eine „Beschränkung der Erwerbsfähigkeit“ dar und ist daher an den §§ 36 ff AngG zu messen.

23

1.9. Konkurrenzklausel - Geheimnisschutzklausel

Darunter versteht man eine Vereinbarung, die dem AN die Pflicht auferlegt, auch nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des ehemaligen AG zu wahren. Der OGH schließt die Geheimnisschutzklausel generell aus dem Konkurrenzklauselbegriff aus, womit derartige Abreden in weitergehendem Ausmaß als nach den §§ 36 ff AngG vorgesehen zulässig sind.

24

1.10. Konkurrenzklausel - Datenschutzklausel

Mit einer derartigen Klausel entspricht der AG der gesetzlichen Verpflichtung, mit AN eine Vereinbarung zu treffen, dass diese berufsbedingt zugänglich gewordene Daten aus Datenverarbeitungen unbeschadet sonstiger Verschwiegenheitsverpflichtungen nur bei ausdrücklicher Anordnung des AG übermitteln dürfen. Damit wird die Einhaltung des Datengeheimnisses zur Vertragspflicht.

Laut OGH stellt die Datenschutzklausel kein Verbot im Sinne einer Konkurrenzklausel dar.

25

1.11. Pensionsverlustklausel

Darunter versteht man Regelungen in betriebspensionsrechtlichen Leistungszusagen, die für den Fall eines vom Anwartschafts- oder Leistungsberechtigten gesetzten Verhaltens einen pensionsrechtlichen Nachteil vorsehen.

In seiner Leitentscheidung zum Thema (9 ObA 84/88, DRdA 1990/33, 305) qualifizierte der OGH derartige Klauseln als eine die Konkurrenzierung sanktionierende „Vertragsstrafe“ weshalb die §§ 36 ff AngG unmittelbar auf die gegenständliche Klausel anwendbar sind und zwar für den Zeitraum vor Anfall der Pension, in dem der AN auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesen sei.

26

1.12. Konkurrenzklausel – Europarecht

Artikel 45A EUV erfasst die Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Neben dem Anspruch auf Inländergleichbehandlung, ist daraus auch die Diskriminierung von Wander-AN verboten. Dies sind Personen, die im Zuge ihrer unselbständigen Berufsausübung über die Binnengrenzen der Gemeinschaft wechseln.

Der EuGH tendiert dazu, die Bestimmung in ein allgemeines Verbot, die Freizügigkeit zu beschränken, umzuformen.

Nach der Rechtsprechung des OGH sind die österreichischen Regelungen über die Konkurrenzklausel unter dem Gesichtspunkt der Anwendung des primären Unionsrecht nicht zu beanstanden.

27

Eine Konkurrenzklausel könne eine im Einzelfall sachlich gerechtfertigte Beschränkung der Freizügigkeit sein, wenn sie zwingenden Gründen des allgemeinen Interessens dient. Ob dies der Fall ist, könne nur im konkreten Fall beurteilt werden, womit den Arbeitsgerichten auch eine am Unionsrecht orientierte Sachlichkeitsprüfung aufgetragen ist.

28

1.13. Konkurrenzklausel – unlauterer Wettbewerb

Nach der Rechtsprechung des OGH (OGH, 27.5.2002, 8 Ob A 286/01v) ist ein auf § 1 UWG gestützter Unterlassungsanspruch dann möglich, wenn zur Verletzung der Konkurrenzklausel weitere die Sittenwidrigkeit begründende Umstände hinzukommen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der AN zur Vorbereitung des gegen die Konkurrenzklausel verstoßenden Verhaltens bereits während des aufrechten Arbeitsverhältnisses Kunden im eigenen Interesse von seinem AG abwirbt.

Die bloße Missachtung einer Konkurrenzklausel begründet für sich allein keinen Anspruch nach UWG. Der AN muss zur Verwirklichung eines Wettbewerbsverstoßes nach § 1 UWG verwerfliche Mittel einsetzen oder verwerfliche Ziele verfolgen.

29

Als Verfolgung verwerflicher Ziele wird insbesondere angesehen, wenn fremde Beschäftigte oder Kunden planmäßig abgeworben werden, um den Mitbewerber zu schädigen.

30

Als unlautere Mittel oder Ziele, welche zu gesonderten Ansprüchen nach dem UWG führen können, gelten insbesondere:

- Planmäßiges Abwerben weiterer Mitarbeiter
- Abwerben von Kunden bei noch aufrechtem Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die geplante Verselbstständigung
- Planmäßiges, mit Vorbedacht erfolgendes und unbefugtes Verschaffen der Kenntnisse von Betriebsgeheimnissen
- Anschwärzen des Mitbewerbers

31

1.14. Übernahme der Konventionalstrafe durch den neuen AG – Sittenwidrigkeit iSd UWG

Vor der UWG-Novelle 2007 galt es als sittenwidrige Förderung des Vertragsbruches, wenn sich der neue AG gegenüber dem durch eine Konkurrenzklausel gebundenen AN verpflichtete, ihm die für den Fall des Bruches vereinbarte Konventionalstrafe zu bezahlen. In der Entscheidung vom OGH vom 19.7.2014, 4 Ob 125/14 g, hält er diese Begründung ausdrücklich nicht mehr aufrecht, da die vormals geltenden Wertungen einer Überprüfung im Lichte der geltenden Rechtslage bedurften.

Demnach hat ein Unternehmer keinen Anspruch auf einen Mitarbeiter- oder Kundenbestand. Das Abwerben bzw. Ausspannen eines Mitarbeiters per se ist selbst dann noch nicht wettbewerbswidrig, wenn es unter Verleitung zum Vertragsbruch erfolgte.

32

Es bedarf dazu des Hinzutretens von besonderen Begleitumständen, wie etwa einer Irreführung oder aggressiver geschäftlicher Handlungen. Ein finanziell interessantes Angebot oder die Bezahlung einer Wechselprämie ist per se nicht unlauter iSd UWG.

Auch die Zusage, die Abfertigungsansprüche (alt) im Fall der Selbstkündigung zu übernehmen, ist nach Ansicht des OGH kein aktiver Beitrag zum Vertragsbruchs (OGH 29.11.2005, 4 Ob 190/05 b, ARD 5662/3/2006 = DRdA 2006, 243), nachdem anfänglich sogar die Beschäftigung des AN in Kenntnis des Umstandes einer Bindung durch eine Konkurrenzklausel an den vormaligen AG als unlauter nach § 1 UWG angesehen wurde (OGH 25.11.1969, 4 Ob 349/69).

33

Als *„irreführend“* bzw. *„aggressiv“* iSd UWG sind beispielsweise Äußerungen zu verstehen, wonach der bisherige AG *„konkursreif“* sei, ebenso unrichtige Angaben des neuen AG über sich selbst, einschließlich falscher Versprechungen. Durch die Einschränkung des Schutzes des UWG sind daher die Fälle gestiegen, in denen der AG direkt den Dienstnehmer in Anspruch nimmt, wobei auf die Fragen der Vertragsgestaltung besonderes Augenmerk zu legen ist, da bei Vereinbarung einer Konventionalstrafe nur diese verlangt werden kann und daher vorab zu überlegen sein wird, ob nicht das Interesse an der Einhaltung der nachvertraglichen Konkurrenzklausel höher einzustufen ist.

34

1.15. Sonderfall: Konkurrenzklausel – einvernehmliche Auflösung des Dienstverhältnisses

Da die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses in § 37 Abs. 1 und 2 AngG nicht erwähnt ist, ist eine Geltendmachung der Konkurrenzklausel durch den AG bei dieser Beendigungsart möglich.

Nach der Rechtsprechung des OGH soll das auch dann der Fall sein, wenn ein vom AG gekündigtes Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Kündigungsfrist im Einvernehmen aufgelöst wird.

Will daher der AN sicher gehen, dass er nach Beendigung seines Dienstverhältnisses durch einvernehmliche Auflösung nicht durch eine Konkurrenzklausel belastet ist, muss er sicherstellen, dass der AG im Zuge der einvernehmlichen Auflösung auf die Rechte aus der Konkurrenzklausel verzichtet.

35

Erfolgt die einvernehmliche Auflösung auf Betreiben des AG oder steht diese im vorrangigen Interesse des AG, macht dies eine Konkurrenzklausel nicht per se unwirksam. Derartige Umstände können jedoch im Rahmen der Interessensabwägung nach § 36 Abs. 1 Z 3 AngG Berücksichtigung finden.

Weiters ist nicht ausgeschlossen, dass der Einwand eines Mitverschuldens des AG an der einvernehmlichen Auflösung – etwa wegen einer Verletzung der Fürsorgepflicht – erhoben wird.

Nicht als einvernehmliche Lösung anzusehen ist die einvernehmliche Verkürzung der Kündigungsfrist nach Kündigung von Seiten des AG.

36

1.16. Wirksame Konkurrenzklausel eines Hörgeräteakustikers

OGH, 25.6.2019, 9 ObA 9/19s, § 36 Abs. 1 Z 3 AngG, ARD 6666/10/2019

Sachverhalt:

Der beklagte AN war beim AG bis 31.10.2017 in einer Filiale in Wien als Hörgeräteakustiker beschäftigt. Der AN spricht türkisch und betreute beim AG viele türkische Kunden. Seit 1.1.2018 ist er selbständig als Hörgeräteakustiker tätig, wobei sein Geschäftslokal ca. 700 m von der Filiale des AG entfernt ist. Der ehemalige AN betreut dort nunmehr eine nicht genau feststellbare Anzahl von ehemaligen türkischen Kunden des AG.

Im vorliegenden Fall hat der OGH eine unbillige Erschwerung des Fortkommens verneint, daher die Wirksamkeit der Konkurrenzklausel bejaht.

37

Der vom AN hervorgehobene Umstand, sein Fortkommen wäre im Hinblick auf den Kontakt mit seiner *„ethnischen Gemeinschaft“* bei Wirksamkeit der Konkurrenzklausel unbillig erschwert, lässt außer Acht, dass nach Rechtsprechung und Lehre eine Abwägung zu erfolgen hat, zwischen den Interessen des AN, den Arbeitsvertrag ohne Nachteile kündigen und nach beendetem Arbeitsverhältnis seine Kräfte und Kenntnisse ungehindert entfalten zu können und jenen des AG, durch den Wechsel des AN nicht in seinem Erwerbsinteresse erheblich geschädigt zu werden.

Diese Beurteilung ist im Einzelfall nicht korrekturbedürftig, wenn das Berufungsgericht unter Hinweis auf den starken Konkurrenzkampf im Bereich der Hörgeräteakustik und der Schwierigkeit, in diesem Bereich qualifiziertes Personal zu finden, auch berücksichtigt hat,

38

dass sich der Wechsel des AN in die Selbständigkeit nachteilig auf die Interessen des AG auswirken kann (und auch tatsächlich ausgewirkt hat), und im Ergebnis die Wirksamkeit der Konkurrenzklausel bei der Interessenabwägung im Rahmen des gesetzlichen beweglichen Systems gem. § 36 Abs. 1 Z 3 AngG bejaht hat.

Eine gewisse Bindung des AN an den AG ist jeder Konkurrenzklausel immanent. Dass es aber dem AG bei der Vereinbarung der Konkurrenzklausel nur darum gegangen wäre, den AN in unbilliger Weise an sein Unternehmen zu binden, also ein Fall besonderer – sittenwidriger – Knebelung des AN durch die gegenständliche Vertragsklausel vorliegt, lässt sich weder dem festgestellten Sachverhalt, noch dem Vorbringen des AG, auf das der AN allein abstellt, entnehmen.

39

1.17. Konkurrenzklausel - Verschulden des Dienstnehmers an DV-Lösung

OGH, 27.9.2017, 9 ObA 103/17p, § 37 AngG, ARD 6581/10/2018

Der AG kann seine Rechte aus einer vereinbarten Konkurrenzklausel ua dann nicht geltend machen, wenn der AG das Dienstverhältnis löst, es sei denn, dass der AN durch schuldbares Verhalten hierzu begründeten Anlass gegeben hat (§ 37 Abs. 1 iVm Abs. 2 1. Fall AngG). Der Umstand, dass der AN unberechtigt entlassen wurde, sagt noch nichts darüber aus, ob nicht die Voraussetzungen einer „verschuldeten Kündigung“ vorliegen. Ein schuldhaftes Verhalten des AN muss nicht geradezu die Schwere eines Entlassungsgrundes haben, wohl aber so beträchtlich sein, dass es das Dienstverhältnis zerrüttet und aus diesem Grund den AG zur Kündigung veranlasst (vgl. OGH 28.10.1985, 4 Ob 134/85, ARD 3767/9/86).

40

Grundsätzlich hat jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu behaupten und zu beweisen. Daraus folgt, dass der AG das Vorliegen eines Entlassungsgrundes zu behaupten und zu beweisen hat, und auch, dass der AN durch schuldbares Verhalten begründeten Anlass zur Kündigung gegeben hat.

Im vorliegenden Fall wurde das Vorliegen des vom AG behaupteten Entlassungsgrundes verneint. Da der AG ein darüber hinausgehendes relevantes Vorbringen zu einem die Entlassung herbeiführenden „schuldhaften Verhalten“ des AN nicht erstattet hat, hat das Berufungsgericht zu Recht das auf die vereinbarte Konkurrenzklausel geschützte Klagebegehren abgewiesen.

41

1.18. Auslegung einer Konkurrenzklausel

OLG Wien, 27.3.2019, 10 Ra 101/18y (Revision vom OLG nicht zugelassen), §§ 36 AngG, 914 ABGB, ARD 6655/11/2019

Sachverhalt:

Im Dienstvertrag des beklagten AN war eine Konkurrenzklausel enthalten, wonach es ihm untersagt war, „nach Beendigung seines Angestelltenverhältnisses als selbständiger Unternehmer, Organmitglied, Konsulent oder in irgendeiner Weise für Konkurrenzunternehmen tätig zu werden, im Geschäftszweig (Sichere Steuerungstechnik) des AG weder für eigene noch fremde Rechnung Geschäfte zu machen und mittelbar oder unmittelbare Beteiligungen an einem Konkurrenzunternehmen zu erwerben“.

42

Nach seiner Selbstkündigung machte sich der AN im Bereich der Maschinensicherheit selbständig, worin der AG einen Verstoß gegen die Konkurrenzklausel sah und die vereinbarte Konventionalstrafe einklagte, weil auch er Dienstleistungen im Bereich der Maschinensicherheit anbietet.

Strittig ist die Auslegung der Konkurrenzklausel – konkret, ob der Geschäftszweig die Maschinensicherheit zur Gänze umfasse, oder nur den Spezialbereich der Sicheren Steuerungstechnik, in dem der AN bewusst keine Leistungen als Selbständiger anbot.

Ziel der einfachen Auslegung iSd § 914 ABGB ist die Ermittlung der Absicht der Parteien. Dafür bildet der Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung den Ausgangspunkt. Der Wortlaut der Vereinbarung ist allein maßgeblich, wenn keine abweichende Absicht festgestellt wird.

43

Zu berücksichtigen sind auch **alle den Vertragsabschluss begleitenden Umstände**.

Dem gesetzlichen Auftrag, nicht den Buchstaben verhaftet zu bleiben, sondern **die Parteienabsicht zu erforschen**, ist in mehreren Schritten nachzukommen:

Zuerst ist zu prüfen, ob nicht ohnedies bei Vertragsabschluss beide Teile dasselbe gewollt haben, wobei die Parteiabsicht freilich vom Urkundeninhalt abweichen kann. Ein solcher übereinstimmender Wille geht als natürlicher Konsens entsprechend dem Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ stets vor, auch der Auslegung nach Erklärungs- und Verkehrssitte.

Liegt keine tatsächliche Willensübereinstimmung vor, so ist die „*Absicht*“ iSd Vertrauenstheorie als die dem Erklärungsgegner erkennbare, ohne Widerspruch gebliebene Absicht des Erklärenden, zu verstehen.

44

Absicht iSd § 914 ABGB bedeutet nicht irgendeinen unkontrollierbaren Willen einer Partei, sondern den Zweck der Regelung, den beide Teile redlicherweise unterstellen mussten.

Ein natürlicher Konsens im Sinn eines übereinstimmenden Willens wurde im vorliegenden Fall nicht festgestellt. Weiters konnte nicht festgestellt werden, dass anlässlich des Abschlusses des Dienstvertrages über die verwendeten Worte *„im Geschäftszweig (Sichere Steuerungstechnik) des Dienstgebers“* gesprochen wurde. Umstände bei Abschluss des Vertrages, die daher in die Richtung deuten würden, wie der AG diese Bestimmung verstehen wollte, konnten nicht festgestellt werden.

Ohne weitere Gespräche über diese Formulierung war für den AN als redlicher Erklärungsempfänger auch nicht zu erkennen, dass der AG etwas anderes darunter verstehen wollte, als sich aus dem eindeutigen Wortlaut sowie dem üblichen Gebrauch dieser Definition ergibt.

45

Es steht jedem AG frei, nur Teilbereiche seines Geschäftsbereiches von einer Konkurrenzklausel zu umfassen, sodass das Erstgericht im vorliegenden Fall zutreffend davon ausgegangen ist, dass die Konkurrenzklausel nur den Bereich der Sicheren Steuerungstechnik umfassen sollte.

46

1.19. Aufrechnung von Schadenersatzforderungen aus Konkurrenzklausel mit Entgeltansprüchen

OLG Wien, 25.10.2016, 10 Ra 36/16m (ao Revision zurückgewiesen durch OGH 8 ObA 74/16i), § 293 Abs. 3 EO, ARD 6542/10/2017

Sachverhalt:

Der Kläger wurde für die IT-Betreuung der A. GmbH aufgenommen und war während seines Dienstverhältnisses ausschließlich für diese tätig. Trotz einer mit seinem AG vereinbarten Konkurrenzklausel wechselte er als alleiniger Geschäftsführer mit einem Gesellschaftsanteil von 50 % zu einem Konkurrenzunternehmen.

Für dieses Konkurrenzunternehmen ist er nun faktisch unverändert im Unternehmen A. GmbH mit denselben Aufgaben betraut (IT-Betreuung der A. GmbH). Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung stellte das Erstgericht schlüssig fest, dass der Kläger dabei in Kauf genommen hat,

47

dass dem AG durch sein Ausscheiden der entsprechende Deckungsbeitrag aus seiner Tätigkeit für die A. GmbH entgehen würde.

Gemäß § 293 Abs. 3 EO ist die Aufrechnung gegen den der Exekution entzogenen Teil der Forderung, abgesehen von den Fällen, wo nach bereits bestehenden Vorschriften Abzüge ohne Beschränkung auf den der Exekution unterliegenden Teil gestattet sind, nur zulässig zur Erbringung

- eines Vorschusses,
- einer im rechtlichen Zusammenhang stehenden Gegenforderung oder
- einer Schadenersatzforderung, wenn der Schaden vorsätzlich zugefügt wurde.

48

Die hier zu prüfende Aufrechnungsmöglichkeit mit Schadenersatz-ansprüchen nach der Ausnahmebestimmung des § 293 Abs. 3 3. Fall EO bezieht sich nur auf vorsätzliche Schadenszufügung, deren Ersatz auch ohne rechtlichen Zusammenhang privilegiert ist (vgl. etwa OGH, 29.10.2009, 9 ObA 50/09g, ARD 6073/1/2010).

Damit ist hier jedenfalls davon auszugehen, dass dem AN bewusst sein musste, und er billigend in Kauf nahm, dass dem ehemaligen AG dadurch ein Schaden entstand, und ihm daher (zumindest bedingter) Vorsatz auch auf den Schadenseintritt vorzuwerfen ist. Der ehemalige AG kann daher uneingeschränkt seine Schadenersatzforderungen gegen die Forderungen des Klägers aufrechnen (vgl. OLG Wien, 17.8.2005, 9 Ra 21/05g, ARD 5650/7/2006).

49

1.20. Verstoß gegen Konkurrenzklausel - Mäßigung der Konventionalstrafe auf Null

OLG Wien, 27.3.2018, 10 Ra 2/18i (Revision vom OLG nicht zugelassen), §§ 36, 38 AngG, ARD 6611/9/2018

Sachverhalt:

Der AN wechselt nach seiner Eigenkündigung unmittelbar zu einem Konkurrenzunternehmen seines bisherigen AG und ist dort in einem ähnlichen Tätigkeitsbereich beschäftigt.

Zuvor hat sein AG den Tätigkeitsbereich des AN laufend eingeschränkt und damit einseitig wesentlich abgeändert. Der AN hat dem AG seine Unzufriedenheit mit der Arbeitssituation mehrmals mitgeteilt, der AG selbst hat aber keine Möglichkeit gesehen, ihm insofern eine positive Zukunftsperspektive zu geben.

50

Bei der Beurteilung, ob eine vereinbarte Konventionalstrafe übermäßig und daher nach § 38 AngG zu reduzieren ist, sind vor allem die Verhältnismäßigkeit der Strafe, die Abwägung der beiderseitigen Interessen, die wirtschaftlichen oder sozialen bzw. familiären Verhältnisse des AN, insbesondere seiner Einkommensverhältnisse beim neuen AG bzw. seine Vermögensverhältnisse, ferner die Art und das Ausmaß seines Verschuldens an der Vertragsverletzung (grob schuldhaftes, fortgesetztes Verhalten) bzw. die Umstände des Vertragsbruches (illoyales Abwerbeverhalten) sowie die Höhe des durch die Vertragsverletzung beim AG entstandenen Schadens entsprechend zu berücksichtigen.

Primäres Kriterium für die Mäßigung einer Konventionalstrafe, die nur nach den Umständen des Einzelfalls erfolgen kann, ist der tatsächliche Schaden des AG, der durch die Konkurrenzhandlungen eingetreten ist.

51

Die Vertragsstrafe kann daher auch nicht unter die Höhe des tatsächlichen Schadens herabgesetzt werden. Andererseits führt die Tatsache allein, dass aus der Verletzung einer Konkurrenzklausel kein fassbarer Schaden erwachsen ist, nicht unbedingt zum Entfall der Konventionalstrafe, weil sie auch der Verstärkung der Verpflichtung dienen soll. Eine Übermäßigkeit der Vertragsstrafe liegt insbesondere dann vor, wenn der erlittene Schaden unverhältnismäßig kleiner ist als der bedungene Vergütungsbetrag. Der wirkliche Schaden hat aber als Mäßigungskriterium ganz unberücksichtigt zu bleiben, wenn dessen Höhe nicht erwiesen werden kann.

Die für die Mäßigung maßgebenden Kriterien sind im Sinn eines beweglichen Systems nach dem Grundsatz der Billigkeit gegeneinander abzuwägen.

52

Um den Effekt der Konventionalstrafe nicht auszuhöhlen, soll eine für den AG wichtige Konventionalstrafe nach Maßgabe der Vermögensverhältnisse des AN durchaus wirklich wehtun, aber eine ungerechtfertigte Belastung des AN vermeiden (vgl. OGH, 29.11.2013, 9 ObA 72/13s, ARD 6396/9/2014).

Aufgrund dieses Zuwiderhandelns greift auch die für diesen Fall vereinbarte Konventionalstrafe dem Grunde nach, sie ist jedoch aus den dargelegten Kriterien auf **Null zu mäßigen**:

Zunächst entsprach der Tätigkeitsbereich des AN jedenfalls einem höher qualifizierten technischen AN und wurde durch den AG einseitig und sukzessiv eingeschränkt, bzw. derart verändert, dass sein letzter Tätigkeitsbereich von einer Studentin, die erst seit etwa einem Jahr im Unternehmen mitgearbeitet hatte, übernommen werden konnte.

53

Diese wesentliche Veränderung zeigt sich auch in dem Umstand, dass die bisherige Berufslaufbahn des AN ein wesentliches Einstellungskriterium dargestellt hatte und diese Kenntnisse von seinem AG vorausgesetzt wurden. Der AN hat seine Unzufriedenheit mit der veränderten Arbeitssituation mehrfach gegenüber dem AG kundgetan, wenn auch nicht bis zur letzten Konsequenz, nämlich dass ihn diese zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses veranlassen werde. Weiters hat der AN durch den Wechsel zu T-Mobile keinen finanziellen Vorteil erlangt, sondern im Gegenteil sogar eine Einkommensbuße von rund € 250,-- pro Monat.

Darin zeigt sich ebenso der subjektive – und schon seit längerem auch dem AG mindestens teilweise erkennbare – Grund für seinen AG-Wechsel, nämlich dass der AG seinen Tätigkeitsbereich einseitig wesentlich geändert hat.

54

Andere als diese sachbezogenen Gründe, etwa persönliche Differenzen oder das Arbeitsumfeld, wurden weder behauptet noch festgestellt.

Schließlich ist auch die langjährige Tätigkeit des AN ausschließlich im Telekommunikationsbereich zu berücksichtigen, weil daraus nicht nur ein im Interesse des AG zu schützende Spezialwissen resultiert, sondern auch seine Unerfahrenheit in anderen in Frage kommenden technischen Berufen. Durch die mit der Konkurrenzklausel verbundene Erwerbsbeschränkung darf der AN nämlich nicht gezwungen werden, **seine Kenntnisse und Branchenerfahrungen brachliegen zu lassen**, einen allenfalls erlernten Spezialberuf aufzugeben und damit zwangsläufig in eine berufsfremde Sparte mit geringerem Einkommen überzuwechseln.

55

Dass der AN ohne Vakanz nach der Beendigung des Dienstverhältnisses zum klagenden AG direkt zu einem Konkurrenzunternehmen gewechselt hat, kann ihm deshalb nicht angelastet werden, weil er dem AG seine Unzufriedenheit mit der Arbeitssituation mitgeteilt hat. Da der AG selbst keine Möglichkeit gesehen hat, insofern eine positive Zukunftsperspektive zu geben, kann dem AN auch dieser direkte Wechsel nicht vorgeworfen werden. In Anbetracht der eingangs dargelegten Mäßigungskriterien ist die Konventionalstrafe daher nach Ansicht des Berufungssenates auf Null zu reduzieren.

56

1.21. Verstoß gegen Konkurrenzklausel durch Abwerben von Kunden

OGH, 29.4.2019, 8 ObA 12/19a, §§ 36, 38 AngG, ARD 6655/10/2019

Sachverhalt:

Der beklagte AN ist gelernter Anlagentechniker (Lehrberuf Elektroanlagentechniker und Anlagenmonteur mit Lehrabschluss) und hat einen WIFI-Werkmeisterkurs für Elektrotechnik absolviert. Danach trat er beim klagenden AG ein und war in dessen Unternehmen **9 Jahre** lang in einem sehr speziellen Segment der **Inspektion, Reparatur, Instandhaltung, Wartung und Inbetriebnahme von mobilen stationären Gasmesstechnik- sowie CO_2-Warnanlagen** tätig.

Die Konkurrenzklausel mit einer Konventionalstrafe von 3 Bruttomonatsgehältern inkl. Sonderzahlungen und einer zeitlichen Begrenzung auf ein Jahr ist zulässig.

57

Der AN kann in diesem engen Segment nur sehr schwer eine Anstellung finden. Zwar kann er mit seiner Ausbildung auch in anderen Branchen Arbeit finden, muss dabei aber empfindliche Lohneinbußen hinnehmen (in den letzten 8 Monaten des Dienstverhältnisses verdiente der AN durchschnittlich € 5.400,-- brutto inkl. Sonderzahlungen, außerhalb des Geschäftszweiges des AG würde sein erzielbares Einkommen zwischen € 2.200,-- und € 2.600,-- brutto monatlich liegen).

In der Branche der Gasmesstechnik ist es schwierig Fuß zu fassen, was nicht nur der Sachverständige ausgeführt hat, sondern auch dadurch belegt ist, dass der AN im ersten Jahr seiner selbständigen Tätigkeit keinen Gewinn machte. Daher teilt das Berufungsgericht die Ansicht des Erstgerichts, dass der ehemalige AN aufgrund der Konkurrenzklausel sein Spezialwissen und seine Spezialkenntnisse brachliegen lassen müsste, was zur **Unwirksamkeit der**

58

Konkurrenzklausel im Bezug auf eine konkurrenzierende Tätigkeit führen würde.

Allerdings hat der AN Kunden seines ehemaligen AG bewusst abgeworben, was jedenfalls unzulässig ist und eine grobe Verletzung der Konkurrenzklausel darstellt und daher eine Konventionalstrafe nach der Konkurrenzklausel auslöst. Setzt man sein Einkommen und jenes seiner Ehegattin in Bezug zu den wirtschaftlichen Nachteilen des AG, so erachtet das Berufungsgericht eine Reduktion der Konventionalstrafe auf die Hälfte des begehrten Betrages, somit auf € 5.500,-- für angemessen. Das gezielte Abwerben von Kunden, dessen Daten der ehemaligen AN während seiner Tätigkeit für seinen AG erlangte, ist auch angesichts seiner angespannten finanziellen Lage ein schwerer Verstoß gegen die Konkurrenzklausel.

59

Der Beklagte mag zwar ein vitales Interesse daran haben, im speziellen Geschäftszweig, in dem er bei seinem ehemaligen AG tätig war, weiter zu arbeiten.

Das rechtfertigt bzw. entschuldigt aber nicht die systematische Abwerbung von Kunden, die der AN im früheren Unternehmen betreut hat.

60

1.22. Verstoß gegen Konkurrenzklausel – Mäßigung der Konventionalstrafe

OLG Wien, 26.3.2019, 8 Ra 101/18h (Revision vom OLG nicht zugelassen), §§ 36, 38 AngG, ARD 6655/9/2019

Sachverhalt:

Der DV des beklagten AN enthält eine Konkurrenzklausel, die dem AN bei Auflösung des Dienstverhältnisses durch Selbstkündigung für einen Zeitraum von 3 Monaten untersagt, im Geschäftszweig seines AG seine Tätigkeit auszuüben, die seiner bisherigen Tätigkeit gleichkommt, dies bezogen auf das Tätigkeitsfeld, die Kundengruppe und das Produkt. Bei seinem bisherigen AG war der Beklagte als Vertriebsspezialist für Bogendruckmaschinen in Lasertechnik für einen speziell definierten Kundenkreis von etwa 50 Kunden im GAI-Bereich (Druckdienstleister) zuständig.

61

Bei seiner neuen Firma ist er Vertriebsleiter für Österreich und Ungarn, sowohl für den GAI-Kundenbereich, als auch für den CRD-Kundenbereich, des Weiteren ist er sowohl für den Endlosdruck- als auch für den Bogendruckbereich, aber auch für 3D-Druck oder Textildruck zuständig.

Schon vor seiner Selbstkündigung wusste der Beklagte, dass er zu einem Konkurrenzunternehmen wechseln wird und versuchte deshalb, den AG zu einer einvernehmlichen Auflösung unter Verzicht auf die Konkurrenzklausel zu überreden. Bereits am Tag nach der Beendigung des Dienstverhältnisses zu seinem bisherigen AG begann der Beklagte beim Konkurrenzunternehmen zu arbeiten. Ein unmittelbarer Schaden beim bisherigen AG durch dieses verpönte Verhalten konnte im Verfahren nicht festgestellt werden.

62

Die für den Fall der Verletzung der Konkurrenzklausel im Dienstvertrag vereinbarte Konventionalstrafe belief sich auf € 36.741,40. Angesichts des nicht feststellbaren Schadens und des Umstandes, dass der Beklagte die Konkurrenzklausel nur teilweise verletzt habe, weil er zum überwiegenden Teil in seiner Leitungsfunktion nunmehr andere Tätigkeiten ausübe als beim bisherigen AG, sprach das Erstgericht dem AG eine Konventionalstrafe von € 18.500,-- zu. Während sich der AG in seiner Berufung gegen die vom Erstgericht vorgenommene Mäßigung der Konventionalstrafe aussprach, begehrte der beklagte AN eine Mäßigung auf Null.

Die Tatsache allein, dass dem AG aus der Verletzung der Konkurrenzklausel durch den ehemaligen AN ein fassbarer Schaden nicht erwachsen ist, führt nicht zum Entfall der Konventionalstrafe,

63

weil sie auch der Verstärkung und Befestigung der Verpflichtung dienen soll.

War dem ehemaligen AN bereits vor Lösung des Vertrages bewusst, dass er die Konkurrenzklausel verletzen wird, hatte er zum Zeitpunkt seiner Kündigung schon ein konkretes Angebot des unmittelbaren Konkurrenten seines bisherigen AG vorliegen und trat er bereits am Folgetag nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Konkurrenzunternehmen seine Arbeit an, ist eine Mäßigung der vereinbarten Konventionalstrafe in Höhe von rund € 36.000,-- im vorliegenden Fall auf € 18.500,-- vertretbar. Einerseits wird der AN damit zur Leistung eines ernst zu nehmenden und deutlich spürbaren Ersatzbetrages von nunmehr rund 3 Monatsgehältern verpflichtet, andererseits führt die konkrete finanzielle Situation des AN mit einem monatlich abschöpfbaren Finanzierungsbetrag von rund € 1.400,--

64

zu einer beträchtlichen Anspannung.

Entgegen der Rechtsansicht des AN kann nicht abgeleitet werden, dass die Konventionalstrafe zwingend auf Null zu mäßigen ist.

Weiters kam im konkreten Fall dazu, dass die Dauer des Konkurrenzverbotes mit 3 Monaten ohnehin sehr kurz bemessen war und nur für den Fall der Dienstnehmerkündigung vereinbart wurde.

Das Erstgericht stellte außerdem fest, dass der AN bei seiner neuen Firma immer eine Prämie erhält und sein monatliches Netto-einkommen € 6.084,89 beträgt. Dem stehen monatliche Fixausgaben von etwa € 4.700,-- gegenüber. Seine Frau ist geringfügig beschäftigt und verdient monatlich € 236,--. Der AN hat 3 Kinder im Alter von 7, 19 und 24 Jahren. Er unterstützt auch noch die beiden erwachsenen Söhne. Beim Eigenheim stehen immer wieder Renovierungs- bzw. Wartungsarbeiten an, die höhere Kosten verursachen.

65

Das Gericht mäßigte die Konventionalstrafe auf 3 Monatsnettogehälter. Eine weitere Mäßigung erachtete das Berufungsgericht aufgrund des dargelegten schuldhaften Vertragsbruches für nicht billig.

66

1.23. Konventionalstrafe aus Konkurrenzklausel verfällt nicht vor Ablauf des Konkurrenzverbotes

OGH, 26.1.2017, 9 ObA 148/16d, § 2c AVRAG, §§ 36 f AngG, § 1486 ABGB, ZAS-Judikatur 2017/54

Der Beklagte kündigt seinen DV zum kl. AG mit Wirkung Ende Juni 2012 und beginnt im Oktober 2012 bei einem Unternehmen im selben Geschäftszweig zu arbeiten. Sein Dienstvertrag sah eine Konkurrenzklausel für die Dauer von 12 Monaten sowie eine Konventionalstrafe für den Fall des Verstoßes vor. Im Juni 2013 verlangt die kl. AG die Bezahlung der Konventionalstrafe. Der Dienstvertrag enthielt eine Verfallsklausel von 3 Monaten ab Fälligkeit. Nach Ansicht des Beklagten war die Leistung bereits im Oktober 2012 fällig und im Zeitpunkt der Geltendmachung im Juni 2013 somit bereits verfallen.

67

Erstgericht und Berufungsgericht verneinen den Verfall und geben dem Klagebegehren statt.

Der OGH bestätigt. Verjährung und Verfall können nicht eintreten, solange der AN während des aufrechten Konkurrenzverbots bei einem Konkurrenzunternehmen beschäftigt ist. Die Klägerin hat ihren Anspruch noch innerhalb des Jahreszeitraums ab Beendigung geltend gemacht, weshalb der Anspruch auf Zahlung der Konventionalstrafe nicht verfallen ist.

68

1.24. Mäßigungskriterien iSd § 38 AngG

Von der Rechtsprechung wurden im Laufe der Jahre insbesondere nachstehende Mäßigungskriterien entwickelt:

- Höhe des entstandenen Schadens und sein Verhältnis zur Konventionalstrafe
- Wirtschaftliche und soziale Situation des AN
- Umstände des Vertragsbruches
- Tatsächliche Tätigkeit im Konkurrenzunternehmen
- Faktisch einseitige Festlegung der Konventionalstrafe durch den AG
- Wenn der AN nicht zielstrebig auf den AG-Wechsel hinarbeitet
- Enttäuschte Hoffnungen auf Gehaltserhöhung beim vormaligen AG
- Jahrelange mangelnde Unterstützung des AN bei seinem Wunsch auf Fortbildung
- Schlechtes Betriebsklima

69

1.25. Verfahren beim Verstoß gegen eine Konkurrenzklausel mit Konventionalstrafenregelung

***Michael Leitner*/ASoK 22. Jahrgang/Jänner 2018/Nr. 1, Seiten 28 ff**

Zuständigkeit:

In erster Instanz sind gemäß § 3 ASGG die Landesgerichte (als Arbeits- und Sozialgerichte), für den Sprengel des LGZ Wien das ASG Wien, zur Entscheidung in Arbeitsrechtssachen zuständig. Arbeitsrechtssachen sind nach ständiger Judikatur auch Streitigkeiten über eine nach dem Ende des Arbeitsvertrages wirkende (also nachwirkende) Konkurrenzklausel (OGH, 5.9.2001, 9 ObA 166/01d).

70

Für eine Rechtsstreitigkeit aus einer Konkurrenzklausel ist gem. § 4 ASGG nach Wahl der Klägerin das Landesgericht als Arbeits- und Sozialgericht (das ASG Wien) örtlich zuständig, in dessen Sprengel

- der Arbeitnehmer seinen Wohnsitz hat,
- das Unternehmen seinen Sitz hat,
- regelmäßig wenigstens ein Teil der Arbeit zu leisten war,
- das Entgelt zu zahlen war.

Ist im Arbeitsvertrag für einen Verstoß gegen die Konkurrenzklausel eine Konventionalstrafe vereinbart worden und übersteigt dieser Geldbetrag nicht einen Betrag in Höhe von € 75.000,--, so ist die Klage im sogenannten Mahnverfahren zu erheben (§ 244 ZPO).

71

Das Gericht hat von Amts wegen einen Zahlungsbefehl zu erlassen, gegen den der Beklagte binnen 4 Wochen Einspruch erheben kann.

Mit rechtzeitiger Erhebung des Einspruches tritt der Zahlungsbefehl außer Kraft. Im weiteren Beweisverfahren besteht die Verpflichtung des Klägers zur Behauptung der anspruchsbegründeten Tatsachen, und jene des Beklagten zur Behauptung der Einwendungs- und Einrede-tatsachen. Demzufolge hat die Klägerin auch die Beweise für diese anspruchsbegründeten Tatsachen, die Beklagte die Beweise für die Einwendungs- und Einredetatsachen, vorzulegen.

Zu den von der beklagten Seite zu erhebenden Einreden gehören auch die Verjährung und der Verfall.

72

1.26. Konkurrenzklausel und Betriebsübergang

***Christoph Paul Ludvik*/ASoK 20. Jahrgang/November 2016/Nr. 11, Seiten 451 ff**

Ludvik befasst sich in seinem Beitrag mit 2 Fragen:

Zum einen interessiert, ob und unter welchen Umständen das nachvertragliche Konkurrenzverbot wegfällt, zum anderen, ob der neue Betriebsinhaber die Ansprüche aus einem nachvertraglichen Verbot erwirbt, insbesondere wenn der Betriebsübergang nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses stattfindet.

Das Ergebnis seiner Überprüfung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

73

Eine analoge Anwendung des § 3 Abs. 1 AVRAG erscheint vom Interessensstandpunkt der beteiligten Parteien – zumindest bei einer Gesamtveräußerung durch den Betriebsveräußerer und gleicher Betriebszweckverfolgung des Erwerbers – geboten. Hier fehlt nämlich das berechtigte Interesse des alten Betriebseigners, weswegen dessen Berechtigung wegfällt und daher der Betriebserwerber in dessen Konkurrenzklauselverhältnis eintreten soll. Dazu müssen auch jene Fälle zählen, in denen bloß einzelne Rechtsverhältnisse infolge der Widerspruchsmöglichkeit nach § 38 UGB beim Veräußerer verbleiben, die für sich keine interessensgeschützte wirtschaftliche Einheit bilden.

Bei Betriebsübergängen infolge einer Betriebsspaltung bzw. -teilung erfordert der Grundsatz der Betriebsbezogenheit anhand der ehemaligen Betriebseingliederung des ausgeschiedenen AN eine Zuordnung des Konkurrenzklauselverhältnisses zum verbliebenen

74

oder übergehenden Unternehmensteil.

Ist keine eindeutige Zuordnung des Klauselverhältnisses möglich, ist danach zu unterscheiden, ob gegenüber dem ehemaligen AN ein besonderes geschäftliches Interesse des Erwerbers des teilweise veräußerten Unternehmens(teils) an der Einhaltung der Klausel besteht. Solch ein besonderes Interesse an einer Erstreckung der Berechtigung des Konkurrenzklauselverhältnisses vom Veräußerer auf den Erwerber wäre jedenfalls die Übernahme (einer Haftung aus) der Karenzabgeltungsverpflichtung, da somit das synallagmatische Äquivalenzprinzip neben dem Veräußerer auch zum Erwerber gewahrt bliebe.

Der Umfang des Konkurrenzverbots orientiert sich jeweils am Vertragsinhalt zum Veräußerer und den jeweiligen Umständen der Eingliederung in den veräußerten Betrieb.

75

Bei Integration eines abgespaltenen oder des ganzen Betriebsteils in den Erwerberbetrieb erfolgt keine (automatische) Anpassung an einen neuen Unternehmens- bzw. Betriebszweck und –umfang. Liegt gar kein Interesse des alten oder neuen Klauselberechtigten an der Einhaltung vor, ist diese unverbindlich. Sollte das Gericht im Wege des nachgelagerten Interessenvergleiches feststellen, dass die inhaltlichen Modalitäten der Interessenäquivalenz zuwiderlaufen, können Konkurrenzklauseln zusätzlich iSd § 879 ABGB für (teil)nichtig erklärt oder nach § 36 Abs. 1 Z 3 AngG bzw. § 2c Abs. 1 Z 3 AVRAG gemindert werden.

76

B) Ausbildungskostenvereinbarung

Inhaltsverzeichnis

2.1. Ausbildungskostenrückersatz
2.2. Ausbildungskostenrückersatz bei Saisondienstverhältnissen
2.3. Ausbildungskostenrückersatz: Intransparente Vereinbarung unwirksam
2.4. Ausbildungskostenrückersatz – Verdrängung des KV mit jährlicher Aliquotierungsklausel
2.5. Beteiligung an Ausbildungskosten durch Abzug von Urlaubsguthaben
2.6. Arbeitnehmerkündigung und behaupteter Austrittsgrund: Ausbildungskostenrückersatz
2.7. Vermittlung von speziellem Basiswissen in Banken: Ausbildungskostenrückersatz

2.1. Ausbildungskostenrückersatz

§ 2d AVRAG: (gültig ab 18.3.2006)

(1) Ausbildungskosten sind die vom AG tatsächlich aufgewendeten Kosten für jene erfolgreich absolvierte Ausbildung, die dem AN Spezialkenntnisse theoretischer und praktischer Art vermittelt, die dieser auch bei anderen AG verwerten kann. Einschulungskosten sind keine Ausbildungskosten.

(2) Eine Rückerstattung ist nur hinsichtlich von Ausbildungskosten nach Abs. 1 in einer schriftlichen Vereinbarung zwischen AG und AN zulässig. Die Vereinbarung der Rückforderung des während einer Ausbildung nach Abs. 1 fortgezahlten Entgelts ist hingegen zulässig, sofern der AN für die Dauer der Ausbildung von der Dienstleistung freigestellt ist.

79

(3) Eine Verpflichtung zur Rückerstattung von Ausbildungskosten besteht insbesondere dann nicht, wenn:

1. der AN im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung minderjährig ist und nicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen dazu vorliegt;
2. das Arbeitsverhältnis nach mehr als vier Jahren in besonderen Fällen nach mehr als acht Jahren nach dem Ende der Ausbildung nach Abs. 1 oder vorher durch Fristablauf (Befristung) geendet hat, und
3. die Höhe der Rückerstattungsverpflichtung nicht aliquot, berechnet für jedes zurückgelegte Monat vom Zeitpunkt der Beendigung der Ausbildung bis zum Ende der zulässigen Bindungsdauer, vereinbart wird.

80

(4) Der Anspruch auf Ausbildungskostenrückersatz besteht dann nicht, wenn das Arbeitsverhältnis

1. während der Probezeit iSd § 19 Abs. 2 AngG oder gleichlautender sonstiger gesetzlicher Regelungen,
2. durch unbegründete Entlassung
3. durch begründeten vorzeitigen Austritt
4. durch Entlassung wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit nach § 27 Z 2 AngG oder § 82 lit.b GewO 1859, RGBl. Nr. 227, oder
5. durch Kündigung durch den AG, es sei denn, der AN hat durch schuldhaftes Verhalten dazu begründeten Anlass gegeben;

endet.

81

2.2. Ausbildungskostenrückersatz bei Saisondienstverhältnissen

OGH, 23.7.2019, 9 ObA 35/19s, § 2d Abs. 4 Z 5 AVRAG, ARD 6666/9/2019

Sachverhalt:

Der Kläger war beim beklagten AG ab 10.4.2017 als Arbeiter mit einer Tätigkeit beschäftigt, die bei kalter Außentemperaturen nicht ausgeführt werden kann. Der AG ermöglichte dem Kläger eine Ausbildung zum Zweiwegefahrzeugbediener im Zeitraum 10. bis 26.4.2017 und schloss mit ihm diesbezüglich eine Vereinbarung über die Rückerstattung von Ausbildungskosten.

Der Vizepolier und Vorgesetzte des Klägers kündigte diesem an, dass er „über den Winter stempeln gehen“ solle, weil zu wenig Arbeit vorhanden sei; im Februar oder März 2018 werde die Arbeit wieder beginnen. Der Kläger war mit dieser Vorgangsweise einverstanden,

82

für ihn war klar, dass er wieder kommen wird.

Die vereinbarte „*Unterbrechung*“ des Arbeitsverhältnisses zum 15.12.2017 erfolgte auf der Grundlage eines Schreibens vom 6.12.2017 mit dem Titel „saisonbedingte Abmeldung“. Darin wurde dem Kläger mitgeteilt, dass der 15.12.2017 sein letzter Beschäftigungstag sei. Außerdem wurde er ersucht, sich am darauffolgenden Werktag beim AMS „zum Stempeln“ anzumelden. Eine schriftliche Wiedereinstellungszusage erhielt er nicht.

Ungefähr Anfang Februar 2018 erhielt der Kläger vom AG die Information, dass er ab 12.2.2018 wieder zu arbeiten beginnen könne. An dem Tag nahm er die Arbeit auch tatsächlich wieder auf. Ein Dienstzettel wurde ihm anlässlich der Wiederaufnahme nicht ausgefolgt. Der Kläger kündigte aber sein Arbeitsverhältnis zum 23.3.2018 und der AG behielt anlässlich der Endabrechnung einen Betrag als Ausbildungskostenersatz ein.

83

Mit seiner Klage begehrte der Kläger die Auszahlung dieses Betrages im Wesentlichen mit der Begründung, dass der Abzug aufgrund der Beendigung des Dienstverhältnisses zum 15.12.2017 durch AG-Kündigung iSd § 2d Abs. 4 Z 5 AVRAG rechtswidrig sei. Nachdem die Vorinstanzen das mit der Begründung abwiesen, dass die konkrete Vereinbarung als echte Karenzierungsvereinbarung zu verstehen sei, weshalb ein durchgehendes Arbeitsverhältnis bestanden habe, das letztendlich vom Kläger zur Auflösung gebracht worden sei, ließ der OGH die Revision zu, weil die Frage des Ausbildungskostenersatzes bei saisonbedingt unterbrochenen Arbeitsverhältnissen über den Einzelfall hinaus Bedeutung habe. Die Revision erwies sich als berechtigt.

84

Die Begründung des OGH lässt sich wie folgt zusammenfassen.

Zwischen Aussetzungsvereinbarungen ohne Beendigung des Arbeitsverhältnisses und Wiedereinstellungszusagen (-vereinbarungen) nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist zu unterscheiden (vgl. OGH, 10.2.1999, 9 ObA 271/98p, ARD 5026/11/99).

Bei einer bloßen Karenzierung wird das Arbeitsverhältnis rechtlich nicht beendet; sie wäre daher mit einer Wiedereinstellungszusage (-vereinbarung) nicht in Einklang zu bringen, weil jede „Wiedereinstellung“ zwangsläufig eine vorherige Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzt (vgl. OGH 24.2.1999, 9 ObA 11/99d, ARD 5066/5/99).

85

Im vorliegenden Fall kam der OGH zu dem Ergebnis, dass die Gründe überwiegen, die für eine echte Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses im Sinn einer Beendigung zum 15.12.2017 sprechen.

Dem Kläger wurde zwar eine Wiederbeschäftigung zu einem noch nicht näher konkretisierten Zeitpunkt im Februar/März 2018 in Aussicht gestellt, womit er auch einverstanden war, diese ändere aber nichts daran, dass sein Arbeitsverhältnis zum 15.12.2017 tatsächlich beendet wurde und er saisonbedingt abgemeldet werden sollte, um ihm zur Überbrückung den Bezug von Arbeitslosengeld zu ermöglichen, das nur für den Fall der Beendigung oder Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses zusteht (vgl. auch dazu auch die jüngere Rechtsprechung, die in solchen Fällen ebenfalls von einer echten Unterbrechung ausgeht, zB OGH, 15.11.2001, 8 ObS 257/01d, ARD 5302/4/2002).

86

Gründe, die einen Anspruch des AG auf Ausbildungskostenrückersatz erlöschen lassen, sind in § 2d Abs. 4 AVRAG grundsätzlich **taxativ** aufgezählt (vgl. OGH, 29.9.2014, 8 ObA 57/14m, ARD 6423/9/2014).

Danach besteht der Anspruch auf Ausbildungskostenrückersatz dann nicht, wenn das Arbeitsverhältnis durch „*Kündigung durch den AG*“ endet, es sei denn, dass der AN durch schuldhaftes Verhalten dazu begründeten Anlass gegeben hat.

Vom AG wurde in diesem Fall nicht behauptet, dass das Dienstverhältnis am 15.12.2017 einvernehmlich aufgelöst wurde.

Die Vorgangsweise des AG im Zusammenhang mit der saisonbedingten Abmeldung des Klägers lässt sich daher nur dahingehend beurteilen, dass eine AG-seitige Kündigung erfolgte, ohne dass der AN durch schuldhaftes Verhalten dazu begründeten Anlass gegeben hatte (§ 2d Abs. 4 Z 5 AVRAG).

87

Eine schriftliche Wiedereinstellungszusage wurde dem Kläger nicht erteilt. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sich der Kläger schon im Dezember 2017 zu einer Weiterführung des Arbeitsverhältnisses im Februar 2018 verpflichten hätte wollen. In der Regel tritt nämlich selbst dann, wenn ein AG dem AN eine Wiedereinstellungszusage gibt, dadurch noch keine Bindung des AN ein. Es bleibt vielmehr seiner privatautonomen Entscheidung vorbehalten, das Angebot des AG auf Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses anzunehmen oder nicht (OGH, 30.5.2012, 8 ObA 27/12x, ARD 6251/2/2012).

Die Wiedereinstellungszusage aus Anlass einer echten Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses führt nach der Rechtsprechung zu einer Option des AN zur Begründung eines neuen Arbeitsvertrages, und zwar grundsätzlich zu den vorherigen Bedingungen.

88

Der neue Arbeitsvertrag entsteht in der Folge aber erst dann, wenn der AN die Option ausübt und sich neuerlich zur Arbeit für den AG verpflichtet.

Der AN ist auch berechtigt, das Angebot einer Wiederanstellung sanktionslos abzulehnen (§ 9 Abs. 5 AlVG).

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der AG, der das Arbeitsverhältnis während der Bindungsdauer – wenngleich nur saisonbedingt – kündigt, selbst bei einer Wiedereinstellungszusage im Kündigungszeitpunkt nicht damit rechnen kann, dass die Kosten der Ausbildung des AN durch Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses amortisiert werden können.

Damit würde der Schutzzweck des § 2d AVRAG für den AG verloren gehen. Auch eine saisonbedingte Kündigung des AG mit Wiedereinstellungszusage

89

führt daher dazu, dass das Arbeitsverhältnis zunächst beendet ist und der Anspruch auf Ausbildungskostenrückersatz erlischt.

Ist aber die Rückerstattungspflicht durch AG-Kündigung erloschen, **lebt sie auch nicht wieder** dadurch auf, dass der AN in der Folge eine bloße Option zur Begründung eines weiteren Arbeitsverhältnisses ausübt.

Da sohin eine rückersatzschädliche AG-Kündigung vorlag, war der vom AG bei Beendigung des Dienstverhältnisses durchgeführte Lohnabzug rechtswidrig, weshalb der OGH letztinstanzlich entschied, dass der Klagsanspruch zu Recht besteht.

90

2.3. Ausbildungskostenrückersatz: Intransparente Vereinbarung unwirksam

OLG Wien, 24.11.2017, 9 Ra 97/17a (ao Revision zurückgewiesen, OGH, 27.2.2018, 9 ObA 7/18x), § 2d AVRAG, ARD 6593/10/2018, ARD 6597/12/2018

Sachverhalt:

Die beklagte AN war beim klagenden AG als OP-Diplomkranken-schwester beschäftigt. Anlässlich der Teilnahme der AN im Ausbildungskurs *„OP+ Sterilgutversorgung Teil II“* schlossen die Vertragsparteien folgende Vereinbarung:

„Der AG erklärt sich bereit, für ihre Teilnahme am Kurs OP + Sterilgutversorgung Teil II (siehe Beilage) die Kurskosten in Höhe von € 4.900,-- netto zuzüglich allfälliger Prüfungsgebühren plus allfälliger USt zu übernehmen.

91

Als Gegenleistung dafür verpflichten Sie sich, dem AG ihre Arbeitskraft sowie ihre Kenntnisse und Fähigkeiten für die Dauer von 5 Jahren (beginnend mit dem 9.3.2015) zur Verfügung zu stellen.

Für den Fall, dass Sie vor Ablauf dieser Frist kündigen oder der Dienstgeber das Dienstverhältnis aus einem von ihnen verschuldeten wichtigen Grund auflöst, haben Sie pro Monat einer vor dem vereinbarten Zeitpunkt erfolgten Auflösung des Dienstverhältnisses 1/60 des übernommenen Betrages von € 4.900,-- netto zuzüglich allfälliger Prüfungsgebühren plus allfälliger USt und 1/60 der Kosten der bezahlten Dienstfreistellung zurückzuerstatten. (….)“

Das Dienstverhältnis endete am 7.7.2016 durch einen unberechtigten vorzeitigen Austritt der AN. Mit seiner Klage begehrte der AG einen Betrag in Höhe von € 20.894,20 s.A., der sich aus einem aliquoten

92

Rückersatzanspruch (44/60) betreffend die Ausbildungskosten in Höhe von € 3.593,33 sowie betreffend die Lohnkosten während der kursbedingten Dienstfreistellung in der Dauer von 1.507,42 Stunden (44/60 von € 23.592,10 = 17.300,87) zusammensetzt.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt. Das Berufungsgericht änderte die Entscheidung nun aber über Berufung der AN teilweise ab.

Die Regelung des § 2d AVRAG dient dem Zweck, unzumutbare Beeinträchtigungen der wirtschaftlichen Freiheit des AN hintanzuhalten. Diesem Zweck wird nur dann Rechnung getragen, wenn die getroffene schriftliche Ausbildungskostenvereinbarung ausreichend **transparent** gestaltet ist.

93

Der Transparenzgrundsatz verlangt, dass aus der Vereinbarung die **konkrete Höhe** der vom AN zu ersetzenden Kosten hervorgeht.

Dies trifft im vorliegenden Fall nur hinsichtlich der Ausbildungskosten von € 4.900,-- zu. Im Übrigen spricht die Vereinbarung lediglich von „Kosten der bezahlten Dienstfreistellung“ ohne jede betragliche Präzisierung. Dabei wird das Transparenzgebot nicht nur durch das Fehlen eines konkreten Betrages verletzt, sondern zusätzlich auch dadurch, dass der erste Absatz der Vereinbarung eines Hinweises auf die Kosten der Dienstfreistellung überhaupt entbehrt. Die Vereinbarung thematisiert die Kosten der Dienstfreistellung erst im 3. Absatz. Dieser Umstand trägt zur Intransparenz der Vereinbarung wesentlich bei, weil dem AN nicht sogleich vor Augen geführt wird, dass sich der Rückersatzanspruch nicht auf den aliquoten Teil von € 4.900,-- beschränkt.

94

Hinzu kommt erschwerend, dass die Vereinbarung selbst auch keinen Hinweis auf das zeitliche Ausmaß der kursbedingten Dienstfreistellung enthält, mag dieses Ausmaß auch aus einer in der Vereinbarung genannten Beilage hervorgehen. Dadurch bleibt für den AN das Ausmaß des zu erwartenden Rückersatzanspruches aus dem Titel der Kosten der Dienstfreistellung weitgehend im Dunkeln. Dabei ist es nicht von Bedeutung, ob dem AN das Ausmaß der für den Kurs erforderlichen Dienstfreistellung bekannt war, oder ob dieses Ausmaß für ihn leicht eruierbar war. Kommt es doch nur darauf an, dass die schriftliche Ausbildungskostenvereinbarung als solche dem Transparenzgrundsatz hinreichend Rechnung trägt. Davon kann aber hier im Hinblick auf die Kosten der „bezahlten Dienstfreistellung“ keine Rede sein.

95

Im konkreten Fall ist von einer Teilnichtigkeit, aber nicht von einer gänzlichen Unwirksamkeit auszugehen.

Es muss zwischen der Verpflichtung zur Rückzahlung von Ausbildungskosten und der Verpflichtung zur Rückzahlung von Lohnkosten unterschieden werden (vgl. OGH, 22.9.2010, 8 ObA 70/09s, ARD 6113/4/2011). Es erscheint gerechtfertigt, bei der Prüfung der Wirksamkeit einer beide Verpflichtungen umfassenden Vereinbarung nach § 878 Abs. 2 ABGB analog vorzugehen.

Die Nichtigkeit des einen Teils der Vereinbarung führt daher nicht zur Nichtigkeit des anderen Teils. Allerdings gelten alle für den Ausbildungskostenersatz gegebenen Zulässigkeitsschranken auch für **die Rückforderung der Lohnkosten**.

96

2.4. Ausbildungskostenrückersatz – Verdrängung des KV mit jährlicher Aliquotierungsklausel

OLG Linz, 4.7.2018, 12 Ra 35/18f (bestätigt durch OGH 27. 2. 2019, 9 ObA 105/18h), § 2d Abs. 3, § 19 Abs. 1 Z 37 AVRAG, ARD 6619/7/2018, ARD 6659/7/2019

Sachverhalt:

Der beklagte AN war beim AG vom 1.12.2014 bis 31.7.2017 beschäftigt. Das Dienstverhältnis endete durch Kündigung des AN. Im Dienstvertrag ist eine Verpflichtung zum Rückersatz von Ausbildungskosten, *„soweit der Rückersatz im KV nicht geregelt ist und im Einzelfall darüber keine Vereinbarung getroffen ist“*, im Fall einer Kündigung seitens des AN vorgesehen. Vereinbart wird, dass die Rückzahlungsverpflichtung sich aliquot, berechnet vom Zeitpunkt der Beendigung der jeweiligen Ausbildung bis zum Ende der vereinbarten Bindungsdauer von 3 Jahren

97

verringert.

§ 83 Abs. 3 des KV für die Angestellten der gewerblichen Kreditgenossenschaften in der Fassung vom 1.4.2014 (in weiterer Folge kurz KV bezeichnet) sieht vor, dass der AG berechtigt ist, die Ausbildungskosten (ausgenommen Grundlehrgang) zurückzuverlangen, wenn der Mitarbeiter innerhalb der im nachstehenden angeführten Zeiträume durch Selbstkündigung ausscheidet. Die Rückzahlung erfolgt – je nach Art des Kurses, Seminars oder Tagung – bis zum Ablauf eines Jahres nach Ablegung der Prüfung bzw. Ende des jeweiligen Kurses in der Regel zu 100 %, bis zum Ablauf des zweiten Jahres zu 50 % oder 75 % und bis zum Ablauf des dritten (oder vierten) Jahres zu 50 % der Ausbildungskosten.

Der AN absolvierte ein Seminar vom 12. bis 14.10.2016 (Teil 1) und vom 23. bis 25.11.2016 (Teil 2).

98

Am 6.10.2016 unterfertigte er eine „*Seminarbuchung*“, in welcher der Seminarpreis angeführt ist, samt Hinweis, dass auf den Ausbildungskostenrückersatz gemäß KV aufmerksam gemacht wird und die Seminarkosten samt den anfallenden Fahrt- und Aufenthaltskosten gemäß den Bestimmungen des KV zurückgefordert werden können.

Vom 3. bis 6.4.2017 nahm der AN an einem weiteren Seminar teil, zuvor unterfertigte er am 19.1.2017 eine gleichlautende Seminarbuchung. Mit der vorliegenden Klage begehrte der AG, gestützt auf § 83 KV, € 4.325,18 an Seminarkosten sowie an ausbezahlten Reisespesen zurück. § 2d AVRAG gelangte gem. § 19 Abs. 1 Z 18 AVRAG nicht zur Anwendung, da im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Bestimmung (18.3.2006) eine kollektivvertragliche Regelung über den Ausbildungskostenersatz bestanden habe.

99

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt.

Das Berufungsgericht gab jedoch der Berufung des beklagten AN mit der folgenden Begründung statt:

Im Ergebnis trifft es zu, dass § 2d Abs. 3 Z 3 AVRAG idF BGBl. I 2015/152 den vom Erstgericht herangezogenen § 83 KV verdrängt.

Anlässlich der Neuregelung des Ausbildungskostenrückersatzes und der Schaffung des § 2d AVRAG ab 18.3.2006 wurde in § 19 Abs. 1 Z 18 AVRAG als Übergangsbestimmung unter anderem geregelt, dass § 2d AVRAG idF BGBl I 2006/36 mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft tritt und für nach dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes neu abgeschlossene Vereinbarungen über den Ausbildungskostenrückersatz gilt und (2. Satz) im Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehende Normen der kollektiven Rechtsgestaltung betreffend den Ausbildungskosten-rückersatz durch die Regelung des AVRAG nicht berührt werden.

100

Schließlich trat die Novellierung des § 2d Abs. 3 Z 2 und 3 AVRAG durch BGBl I 2015/152 zum 29.12.2015 mit der in § 19 Abs. 1 Z 37 AVRAG enthaltenen Übergangsbestimmung in Kraft, wonach ua § 2d Abs. 3 Z 2 und 3 AVRAG idF BGBl I 2015/152 mit dem der Kundmachung dieses Bundesgesetzes folgenden Tag in Kraft tritt und für nach dem Inkrafttreten neu auszustellende Dienstzettel oder neu abgeschlossene Vereinbarungen über den Ausbildungskostenersatz gilt.

Vergleicht man diese beiden Übergangsbestimmungen, fällt auf, dass der zweite Satz der Ziffer 18 in der Ziffer 37 fehlt. Schon der unterschiedliche Wortlaut zeigt, dass der Gesetzgeber nicht mehr zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehende KV-Normen als sozialpartnerschaftliche ausverhandelte und damit hinlänglich ausgewogene Regelungen zum Ausbildungskostenersatz selbst dann für die Zukunft akzeptieren will, wenn sie vom Schutzniveau des

101

§ 2d AVRAG abweichen, sondern der Gesetzgeber **generell § 2d AVRAG für neu abgeschlossene Rückzahlungsvereinbarungen angewendet** wissen will. Dieser Eindruck wird durch die Regierungsvorlage (903 BlgNR 25. GP 3) bestätigt, wo es heißt:

„§ 2d Abs. 3 Z 2 und 3 AVRAG tritt mit dem der Kundmachung dieses Bundesgesetzes folgenden Tag in Kraft und findet Anwendung auf nach dem Inkrafttreten neu abgeschlossene Vereinbarungen. Die geänderten Bestimmungen sind somit auch im Fall von Arbeitsverhältnissen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens aufrecht sind, zu beachten. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehende kollektivvertragliche Regelungen des Ausbildungskostenrückersatzes, die eine davon abweichende Aliquotierung der Rückersatzverpflichtung vorsehen (etwa eine Aliquotierung nach Jahren), sind im Fall von neu geschlossenen Rückersatzvereinbarungen unbeachtlich."

102

Damit ist klargestellt, dass – anders als bei Inkrafttreten des BGBl I 2006/36 – nunmehr mit Inkrafttreten des BGBl I 2015/152 **bereits bestehende Kollektivverträge** mit Ausbildungskostenrückersatz-klauseln **nicht mehr unberührt** bleiben.

Das Schutzniveau wird einheitlich auf das in § 2d AVRAG normierte angehoben.

Da für jede Ausbildung eine eigene Rückersatzvereinbarung abzuschließen ist, ist für den Abschlusszeitpunkt im vorliegenden Fall auf die Seminarbuchungen abzustellen, also den 6.10.2016 und den 19.1.2017. Beide Zeitpunkte liegen **nach dem 29.12.2015**, sodass sie gem. § 19 Abs. 1 Z 32 AVRAG unter die Neuregelung fallen.

Damit führt aber im vorliegenden Fall schon die Anwendbarkeit des § 2d Abs. 3 Z 3 AVRAG zur Klagsabweisung. Die nach den kollektiv-vertraglichen Vorgaben vereinbarte Rückzahlungsverpflichtung ist mit dieser Bestimmung jedenfalls **nicht vereinbar**, da sie nur eine

103

jährliche Aliquotierung vorsieht. In einer Rückzahlungsvereinbarung ist aber **zwingend** zu vereinbaren, dass sich der vereinbarte Rückzahlungsbetrag für jeden im Arbeitsverhältnis nach erfolgreicher Beendigung der Ausbildung zurückgelegten **Monat anteilig verringert**.

Eine davon abweichende Ausgestaltung der zeitlichen Aliquotierung des Rückerstattungsbetrages (etwa eine jährliche Aliquotierung) ist aufgrund des zwingenden Charakters dieser Bestimmung unzulässig und hat die Unwirksamkeit der (gesamten) Rückzahlungsvereinbarung zur Folge (903 BlgNR 24. GP 3).

Der OGH ist auch schon bisher bei einer fehlenden Aliquotierungs-bestimmung von einer **Gesamtnichtigkeit** ausgegangen (vgl. OGH, 1.4.2009, 9 ObA 126/08g, ARD 5973/5/2009).

104

2.5. Beteiligung an Ausbildungskosten durch Abzug von Urlaubsguthaben

OLG Wien, 20.12.2017, 7 Ra 65/17f (Revision vom OLG nicht zugelassen), §§ 4, 12 UrlG, ARD 6607/8/2018

Sachverhalt:

Die Vereinbarungen in einem Unternehmen über externe Weiterbildungen und den Ausbildungskostenrückersatz enthalten ua die Bestimmung, dass sich die AN zur Rückerstattung der vom AG bezahlten Kosten der Bildungsveranstaltung und der Lohnkosten und Lohnnebenkosten verpflichten, die während jener Zeiträume aufgelaufen sind, in denen die AN zum Zweck der Ausbildung vom Dienst freigestellt waren, wenn das Arbeitsverhältnis vor dem Ablauf von 5 Jahren nach dem Abschluss der Bildungsveranstaltung durch AN-Kündigung, begründete Entlassung oder ungerechtfertigten Austritt endet.

105

In jeder Bildungsvereinbarung ist außerdem ein *„Eigenbeitrag Mitarbeiter: 400/252,50 oder 316 Stunden“* ausgewiesen. Unter der Überschrift *„Art und Zeitpunkt der Abbuchung“* ist dann jeweils zu lesen, dass mit Beginn der Ausbildung bei einem bestimmten Zeitraum von 5 Jahren jeweils 80 Stunden/50,50 Stunden oder 63,50 Stunden (und 62 Urlaubsstunden) abgebucht werden; weiters, dass *„bei Beendigung des Dienstverhältnisses vor Ablauf der Rückzahlungsverpflichtung […] die Rückverrechnung der nicht abgebuchten Urlaube als vereinbart (gilt)“*.

Der klagende BR hat vom AG gefordert, davon Abstand zu nehmen, Ausbildungsvereinbarungen mit den AN des Inhalts zu treffen, dass die AN sich durch Abzug von Urlaubsguthaben an den Ausbildungskosten zu beteiligten haben, respektive bereits in Abzug gebrachtes Urlaubsguthaben wieder gutzuschreiben.

106

Das Erstgericht sprach aus, dass die Bildungsvereinbarung gegen die zwingenden Bestimmungen des UrlG verstoße. Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und führte dazu zusammenfassend Folgendes aus:

Urlaub ist Freistellung des AN von seiner Arbeitspflicht für eine bestimmte Zeit bei Fortzahlung des Entgeltes. Der Urlaubsanspruch ist grundsätzlich ein Naturalanspruch und hat keinen Entgeltcharakter.

Die hier strittige Vereinbarung steht bereits diesen Grundsätzen des Urlaubsrechtes entgegen, indem sie den Naturalanspruch des AN in Entgelt (Anteil an Lohnkosten und Lohnnebenkosten) umwandelt und als Beitrag des AN zu den fortgesetzten Entgeltfortzahlungen während der Ausbildung wertet. Da dem Urlaubsanspruch aber kein Entgeltcharakter zukommt, verstößt diese Vorgangsweise gegen § 12 UrlG.

107

Inhalt der Urlaubsvereinbarung ist eine Freistellung von der Arbeit unter Aufrechterhaltung des Entgeltanspruches. Dem Wesen dieser Vereinbarung entsprechend müssen beide Vertragspartner über den Verbrauch von Urlaub, den Zeitpunkt des Urlaubsantritts und die Dauer des Urlaubs übereinstimmen.

Diesen Anforderungen entspricht die konkrete Bildungsvereinbarung nicht, weil die zeitliche Lagerung des konkreten jährlichen Urlaubsverbrauches in keiner Weise bestimmt ist.

Determiniert ist lediglich die Urlaubsdauer von 80 Stunden. So ist beispielsweise innerhalb der Ausbildungsdauer vom 1.7.2013 bis 30.6.2014 in keiner Weise ersichtlich, für welchen Zeitraum innerhalb der Ausbildungsdauer Urlaub (Beginn und Ende) vereinbart werden soll. Dies gilt auch für die Jahre nach Abschluss der Ausbildung, in

108

denen einfach zwei Urlaubswochen vom jährlichen Urlaubsanspruch abgezogen werden. Diese Vereinbarung beschränkt unzulässig die Rechte, die dem AN aus § 4 Abs. 1 UrlG zustehen und ist daher insoweit rechtsunwirksam.

Selbst wenn man die Vereinbarung, wonach der Urlaubsverbrauch während der Fortbildung aufgeteilt über einen Zeitraum von 5 Jahren von den in diesen Jahren entstehenden jährlichen Urlaubsansprüchen in Abzug gebracht wird, als Urlaubsvorgriff wertet, wäre ein solcher vom Urlaubsgesetz nicht mehr gedeckt und daher unzulässig.

Der Vorgriff auf künftige Urlaubsansprüche wird von Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich für zulässig erachtet (vgl. OGH, 29.1.2015, 9 ObA 135/14i, ARD 6444/7/2015).

109

Eine Regelung, dass der Urlaubsanspruch der nächsten 5 Jahre ganz oder zumindest teilweise im Vorhinein konsumiert werden kann, findet sich soweit überblickbar im Rechtsbestand nicht und würde auch den Intentionen des Urlaubsgesetzes diametral zuwiderlaufen.

110

2.6. Arbeitnehmerkündigung und behaupteter Austrittsgrund: Ausbildungskostenrückersatz?

OLG Wien, 25.4.2017, 7 Ra 94/16v (Revision vom OLG nicht zugelassen), § 26 Z 1 AngG, § 2d AVRAG, ARD 6567/7/2017

Sachverhalt:

Mit seiner Klage begehrte der AG von der beklagten AN, die beim AG die Ausbildung zur diplomierten Gesundheits- und Krankenschwester absolvierte, einen Betrag von € 13.333,--, unter dem Titel des Ausbildungskostenrückersatzes. Nach Ansicht des Erst- und des Berufungsgerichtes ist die getroffene Vereinbarung über die Rückerstattung der Ausbildungskosten unter Berücksichtigung aller Umstände zulässig. Mit Hinweis auf die Judikatur zur Abfertigung alt vertritt die AN die Rechtsansicht, dass trotz Eigenkündigung des

111

Dienstverhältnisses die Voraussetzungen eines berechtigten vorzeitigen Austritts vorgelegen seien, zumal ihr die Weiterbeschäftigung beim AG wegen Gesundheitsgefährdung nicht zumutbar gewesen sei. Sie müsse daher die Ausbildungskosten nicht zurückerstatten.

Das Berufungsgericht teilt die Rechtsansicht der Klägerin nicht und führt zusammengefasst Folgendes aus:

Kündigt eine AN ihr Arbeitsverhältnis auf und behauptet, aufgrund Gesundheitsgefährdung liege eigentlich ein Austrittsgrund vor, wobei sie die Gesundheitsgefährdung auf eine einmalige Attacke und Bedrohung durch eine bereits aufgrund dieses einmaligen Vorfalls fristlos entlassene Kollegin stützt, so ist de facto für den AG nicht erkennbar, dass bei der AN konkret eine Gesundheitsgefährdung vorliegt, die aus der von der AN ausgeübten Tätigkeit resultiert.

112

Da somit kein berechtigter Austrittsgrund vorliegt und daher die AN-Kündigung einem berechtigten vorzeitigen Austritt nicht gleichzusetzen ist, kann der AG von der AN den Rückersatz von Ausbildungskosten verlangen.

113

2.7. Vermittlung von speziellem Basiswissen in Banken: Ausbildungskostenrückersatz

OLG Wien, 25.11.2016, 10 Ra 57/16z (Revision vom OLG nicht zugelassen), KV-gewerbliche Kreditgenossenschaften § 83 Abs. 3, ARD 6536/13/2017

Sachverhalt:

Der Kläger war etwas mehr als 3 Jahre als Bankangestellter beim beklagten AG beschäftigt. Auf sein Dienstverhältnis ist der KV für die Angestellten der gewerblichen Kreditgenossenschaften anwendbar, der in § 83 den Rückersatz von Ausbildungskosten regelt. Auch der Dienstvertrag enthielt eine Rückersatzklausel. Der Kläger besuchte während seines Dienstverhältnisses ua folgende Kurse: *„Finanzierungs- und Anlageberatung 1“, „Vertrieb mit System“*.

114

Das Dienstverhältnis endete schließlich durch AN-Kündigung.

Strittig war im Verfahren ua, ob es sich bei den vom Kläger absolvierten Kursen um solche handelt, die den (aliquoten) Rückersatz von Ausbildungskosten rechtfertigen. Der Kläger bezweifelte eine Verwertbarkeit des vermittelten Wissens am allgemeinen Arbeitsmarkt. Seiner Ansicht nach kamen die im Kurs „Finanzierungs- und Anlagenberatung 1“ vermittelten Kenntnisse lediglich denen einer **bloßen Einschulung eines Neulings** gleich.

Der Kläger habe daher auch aufgrund seiner bereits in der Schule gewonnen Kenntnisse, nämlich über volks- und betriebswirtschaftliche Grundbegriffe und in ganz groben Zügen Finanzierungsgrundlagen, durch diesen Kurs keine zusätzlichen Fähigkeiten erworben.

115

Das Erstgericht kam zu dem Schluss, dass dem AG der Rückersatz der Ausbildungskosten zustehe. Das Berufungsgericht bestätigte diese Ansicht und führte dazu ua Folgendes aus:

Will ein bei einer Bank zunächst an der Kassa tätiger AN sein Aufgabengebiet erweitern und die Ausbildung zum Kundenberater samt Kundenberaterprüfung absolvieren, so handelt es sich bei den von ihm freiwillig besuchten und vom AG finanzierten Kursen, bei denen Basiswissen zu den speziellen Themengebieten Finanzierung und Veranlagung, sowie Strategien zur Verwendung und Nutzbarmachung von aus Computerprogrammen gewonnen Daten und Informationen vermittelt wurden, um Kurse, bei denen zusätzliche Fähigkeiten und Kenntnisse erworben wurden, die nicht nur auf den Betrieb des AG beschränkt sind, sondern die der AN auch bei anderen AG verwerten

116

kann und ihm damit auch bessere Verdienstmöglichkeiten in anderen Bankunternehmen verschaffen könnten.

Der AG kann daher im Fall einer AN-Kündigung die von ihm getragenen Ausbildungskosten (aliquot) zurückverlangen.

117

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

118