

Steuerabkommen Österreich – Schweiz

Cold Calling im
KSchG

Immobilien­ertragsteuer
Neue Sorge für Parteienvertreter

Entscheidung in angemessener Frist
Zugang zum OGH

Abgrenzungsenigma
EuGVVO/EuInsVO

Gemeinnützige
Europäische Stiftung

Bank Burgenland
Entscheidungen des EuG

Aliquotierungsverpflichtung und Bindungsdauer des fortgezahlten Entgelts während der Ausbildung

Ausbildungskosten iSd § 2 d AVRAG sind derzeit Gegenstand einer häufigeren Rsp des OGH. Andererseits finden sich zumindest seit Einführung der zitierten Bestimmung¹⁾ nur vereinzelt Judikate zu der Frage der Behandlung des fortgezahlten Entgelts während der Ausbildung. Diese betreffen im Übrigen zumeist nur die Problematik, was unter Freistellung iSd § 2 d AVRAG zu verstehen sei.²⁾ Beleuchtet wird die Frage, ob eine Aliquotierung des fortgezahlten Entgelts durch § 2 d AVRAG bzw die Rsp zwingend geboten ist.

THOMAS REISCH

Aus der Bestimmung des § 2 d AVRAG ergibt sich prima vista keine Aliquotierungsverpflichtung. Die Judikatur vor Einführung des § 2 d AVRAG geht zumeist unreflektiert von einer Aliquotierungsverpflichtung des fortgezahlten Entgelts aus, was zum Teil auch darauf zurückzuführen ist, dass diese von den jeweiligen Dienstgebern bereits vorgesehen wurde.³⁾ Der oberstgerichtlichen Rsp ist der Grundsatz zu entnehmen, dass bei Rückforderungen von während der Ausbildung fortgezahltem Entgelt stets zu prüfen ist, ob die Interessenabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen ergibt, ob die Erfüllung einer solchen Vereinbarung zugemutet werden kann und diese Vereinbarung die Kündigungsfreiheit nicht unzumutbar einschränkt (im Sinne von mobilitätshemmend).⁴⁾ Weiters findet sich die Tendenz, dass der Dienstnehmer die „Kosten“ der Ausbildung degressiv zurückzuerstatten hat, da der Arbeitgeber in dieser Zeit die durch die Ausbildung verbesserte Arbeitskraft des Arbeitnehmers nutzen kann.⁵⁾

Dass der Dienstgeber das fortgezahlte Entgelt während der Dauer der Ausbildung rückfordern kann, entspricht der stRsp bereits vor der Einführung des § 2 d AVRAG. Durch das ausdrückliche Anführen in § 2 d AVRAG hat der Gesetzgeber diesem Umstand Rechnung getragen. Kritisch zu betrachten ist jedoch die spärliche Judikatur zu der Frage, ob nach Einführung des § 2 d AVRAG eine Aliquotierungsverpflichtung überhaupt besteht bzw ob diese – ausgehend von der älteren Rsp – jedenfalls immer gegeben sei.

Als „Vereinfachung“ wird bei der Prüfung oben angeführter Frage die Verpflichtung des Dienstgebers vorausgesetzt, eine schriftliche Vereinbarung mit dem Dienstnehmer zu treffen sowie diesen im Sinne der E zu 8 ObA 70/09 s von der betrieblichen Verwendung freizustellen.

Bereits in den Materialien zu der Einführung der Bestimmung des § 2 d Abs 2 Satz 2 AVRAG wird die Entscheidungsbesprechung von *Dusak* (ZAS 1987/128) angeführt, der zusammengefasst ausführt, dass für Zeiten der Dienstfreistellung „sogar Unentgeltlichkeit“ vereinbart werden kann, sodass es zulässig

sei, für diesen Zeitraum eine Entlohnung (Anmerkung: nur) unter der Bedingung zuzusagen, dass der Arbeitnehmer nach Abschluss der Ausbildung für eine gewisse Zeit im Betrieb des Trägers der Ausbildungs-(und Entgeltfortzahlungs-)kosten verbleibt.

Die Begründung hierfür ist zusammengefasst, dass aufgrund des synallagmatischen Vertragsverhältnisses zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer es diesen im Rahmen der Privatautonomie freisteht, für gewisse „Fälle“ abweichende Regelungen (einvernehmlich) zu den im Arbeitsvertrag festgehaltenen Hauptleistungspflichten (Entgelt für Arbeitsleistung) zu treffen.⁶⁾

§ 2 d Abs 1 AVRAG enthält eine „Legaldefinition“ von Ausbildungskosten. In Abs 1 leg cit wird die Rückforderung von Entgeltzahlungen nicht angeführt.

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

In Abs 2 leg cit wird angeführt, dass die *Rückerstattung* von Ausbildungskosten nach Abs 1 – sofern in einer schriftlichen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer festgehalten – zulässig ist. Der zweite Satz des Abs 2 leg cit hält – wie zuvor ausgeführt – fest, dass eine Vereinbarung der Rückforderung des während einer Ausbildung nach Abs 1 fortgezahlten Entgelts ebenfalls zulässig sei, sofern der Arbeitnehmer für die Dauer der Ausbildung von der Dienstleistung freigestellt ist.

(2) Eine *Rückerstattung* ist nur hinsichtlich von Ausbildungskosten nach Abs. 1 in einer schriftlichen Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zulässig. Die Vereinba-

Mag. *Thomas Reisch* ist RA in Wien.

1) BGBl 2006/3, 17. 3. 2006.

2) Vgl insb OGH 22. 9. 2010, 8 ObA 70/09 s wbl 2011/40.

3) OGH 26. 11. 1985, 4 Ob 124/85; 11. 8. 1993, 9 ObA 151/93 ua.

4) RIS-Justiz RS0016712; RS0017754.

5) OGH 28. 6. 2011, 9 ObA 74/11 i zur Rsp vor § 2 d AVRAG.

6) Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ vgl OGH 11. 8. 1993, 9 ObA 130/93.

zung der *Rückforderung* des während einer Ausbildung nach Abs. 1 fortgezählten Entgelts ist hingegen zulässig, sofern der Arbeitnehmer für die Dauer der Ausbildung von der Dienstleistung freigestellt ist.

Der § 2 d Abs 3 AVRAG spricht dezidiert von der *Rückerstattung* (Abs 2 erster Satz!) von Ausbildungskosten. Auch die Z 3 des Abs 3 leg cit spricht von der Höhe der Rückerstattungsverpflichtung.

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

Ebenso wird in Abs 4 leg cit ausschließlich auf den Anspruch auf Ausbildungskostenrückerstattung Bezug genommen.

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

Aus der bewussten Verwendung der Begriffe „Rückerstattung“ ergäbe sich sohin, dass der Gesetzgeber die Aliquotierung ausschließlich von Ausbildungskosten vor Augen hatte. Hätte der Gesetzgeber eine Aliquotierung auch des Entgelts für den Zeitraum der Ausbildung vorgesehen, so wäre zumindest die Verwendung des Begriffs „*Rückforderung*“ wie im zweiten Satz des Abs 2 leg cit im Gesetz aufzunehmen gewesen. Der Gesetzgeber hätte eine Formulierung wie in Abs 3 leg cit jedenfalls nicht gewählt, wenn er auch die Aliquotierung des fortgezählten Entgelts als verpflichtend vorsehen wollte. In diesem Fall hätte es genügt, wenn in Abs 3 lediglich Bezug auf Abs 2 leg cit genommen worden wäre (Beispielsweise: „Eine Verpflichtung nach Abs 2 besteht insbesondere dann nicht, wenn [...]“).

Die zweifelsohne bestehende synallagmatische Beziehung zwischen Arbeitsleistung und Entgelt bedingt, dass der Dienstgeber nur dann ein Entgelt zu entrichten hat, wenn der Dienstnehmer eine entsprechende Gegenleistung erbringt. Ausgenommen von diesem Grundsatz sind jene Fälle, in welchen die Entgeltfortzahlungsbestimmungen zur Anwendung gelangen. Dem Dienstgeber steht es sohin frei, dem Dienstnehmer während einer Ausbildung das Entgelt zu bezahlen, obgleich er keine Gegenleistung erhält. Diese freiwillige Zahlung kann im Rahmen der Privatautonomie, die auch für Arbeitsvertragsverhältnisse grundsätzlich gilt, an Bedingungen geknüpft werden. Als Bedingung wird in der Regel eine gewisse Dauer des Verbleibens beim Dienstgeber vereinbart werden. Eine Aliquotierung dieses Entgelts wäre nach dem Gesetzeswortlaut nicht ohne weiteres zwingend. Die Fortzahlung als solche könnte nach den „klassischen“ rechtlichen Instrumenten als Gehaltsvorschuss, als Schenkung unter Vorbehalt des Widerrufs, als Darlehen mit einer Verfallsabrede, oder aber auch als schlichte Vereinbarung im Rahmen des Dienstvertrags ua qualifiziert werden. Auch kondiktionsrechtliche Ansprüche wären denkbar.⁷⁾

Zu hinterfragen ist nunmehr, wie lange ein Dienstgeber das fortgezählte Entgelt zurückfordern kann und unter welchen Bedingungen. Diese Fragen stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Aliquotierungsverpflichtung. Nun ist bei realistischer Betrachtung davon auszugehen, dass eine dreißigjährige Frist zur Rückforderung des bezahlten Entgelts wohl nicht zur Anwendung gelangen wird.⁸⁾

Anhaltspunkte für die Dauer der Rückforderbarkeit des fortgezählten Entgelts bieten zunächst einmal die Rsp bzw die gesetzlichen Bestimmungen in jenen Fällen, in welchen der Dienstnehmer das ausständige Entgelt einfordern kann. Diese beträgt drei Jahre.⁹⁾ Im Gegensatz zu dem Fall, wo einem Dienstnehmer ein Entgelt seitens des Dienstgebers geschuldet wird und davon auszugehen ist, dass der Dienstgeber hievon in aller Regel Kenntnis hat, erscheint es jedoch fraglich, ob es zulässig sein wird, dass der Dienstnehmer drei Jahre lang in „Ungewissheit“ hinsichtlich einer allfälligen Rückforderung seines Dienstgebers lebt. Dies widerspräche der grundsätzlichen Rsp bei Arbeitsverhältnissen, dass zwischen den Vertragsparteien rasch Rechtssicherheit geschaffen werden soll.¹⁰⁾ Insofern korrespondiert daher das Erfordernis einer schriftlichen Vereinbarung über die Rückforderbarkeit des fortgezählten Entgelts mit den gesetzlichen Vorgaben des § 2 d AVRAG. Der Dienstnehmer muss daher vor Beginn seiner Ausbildung in Kenntnis davon sein, ob der Dienstgeber das fortgezählte Entgelt zurückfordern wird. Die Höhe wird hierbei eine untergeordnete Rolle spielen, da der Dienstnehmer über sein Entgelt üblicherweise informiert ist! Ist mit dem Dienstnehmer die Rückforderung des fortgezählten Entgelts vereinbart, so müsste der Dienstgeber – sofern keine abweichenden Vereinbarungen getroffen wurden – das fortgezählte Entgelt innerhalb von drei Jahren zurückfordern. Zur Vermeidung von Verjährungsfolgen müsste der Dienstgeber aber vor Ablauf der Frist das Entgelt jedenfalls zurückfordern! Denkbar wäre aber in diesem Zusammenhang, dass der Dienstgeber eine laufende Aufrechnung vornimmt und somit den Dienstnehmer in die Situation versetzt, erst nach drei Jahren ab Beendigung des Dienstverhältnisses zu wissen, ob er das fortgezählte Entgelt zurückbezahlen muss!

Der Dienstgeber kann mit dem Dienstnehmer vereinbaren, dass er auf eine Rückforderung des fortgezählten Entgelts verzichtet, sofern dieser für eine gewisse Dauer im Unternehmen verbleibt. Der Dienstgeber wird diese „Sicherheit“ des Verbleibens im Unternehmen als adäquate Gegenleistung des Dienstnehmers für das von ihm fortgezählte Entgelt betrachten. Die Rsp – insb vor § 2 d AVRAG – ging jedoch von einer Aliquotierungspflicht auch dieses Entgelts aus. Begründet wurde dies – wie oben dargelegt – damit, dass der Dienstnehmer auf Grund seiner verbesserten Ausbildung für den Dienstgeber „wertvoller“ ist und dadurch „quasi“ die „Investition“¹¹⁾ abarbeitet. Wird dem Dienstnehmer die Ausbildung und das Entgelt für diese Dauer fortgezahlt, so würde der Dienstnehmer durch Erbringen seiner vertraglichen Verpflichtung sowohl die Ausbildungskosten als auch das ohne Gegenleistung erbrachte Entgelt dem Dienstgeber quasi zurückbezah-

7) ZB § 1435 ABGB „condictio causa data causa non secuta; condictio causa finita“.

8) *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹¹ 6/290 mwN.

9) § 1486 Z 5 ABGB.

10) Vgl die Rsp im Zusammenhang mit Verfallsbestimmungen.

11) Im Sinne des fortgezählten Entgelts.

len! Hinsichtlich der Ausbildungskosten ist diese Begründung nachvollziehbar und sachgerecht. Hinsichtlich des fortgezählten Entgelts erscheint aber diese Begründung ausreichend keinen Ausgleich herzustellen.

Der Dienstgeber erbringt seine Leistung, ohne hierfür eine Gegenleistung zu erhalten. Die Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung des Dienstnehmers und seine gesteigerte Ausbildung können nur hinsichtlich der übernommenen Ausbildungskosten als Äquivalent dienen. Auch eine Argumentation hinsichtlich der Einschränkung der Kündigungsfreiheit¹²⁾ des Dienstnehmers greift zu kurz. Letztere basiert zum Teil auf den bereits dargelegten Überlegungen (Verwendung des besser ausgebildeten Dienstnehmers durch den Dienstgeber). Eine Einschränkung der Kündigungsfreiheit durch den Erhalt des Entgelts, ohne eine Gegenleistung erbracht zu haben, erscheint augenscheinlich nicht gegeben. Bei einer Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Dienstnehmer während der Ausbildungsdauer durch Erhalt seines Entgelts weiterhin finanziell und sozialversicherungsrechtlich abgesichert ist. Der Dienstgeber erhält keine Gegenleistung.¹³⁾ Werden die Ausbildungskosten vom Dienstgeber ebenfalls getragen, so würde eine Aliquotierung auch des Entgelts zu einer Störung der vertraglichen Äquivalenz zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer führen.

Verdeutlicht wird dieses Missverhältnis insb dann, wenn der Dienstgeber dem Dienstnehmer auf Grund dessen erhöhter Ausbildung ein erhöhtes Entgelt gewährt (Gehaltserhöhung)! Das höhere Entgelt wird als Abgeltung der Ausbildung verstanden werden müssen. Der Dienstnehmer erhält in solchen Fällen ein entsprechendes Äquivalent zu seinem Ausbildungsstand. Der Dienstgeber, der für dieses Ausbildungsniveau das entsprechende Entgelt leistet, erhält im Gegenzug für die von ihm bezahlten Ausbildungskosten bzw das fortgezählte Entgelt jedoch „nur“ die ohnehin geschuldete vertragliche Leistung. Es kommt zu einer Belastung des Dienstgebers, die nur durch den Verbleib des Dienstnehmers in seinem Unternehmen für eine gewisse Dauer eine adäquate Gegenleistung darstellt. Ansonsten wäre die Übernahme des fortgezählten Entgelts und der Ausbildungskosten durch den Dienstgeber bei gleichzeitiger Gehaltserhöhung als wohl nicht zu unterstellende karitative Absicht zu qualifizieren.

In Ermangelung eines eindeutigen gesetzlichen Wortlauts wird die Rsp im Zuge von Interpretationsmethoden¹⁴⁾ danach trachten, eine Aliquotierungsverpflichtung auch des fortgezählten Entgelts zu begründen. Dabei müssten wesentliche vertragliche Grundsätze verneint werden. Auch eine Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit vermag nicht die Bedenken, die gegen eine Aliquotierungsverpflichtung bestehen, auszuräumen.

Dem Dienstgeber muss es freistehen, dem Dienstnehmer eine „freiwillige“ Leistung zu gewähren, welche jedoch an „eine“ Bedingung geknüpft ist. Zumeist wird diese in einer Bindung an das Unternehmen vorliegen. Der Dienstnehmer wird aber in Kenntnis zu setzen sein, wann er und unter welchen

Bedingungen er das fortgezählte Entgelt zurückzahlen hat. Praktisch sinnlos wäre es, wenn der Dienstgeber die Rückforderung des fortgezählten Entgelts sich jedenfalls vorbehält. Der Dienstnehmer wird – so ist davon auszugehen – nur einen geringen Vorteil darin erblicken, das Entgelt während der Ausbildung zu beziehen, wenn er dieses jedenfalls zurückzahlen muss!¹⁵⁾ Wird vom Dienstgeber das Entgelt während der Ausbildung fortgezahlt, so wird dies üblicherweise unter der Bedingung einer gewissen Verweildauer beim Dienstgeber stehen. Die Vereinbarung des Entfalls der Rückforderung des fortgezählten Entgelts wird notwendig sein, um einerseits die Annahme des Anbots für den Dienstnehmer überhaupt attraktiv zu machen und andererseits um nicht zu der Betrachtung als „unzumutbare“ Einschränkung der Kündigungsfreiheit zu gelangen, indem den Dienstnehmer mit der Rückforderung „endlos“ gedroht werden könnte.

Die Fortzahlung des Entgelts während der Ausbildung wird der Dienstgeber va dann anbieten, um wichtige Mitarbeiter an das Unternehmen zu binden. Auch die öffentlichen Dienstgeber bieten ihren Vertragsbediensteten derartige Möglichkeiten. Unter Berücksichtigung der erhöhten Bestandsfestigkeit derartiger Dienstverhältnisse sind die öffentlichen Dienstgeber verpflichtet, mit den hierfür aufgewendeten Steuermitteln schonend und verantwortungsvoll umzugehen. Denkbar wären auch jene Fälle, in welchen die Dienstnehmer eine Ausbildung absolvieren, die für den Dienstgeber nicht unmittelbar verwertbar sind.

Eine Aliquotierungsverpflichtung des fortgezählten Entgelts ergibt sich aus der Bestimmung des § 2 d AVRAG nicht. Die Rsp hat zu dieser Frage seit Einführung dieser Gesetzesstelle – soweit überblickbar – noch nicht dezidiert Stellung genommen. Eine Aliquotierung des fortgezählten Entgelts würde zu einer Störung der arbeitsvertraglich gebotenen Äquivalenz führen. Die Rückforderung erscheint in voller Höhe zulässig, sofern der Dienstnehmer eine derartige Vereinbarung vor Beginn der Ausbildung bzw der Fortzahlung unterfertigt und der gänzliche Entfall vorgesehen ist. Die Kontrollfrage, die man sich bei der Prüfung der Rückforderbarkeit des fortgezählten Entgelts stellen muss, wird jene sein, ob die Rückforderung des Entgelts für einen Zeitraum zulässig ist, in welchem der Dienstnehmer seine Leistungen nicht erbringt und Entgeltfortzahlungsvorschriften eine solche nicht ausschließen. Nimmt man eine Aliquotierungspflicht des fortgezählten Entgelts an, so müsste jeder Gehaltsvorschuss ebenfalls aliquotiert werden!

12) RIS-Justiz RS0016712.

13) Beweggrund für den Dienstgeber könnte ua der Versuch sein, key player im Unternehmen zu behalten.

14) Systematische, teleologische Interpretation.

15) Denkbar wäre aber durchaus eine Darlehenskonstruktion oder ein Gehaltsvorschuss.

SCHLUSSSTRICH

- *§ 2 d AVRAG enthält keine eindeutig gesetzlich normierte Verpflichtung zur Aliquotierung des während einer Ausbildung fortgezählten Entgelts.*
- *Eine Aliquotierung widerspräche allgemeinen vertraglichen Grundsätzen, wonach ua eine Äquivalenz zwischen den erbrachten Leistungen auf beiden Seiten gegeben sein soll.*
- *Eine Aliquotierungsverpflichtung auch des fortgezählten Entgelts würde ein Plus auf Seiten des Dienstgebers darstellen, wofür dieser keine adäquate Gegenleistung erhält, weshalb die gänzliche Rückforderung unter der Bedingung einer gewissen Verweildauer beim Dienstgeber zulässig sein muss.*