

Alexander Lamplmayr

Ausbildungskostenrückerersatz im Anwendungsbereich des AÜG

Vereinbarungen über den Rückerersatz von vom AG getragenen Kosten für Ausbildungen des AN sind gem § 2 d AVRAG an formale und inhaltliche Voraussetzungen geknüpft. Der vorliegende Beitrag¹⁾ untersucht, ob für überlassene AN – also im Anwendungsbereich des AÜG – Sonderregeln für derartige Vereinbarungen zu beachten sind.

- I. Einleitung
- II. Rechtliche Grundlagen
 - A. § 2 d AVRAG
 - B. Mögliche einschlägige Normen des AÜG
- III. Sonderregelungen im Anwendungsbereich des AÜG?
 - A. Gilt § 11 Abs 2 Z 6 AÜG nur für Regelungen „im Arbeitsvertrag“?
 - B. Meinungsstand zu unzulässigen Vereinbarungen gem § 11 Abs 2 Z 6 iVm § 8 Abs 2 AÜG
 - C. Meinungsstand zur Zulässigkeit von Rückerersatzvereinbarungen im AÜG
 - D. Stellungnahme: Sind Rückerersatzvereinbarungen nach § 11 Abs 2 Z 6 AÜG zu prüfen?
 - E. Rückerersatz als Konventionalstrafe oder Reugeld iSd § 11 Abs 3 AÜG?
 - F. § 11 Abs 3 AÜG als Korrektiv AVRAG-konformer Vereinbarungen?
 - G. Förderung der Weiterbildung als Ziel des AÜG?
- IV. Ergebnis

I. Einleitung

AG²⁾ tragen regelmäßig Kosten von Aus-, Fort- und Weiterbildungen³⁾ für bei ihnen beschäftigte AN. In der Förderung dieser Maßnahmen liegen Vorteile für beide Seiten: Der AG kann nach Abschluss der Ausbildung über die besser qualifizierte Arbeitskraft verfügen – die vielseitiger oder auch anderweitig einsetzbar ist. Aus Sicht des AN führt die Zusatzqualifikation dazu, dass er bessere Chancen auf dem Arbeitsmarkt hat („erhöhter Marktwert“). Er kann die abgeschlossene Ausbildung auch bei anderen AG einsetzen und hat dadurch künftig gesteigerte Erwerbchancen.

Die vom AG getragenen Kosten sind in vielen Fällen erheblich. Daraus ergibt sich das Bedürfnis des finanzierenden AG, den AN nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung für einen gewissen Zeitraum „an sich zu binden“. Würde der AN unmittelbar nach Ende der Ausbildung zu einem anderen AG wechseln, hätte der finanzierende AG die Kosten für eine Ausbildung getragen, die der AN ausschließlich gewinnbringend für einen anderen AG einsetzt.

MMag. Dr. Alexander Lamplmayr ist Rechtsanwalt in Linz und war davor Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck. Der vorliegende Beitrag wurde einem Double-Blind-Peer-Review-Verfahren unterzogen.

¹⁾ Der Autor dankt seinem Kanzleikollegen *Georg Bruckmüller* für Diskussionen und wertvolle inhaltliche Inputs bei der Ausarbeitung.

²⁾ Alle personenbezogenen Bezeichnungen in diesem Beitrag gelten selbstverständlich für alle Geschlechter.

³⁾ Im Folgenden wird aus Gründen der Übersichtlichkeit der Begriff „Ausbildung“ für alle diese Phänomene verwendet.

Aus diesem Grund lassen die Arbeitsrechtsordnung und Rsp seit Jahrzehnten Vereinbarungen zu, die den AN zum teilweisen Rückersatz von vom AG getragenen Ausbildungskosten verpflichten, wenn das Dienstverhältnis in einem gewissen Zeitraum nach Abschluss der Ausbildung endet.

Im Anwendungsbereich des AÜG – also bei zum Zweck der Überlassung an Dritte beschäftigten AN – stellen sich in diesem Zusammenhang besondere Fragen. Einer der Grundgedanken des AÜG ist es, die Mobilität überlassener Arbeitskräfte auf dem Arbeitsmarkt zu erhalten. Dementsprechend steht das AÜG gewissen vertraglichen Vereinbarungen skeptisch gegenüber, die diese Mobilität einschränken, und verbietet bestimmte Arten von Vertragsgestaltungen. Verpönt sind insb Vereinbarungen, die den AN nach Beendigung des Dienstverhältnisses in der Auswahl eines neuen AG beschränken.

Der vorliegende Beitrag stellt die Anforderungen an Vereinbarungen über den Rückersatz von Ausbildungskosten überblicksmäßig dar und untersucht, ob im Anwendungsbereich des AÜG besondere Vorgaben zu beachten sind. Bejahendenfalls soll geklärt werden, welche Vorgaben dies sind.

II. Rechtliche Grundlagen

A. § 2 d AVRAG

Die zentrale Regelung zum Thema Rückersatz von Ausbildungskosten findet sich im österr Recht seit 2006⁴⁾ in § 2 d AVRAG.⁵⁾ Bereits vor Inkrafttreten dieser Regelung haben Rsp und Lehre Kriterien für die Zulässigkeit von Rückersatzpflichten des AN herausgearbeitet.⁶⁾ Die Anforderungen nach geltender Rechtslage sollen an dieser Stelle nur überblicksmäßig dargestellt werden.⁷⁾

Getragen vom Gedanken, den AN vor übertriebenen Beschränkungen in seiner künftigen selbstständigen Tätigkeit zu schützen, stellt der Gesetzgeber in § 2 d (insb Abs 3) AVRAG formell und inhaltlich strenge Anforderungen an diesbezügliche Vereinbarungen. Hintergrund ist, dass der AN durch die Vereinbarung faktisch in seiner Kündigungsfreiheit beschränkt wird.⁸⁾

Eine Ausbildung iSd § 2 d Abs 1 AVRAG liegt nur dann vor, wenn der AN diese **erfolgreich abgeschlossen** hat, die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten auch bei anderen AG verwerten kann (ansonsten hätten sie für den AN keinen erheblichen Mehrwert) und es sich nicht um eine bloße Einschulung handelt.

⁴⁾ Vgl anlässlich des Inkrafttretens der neuen Normen und deren zeitlichem Anwendungsbereich *Reissner/Preiss*, Die Neuerungen im Recht der Konkurrenzklausele und der Ausbildungskostenklausele, DRdA 2006, 183 (186 ff).

⁵⁾ Davor gab es mangels gesetzlicher Regelungen unterschiedlichste Auffassungen zur Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen; vgl dazu den Überblick bei *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ (2017) Rz 6/260 FN 400 f.

⁶⁾ Siehe etwa ausführlich *Resch*, Grenzen von Vertragsklauseln über den Rückersatz von Ausbildungskosten, DRdA 1993, 8 (8 ff).

⁷⁾ Ausführlich *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 2 d AVRAG Rz 1 ff; *Radner/Ghahramani-Hofer* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln² (2019) Rz 34.01 ff; *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz³ (2016) § 2 d Rz 1 ff.

⁸⁾ Instrukтив *Resch*, DRdA 1993, 8 ff.

Die Vereinbarung über den Rückforderungsanspruch setzt eine auf die jeweilige Ausbildung bezogene⁹⁾ **schriftliche** Vereinbarung voraus (§ 2 d Abs 2 AVRAG).

Die in der Praxis häufig anzutreffenden **pauschalen Vereinbarungen** in Dienstverträgen, wonach sich der AN generell unter bestimmten Voraussetzungen „zum Rückerersatz von vom AG getragenen Ausbildungskosten“ verpflichtet, sind **unwirksam**.¹⁰⁾

Im Einzelnen sieht § 2 Abs 3 AVRAG folgende grundlegende Schranken für die Vereinbarung vor:

Demnach muss der AN bei Abschluss der Vereinbarung volljährig sein (§ 2 Abs 3 Z 1 AVRAG). Vereinbarungen über Rückersatz von Ausbildungskosten sind bei minderjährigen AN nicht per se unzulässig, allerdings an die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters sowie unter Umständen an eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung geknüpft.¹¹⁾

Weiters muss der Rückersatz in der Vereinbarung nach aktueller Rechtslage eine **monatlich aliquot reduzierte Rückersatzpflicht** während der höchstmöglichen Bindungsdauer vorsehen (für ab dem 29. 12. 2015 abgeschlossene Vereinbarungen vier Jahre, in besonderen Fällen acht Jahre [§ 2 Abs 3 Z 2 und 3 AVRAG]). Wird etwa eine Bindung von vier Jahren vereinbart und das Dienstverhältnis endet 24 Monate nach Abschluss der Ausbildung, darf der AG maximal die Hälfte der Ausbildungskosten rückfordern.

Abschließend sieht § 2 d Abs 4 AVRAG eine Reihe von **Beendigungsarten** des Dienstverhältnisses vor, bei denen ein Anspruch des AG auf (aliquoten) Rückersatz auch innerhalb der Bindungsdauer ausscheidet. Das ist der Fall bei Beendigung des Dienstverhältnisses in der Probezeit, bei ungerechtfertigter Entlassung, bei gerechtfertigtem vorzeitigem Austritt, bei Entlassung aufgrund dauernder Arbeitsunfähigkeit sowie bei Kündigung durch den AG (es sei denn, der AN hat durch schuldhaftes Verhalten einen begründeten Anlass für die Arbeitgeberkündigung gegeben).

B. Mögliche einschlägige Normen des AÜG

Auch im dreipersonalen Verhältnis des AÜG ist § 2 d AVRAG im Verhältnis zwischen Überlasser als zivilrechtlichem AG und Arbeitskraft anwendbar.

In der Praxis ist es üblich, dass Überlassungsunternehmen (auch) Ausbildungskosten für ihre an Dritte überlassenen Arbeitskräfte übernehmen. Die Interessenlage ist identisch mit jener im klassischen Arbeitsverhältnis, zumal der Überlasser vom Beschäftiger für höherqualifizierte Arbeitskräfte regelmäßig ein höheres Überlassungsentgelt lukrieren kann. Auch der Überlasser hat ein Interesse daran, AN nach erfolgreicher Absolvierung der Ausbildung für einen gewissen Zeitraum an sich zu binden. Der AN kann im Anwendungsbereich des AÜG ebenso von Ausbildungen profitieren, insb besseren Verdienstmöglichkeiten.

Eine explizite Regelung zum Thema Ausbildungskosten und Rückersatzvereinbarungen findet sich im AÜG nicht. Allerdings verankert § 11 AÜG einerseits in Abs 1 Mindestinhalte des Arbeitsvertrags von überlassenen Arbeitskräften und andererseits in Abs 2 eine demonstrative Aufzählung unzulässiger Bestimmungen.

⁹⁾ *Reissner* in *ZellKomm*³ § 2 d AVRAG Rz 7/3; OGH 21. 12. 2011, 9 ObA 125/11 i ZAS 2013/14, 85 (*Oberhofer*) = ASoK 2012, 130 (*Geiblinger*); RIS-Justiz RS0127499.

¹⁰⁾ *Radner/Ghahramani-Hofer* in *ZellHB AV-Klauseln*² Rz 34.09.

¹¹⁾ *Reissner* in *ZellKomm*³ § 2 d AVRAG Rz 19 mwN.

Auf den ersten Blick scheint vor allem die Anwendung des § 11 Abs 2 Z 6 AÜG auf Rückersatzvereinbarungen denkbar. Diese Norm erklärt Vereinbarungen und Bedingungen für unzulässig, welche „die überlassene Arbeitskraft für die Zeit nach dem Ende des Vertragsverhältnisses zum Überlasser, insb durch Konventionalstrafen, Reugelder oder Einstellungsverbote, in ihrer Erwerbstätigkeit beschränken“.

In Gerichtsverfahren wird, Teilen der Lehre folgend, immer wieder der Einwand erhoben, dass Rückersatzvereinbarungen im Anwendungsbereich des AÜG aufgrund von § 11 Abs 2 Z 6 AÜG generell unzulässig seien. Eine höchstgerichtliche Entscheidung zur Frage liegt, soweit ersichtlich, aber nicht vor.

§ 11 Abs 3 AÜG sieht darüber hinaus vor, dass „sonstige Konventionalstrafen oder Reugelder“ nur insoweit zulässig sind, als sie nicht insgesamt nach Durchführung einer Interessenabwägung eine unbillige finanzielle Belastung der überlassenen Arbeitskraft darstellen.

Zu untersuchen ist daher, ob

1. Ausbildungskostenrückersatzvereinbarungen per se dem § 11 Abs 2 Z 6 AÜG unterliegen und folglich mit überlassenen Arbeitskräften überhaupt nicht wirksam vereinbart werden können, oder ob
2. derartige Vereinbarungen nach Maßgabe des Abs 3 leg cit zulässig sind, oder ob
3. sie keinen Sonderregelungen des AÜG unterliegen und daher nach allgemeinen Regeln des AVRAG auch mit überlassenen Arbeitskräften wirksam vereinbart werden können.

III. Sonderregelungen im Anwendungsbereich des AÜG?

A. Gilt § 11 Abs 2 Z 6 AÜG nur für Regelungen „im Arbeitsvertrag“?

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Mindestinhalte und exemplarisch angeführten verbotenen Vereinbarungen des § 11 Abs 2 AÜG auf den Arbeitsvertrag beziehen.¹²⁾ Rückersatzvereinbarungen müssen sich allerdings, wie bereits dargelegt, auf eine konkrete Ausbildung beziehen. Diese finden sich in aller Regel nicht im Arbeitsvertrag, sondern in schriftlichen Zusatzvereinbarungen zu diesem.

Aus teleologischen Erwägungen kann mE kein Zweifel daran bestehen, dass sich insb die Verbote des § 11 Abs 2 AÜG auf **alle Vereinbarungen** zwischen Überlasser und Arbeitskraft erstrecken und nicht nur auf das formale Dokument des ursprünglichen Arbeitsvertrags. Es wäre ansonsten leicht möglich, die Verbote des § 11 Abs 2 AÜG dadurch auszuhebeln, dass an sich verbotene Vereinbarungen nicht im schriftlichen Arbeitsvertrag, sondern in Zusätzen oder Nebenvereinbarungen getroffen werden.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass Vereinbarungen über den Rückersatz von Ausbildungskosten – auch wenn sie formal außerhalb des Arbeitsvertrags verortet sind – an den Zulässigkeitsgrenzen von § 11 Abs 2 AÜG, insb dessen Z 6, zu messen sind.

Würde man Vereinbarungen über den Rückersatz von Ausbildungskosten generell § 11 Abs 2 Z 6 AÜG unterstellen, wären solche Vereinbarungen mit AN, die dem AÜG unterliegen, jedenfalls unzulässig. In einem ersten Schritt ist die Anwendbarkeit dieser Bestimmung zu prüfen.

¹²⁾ Vgl auch Schindler in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 11 AÜG Rz 1 ff, der von den dort festgeschriebenen Inhalten des „Grund-Arbeitsvertrags“ zwischen Überlasser und AN spricht.

B. Meinungsstand zu unzulässigen Vereinbarungen gem § 11 Abs 2 Z 6 iVm § 8 Abs 2 AÜG

Nach völlig hM fallen insb zwischen Überlasser und AN vereinbarte Konkurrenzklauseln in jeder Form oder Konventionalstrafen für den Fall eines Wechsels zum Beschäftigten unter § 11 Abs 2 Z 6 AÜG. Derartige Vereinbarungen sind jedenfalls unzulässig.¹³⁾

Aufgrund des geschilderten gesetzlichen Verbotes finden sich solche Regelungen kaum in Arbeitsverträgen überlassener Arbeitskräfte. In der Praxis häufig anzutreffen sind hingegen Vereinbarungen **zwischen Überlasser und Beschäftigter**, die ähnliche Wirkungen haben, etwa eine Zahlungspflicht des Beschäftigten im Falle einer Übernahme der überlassenen Arbeitskraft.

Dabei wird die Bestimmung des § 8 Abs 2 AÜG übersehen. Demnach sind auch Vereinbarungen zwischen Überlasser und Beschäftigter (also idR im Dienstverschaffungs- oder Überlassungsvertrag, aber auch in vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen) nichtig, die eine Umgehung der Verbote des § 11 Abs 2 AÜG bezwecken oder bewirken.¹⁴⁾ Vereinbarungen dieser Art zwischen Überlasser und Beschäftigter waren bereits mehrfach Gegenstand höchstgerichtlicher Rsp:

Der OGH¹⁵⁾ hat in einer Grundsatzentscheidung ausgesprochen, dass sämtliche Klauseln im Verhältnis Überlasser – Beschäftigter dem Verbot des § 8 Abs 2 iVm § 11 Abs 2 Z 6 AÜG unterliegen, die dazu führen, dass es der „ursprünglich überlassenen Arbeitskraft schwerer fällt als sonstigen Arbeitssuchenden, einen Arbeitsplatz beim früheren Beschäftigten zu finden“.

Gegenstand der Entscheidung war die Vereinbarung einer Konventionalstrafe, die der Beschäftigte (nicht der AN) im Falle der „Übernahme“ des überlassenen AN binnen eines Zeitraums von sechs Monaten nach Ende der Überlassung an den Überlasser zu bezahlen hatte. Der OGH qualifizierte die Klausel als unwirksam. Das Höchstgericht hat diese strenge Linie seither in zwei weiteren Entscheidungen bekräftigt, insb sei, so das Höchstgericht, die Bezeichnung der Zahlung („Ablöse“, „Vermittlungsprovision“ oder „Entgelt für Weiterbeschäftigung“¹⁶⁾ bzw „Rekrutierungsaufwand“¹⁷⁾) irrelevant und ändere nichts an der Unzulässigkeit.

Auch im Schrifttum gibt es Meinungen zur Reichweite des § 11 Abs 2 Z 6 insb iVm § 8 Abs 2 AÜG:

*Sacherer*¹⁸⁾ geht davon aus, dass generell alle Vereinbarungen nichtig seien, die es der überlassenen Arbeitskraft erschweren, nach Ende des Dienstverhältnisses zum Überlasser auf dem Arbeitsmarkt frei einen Arbeitsplatz zu erlangen. Der Autor führt diesbezüglich die Intentionen des Gesetzgebers bei Schaffung des AÜG ins Treffen: Eine Tätigkeit im Bereich der Arbeitskräfteüberlassung solle demnach für niemanden eine langfristige Beschäftigungsform sein, sondern lediglich ein „Türöffner“ zum Beschäftigten, um mit diesem ein festes Dienstverhältnis zu begründen. Dementsprechend, so *Sacherer*, seien alle Vereinbarungen über Zahlungspflichten des Beschäftigten an den Überlasser im Falle der Übernahme eines AN durch

¹³⁾ *Schindler* in *ZellKomm*³ § 11 AÜG Rz 19; *Schrattbauer* in *Schrattbauer* (Hrsg), AÜG: Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (2020) § 11 Rz 56 f.

¹⁴⁾ *Schindler* in *ZellKomm*³ § 8 AÜG Rz 4 ff, insb Rz 7; *Schrattbauer* in *Schrattbauer*, AÜG § 8 Rz 11 f; *Sacherer*, Abwerbung von überlassenen Arbeitskräften, RdW 2009, 797 (797).

¹⁵⁾ OGH 25. 11. 2008, 1 Ob 225/08 g RdW 2009/776, 797 (*Sacherer*) = EvBl 2009/75.

¹⁶⁾ Vgl OGH 30. 7. 2012, 9 Ob 19/12 b ZAS 2013/5, 31 (*Gleißner*) = ARD 6261/3/2012.

¹⁷⁾ Jüngst OGH 29. 6. 2020, 8 Ob 41/20 t Zak 2020/508, 293; vgl auch RIS-Justiz RS0124366.

¹⁸⁾ RdW 2009, 797 f, unter Verweis auf die Materialien zum AÜG.

den Beschäftiger unzulässig, unabhängig von deren Bezeichnung. *Sacherer* führt beispielhaft Konventionalstrafen, Ablösezahlungen oder Vermittlungsentgelte als unzulässige Vereinbarungen an.

Auch *Schrattbauer*¹⁹⁾ erachtet unter Verweis auf *Sacherer* im Lichte des Gesetzeszwecks Vereinbarungen im Verhältnis Überlassener – Beschäftigter für unzulässig, nach denen der Beschäftigter, wenn er ein Dienstverhältnis mit einer ehemaligen Arbeitskraft des Überlassers beginnt, zur Rückzahlung von Ausbildungskosten verpflichtet wird, die beim Überlassener für die jeweilige Arbeitskraft angefallen sind.

*Gleißner*²⁰⁾ tritt mit **europarechtlichen Erwägungen** für ein einschränkendes Verständnis ein und argumentiert mit Art 6 Abs 2 der Leiharbeits-RL²¹⁾, wonach zwar grundsätzlich beschränkende Vereinbarungen zwischen Überlassener und Beschäftigter (vergleichbar zu § 8 Abs 2 iVm § 11 Abs 2 Z 6 AÜG) verboten sein sollen. Nach dem Richtlinien-text bleiben davon jedoch Bestimmungen unberührt, aufgrund derer der Überlassener vom Beschäftigter für die erbrachten Dienstleistungen in Bezug auf Überlassung, Einstellung und Ausbildung von überlassenen Arbeitskräften einen Ausgleich in angemessener Höhe erhält. Nach *Gleißner* können Vereinbarungen über derartige Zahlungspflichten nicht mit einer Vereinbarung einer Konventionalstrafe für die Übernahme eines AN gleichgesetzt werden. Aufgrund der Textierung der RL seien daher Zahlungspflichten des Beschäftigten an den Überlassener im Falle der „Übernahme“ einer überlassenen Arbeitskraft nicht per se unzulässig. Leider habe allerdings der österr. Gesetzgeber bei der RL-Umsetzung dies nicht berücksichtigt. Im Lichte dessen sei, so *Gleißner*, entgegen der von ihm besprochenen OGH-Entscheidung²²⁾ eine richtlinienkonforme Auslegung des AÜG notwendig und die Vereinbarung einer angemessenen Ausgleichszahlung des Beschäftigten an den Überlassener im Falle der Übernahme eines Mitarbeiters weiterhin möglich und zulässig.²³⁾

Zusammengefasst geht die Lehre, soweit ersichtlich – mit Ausnahme der von *Gleißner* vorge-tragenen Vorbehalte –, im Wesentlichen davon aus, dass im Verhältnis Überlassener – Beschäftigter Rückzahlungspflichten betreffend Ausbildungskosten „übernommener“ AN nicht wirksam vereinbart werden können, und argumentiert im Wesentlichen mit dem Wortlaut von § 8 Abs 2 iVm § 11 Abs 2 Z 6 AÜG und der Intention des Gesetzgebers, einem überlassenen AN den Wechsel zum Beschäftigter möglichst einfach zu ermöglichen.

Höchstgerichtliche Rsp zur Frage der Übernahme von Ausbildungskosten durch den Beschäftigter fehlt. In Anbetracht der bisherigen Linie des OGH ist davon auszugehen, dass Klauseln mit derartigen Zahlungspflichten verpönt und nicht durchsetzbar sind: Sie führen dazu, dass es der überlassenen Arbeitskraft erschwert wird, ein neues Dienstverhältnis mit dem Beschäftigter einzugehen. Der OGH hat – soweit ersichtlich – in der bisherigen Rsp **alle** Vereinbarungen für unwirksam erklärt, die Zahlungspflichten des Beschäftigten an den Überlassener für den Fall des Wechsels des AN zum Beschäftigter vorsehen.

Bislang war allerdings keine Klausel Gegenstand der höchstgerichtlichen Beurteilung, die explizit die Übernahme von vom Überlassener getragenen Ausbildungskosten zum Gegenstand

¹⁹⁾ In *Schrattbauer*, AÜG § 11 Rz 59.

²⁰⁾ *Gleißner*, Verbot von Vermittlungsprovision für die Übernahme einer überlassenen Arbeitskraft, ZAS 2013/5, 31 (34).

²¹⁾ Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 11. 2008 über Leiharbeit, ABl L 2008/327, 9.

²²⁾ Vgl FN 16.

²³⁾ *Gleißner*, ZAS 2013/5, 34.

hatte. Wohl auch deshalb liegt bislang keine Äußerung des Höchstgerichts dazu vor, ob und inwiefern die Vorgaben der Leiharbeits-RL, die dem Wortlaut nach explizit auf Ausbildungskosten Bezug nehmen, zu berücksichtigen wären.

Im Rahmen der jüngsten Entscheidung des OGH²⁴⁾ zu § 8 Abs 2 iVm § 11 Abs 2 Z 6 AÜG wäre eine Auseinandersetzung mit den hier einschlägigen Vorgaben der Leiharbeits-RL wünschenswert (mE geboten) gewesen: Gegenstand war eine Zahlungsverpflichtung des Beschäftigten für entstandenen „Rekrutierungsaufwand“. Dabei handelt es sich – wie *Gleißner* zutreffend darlegt – nicht um eine Konventionalstrafe. Vielmehr kann darin – je nach Sachverhalt – tatsächlich ein Ersatz für einen **konkreten Aufwand** für die „Einstellung“ überlassener AN liegen, der von der Leiharbeits-RL gerade nicht für unzulässig erklärt wird.²⁵⁾

Die vertragliche Überwälzung eines konkreten Rekrutierungsaufwands auf den Beschäftigte im Falle einer Übernahme eines AN ist daher mE nicht per se unzulässig, sondern wäre vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob diese Überwälzung – im Einklang mit dem Text der RL – in „angemessener Höhe“ erfolgt. Nichts anderes kann aufgrund des Wortlauts der RL für vom Überlasser für einen AN getragene Ausbildungskosten gelten, wenn diese vom Beschäftigte übernommen werden. Auch in diesem Fall ist mE aufgrund der dem AÜG zugrunde liegenden RL und der gebotenen richtlinienkonformen Auslegung eine Überwälzung der Kosten auf den Beschäftigte nicht an sich unzulässig.

C. Meinungsstand zur Zulässigkeit von Rückersatzvereinbarungen im AÜG

Unbeantwortet ist in der Rsp die hier zu untersuchende Frage, ob im Dienstverhältnis zwischen **überlassener Arbeitskraft und Überlasser** eine Rückersatzvereinbarung iSd § 2 d AVRAG wirksam vereinbart werden kann.

Zur Zulässigkeit von Vereinbarungen über Ausbildungskostenrückerersatz zwischen Überlasser und überlassener Arbeitskraft trifft die Leiharbeits-RL keine Aussagen.

In der Lehre haben zur Frage der Zulässigkeit bereits mehrere Autoren Stellung genommen:

*Schrattbauer*²⁶⁾ sieht Vereinbarungen über Rückersatz von Ausbildungskosten im Verhältnis Überlasser – AN grundsätzlich als **zulässig** an, sofern diese den allgemeinen Voraussetzungen des § 2 d AVRAG entsprechen.

Auch *Binder/Mair*²⁷⁾ zufolge sind Rückersatzvereinbarungen im Anwendungsbereich des AÜG **grundsätzlich zulässig**. § 11 Abs 2 Z 6 AÜG sei aber, so die Autoren, im Zusammenhang mit § 11 Abs 3 AÜG zu lesen. Diese Bestimmungen würden derartige Vereinbarungen zwar nicht zur Gänze ausschließen, schließlich würden sich auch für den AN Vorteile auf dem Arbeitsmarkt aufgrund der absolvierten Ausbildung ergeben. Es sei allerdings das Interesse des Leiharbeitnehmers an der Begründung eines stabilen, auf einen einzigen AG ausgerichteten Arbeitsverhältnisses zu berücksichtigen. Es könne nur bei besonders kostspieligen Ausbildungen mit qualifizierten Inhalten an derartige Vereinbarungen gedacht werden. Das Bindungs- und Belastungsniveau müsse im Verhältnis zu AN, die nicht dem AÜG unterliegen, deutlich abgesenkt sein, da es dem AN möglich sein müsse, sich von seinen rechtlichen, „das Prekariat betreffenden Fesseln ohne Komplikationen zu befreien“.

²⁴⁾ OGH 29. 6. 2020, 8 Ob 41/20t.

²⁵⁾ Vgl den Wortlaut von Art 6 Abs 2 Leiharbeits-RL.

²⁶⁾ In *Schrattbauer*, AÜG § 11 Rz 59.

²⁷⁾ In *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2 d Rz 46.

*Maza*²⁸⁾ geht (vor Inkrafttreten der AVRAG-Regelungen) ebenfalls von einer **grundsätzlichen Zulässigkeit** einer Rückersatzvereinbarung aus: Seines Erachtens sei diese deshalb zulässig, weil sie ein Verhalten pönalisieren, welches über die bloße Verwertung der Arbeitskraft des AN – einschließlich der Verwertung der beim Überlasser erworbenen Kenntnisse im Zeitraum nach Ende des Dienstverhältnisses zum Überlasser – hinausgehe. Die Tätigkeit des AN unter Einsatz der durch die vom AG finanzierte Ausbildung erworbenen Kenntnisse bewirke – vergleichbar dem Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen – eine darüber hinausgehende Schädigung des Überlassers. Derartige Vereinbarungen seien dementsprechend keine gem § 11 Abs 2 Z 6 AÜG verbotenen Einschränkungen der Erwerbstätigkeit des AN, sondern würden in gesetzeskonformer Weise die Interessen des Überlassers als AG schützen.

*Radner/Ghahramani-Hofer*²⁹⁾ gehen demgegenüber von einer **generellen Unzulässigkeit** von Rückersatzvereinbarungen im Anwendungsbereich des AÜG aus, weil damit eine wesentliche wirtschaftliche Beschränkung der Erwerbstätigkeit des AN im Falle der Beendigung des Dienstverhältnisses bewirkt werde. Auch *Radner/Ghahramani-Hofer* verweisen allerdings auf die fehlende Rsp zu dieser Frage.

*Resch*³⁰⁾ steht Rückersatzvereinbarungen im Anwendungsbereich des AÜG **skeptisch** gegenüber: Es sei in Anbetracht des Normzwecks zweitrangig, ob § 11 Abs 2 Z 6 AÜG auch rein wirtschaftliche Beschränkungen, wie eine Rückersatzpflicht im Falle der Beendigung des Dienstverhältnisses, abdecke. Eher sei aber in der Vereinbarung über die Rückersatzpflicht eine verbotene Einschränkung der Erwerbstätigkeit zu sehen. Darüber hinaus, so *Resch*, seien Rückersatzklauseln, die unechte Vertragsstrafen³¹⁾ darstellten, ohnehin gem § 11 Abs 3 AÜG unwirksam.

D. Stellungnahme: Sind Rückersatzvereinbarungen nach § 11 Abs 2 Z 6 AÜG zu prüfen?

Unter § 11 Abs 2 Z 6 AÜG fallen besonders verpönte Vereinbarungen, die die nachvertragliche Freiheit des überlassenen AN auf dem Arbeitsmarkt einschränken. Dementsprechend erklärt das Gesetz solche Vereinbarungen für generell unzulässig. In der Norm findet sich eine demonstrative Aufzählung denkbarer Vertragsklauseln.

In der Praxis kommen entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes die gem § 11 Abs 2 Z 6 AÜG unzulässigen Vereinbarungen vor allem in Gestalt von Konkurrenzklauseln, Einstellungsverboten oder Konventionalstrafen vor. Alle diese Arten von Vereinbarungen betreffen die Zeit nach Ende des Dienstverhältnisses zum Überlasser. Sie stellen darauf ab, ob und zu welchen Bedingungen (bzw mit welchen möglichen Konsequenzen) dem AN der Abschluss eines Dienstvertrags mit einem anderen AG möglich ist.

Anknüpfungspunkt der gem § 11 Abs 2 Z 6 AÜG verpönten Vereinbarungen sind Einschränkungen des AN **nach** Beendigung des Dienstverhältnisses zum Überlasser, etwa die Begründung eines neuen Dienstverhältnisses oder eine andere Form konkurrenzierender Tätigkeit (etwa Eröffnung oder Betrieb eines Konkurrenzunternehmens). Insb dürfte der Gesetzgeber hierbei die „Übernahme“ der überlassenen Arbeitskraft in die Stammbesellschaft des Beschäf-

²⁸⁾ *Mazal*, Eine Arbeitnehmerin ist Aushilfskraft in mehreren Konzernunternehmen, DRdA 1989, 216 (221).

²⁹⁾ In ZellHB AV-Klauseln² Rz 34.57.

³⁰⁾ DRdA 1993, 8 (20).

³¹⁾ Zur rechtlichen Einordnung der Rückersatzpflicht siehe unten E.

tigers vor Augen gehabt haben. Das entspricht dem ursprünglichen Gedanken der Arbeitskräfteüberlassung als „Übergangsphase“ in ein reguläres Dienstverhältnis.³²⁾

Die Vereinbarung über einen Rückerersatz von Ausbildungskosten verfolgt mE eine völlig andere Zielrichtung und ist mit den genannten Vereinbarungen nicht vergleichbar: Anders als Konkurrenzklauseln, Einstellungsverbote und die bislang in der Rsp thematisierten Konventionalstrafen bzw anders bezeichneten Zahlungspflichten stellt der Rückerersatzanspruch ausschließlich auf die Beendigung des Dienstverhältnisses zum Überlasser ab und nicht auf eine Tätigkeit oder Freiheit des AN im Zeitraum danach.

Der Rückerersatzanspruch wird bereits durch die Beendigung des Dienstverhältnisses während der in der Vereinbarung genannten Bindungsdauer ausgelöst und nicht durch Handlungen des AN auf dem Arbeitsmarkt nach Ende des Dienstverhältnisses.

Insofern beschränkt die Rückerersatzvereinbarung den AN **nicht**, dem Wortlaut von § 11 Abs 2 Z 6 AÜG entsprechend, „für die Zeit **nach** Ende des Vertragsverhältnisses“, sondern hat lediglich Einfluss auf dessen Entscheidung, ob oder wann das Dienstverhältnis zum Überlasser beendet wird, weshalb mE die Bestimmung auf Rückerersatzvereinbarungen gar nicht anwendbar ist.

Eine Entscheidung des OGH³³⁾ zum Thema Konventionalstrafen in der Branche der Arbeitskräfteüberlassung legt die Vermutung nahe, dass auch das Höchstgericht eine Rückerersatzvereinbarung hinsichtlich Ausbildungskosten gar nicht anhand von § 11 Abs 2 Z 6 AÜG prüfen würde: Eine Konventionalstrafe für den Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses durch unberechtigten vorzeitigen Austritt im Anwendungsbereich des AÜG sei, so der OGH, nicht an § 11 Abs 2 Z 6 AÜG zu messen, sondern an § 11 Abs 3 AÜG, der auf „sonstige Konventionalstrafen oder Reugelder“ Bezug nimmt. Daraus ist mE abzuleiten, dass auch der OGH Zahlungspflichten des AN, die **anlässlich der Beendigung** ausgelöst oder fällig werden, nicht der Prüfung nach § 11 Abs 2 Z 6 AÜG unterwirft.

Ungeachtet dessen liegt aber mE auch gar keine rechtliche Beschränkung des Kündigungsrechts des AN vor,³⁴⁾ hindert doch die Rückerersatzpflicht den AN nicht am Ausspruch der Kündigung. Je nach Höhe der durch die Kündigung ausgelösten Zahlungsverpflichtung kann es aber zu einer starken Bindung an den finanzierenden AG und damit zu einer faktischen und wirtschaftlichen³⁵⁾ Einschränkung der Kündigungsfreiheit kommen.³⁶⁾

Jedenfalls ist aber mE eine Vertragsbestimmung, die – ob rechtlich oder faktisch – die Freiheit eines überlassenen AN zur Kündigung des Dienstverhältnisses zum Überlasser beschränkt, von vornherein nicht anhand § 11 Abs 2 Z 6 AÜG zu prüfen.

Rückerersatzvereinbarungen hinsichtlich Ausbildungskosten sehen Zahlungspflichten vor, die anlässlich der Beendigung des Dienstverhältnisses entstehen. Sie **unterliegen nicht dem Verbot des § 11 Abs 2 Z 6 AÜG**. Rückerersatzvereinbarungen beschränken ausschließlich die Beendigungsmöglichkeit des Dienstverhältnisses zum Überlasser und nicht die Freiheit oder Mobilität des AN nach dessen Ende.

³²⁾ Vgl nur die Überschrift bei *Schrattbauer in Schrattbauer*, AÜG § 11 Rz 56. Siehe auch ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 20.

³³⁾ OGH 15. 12. 2009, 9 ObA 80/09 v DRdA 2011/2, 30 (*Geppert*) = *ecolex* 2010/172, 484.

³⁴⁾ *Resch*, DRdA 1993, 8 (9): „Beschränkung des Kündigungsrechts des Arbeitnehmers“, wobei *Resch* sich möglicherweise auch nur auf die faktische bzw wirtschaftliche Beschränkung bezieht.

³⁵⁾ Vgl OGH 11. 8. 1993, 9 ObA 130 – 132/93 DRdA 1994/19, 247 (*Dirschmied*) = *ARD* 4499/22/93.

³⁶⁾ So auch *Binder/Mair in Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2 d Rz 7; vgl auch *Weinmeier*, Zur Rückzahlung von Ausbildungskosten, RdW 1993, 13 (14f).

E. Rückersatz als Konventionalstrafe oder Reugeld iSd § 11 Abs 3 AÜG?

Der Bestimmung des § 11 Abs 3 AÜG unterliegen nach der Systematik des Gesetzes nur Konventionalstrafen oder Reugelder, die nicht aufgrund von § 11 Abs 2 Z 6 leg cit per se unzulässig sind.³⁷⁾ Im nächsten Schritt ist daher die Anwendbarkeit von § 11 Abs 3 AÜG auf Rückersatzvereinbarungen zu prüfen.

Zweck der Norm ist nach den Erwägungen des Gesetzgebers, dem Überlasser kein Druckmittel zur Erzwingung der Einhaltung unzumutbarer Bedingungen des Vertrags zu verschaffen.³⁸⁾

Im Unterschied zur demonstrativen Aufzählung in § 11 Abs 2 Z 6 AÜG enthält § 11 Abs 3 leg cit eine **abschließende Aufzählung**: Der Prüfung nach dieser Norm unterliegen nur Vereinbarungen über Konventionalstrafen oder Reugelder. Diese sind im Unterschied zu den in § 11 Abs 2 leg cit genannten Vereinbarungen nicht jedenfalls unzulässig, sondern unterliegen einer Billigkeitsprüfung (Interessenabwägung) im Einzelfall.³⁹⁾

Die Rückzahlungsverpflichtung hinsichtlich vom AG getragener Ausbildungskosten gem § 2 d AVRAG ist mE **keine Konventionalstrafe**.⁴⁰⁾ Es liegt kein pauschalierter Schadenersatz vor, sondern ein von Vertragsbruch, Pflichtverletzung oder Schaden losgelöster Anspruch auf Rückersatz getätigter Aufwände. Daraus ergibt sich auch, dass das Mäßigungsrecht gem § 38 AngG bzw § 2 e AVRAG auf einschlägige Rückersatzverpflichtungen nicht anwendbar ist.⁴¹⁾

Der Rückersatzanspruch ist keine gegen den AN gerichtete Sanktion für einen Vertragsbruch. Ein „punitiver Charakter“ fehlt einer AVRAG-konformen Rückersatzvereinbarung.⁴²⁾ Die Ausführungen von Resch⁴³⁾ aus 1993 sind auch nach Inkrafttreten des AVRAG aktuell und zutreffend: Soweit eine Rückersatzvereinbarung nur die tatsächlich angefallenen Ausbildungskosten umfasst, ist die Pflicht zum Rückersatz nicht als Vertragsstrafe zu sehen.

Dass nur tatsächliche Kosten rückersatzfähig sein können, normiert der zwischenzeitig in Kraft getretene § 2 d AVRAG in aller Deutlichkeit. Umgekehrt formuliert würde mE eine Rückersatzverpflichtung mit „punitivem Charakter“ seit Inkrafttreten des § 2 d AVRAG von vornherein an den Kriterien der Bestimmung scheitern. Eine Rückersatzverpflichtung mit dem Charakter einer Vertragsstrafe wäre unabhängig von der Anwendbarkeit des AÜG jedenfalls unzulässig.

Die Pflicht zur Rückzahlung ist auch keine Vereinbarung über ein Reugeld im klassischen Sinn.⁴⁴⁾ Eine Vereinbarung über Reugeld läge dann vor, wenn dem AN ein willkürliches Recht

³⁷⁾ So auch Schratlbauer in Schratlbauer, AÜG § 11 Rz 61.

³⁸⁾ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 20; Schratlbauer in Schratlbauer, AÜG § 11 Rz 61.

³⁹⁾ Schindler in ZellKomm³ § 11 AÜG Rz 20.

⁴⁰⁾ So etwa auch OGH 11. 6. 1997, 9 ObA 128/97 g ecolex 1997, 958 = RdW 1998, 97; vgl auch RIS-Justiz RS0028893.

⁴¹⁾ AA Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 2 d Rz 41, die eine Mäßigungsbefugnis aus Rechtsanalogie zu § 1336 Abs 2 ABGB, § 2 Abs 2 DHG und § 1157 ABGB (Fürsorgepflicht) ableiten und befürworten.

⁴²⁾ Dazu und zur Rechtslage vor Inkrafttreten des AVRAG ausführlich Resch, DRdA 1993, 8 (19 f); vgl auch Reischauer in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (Stand 1. 1. 2004, rdb.at) § 1336 ABGB Rz 11, und Dirschmied, DRdA 1994/19, 247 (251).

⁴³⁾ Resch, DRdA 1993, 8 (20); in dieselbe Richtung auch Binder/Mair in Binder/Burger/Mair, AVRAG³ § 2 d Rz 6.

⁴⁴⁾ Allgemein dazu zB Reischauer in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (Stand 1. 11. 2014, rdb.at) § 909 ABGB Rz 2 ff; Schratlbauer in Schratlbauer, AÜG § 11 Rz 62.

zur Auflösung des Vertrags eingeräumt würde. Die Kündigungsmöglichkeit des AN besteht aber ohnehin und wird **rechtlich** auch durch die Rückerersatzvereinbarung nicht eingeschränkt. Wesen des Reugelds ist eine Abschwächung der vertraglichen Bindung.⁴⁵⁾ Umgekehrt kann ein hohes Reugeld faktisch zu einer Verstärkung der vertraglichen Bindung führen.⁴⁶⁾

Die Vereinbarung über die Rückerersatzpflicht ist einem klassischen Reugeld aber wesensmäßig ähnlich: Der AN hat zwar unverändert das Recht zur Kündigung, muss im Falle der Ausübung dann aber ein „Reugeld“ in Form von anteiligem Rückerersatz der Ausbildungskosten leisten. Es entsteht faktisch eine Wahlschuld des AN, die mit der Vereinbarung eines Reugelds **wertungsmäßig** eng verwandt ist: Er kann entweder bis zum Ende der Bindungsdauer im Dienstverhältnis verbleiben oder stattdessen das Dienstverhältnis auflösen und die anteiligen Ausbildungskosten an den AG zurückzahlen.⁴⁷⁾

Kraft gesetzlicher Anordnung (vgl § 2 d Abs 4 AVRAG) besteht der Rückerersatzanspruch zwar auch bei anderen Beendigungsarten, im Ergebnis liegt es aber in der Entscheidungsgewalt bzw zumindest in der Sphäre des AN, ob bei Beendigung des Dienstverhältnisses ein Rückerersatzanspruch besteht. Bei Kündigung durch den AN selbst besteht der Anspruch, ebenso bei Erklärung eines vorzeitigen Austritts, ohne dass dafür ein wichtiger Grund vorliegt. Auch etwa das Setzen eines wichtigen Grundes, der den AG zur vorzeitigen Beendigung durch (gerechtfertigte) Entlassung berechtigt, setzt idR ein Handeln oder Unterlassen des AN voraus.

Der teilweise Rückerersatzanspruch stellt ein Surrogat für den Erfüllungsanspruch des AG dar: Der AN kann sich durch die Rückzahlung von der Verpflichtung lösen, beim AG die von ihm in der absolvierten Ausbildung erworbenen Kenntnisse einzusetzen. Es ist mE mit *Binder/Mair*⁴⁸⁾ davon auszugehen, dass die Rückerersatzvereinbarung eine Art Wahlschuld des AN normiert. Das ist wertungsmäßig **einem Reugeld** sehr **ähnlich**. Vereinbarungen über den Rückerersatz von Ausbildungskosten können erhebliche faktische und wirtschaftliche Auswirkungen auf die Möglichkeiten zur Beendigung des Dienstverhältnisses durch den AN haben.

Ungeachtet der exakten dogmatischen Einordnung der Vereinbarung über den Rückerersatz von Ausbildungskosten ist es mE iSd Normzwecks erforderlich, Rückerersatzvereinbarungen grundsätzlich der Kontrolle des § 11 Abs 3 AÜG zu unterwerfen.⁴⁹⁾

Zusammengefasst liegt zwar keine per se unzulässige Bestimmung iSd § 11 Abs 2 AÜG vor, allerdings hat aufgrund der wertungsmäßigen Ähnlichkeit der Rückerersatzvereinbarung zur Vereinbarung eines Reugeldes eine **Prüfung** von Rückerersatzvereinbarungen **anhand von § 11 Abs 3 AÜG** zu erfolgen.

F. § 11 Abs 3 AÜG als Korrektiv AVRAG-konformer Vereinbarungen?

Fraglich ist, ob eine inhaltliche Kontrolle – über die grundsätzlich erforderliche Prüfung der Rückerersatzvereinbarung anhand von § 2 d AVRAG hinaus – im Ergebnis eine Relevanz für Zulässigkeit oder Ausmaß einer Rückerersatzpflicht haben kann. Anders formuliert: Entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, dass eine den Kriterien von § 2 d AVRAG genügende Vereinbarung im Anwendungsbereich des AÜG einer weiteren (= einschränkenden) Angemessenheitsprüfung unterworfen wird?⁵⁰⁾

⁴⁵⁾ *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 909 ABGB Rz 2.

⁴⁶⁾ *Winner* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} (Stand 1. 10. 2018, rdb.at) § 909 Rz 1.

⁴⁷⁾ Vgl auch *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2 d Rz 6.

⁴⁸⁾ *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2 d Rz 6.

⁴⁹⁾ Ähnlich im Ergebnis *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2 d Rz 46.

⁵⁰⁾ So offenbar *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2 d Rz 46.

Sind die in § 2 d AVRAG genannten Anforderungen erfüllt,⁵¹⁾ kann mE von vornherein keine per se „unzumutbare Bedingung“ vorliegen, deren Durchsetzbarkeit der Gesetzgeber mit gem § 11 Abs 3 AÜG verpönten Vereinbarungen verhindern möchte.⁵²⁾ Das ergibt sich schon daraus, dass die Rückersatzklausel eine vom Gesetzgeber explizit für zulässig erklärte Vereinbarung darstellt. Eine dem AVRAG entsprechende Rückersatzvereinbarung zwischen Überlasser und AN ist daher mE auch **gem § 11 Abs 3 AÜG an sich zulässig**.

Es kann sich nur die Frage stellen, ob eine **inhaltliche Prüfung** anhand von § 11 Abs 3 AÜG noch **strengere Anforderungen** an Rückersatzvereinbarungen stellt. Von *Binder/Mair*⁵³⁾ wird ein derartiger Ansatz vertreten: Demzufolge soll das Bindungs- und Belastungsniveau bei überlassenen Arbeitskräften im Vergleich zu nicht dem AÜG unterliegenden AN „deutlich gesenkt“ sein.

Der OGH⁵⁴⁾ prüft etwa eine Vereinbarung über eine Konventionalstrafe anhand von § 11 Abs 3 AÜG getrennt von der Billigkeitsüberprüfung der Konventionalstrafe gem § 1336 ABGB. Nur dann, wenn die Vereinbarung nach den in § 11 Abs 3 AÜG genannten Kriterien **zum Zeitpunkt ihres Abschlusses** eine unbillige Belastung der Arbeitskraft darstellt, kann diese als solche unzulässig sein.⁵⁵⁾

Aus dieser Rsp des OGH ist abzuleiten, dass die Prüfung einer Vereinbarung anhand von § 11 Abs 3 AÜG ebenso wie jene gem § 2 d AVRAG anhand der Umstände im Zeitpunkt des Abschlusses zu erfolgen hat.

§ 11 Abs 3 AÜG ist keine dem § 1336 ABGB vergleichbare Norm, aus der sich – anhand von Umständen **nach** Abschluss der Vereinbarung – eine inhaltliche Mäßigung einer Zahlungsverpflichtung ergeben könnte, die zunächst anhand des § 2 d AVRAG (unter Berücksichtigung der Interessen im Einzelfall) für zulässig befunden wurde.

Eine Mäßigung der überwältigten Kosten scheidet, wie auch der OGH zutreffend festhält, aus.⁵⁶⁾ In Betracht kommt allenfalls eine Anpassung der vereinbarten Bindungsdauer in der Rückersatzvereinbarung.⁵⁷⁾ Maßgeblich für die Angemessenheit des in der Vereinbarung genannten Zeitraums ist die Nachhaltigkeit und Werthaltigkeit der Ausbildung.⁵⁸⁾ Dies ist einerseits an der absoluten Höhe der vom AG getragenen Kosten (plakativ: Gabelstaplerschein versus Pilotenausbildung) zu messen, andererseits an der möglichen Verwertbarkeit der Ausbildung bei anderen AG oder der „Schnellebigkeit“ der betroffenen Branche: Bei einer Ausbildung im IT-Bereich, die möglicherweise nach drei Jahren wieder völlig überholt sein könnte, wird diese Prüfung anders ausfallen als bei einer grundlegenden Ausbildung im Pflegebereich, wo das erworbene Wissen – ex ante betrachtet – jahrzehntelang bei anderen AG eingesetzt werden könnte.⁵⁹⁾

⁵¹⁾ Zu den Konsequenzen bei Nichterfüllen der Kriterien des § 2 d AVRAG vgl *Wagnest*, Nichtigkeit von Ausbildungskostenrückersatzklauseln, ASoK 2009, 324 (325 ff).

⁵²⁾ ErläutRV 450 BlgNR 17. GP 20.

⁵³⁾ *Binder/Mair* in *Binder/Burger/Mair*, AVRAG³ § 2 d Rz 46.

⁵⁴⁾ OGH 15. 12. 2009, 9 ObA 80/09 v DRdA 2011/2, 30 (*Geppert*) = *ecolex* 2010/172, 484.

⁵⁵⁾ RIS-Justiz RS0125746.

⁵⁶⁾ OGH 22. 9. 2010, 8 ObA 70/09 s DRdA 2012/11, 208 (*Radner*) = ZAS 2011/45, 279 (*Födermayr*).

⁵⁷⁾ Vgl auch *Wagnest*, ASoK 2009, 324 (327).

⁵⁸⁾ *Reissner* in *ZellKomm*³ § 2 d AVRAG Rz 25 f.

⁵⁹⁾ Vgl *Radner/Ghahramani-Hofer* in *ZellHB AV-Klauseln*² Rz 34.59f mwN auch unter Hinweis auf die Materialien des Gesetzgebers.

ME hat die allenfalls berücksichtigungswürdige Situation eines AN, dessen Dienstverhältnis dem AÜG unterliegt, **bereits in die Interessenabwägung des § 2 d AVRAG einzufließen**. Dabei sind aber auch die Interessen des AG an der Rückersatzvereinbarung zu berücksichtigen. Die Investition in eine Ausbildung des AN wird vernünftigerweise nur dann getätigt, wenn Planbarkeit gegeben ist und der AG davon ausgehen kann, dass der AN die erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten zumindest für einen gewissen Zeitraum im Unternehmen des finanzierenden AG einsetzt. Auch diesen Interessen soll die Rückersatzvereinbarung dienen.

Ob eine Rückersatzvereinbarung den Anforderungen des § 2 d AVRAG genügt, ist auch nach Inkrafttreten dieser Bestimmung Ergebnis einer im Einzelfall durchzuführenden Interessenabwägung.⁶⁰⁾

Im Ergebnis ist die Rückersatzvereinbarung auch im Anwendungsbereich des AÜG ausschließlich anhand von § 2 d AVRAG zu prüfen. Entspricht eine (allfällig auch gerichtlich korrigierte) Vereinbarung dieser Bestimmung, liegt keine Vereinbarung vor, die gem § 11 Abs 3 AÜG eine „unbillige finanzielle Belastung“ einer überlassenen Arbeitskraft bewirkt. Allfällige im Einzelfall zu berücksichtigende subjektive Aspekte des AN (Einkommen, Vermittelbarkeit etc) sind bereits Teil der „Angemessenheitsprüfung“⁶¹⁾ des § 2 d AVRAG.

G. Förderung der Weiterbildung als Ziel des AÜG?

Rechtspolitisch spricht noch ein weiteres Argument dafür, dass Ausbildungskostenrückerersatzvereinbarungen auch im Anwendungsbereich des AÜG nicht generell unzulässig sind. Gerade im Anwendungsbereich dieses Gesetzes möchte der Gesetzgeber offenkundig die Weiterbildung von Arbeitskräften fördern und unterstützen. Die gesetzlich verankerte Einrichtung des Sozial- und Weiterbildungsfonds (SWF) in den §§ 22 a ff AÜG zeigt, dass dies für den Gesetzgeber ein besonderes Anliegen darstellt.

Die Institution des SWF schafft die Möglichkeit zur Förderung von bestimmten Weiterbildungsmaßnahmen. Jene Ausbildungskosten, die der Fonds trägt oder dem AG refundiert, können nicht Gegenstand von Rückersatzvereinbarungen sein. Sie sind keine tatsächlich vom AG getragenen Kosten. Aufgrund der Vorgaben des AVRAG können nur diese **tatsächlich vom AG getragenen Kosten** Gegenstand einer Rückzahlungsvereinbarung sein.⁶²⁾ Darüber hinaus wäre auch eine Bereicherung des AG denkbar, wenn Kosten einerseits vom SWF getragen werden, andererseits ein Rückersatzanspruch gegen den AN erfolgreich durchgesetzt wird.

Werden die Kosten einer Ausbildung iSd § 2 d AVRAG teilweise vom SWF getragen, ist es erforderlich, in einer Rückersatzvereinbarung zu differenzieren: Der Rückforderungsanspruch gegen den AN kann nur jenen Teil der Kosten umfassen, die tatsächlich vom AG getragen werden.

Gerade bei Ausbildungen, die nur teilweise vom SWF finanziert werden, würde es besonders absurd erscheinen, dem Gesetzgeber zu unterstellen, dass Rückersatzvereinbarungen im Anwendungsbereich des AÜG generell unzulässig sein sollen. AG im Bereich der Arbeitskräfte-

⁶⁰⁾ *Dirschmied*, DRdA 1994/19, 251 verweist in diesem Zusammenhang auf das „bewegliche System“ nach *Wilburg*.

⁶¹⁾ *Radner/Ghahramani-Hofer* in *ZellHB AV-Klauseln*² Rz 34.53 ff mwN.

⁶²⁾ Siehe dazu *Reissner* in *ZellKomm*³ § 2 d AVRAG Rz 7/1 ff; *Radner/Ghahramani-Hofer* in *ZellHB AV-Klauseln*² Rz 34.22 ff, jeweils mwN; RIS-Justiz RS0028886; OGH 29. 1. 2013, 9 ObA 151/12i ASoK 2013, 422 = RdW 2013/476, 484.

überlassung würde dadurch der Anreiz genommen, auch im Interesse des AN Ausbildungen zu finanzieren, deren Kosten nicht (zur Gänze) vom SWF getragen werden.

Nicht zuletzt dürfte die legislative Maßnahme der Einrichtung des SWF auch den Vorgaben der Europäischen **Leiharbeits-RL** geschuldet sein, die eine wichtige Basis für die aktuell in Geltung stehenden Regelungen des AÜG ist. Zwar enthält die RL, wie bereits ausgeführt, keine Vorgaben zu Rückersatzvereinbarungen hinsichtlich Ausbildungskosten. In Art 6 Abs 5 lit a der RL ist aber geregelt, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zu treffen haben, die den Zugang von Leiharbeitnehmern zu Fort- und Weiterbildungsangeboten – auch in der Zeit zwischen Überlassungen – verbessern, um deren berufliche Entwicklung und Beschäftigungsfähigkeit zu fördern.

Eine Auslegung des AÜG, die zu einer Unzulässigkeit oder allzu eingeschränkter Zulässigkeit von Vereinbarungen über Ausbildungskostenrückersatz führt, wäre unter dem Gesichtspunkt der **richtlinienkonformen Interpretation** des Gesetzes problematisch. Ein solches Verständnis würde die Zielsetzung der RL konterkarieren, weil die Bereitschaft von AG, ihren Arbeitskräften nicht (zur Gänze) geförderte Weiterbildungen zu finanzieren, deutlich gesenkt wäre.

IV. Ergebnis

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Eine Rückersatzvereinbarung hinsichtlich Ausbildungskosten ist auch mit AN **zulässig**, deren Dienstverhältnisse dem AÜG unterliegen.

§ 11 Abs 2 Z 6 AÜG steht solchen Vereinbarungen nicht entgegen, weil dadurch keine Einschränkung des AN **nach** Ende des Dienstverhältnisses bewirkt wird.

§ 11 Abs 3 AÜG ist auf Rückersatzvereinbarungen prinzipiell anwendbar, stellt aber **kein zusätzliches** über die Anforderungen des § 2 d AVRAG hinausgehendes **Korrektiv** dar. Die Situation des AN in einem dem Anwendungsbereich des AÜG unterliegenden Dienstverhältnis ist bereits im Rahmen der Einzelfallabwägung des § 2 d AVRAG zu prüfen.

Dabei ist eine Abwägung zwischen den Interessen des AG und jenen des AN durchzuführen. Maßgeblich sind die **Umstände im Zeitpunkt des Abschlusses** der Vereinbarung. Eine nachträgliche betragsliche Mäßigung des Rückersatzanspruchs ist – auch im Anwendungsbereich des AÜG – nicht vorgesehen. Allenfalls in Betracht kommt eine Reduktion des Bindungszeitraums durch das Gericht auf einen angemessenen Zeitraum.