

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr. LA100035-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,  
Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi sowie der Gerichtsschreiber  
lic. iur. S. Clausen

## Beschluss vom 4. September 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin, Widerbeklagte, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ und

Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG,**

Beklagte, Widerklägerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

vertreten durch lic. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom  
7. Dezember 2010 (AN100706)**

### **Rechtsbegehren:**

#### **Klägerin und Widerbeklagte:**

Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 17'185.05 zu bezahlen, zuzüglich Verzugszins von 5% auf Fr. 10'181.65 ab 1. Dezember 2009 sowie auf weiteren Fr. 3'211.30 ab 1. Januar 2010 und auf weiteren Fr. 3'792.10 ab 1. Februar 2010.

#### **Beklagte und Widerklägerin:**

Die Widerbeklagte sei zur Rückzahlung an die Widerklägerin von Fr. 4'560.50 zu verpflichten.

### **Urteil des Arbeitsgerichtes Zürich, 2. Abteilung, vom 7. Dezember 2010:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 2'688.05 netto nebst Zins zu 5 % seit 1. Februar 2010 zu bezahlen.  
Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Das Verfahren ist kostenlos.
4. Die Klägerin und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine reduzierte Umtriebsentschädigung von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.

### **Berufungsanträge:**

#### **Der Klägerin und Widerbeklagten (Urk. 19 S. 2):**

1. Ziffer 1 des Erkenntnisses gemäss angefochtenem Urteil sei wie folgt abzuändern:  
  
In Gutheissung der Klage wird die Beklagte und Widerklägerin verpflichtet, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 17'185.05 zu bezahlen, zuzüglich Verzugszins von 5% auf Fr. 10'181.65 ab 1. Dezember 2009 sowie auf zusätzlichen Fr. 3'211.30 ab 1. Januar 2010 und auf zusätzlichen Fr. 3'792.10 ab 1. Februar 2010.
2. Ziffer 4 des Erkenntnisses gemäss angefochtenem Urteil sei insofern abzuändern, als die Beklagte und Widerklägerin zu verpflichten sei, der Klägerin

und Widerbeklagten eine nicht reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Widerklägerin.

Der Beklagten und Widerklägerin (Urk. 22 S. 3):

A) Hauptantrag:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
2. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Die Widerklage womit die Widerbeklagte zur Rückzahlung an die Widerklägerin von CHF 4'560.50 zu verpflichten ist, ist vollumfänglich gutzuheissen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten.

B) Eventualantrag:

1. Das angefochtene Urteil sei aufzuheben.
2. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Die Widerklage womit die Widerbeklagte zur Rückzahlung an die Widerklägerin von CHF 4'560.50 zu verpflichten ist, ist teilweise im Rahmen von CHF 936.35 gutzuheissen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen für beide Instanzen zu Lasten der Klägerin und Widerbeklagten.

Der Klägerin und Widerbeklagten zur Berufung der Beklagten und Widerklägerin (Urk. 24 S. 2):

1. Die Berufung der Beklagten sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

**Sachverhalt und Prozessgeschichte:**

1. a) Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend: Beklagte) betreibt eine Versicherungs- und Rückversicherungsgesellschaft mit Hauptsitz in C. \_\_\_\_\_.

Die Klägerin und Widerbeklagte (nachfolgend: Klägerin) trat am tt.mm.2005 eine Stelle bei der Beklagten als G-IT Administrative Assistant an mit einem Jahressalar von Fr. 92'000.–. Ab dem 1. Juli 2008 war sie als Project Office Management Consultant im Rechenzentrum der Beklagten tätig.

b) Mit Unterschrift vom 7. Juni 2006 (Beklagte) und vom 12. Februar 2007 (Klägerin) schlossen die Parteien einen Vertrag über die Kostenbeteiligung an einer externen Weiterbildung der Klägerin, deren Inhalt im Wesentlichen darin bestand, dass die Klägerin von Oktober 2007 bis Oktober 2009 an der Hochschule für Wirtschaft in C. \_\_\_\_\_ ein berufsbegleitendes Studium der Betriebswirtschaft mit Bachelor-Abschluss absolvieren würde. Es wurde vereinbart, dass die Beklagte die dafür anfallenden Studiengebühren und Lehrmittelkosten von rund Fr. 26'000.– zu 80% übernehmen werde. Weiter wurde festgehalten, dass die von der Beklagten übernommenen Kosten bei einem Austritt während der Kursdauer und innert sechs Monaten nach Abschluss bzw. Erlangen des Diploms zurückzuerstatten seien bzw. in Abzug gebracht würden, bei einem Austritt innert zwölf Monaten zu 50%, wobei vereinbart war, dass sich diese Fristen bei einer Kostenbeteiligung von über Fr. 10'000.– verdoppeln würden (Urk. 2/4 = Urk. 8/11).

Die Klägerin durchlief die vorgesehene Ausbildung erfolgreich und schloss diese am tt.mm.2009 mit dem "Bachelor of Science ZFH" in Betriebsökonomie ab (Urk. 8/15). Die Beklagte leistete an diese Ausbildung Beiträge von insgesamt Fr. 21'745.60 (Urk. 8/14).

c) Im Herbst 2008 teilte die Beklagte ihren Mitarbeitern mit, dass ein Outsourcing des Rechenzentrums geprüft werde. Später wurde diese Information dahingehend konkretisiert, dass mit einer Auslagerung des Rechenzentrums an die praktisch ausschliesslich im Bereich der Informationstechnologie tätige Firma D. \_\_\_\_\_ zu rechnen sei. Ab April 2009 begann sich die Klägerin für zahlreiche Stellen bei der Beklagten zu bewerben, jedoch ohne Erfolg. Am 23. September 2009 erschien eine Pressemitteilung der D. \_\_\_\_\_, wonach sie von diesem Zeitpunkt an exklusive Verhandlungspartnerin der Beklagten für die Auslagerung der IT-Abteilung sei. Über diesen Umstand wurden die Mitarbeitenden der Beklagten am nächsten Tag in Kenntnis gesetzt (Urk. 9/1). Am 25. November 2009 teilte die

Beklagte ihren Mitarbeitern mit, dass zwischen ihr und der D.\_\_\_\_\_ ein "ten-year master service agreement" zustande gekommen sei, wobei die lokalen Bedingungen noch ausgehandelt würden. Es könne aber bestätigt werden, dass allen betroffenen Mitarbeitern eine Stelle bei der D.\_\_\_\_\_ mit den gleichen Bedingungen angeboten werde mit einer zwölfmonatigen Anstellungsgarantie. Ausserdem werde der Wechsel nicht vor Ende 2009 erfolgen und erst nach Abschluss der lokalen Vereinbarungen (Urk. 9/2). Der Betriebsübergang fand schliesslich nach übereinstimmenden Angaben der Klägerin persönlich und der Beklagten am 1. April 2010 statt (Prot. I S. 10 und 12).

d) Am 30. Oktober 2009 kündigte die Klägerin ihr Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist per 31. Januar 2010 (Urk. 2/9). Daraufhin unterbreitete ihr E.\_\_\_\_\_, Head of Projects Central Europe, Group IT Operations, am 5. November 2009 namens der Beklagten einen Terminvorschlag auf den Folgetag, um die Modalitäten der Rückzahlung der Ausbildungskosten zu besprechen, was die Klägerin - mit der Begründung, sie müsse zuerst alle Fakten zusammentragen - ablehnte (Urk. 2/10). Ein Gespräch zwischen den Parteien kam auch später nicht zustande. Währenddem die Beklagte auf der Rückzahlung der Ausbildungskosten beharrte, machte die Klägerin geltend, dass gemäss Vereinbarung keine Rückzahlung fällig werde, falls der Arbeitsvertrag ohne Verschulden des Mitarbeiters aus wirtschaftlichen Gründen aufgelöst werde. Ein Outsourcing stelle einen entsprechenden wirtschaftlichen Grund dar und die Ankündigung eines geplanten Übertrittes zu einem neuen Arbeitgeber stelle eine Änderungskündigung dar (Urk. 2/15).

e) In der Folge brachte die Beklagte mit den Lohnauszahlungen für die Monate November 2009 bis Januar 2010 Ausbildungskosten von Fr. 10'181.65, Fr. 3'211.30 und Fr. 3'792.10, also insgesamt Fr. 17'185.05 verrechnungsweise in Abzug (Urk. 2/12-14).

2. a) Mit Eingabe vom 2. September 2010 reichte die Klägerin beim Arbeitsgericht Zürich Klage ein und stellte Antrag, dass die Beklagte zu verpflichten sei, ihr die mit ihrem Lohn verrechneten Fr. 17'185.05 nebst Zins zu bezahlen (Urk. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. Oktober 2010 erhob die Beklag-

te Widerklage über Fr. 4'560.50, mit der sie die Rückzahlung des nicht bereits durch Verrechnung zurückerstatteten Ausbildungsbeitrages beantragte (Urk. 7). Es blieb unbestritten, dass Klage und Widerklage im selben Verfahren zu behandeln sind (vgl. dazu Urk. 14 S. 4).

b) Die Klägerin machte vor Vorinstanz geltend, dass ihre Verpflichtung zur Rückzahlung des Ausbildungsbeitrages entfallen sei, da der Arbeitsvertrag aus wirtschaftlichen Gründen ohne Verschulden des Mitarbeiters aufgelöst worden sei. Es sei ihr Ziel gewesen, für einen Finanzdienstleister wie die Beklagte zu arbeiten. Das geplante Outsourcing zu der in der Informatikbranche tätigen D.\_\_\_\_\_ sei für sie daher nicht in Frage gekommen. Aus diesem Grund habe sie sich auch - als sich das Outsourcing langsam abzeichnete - intensiv um eine neue Stelle intern bei der Beklagten bemüht. Nachdem diese Bewerbungen erfolglos geblieben seien, sei sie gezwungen gewesen, aus wirtschaftlichen und nicht von ihr selbst zu verantwortenden Gründen selbst zu kündigen, um nicht für die D.\_\_\_\_\_ tätig sein zu müssen (vgl. ergänzend Urk. 14 S. 5).

Die Beklagte stellte sich dagegen auf den Standpunkt, dass die Klägerin umgehend nach Abschluss ihrer Ausbildung das Arbeitsverhältnis aufgelöst habe, weshalb sie gemäss Ausbildungsvereinbarung vom 7. Juni 2006 / 12. Februar 2007 zur Rückzahlung sämtlicher Ausbildungskosten zu verpflichten sei. Ein Ausnahmefall im Sinne von Ziff. 3.1 der Vereinbarung liege nicht vor. Die Klägerin habe den Vertrag aus freien Stücken und zur Verfolgung ihrer persönlichen wirtschaftlichen Interessen aufgelöst (vgl. ergänzend Urk. 14 S. 5 f.).

c) Die Vorinstanz ging in ihrem nach Durchführung der Hauptverhandlung gefällten Entscheid davon aus, dass die Kündigung der Klägerin nicht im Zusammenhang mit dem Betriebsübergang gestanden habe, weshalb die Pflicht der Klägerin zur Rückzahlung der Ausbildungskosten nicht entfallen sei. Sie erachtete auch die von der Klägerin geltend gemachte Treuwidrigkeit der Beklagten als nicht ersichtlich. Es bestehe keine Rechtspflicht des Arbeitgebers, einer Mitarbeiterin eine neue bzw. andere Stelle in seinem Betrieb anzubieten, weil sie sich auf zahlreiche Stellen beworben habe, die für sie bessere Zukunftsperspektiven bieten würden (Urk. 14 S. 6-10). Die Vorinstanz erachtete jedoch das Kündigungs-

recht des Arbeitgebers als eingeschränkt, wenn die Rückzahlungspflicht nicht abgestuft werde. Sie erachtete es als nicht sachgerecht, wenn die Abstufung der Rückzahlungspflicht nicht auf die fortlaufende Dienstdauer der Arbeitnehmerin Rücksicht nehme und ging in der Folge von einer pro rata Rückzahlungspflicht aus, die pro Monat um einen Zwölftel des vergüteten Betrages abnehme, so dass für die vier Monate Oktober 2009 bis Januar 2010 4 x Fr. 1'812.15 (= Fr. 7'248.60) in Abzug zu bringen seien. Dementsprechend reduzierte sie die Rückzahlungspflicht der Klägerin auf Fr. 14'497.–. Da die Beklagte bereits Fr. 17'185.05 verrechnet hatte, verpflichtete sie die Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu einer Rückzahlung von Fr. 2'688.05 an die Klägerin und wies die Widerklage ab (Urk. 14 S. 11-13).

3. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2010 erhoben beide Parteien rechtzeitig Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz vom 7. Dezember 2010 (Urk. 15 und 16), worauf mit Verfügung vom 12. Januar 2011 vorerst der Klägerin Frist zur Begründung der Erstberufung angesetzt wurde (Urk. 18). Die Erstberufung datiert vom 24. Januar 2011 (Urk. 19), die Zweitberufung und Erstberufungsantwort vom 16. Februar 2011 (Urk. 22) und die Zweitberufungsantwort vom 7. März 2011 (Urk. 24). Mit Verfügungen vom 9. März 2011 (Urk. 27) und vom 21. März 2011 (Urk. 30) wurde den Parteien Gelegenheit gewährt, zu neu eingereichten Urkunden Stellung zu nehmen. Die letzte Stellungnahme der Klägerin vom 4. April 2011 (Urk. 31) wurde der Beklagten schliesslich mit Verfügung vom 5. April 2011 zur Kenntnis gebracht (Urk. 32).

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH sowie von Art. 343 OR anzuwenden.

2. Der Streitwert der Klage beträgt Fr. 17'185.05, derjenige der Widerklage Fr. 4'560.50. Angesichts dieser Streitwerte ist über die vorliegenden Klagen im einfachen und raschen Verfahren zu befinden (§ 53 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO/ZH). Gemäss § 259 Abs. 2 ZPO/ZH wird das Berufungsverfahren daher im Anschluss an die Erhebung der Berufungserklärungen und Fristansetzung zur Begründung der Berufungen nach den Bestimmungen des Rekurses durchgeführt, und es erfolgt die Erledigung durch Beschluss. Damit war insbesondere nach Eingang der Berufungsbegründungen nurmehr je Frist zu deren Beantwortung anzusetzen. Es besteht kein Anspruch auf Replik und Duplik (vgl. hiezu Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 21a und 13 zu § 259 ZPO/ZH).

3. a) Vor der Berufungsinstanz ist neues Vorbringen (Noven: tatsächliche Behauptungen, Einreden und Beweismittel) unter den Voraussetzungen von §§ 115 und 138 ZPO/ZH zulässig (§ 267 Abs. 1 ZPO/ZH). Echte Noven sind für den Prozess bedeutsame Tatsachen, die sich erst nach Ablauf der für Behauptungen, Bestreitungen und Einreden vorgesehenen Verfahrensphasen ereignet haben oder welche die behauptungspflichtige Partei erst hernach festzustellen vermochte, oder Beweismittel, die trotz angemessener Tätigkeit nicht vor Ablauf der hiezu angesetzten Frist eingereicht oder genau bezeichnet werden konnten. Unechte Noven sind demgegenüber Tatsachen oder Beweismittel, die schon vor jenen Zeitpunkten existierten bzw. der betreffenden Partei zugänglich waren, die

aber aus Nachlässigkeit oder absichtlich nicht rechtzeitig in den Prozess eingeführt wurden (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 115). Die Ausnahmefälle gegenüber § 114 ZPO/ZH aufzählend, schliesst § 115 ZPO/ZH unechte Noven nach Schluss des erstinstanzlichen Hauptverfahrens aus. Die Einbringung von echten Noven ist unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs uneingeschränkt möglich.

b) Zuzulassen sind unechte Noven nach § 115 ZPO/ZH, wenn sich ihre Richtigkeit aus den Prozessakten ergibt oder diese durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (Ziffer 2), wenn es sich um Tatsachen handelt, von denen glaubhaft gemacht wird, dass sie trotz angemessener Tätigkeit nicht rechtzeitig angerufen werden konnten (Ziffer 3), sowie wenn es sich um Tatsachen handelt, die das Gericht von Amtes wegen zu beachten hat (Ziffer 4), wobei die in Art. 343 Abs. 4 OR bundesrechtlich statuierte "soziale Untersuchungsmaxime" in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten nicht dazu führt, dass unechte Noven im Rechtsmittelverfahren im Sinne von § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH von Amtes wegen zu berücksichtigen und damit unbeschränkt zulässig wären (ZR 101 Nr. 39; ZR 106 Nr. 6; BGE 107 II 233 E 3, 118 II 50 E 2a und 120 II 229 E 1c). Mithin sind unechte Noven insbesondere dann zuzulassen, wenn sie durch neu eingereichte Urkunden sofort bewiesen werden können (§ 115 Ziff. 2 ZPO/ZH). Ist diese Voraussetzung erfüllt, ist nicht von Belang, ob die Behauptung bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte erhoben und die Urkunde hätte eingereicht werden können.

## II.

1. a) Die Klägerin verpflichtete sich mit der bereits ausführlich erwähnten Kostenbeteiligungsvereinbarung vom 7. Juni 2006 / 12. Februar 2007 (Urk. 2/4) bei einem Austritt zur Rückzahlung der von der Beklagten geleisteten Zahlungen bzw. erklärte sich mit einem entsprechenden Abzug einverstanden. Bei einer Kostenbeteiligung - wie vorliegend - von mehr als Fr. 10'000.- sind danach bei einem Rücktritt bis 12 Monate nach Abschluss der Ausbildung 100% zurückzuerstatten.

b) Die Klägerin stellt sich auch im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, dass sie aufgrund der bevorstehenden Auslagerung des Rechenzentrums der Beklagten an die Firma D. \_\_\_\_\_ berechtigt gewesen sei, einen Übergang des Arbeitsverhältnisses auf die D. \_\_\_\_\_ abzulehnen. Um dies zu verhindern, habe sie sich vorerst intensiv (aber erfolglos) bei der Beklagten um eine andere Anstellung beworben. Nachdem sich die Aussicht auf die Auslagerung am 23. September 2009 konkretisiert habe und man davon habe ausgehen können, dass die Auslagerung mit grösster Wahrscheinlichkeit kurz bevorstehe, habe sie die extern angebotene Stelle angenommen und das Arbeitsverhältnis per Ende Januar 2010 gekündigt (Urk. 19 S. 4). Sie sei gestützt auf Art. 333 OR berechtigt gewesen, den Übergang des Arbeitsverhältnisses abzulehnen. Dieses Recht habe sie bereits vor dem Betriebsübergang gehabt, ohne einen besonderen Zeitpunkt oder eine Frist beachten zu müssen. Sie habe deshalb am 30. Oktober 2009 gültig den Übergang des Arbeitsverhältnisses abgelehnt (Urk. 19 S. 5 ff.). Damit sei aber auch die Verpflichtung zur Rückzahlung der Ausbildungsbeiträge erloschen (Urk. 19 S. 10 ff.). Fraglich sei höchstens, ob sie trotz des bevorstehenden Outsourcings noch bis zum effektiven Betriebsübergang, d.h. bis Ende März 2010 hätte weiter arbeiten müssen, wenn sie eine Ablehnungserklärung abgegeben hätte, ohne gleichzeitig zu kündigen. Eine Arbeitnehmerin, die gegen ihren Willen mit einer nicht akzeptablen Übertragung des Arbeitsverhältnisses konfrontiert werde und deren zahlreiche internen Bewerbungen abgewiesen würden, stehe unter einem besonderen Druck, bis spätestens zum Betriebsübergang eine neue Stelle zu finden. Die Beklagte habe mit der Ablehnung der internen Bewerbungen zu verstehen gegeben, dass sie nicht an der Weiterführung des Arbeitsverhältnisses mit ihr interessiert sei. Die Beklagte habe es deshalb zu vertreten, dass die Klägerin unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist schon zwei Monate vor dem effektiven Betriebsübergang eine andere Stelle angetreten habe. Die Beklagte habe daher auch keinen pro rata Anspruch auf Rückzahlung der Ausbildungskosten (Urk. 19 S. 12 f.). Dies ergebe sich auch aus Ziff. 3.1 des Reglements der Beklagten zur Aus- und Weiterbildung, wonach die Verpflichtung zur Rückzahlung dahinfalle, "falls der Arbeitsvertrag aus wirtschaftlichen Gründen ohne Verschulden des Mitarbeiters aufgelöst wird".

2. a) Vorweg ist festzuhalten, dass die Klägerin gemäss klarem Wortlaut mit ihrer Erklärung vom 30. Oktober 2009 nicht im Sinne von Art. 333 Abs. 2 OR den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist (von zwei Monaten, Art. 335c Abs. 1 OR) auf die D.\_\_\_\_\_ abgelehnt, sondern eine Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist von drei Monaten ausgesprochen hat: "Hiermit kündige ich meine Stelle als PMO Consultant per 31. Oktober 2009 mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist auf 31. Januar 2010" (Urk. 2/9). Sie hat damit ihr Arbeitsverhältnis selber aufgelöst. Es fehlt in ihrer Erklärung jeglicher Hinweis auf eine Ablehnung eines möglichen Arbeitsverhältnisses mit der D.\_\_\_\_\_. Allein schon aus diesem Grund können die Auswirkungen von Art. 333 Abs. 2 OR nicht greifen. Es kann grundsätzlich unter Hinweis auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz festgehalten werden, dass die Kündigung der Klägerin nicht in direktem Zusammenhang mit einer definitiv angekündigten und den Mitarbeitern zur Kenntnis gebrachten Betriebsübertragung stand (vgl. die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz in Urk. 14 S. 7 f.: "Erst der Betriebsübergang begründet das Ablehnungsrecht"). Die Klägerin hatte noch keine Kenntnisse der endgültigen Übergangsmodalitäten und sie wusste noch gar nicht genau, ob sie in ihrer Funktion gleich hätte weiter arbeiten können. Es war ihr aber nach ihren eigenen Angaben bewusst, dass sie bei der D.\_\_\_\_\_ nur beschränkte Aufstiegsmöglichkeiten gehabt hätte. Sie wollte aber nur zwei Jahre lang Projektmanagement machen und nachher ihre Erfahrungen gezielt einsetzen. Es sei dann ihre Entscheidung gewesen, "wo ich hin will und was meiner Karriere zu Gute kommt" (Prot. I S. 10 f.).

b) Im Zeitpunkt der Kündigung stand das Outsourcing des Rechenzentrums noch nicht definitiv fest. Dass die Abklärungen/Abmachungen zur Outsourcing des Rechenzentrums einige Zeit in Anspruch nahmen, belegte die Klägerin sodann selber, indem sie im Berufungsverfahren neue Belege dazu einreichte, dass bereits im Oktober 2008 eine solche Auslagerung in Erwägungen gezogen worden sei (Urk. 26/25 und 26/26). Mit dem weiteren von der Klägerin eingereichten Artikel aus dem F.\_\_\_\_\_ vom tt.mm.2009 wird zudem ebenfalls belegt, dass die Gespräche zur Auslagerung noch andauerten, wobei hier festgehalten wurde, dass in den nächsten sechs Monaten mit der D.\_\_\_\_\_ verhandelt würde (Urk.

24/27). Damit konnte aber am 30. Oktober 2009 auch noch gar keine Erklärung im Sinne von Art. 333 Abs. 2 OR abgegeben werden. Der Fristenlauf zu einer derartigen Erklärung kann erst zu laufen beginnen, wenn der Arbeitgeber seinen Informationspflichten nachgekommen ist (Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. A., S. 559 N 11 zu Art. 333 OR) bzw. wenn der Arbeitnehmer von der "Betriebsübernahme Kenntnis hat" (Christian Suffert, Schutz des Arbeitnehmers beim Betriebsübergang, Diss. Zürich 1999, S. 26 mit weiteren Hinweisen). Eine sichere Kenntnis eines Betriebsüberganges ist indes erst nach dem Abschluss der entsprechenden Vereinbarungen möglich. Frühestens mit der Vereinbarung zwischen der Beklagten und der D.\_\_\_\_\_ vom 25. November 2009 und der entsprechenden Mitteilung der Beklagten vom selben Tag stand für die Mitarbeiter fest, dass das geplante Outsourcing definitiv vorgenommen wird und mit welchen Bedingungen die Mitarbeiter zu rechnen hatten, wobei die massgeblichen lokalen Abmachungen, die für das erste Quartal geplant waren, immer noch offen standen (Urk. 9/2). Es besteht kein Anlass, die von der Klägerin erst im Berufungsverfahren (und damit verspätet, Urk. 19 S. 10) verlangte Edition der kompletten Outsourcingverträge anzuordnen. Die Klägerin macht denn auch keine andere frühere Mitteilung über das definitive Zustandekommen des Outsourcings namhaft. Vorher konnte aber noch gar keine Erklärung im Sinne von Art. 333 Abs. 2 OR abgegeben werden. In der Lehre - und so auch von der Klägerin angeführt (Urk. 19 S. 6) - wird denn auch darauf hingewiesen, dass das Arbeitsverhältnis bei einer Ablehnung der Übertragung des Arbeitsverhältnisses auf den Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist, frühestens aber auf den Zeitpunkt des Betriebsüberganges ende (Streiff/von Kaenel, a.a.O., S. 559 N 12 zu Art. 333 OR). Anders verhält es sich bei einer Kündigung, wo die vertragliche Frist unter Umständen auch vor dem Betriebsübergang ablaufen kann, was dem Arbeitnehmer eine Ausweichmöglichkeit gibt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., S. 600 N 12 zu Art. 333 OR). Von dieser Wahlmöglichkeit hat die Klägerin offenkundig Gebrauch gemacht. Entgegen den am Ende der Berufungsbegründung festgehaltenen Zweifeln des Vertreters der Klägerin, wonach der effektive Betriebsübergang (Auslagerung des Rechenzentrums) am 1. April 2010 erfolgt sei, steht fest, dass dieser Übergang erst an diesem Datum erfolgt ist. Dies hat die Klägerin vor Vo-

rinstanz selber bestätigt (Prot. I S. 10). Hierüber ist daher nicht Beweis abzunehmen. Es blieb zudem unbestritten, dass das in Ergänzung zum "Master Service Agreement" vom 25. November 2009 abgeschlossene "Local Service Agreement" erst am 9. Februar 2010 unterzeichnet wurde (Urk. 30 i.V. mit Urk. 31). Auch das spricht dafür, dass die Klägerin eben nicht den Übergang des Arbeitsverhältnisses abgelehnt, sondern eine Kündigung ausgesprochen hat bzw. ein entsprechendes Vorgehen gewählt hat. Daran ändert nichts, dass eine Ablehnung der Übertragung des Arbeitsverhältnisses schon vor dem Betriebsübergang erklärt werden kann, doch braucht es hierfür einerseits die Kenntnis über den definitiven Entscheid und andererseits hat die Klägerin eben auch gar keine entsprechende Erklärung abgegeben. Sie hat sich vielmehr - wie selber angeführt (Urk. 19 S. 10) - entschieden, eine Stelle bei einem anderen Arbeitnehmer anzunehmen und das Arbeitsverhältnis zu kündigen, dies ohne mit der Beklagten die Frage der Rückzahlungspflicht zuvor abzuklären.

c) Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass bei einer Ablehnung der Übertragung des Arbeitsverhältnisses nach den Vorgaben und Bestimmungen von Art. 333 OR die Pflicht zur Rückzahlung der von der Beklagten übernommenen Weiterbildungskosten entfallen würde (Urk. 14 S. 6 f.). Da aber - wie dargelegt - von einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Klägerin auszugehen ist, bleibt entgegen der Auffassung der Klägerin die Pflicht zur Rückerstattung dieser Kosten bestehen.

d) Dass die Bewerbungen der Beklagten für andere Stellen bei der Beklagten erfolglos geblieben waren, ändert nichts daran, dass die Klägerin zur Rückerstattung der Ausbildungskosten verpflichtet ist. Auch hier kann vorweg auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 14 S. 8-10). Auch wenn die Klägerin ihre Bewerbungen im Hinblick auf das geplante Outsourcing angestrengt hatte, war die Beklagte nicht verpflichtet, sie an einer anderen Stelle weiter zu beschäftigen und die Wünsche der Klägerin zu erfüllen, die nach Abschluss ihrer Ausbildung und der damit verbundenen neuen Qualifikation von ihrem "Job in der IT-Abteilung" in eine andere Abteilung innerhalb des Finanzdienstleisters wechseln wollte (Prot. I S. 7). Auch in diesem Zusammenhang

ist zu beachten, dass das Outsourcing erst bevorstand. Erst der Abschluss der Vereinbarungen über das Outsourcing und die konkrete Durchführung der Auslagerung des Rechenzentrums hätte allenfalls - zur Vermeidung des Dahinfallens der Rückzahlungspflicht - das Angebot zur Weiterbeschäftigung an einer anderen Stelle bei der Beklagten auslösen können, wenn die Klägerin alsdann den Übergang des Arbeitsverhältnisses abgelehnt hätte. Solches konnte aber jedenfalls bis zum 25. November 2009 nicht zur Diskussion stehen. Es liegt auch nichts vor, wonach die Beklagte die Klägerin nicht weiter beschäftigt hätte. Es ist deshalb auf die weiteren Ausführungen der Klägerin nicht näher einzutreten. Es ist vielmehr festzustellen, dass die Rückzahlungspflicht der Klägerin auch unter diesem Gesichtswinkel nicht entfallen ist. Wenn die Klägerin im Übrigen geltend macht, sie sei zum Handeln gezwungen gewesen, da sich das Outsourcing schon seit langem konkretisiert habe (so u.a. in Urk. 24 S. 3), so ist doch auch darauf hinzuweisen, dass sie mit einer externen Bewerbung auf Anhieb Erfolg hatte und sogleich eine andere Anstellung fand (Prot. I S. 10, Urk. 24 S. 3).

3. a) Wie von der Vorinstanz festgehalten, kann der Arbeitgeber Ausbildungskosten nur zurückverlangen, wenn dies ausdrücklich vereinbart wurde und wenn es sich um eine Ausbildung handelt, die dem Arbeitnehmer einen dauerhaften Vorteil auf dem Arbeitsmarkt bietet. In der Rückzahlungsvereinbarung muss auch der Zeitraum fixiert sein, binnen welchem die Rückzahlungspflicht geltend gemacht werden kann (Urk. 14 S. 11 f.). Hievon ist vorliegend - was unbestritten blieb - denn auch auszugehen. Es blieb auch unbestritten, dass die Beklagte insgesamt Ausbildungskosten von Fr. 21'745.60 an die Klägerin geleistet und dass sie einen Betrag von Fr. 17'185.05 verrechnet hatte. Damit verblieb nach Auffassung der Beklagten ein von der Klägerin zu erstattender Betrag von Fr. 4'560.50.

b) Die Vorinstanz wies in ihren weiteren Erwägungen indes darauf hin, dass in der Praxis eine entsprechend der Rückzahlungsdauer abgestufte Rückzahlungspflicht gefordert werde. Es erscheine deshalb willkürlich, wenn ein Arbeitnehmer, der elf Monate nach Abschluss der Ausbildung im Betrieb weiter gearbeitet habe, noch die vollen Ausbildungskosten zurückzuzahlen habe so wie derjenige Arbeitnehmer, der gleich nach Abschluss der Ausbildung kündige. Eine

Abstufung nach Jahren - wie in der Vereinbarung der Parteien - sei daher nicht sachgerecht. Es müsse vielmehr eine pro rata Rückerstattungspflicht angenommen werden. Die Vorinstanz nahm sodann - wie oben bereits angeführt - an, dass die Rückerstattungspflicht der Klägerin pro Monat um einen Zwölftel zu kürzen sei, womit für die vier Monate von Oktober 2009 bis Januar 2010, in denen die Klägerin noch für die Beklagte tätig war, 4 x Fr. 1'812.15 (insgesamt Fr. 7'248.60) in Abzug zu bringen seien (Urk. 14 S. 12 f.).

c) Die Beklagte machte mit ihrer Berufung geltend, dass die Rückzahlungsvereinbarung der Parteien im Lichte der gängigen Gerichtspraxis fixiert worden sei im Wissen, dass die maximale Dauer der Rückzahlungspflicht meist bei drei Jahren liege. Eine Dauer von 24 Monaten sei daher nicht als übermässig bindend zu beurteilen. Es sei damit von der Vereinbarung der Parteien auszugehen und die Klägerin zur Rückerstattung der gesamten Ausbildungskosten zu verpflichten (Urk. 22 S. 5 f.). Im Übrigen habe die Vorinstanz nicht beachtet, dass eine abgestufte Rückzahlungspflicht für die Dauer von 24 Monaten vorgesehen gewesen sei, weshalb bei einer pro rata Berechnung auch von 24 Monaten auszugehen sei (Urk. 22 S. 8 f.). Die Klägerin führte hiezu vorab aus, dass sich die Frage einer pro rata Abstufung nicht stelle, da die Rückerstattungspflicht dahin gefallen sei (Urk. 24 S. 8 f.). Würde aber eine pro rata Rückerstattung in Betracht gezogen, so wäre zu beachten, dass die Klägerin nach der Auslagerung des Rechenzentrums gar nicht mehr für die Beklagte hätte arbeiten können, auch wenn sie nicht gekündigt hätte. Es wäre der Klägerin alsdann nämlich aus von der Beklagten zu vertretenden Gründen nicht möglich gewesen, die ganze Verpflichtungszeit einzuhalten. Es sei daher willkürlich, von der ganzen Verpflichtungszeit der Klägerin auszugehen und damit Unmögliches von der Klägerin zu verlangen. Es könnte der Klägerin höchstens vorgeworfen werden, dass sie nicht bis Ende März 2010 für die Beklagte tätig gewesen sei, weshalb die Klägerin höchstens für diese zwei Monate (=2/24) rückerstattungspflichtig wäre (Urk. 24 S. 9 ff.).

d) In der Lehre wird teils festgehalten, dass eine Abstufung der Rückzahlungspflicht nach Jahren unsachgemäss sei (Streiff/von Kaenel, a.a.O., S. 335 N 7 zu Art. 327a OR unter Hinweis auf ein Genfer Urteil) bzw. dass die geschul-

dete Rückzahlungssumme von Monat zu Monat linear abnehmen müsse (Subilia/Duc, Droit du travail, Lausanne 2010, S. 306). Andererseits wird aber auch bloss darauf hingewiesen, dass die Rückzahlungsvereinbarungen nicht zu "goldenen Fesseln" führen dürften (Stahelin, Zürcher Kommentar, N 4 zu Art. 335a OR).

Es steht den Parteien jedoch grundsätzlich frei, unter Einhaltung der Vorgaben von Art. 27 Abs. 2 ZGB eine Regelung zur Rückzahlungspflicht für die vom Arbeitgeber getragenen Ausbildungskosten zu treffen. Es fragt sich deshalb bloss, ob eine pro rata temporis getroffene Regelung, die nur eine Abstufung nach Jahren vorsieht, als ungültig zu erachten ist bzw. ob eine Abstufung nach Monaten zwingend ist. Für eine derartige Einschränkung besteht jedoch kein Anlass. Vielmehr zeigt ein Vergleich mit öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen, dass eine proportionale Reduktion zwar auch hier die Regel darstellt, dass die Abstufungen jedoch auch mit Reduktionen nach Semestern oder Jahren als zulässig erachtet werden. Eine vertragliche Abweichung von einer Rückzahlung pro rata temporis erscheint im Rahmen einer noch zulässigen Gesamtbindung daher als rechtswirksam (P. Stieger, Weiterbildung im Arbeitsverhältnis, Diss. Zürich, Stämpfli Verlag Bern 2009, S. 187). Dass eine Begrenzung der Rückzahlungspflicht auf zwei Jahre keine übermässige Bindung bewirkt, ist offenkundig (vgl. u.a. Streiff/von Kaenel, a.a.O., S. 335 N 7 zu Art. 327a OR). Eine 100%-ige Rückzahlungspflicht während der gesamten Vereinbarungsdauer würde allerdings eine übermässige Einschränkung des Arbeitnehmers bedeuten und könnte daher kaum geschützt werden (Stieger, a.a.O., S. 185 f.). Dass auch bei einer Rückzahlungsverpflichtung von 100% der vergüteten Ausbildungskosten während der Dauer eines Jahres eine übermässige Einschränkung anzunehmen wäre, wurde indes von der Klägerin nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

Auch in diesem Zusammenhang ist nochmals festzuhalten, dass die Klägerin das Arbeitsverhältnis gekündigt hat, bevor die Auslagerung des Rechenzentrums und die Modalitäten der Auslagerung definitiv feststanden. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist nicht "aus wirtschaftlichen Gründen ohne Verschulden des Mitarbeiters" erfolgt. Die Ausführungen der Klägerin, wonach sie nicht mehr

für die Beklagte hätte arbeiten können, sind hypothetischer Natur und es ist daher auf sie nicht weiter einzugehen.

4. Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass die Beklagte gemäss Weiterbildungsvereinbarung vom 7. Juni 2006 / 12. Februar 2007 berechtigt war, ihre Ansprüche zur Verrechnung zu bringen. Die Klägerin ist zudem zu verpflichten, die weiteren von der Beklagten bezahlten Ausbildungskosten zurückzuerstatten. Damit ist die Klage abzuweisen und die Widerklage gutzuheissen.

### III.

1. Der Streitwert der Klage beträgt Fr. 17'185.05, derjenige der Widerklage Fr. 4'560.50. Damit ist das Verfahren gemäss Art. 343 aOR für beide Instanzen kostenlos.

2. Ausgangsgemäss wird die Klägerin entschädigungspflichtig. Die Beklagte hat sich zur Höhe der Entschädigung nicht weiter geäussert. Auch wenn die Beklagte nunmehr vollständig obsiegt, erscheint die von der Vorinstanz festgesetzte Umtriebsentschädigung von Fr. 1'500.– für die Beklagte, die sich durch ihre Rechtsabteilung vertreten liess, als angemessen. Die nämliche Entschädigung ist für das Berufungsverfahren zuzusprechen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin wird in Gutheissung der Widerklage verpflichtet, der Beklagten Fr. 4'560.50 zu bezahlen.
3. Das erst- und zweitinstanzliche Verfahren ist kostenlos.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Umtriebsentschädigung von je Fr. 1'500.–, insgesamt somit Fr. 3'000.– zu zahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Klage beträgt Fr. 17'185.05, derjenige der Widerklage Fr. 4'560.50.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. S. Clausen

versandt am:

mc