



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Rohrer als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Erwin Blazek und Mag. Michael Zawodsky als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Peter O*****, Pensionist, *****, vertreten durch Dr. Reinhard Köffler ua, Rechtsanwälte in Villach, gegen die beklagte Partei C***** AG, *****, vertreten durch die Frimmel Anetter Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Klagenfurt, wegen 19.300,74 EUR sA, Aufhebung einer Vereinbarung und Unterlassung (Streitwert 12.500 EUR; Gesamtstreitwert 31.800,74 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 16. Oktober 2007, GZ 7 Ra 62/07b-19, womit das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt als Arbeits- und Sozialgericht vom 13. März 2007, GZ 35 Cga 129/06p-15, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Ersturteil wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.176,50 EUR (darin 362,75 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 2.734,36 EUR (darin 261,06 EUR USt und 1.168 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der Kläger war ab 1975 bei der B***** AG (B*****) als Chemiarbeiter beschäftigt. Im Jahr 1990 wurde sein Arbeitsverhältnis von der Beklagten mit allen Rechten und Pflichten übernommen. Bei der Beklagten war es gelebte Praxis, dass die Arbeitnehmer bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen zum ehestmöglichen Zeitpunkt die Sonderunterstützung nach dem Sonderunterstützungsgesetz (SUG) in Anspruch nahmen. Zu diesem Zweck setzte sich die Belegschaftsvertretung bei der Unternehmensleitung massiv dafür ein, durch einvernehmliche Auflösung der in Frage kommenden Arbeitsverhältnisse die Inanspruchnahme der Sonderunterstützung durch die Mitarbeiter zu ermöglichen. Als mit Änderung des SUG im Frühjahr 1996 ein Arbeitgeberbeitrag in der Höhe von 12,55 % der ausbezahlten Sonderunterstützung eingeführt wurde, wies der damalige kaufmännische Geschäftsführer der Beklagten die Abteilungsleiter darauf hin, in Zukunft einer einvernehmlichen Auflösung von Arbeitsverhältnissen zur Inanspruchnahme der Sonderunterstützung nur unter der Bedingung einer sachlichen Begründung und entsprechenden Kompensation der für das Unternehmen anfallenden Kosten zuzustimmen. Die Arbeitnehmer unterbreiteten daraufhin der Geschäftsführung den Vorschlag, dass die künftigen Sonderunterstützungsbezieher bereit seien, der Beklagten den Arbeitgeberanteil der Sonderunterstützung zu ersetzen. Vom Betriebsrat der Beklagten wurde dieser Vorschlag auch dem damaligen Bundesminister für Arbeit und Soziales zur Kenntnis gebracht. Dieser erklärte, dass vom Ministerium nicht nachgeprüft werde, von wem der Arbeitgeberanteil letztlich getragen werde. Den Belegschaftsvertretern wurde zugesichert, durch eine entsprechende Weisung an das

Arbeitsamt dafür Sorge zu tragen, dass die Sonderunterstützungsbezieher nicht auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu vermitteln seien. Der Betriebsrat setzte die Belegschaft von diesen Verhandlungsergebnissen in Kenntnis. Sämtlichen Arbeitnehmern der Beklagten war damit bekannt, dass bei Inanspruchnahme der Sonderunterstützung dem Arbeitgeber der Arbeitgeberbeitrag zu ersetzen sei. Sie waren damit einverstanden.

Auch dem Kläger - selbst Betriebsratsmitglied in den Jahren 1992-1996 - war bekannt, dass die Beklagte einer einvernehmlichen Auflösung seines Arbeitsverhältnisses zum Bezug der Sonderunterstützung nur unter der Bedingung zustimmt, dass er sich im Gegenzug dazu verpflichtet, ihr den Arbeitgeberbeitrag der Sonderunterstützung zu ersetzen. Am 22. 3. 1998 vollendete der Kläger das 50. Lebensjahr. Am 10. 6. 1998 verpflichtete er sich in einer Vereinbarung mit der Beklagten, dieser den Arbeitgeberbeitrag von 12,55 % der künftigen Sonderunterstützung zu ersetzen. Daraufhin wurde das Arbeitsverhältnis am 30. 6. 1998 einvernehmlich aufgelöst. Auf den Kläger wurde bei der Vereinbarung kein Druck ausgeübt. Die Beklagte ließ sich ihren Rückzahlungsanspruch durch eine vom Kläger beizubringende Bankgarantie über 300.000 ATS besichern. Ab Jänner 1999 überwies er der Beklagten die Arbeitgeberbeiträge quartalsweise von einem eigens dafür eingerichteten Konto. Insgesamt zahlte er bis Jänner 2007 einen Betrag von 19.300,74 EUR, wovon 1.006,85 EUR auf die Kosten der Bankgarantie entfielen.

Der Kläger begehrt mit der vorliegenden Klage nach mehrmaliger Ausdehnung des Klagebegehrens zuletzt Zahlung des Betrags von 19.300,74 EUR sA, Aufhebung der Vereinbarung vom 10. 6. 1999 (richtig: 1998), wonach er der

Beklagten die Dienstgeber-Pensionsversicherungsbeiträge zu ersetzen habe, und Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie über 310.000 ATS laut Garantiebrieft vom 10. 6. 1998. Die Vereinbarung der Überwälzung von Arbeitgeberanteilen an Sozialversicherungsbeiträgen auf den Arbeitnehmer sei unzulässig und daher nichtig. Der Kläger mache Nichtigkeit der Vereinbarung vom 10. 6. 1998 geltend und fordere Rückzahlung der an die Beklagte gezahlten Arbeitgeberbeiträge sowie der Kosten der von ihm verlangten Bankgarantie. Die Initiative zur Inanspruchnahme der Sonderunterstützung sei nicht von ihm ausgegangen. Nach der bei der Beklagten geübten Praxis sei es vielmehr so gewesen, dass die Unternehmensleitung die Arbeitnehmer nach Vollendung des 50. Lebensjahres aufgefordert habe, die Sonderunterstützung in Anspruch zu nehmen. Auch er sei nach Vollendung des 50. Lebensjahres von seinem Vorgesetzten auf den Anspruch auf Sonderunterstützung hingewiesen und ihm die schriftlichen Erklärungen betreffend den Rückersatz der Arbeitgeberbeiträge und die Abwicklung des Rückersatzes unter anderem durch Eröffnung eines Kontos vorgelegt worden.

Die Beklagte stellte das Klagebegehren der Höhe nach außer Streit, bestritt es dem Grunde nach und beantragte dessen Abweisung. Ende der 80er Jahre seien im Zuge der sukzessiven Liquidierung der B***** und anderer großer verstaatlichter Unternehmen durch massive Intervention der Belegschaftsvertretung im Zusammenwirken mit dem ÖGB und dem Sozialministerium die Voraussetzungen dafür geschaffen worden, dass die von Freisetzungen betroffenen Arbeitnehmer in den Genuss von Sonderunterstützungen nach dem Sonderunterstützungsgesetz kommen konnten. Der Kläger

sei ein Arbeitnehmer gewesen, der die Voraussetzungen für die Sonderunterstützung erfüllt habe. Aus diesem Grund sei er vor Erreichung des 50. Lebensjahres an die Beklagte mit dem Wunsch herangetreten, in den „Vorruhestand“ zu wechseln und die Sonderunterstützung in Anspruch zu nehmen. Die Beklagte sei dem Wunsch des Klägers nach einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter der Voraussetzung der „Kostenneutralität“ nachgekommen und habe ihm - wie bei den anderen Mitarbeitern, die in den Genuss der Sonderunterstützung gelangen wollten - den Vorschlag unterbreitet, die von der Beklagten zu leistenden Arbeitgeberanteile im Innenverhältnis zu refundieren. Zum damaligen Zeitpunkt sei der Arbeitsplatz des Klägers nicht gefährdet gewesen, weshalb die Zustimmung der Beklagten ein Entgegenkommen gewesen sei. Andernfalls wäre das Arbeitsverhältnis von ihr fortgesetzt worden. Der Kläger sei der Refundierung der von der Beklagten geleisteten Arbeitgeberanteile nachgekommen, ohne die Vereinbarung jemals in Frage zu stellen. Er habe die vereinbarten Beiträge zu einem Zeitpunkt geleistet, in dem er nicht mehr von der Beklagten persönlich abhängig gewesen sei. Eine Nichtigkeit bzw. Sittenwidrigkeit sei nicht gegeben, weil die Inanspruchnahme der Sonderunterstützung auf Wunsch des Klägers erfolgt sei und für diesen eine finanzielle Besserstellung bewirkt habe, insbesondere wenn man berücksichtige, dass er auch keine Arbeitsleistung mehr habe erbringen müssen. Erst Jahre später eine allfällige Nichtigkeit oder Sittenwidrigkeit geltend zu machen, verstoße gegen Treu und Glauben.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren unter Zugrundelegung des festgestellten, vorstehend wiedergegebenen, Sachverhalts ab. In rechtlicher Hinsicht

ging es davon aus, dass Vereinbarungen, nach denen Arbeitnehmern vom vertraglich zugesagten Entgelt auch der Arbeitgeberanteil an den Sozialversicherungsbeiträgen abgezogen werde, gemäß § 539 ASVG unwirksam seien. Diese Bestimmung beziehe sich jedoch nur auf den Ausschluss oder die Beschränkung der Anwendung von Bestimmungen des ASVG, die hier nicht unmittelbar anwendbar seien. Eine dem § 539 ASVG vergleichbare Bestimmung finde sich im SUG nicht. Die Vereinbarung vom 10. 6. 1998 sei daher nicht gesetzwidrig. Auch eine Sittenwidrigkeit im Sinn des § 879 ABGB liege nicht vor. Dem Kläger wäre es möglich gewesen, die Bedingung der Beklagten nicht zu akzeptieren und das Arbeitsverhältnis fortzusetzen. Die für den Kläger mit der Vereinbarung verbundenen Vorteile seien erheblich gewesen. Er sei bereits zehn Jahre vor dem frühestmöglichen Eintrittsalter für eine Alterspension aus dem Arbeitsprozess ausgeschieden und habe die Sonderunterstützung in Anspruch genommen. Über Weisung des Sozialministers sei der Kläger nicht mehr dem Arbeitsmarkt zur Verfügung gestanden und daher nicht mehr vermittelt worden. Durch die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei er vorzeitig in den Genuss der Abfertigung gekommen. Die Zeiten des Bezugs der Sonderunterstützung würden als Ersatzzeiten gewertet, sodass auch keine wesentlichen pensionsrechtlichen Nachteile zu gewärtigen seien. Dem sei die Verpflichtung des Klägers, der Beklagten den jährlichen Arbeitgeberbeitrag von rund 2.400 EUR zu refundieren, gegenübergestanden. Bei Abwägung aller Umstände könne darin keine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen des Klägers erblickt werden. Die Beklagte habe nicht unter Ausnützung einer stärkeren Position auf die Entscheidungsfreiheit des Klägers eingewirkt. Der Kläger

habe sich vielmehr von der Beklagten unbeeinflusst für die Sonderunterstützung entschieden. Im Übrigen widerspreche das Vorgehen des Klägers dem Gebot von Treu und Glauben. Er habe acht Jahre lang die Vorteile der Vereinbarung in Anspruch genommen, ohne jemals deren Nichtigkeit geltend zu machen. Durch dieses Verhalten habe er einen allenfalls zustehenden Rückforderungsanspruch verwirkt.

Das Berufungsgericht übernahm aufgrund der Berufung des Klägers den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt als vollständig und richtig, folgte jedoch der Rechtsrüge des Klägers und änderte das Ersturteil im Sinn der vollständigen Klagestattgebung ab. Die ordentliche Revision ließ es gemäß § 502 Abs 1 ZPO zu. In rechtlicher Hinsicht ging das Berufungsgericht davon aus, dass mit dem Arbeitsmarktpolitikgesetz 1996 in den Abs 3 und 4 des § 18 SUG ein von den Beziehern von Bergbau-Sonderunterstützungen zu tragender Pensionsbeitrag festgelegt und auch die Verpflichtung des Arbeitgebers begründet worden sei, einen Beitrag zur Bergbau-Sonderunterstützung durch Zahlung eines Pensionsbeitrags in der Höhe von 12,55 % zu leisten. Mit diesen Leistungen sollte der Aufwand der Gebarung Arbeitsmarktpolitik zum Teil getragen werden. Es entspreche der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung, dass Vereinbarungen, wonach der Arbeitnehmer Beiträge zur Sozialversicherung zu zahlen habe, die nach dem Gesetz vom Arbeitgeber zu tragen seien, rechtlich wirkungslos seien. Dies betreffe vor allem Vereinbarungen, nach denen dem Arbeitnehmer vom vertraglich zugesagten Entgelt auch der Arbeitgeberanteil an den Sozialversicherungsbeiträgen abgezogen werde, wobei die Unwirksamkeit aus § 539 ASVG abgeleitet werde. Das Argument, diese Bestimmung sei auf

den Arbeitgeberbeitrag nach § 18 Abs 3 und 4 SUG nicht unmittelbar anwendbar, überzeuge nicht, da die darin festgelegte Verpflichtung zweifellos eine solche im Sinn des § 51 Abs 3 Z 2 ASVG darstelle, zumal es sich um einen Pensionsversicherungsbeitrag handle. Dazu komme, dass die Bergbau-Sonderunterstützung zwar eine Leistung der Arbeitslosenversicherung sei, aber durch ihren engen Bezug zum Pensionsrecht von der Versicherungsanstalt des Bergbaus administriert werde. Neben den Sonderbestimmungen des SUG seien daher sowohl die Regelungen des ALVG als auch des ASVG anzuwenden (§§ 13, 14 SUG). Es sei daher auch die gegenständliche Vereinbarung einer Zulässigkeitsprüfung unter dem Blickwinkel des § 539 ASVG zu unterziehen. Da § 18 Abs 4 SUG ausdrücklich eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Tragung des Arbeitgeberanteils normiere, könne kein Zweifel daran bestehen, dass die zwischen den Streitparteien getroffene Vereinbarung eine Überwälzung der dem Arbeitgeber treffenden Verpflichtung auf den Arbeitnehmer darstelle. Dabei könne es keinen Unterschied ausmachen, ob der Arbeitgeberanteil vom vereinbarten Entgelt abgezogen werde, was hier nicht mehr möglich sei, oder aber dem leistungsverpflichteten Arbeitgeber vom leistungsbefreiten Arbeitnehmer refundiert werde. Es handle sich daher um eine nach dem Gesetz wirkungslose Vereinbarung, die mit der Nichtigkeitssanktion des § 879 ABGB behaftet sei. Deren Anfechtung sei auch dann zulässig, wenn der Vertragspartner den Verstoß gegen das gesetzliche Gebot schon bei Vertragsabschluss gewusst und dennoch keinen Vorbehalt gemacht habe. Der Einwand, der Kläger handle durch die Berufung auf die Nichtigkeit gegen Treu und Glauben, sei daher nicht berechtigt. Eine Interessenabwägung unter dem Blickwinkel der Sittenwidrigkeit, die das

Erstgericht wohl zutreffend zu Ungunsten des Klägers beantwortet habe, habe daher nicht stattzufinden.

Gegen die Berufungsentscheidung richtet sich die Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision der Beklagten ist zulässig und berechtigt.

Der Kläger stützt sein Klagebegehren auf die Behauptung, die Vereinbarung der Überwälzung von Arbeitgeberanteilen an Sozialversicherungsbeiträgen auf den Arbeitnehmer sei unzulässig und daher nichtig. Woraus dies im Detail folgen solle, wurde vom Kläger in erster Instanz nicht näher begründet; dies kann nur aus dem in der Klage enthaltenen Zitat „Dittrich/Tades, ABGB36 § 879 E 381 und 389“ erschlossen werden. Aus der dort zitierten Rechtsprechung ist allerdings für den Standpunkt des Klägers nichts Entscheidendes zu gewinnen:

Die in E 389 zitierte Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 20. 2. 1973, 4 Ob 12/73, Arb 9098, hat mit der gegenständlichen Problematik nur entfernt zu tun. Ihr Tenor lautet, dass die Vereinbarung der Überwälzung der Lohnsteuer auf den Arbeitgeber unzulässig ist. Gestützt wurde diese Beurteilung auf § 98 Einkommensteuergesetz 1953 (EStG 1953), BGBl 1954/1, der ausdrücklich normierte, dass die Einkommensteuer auf die Arbeitgeber nicht überwält werden darf, dass entgegenstehende Vereinbarungen

rechtsunwirksam sind und verbotswidrig durch den Arbeitgeber geleistete Zahlungen innerhalb der im § 1479 ABGB festgesetzten Verjährungsfrist zurückgefordert werden können.

Die in E 381 zitierte Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 10. 11. 1953 zu 4 Ob 195/53, Arb 5864, ist noch zu § 139 RVO ergangen. Die mit § 543 Abs 2 ASVG aufgehobene Reichsversicherungsordnung (RVO), DRGBI 1911/42 (*Teschner/Widlar/Pöltner*, ASVG § 543 Anm 1), normierte in § 139 - soweit hier relevant - dass es den Arbeitgebern und ihren Angestellten untersagt ist, durch Übereinkunft oder Arbeitsordnung zum Nachteil der Versicherten die Anwendung der Vorschriften „dieses Gesetzes" ganz oder teilweise auszuschließen. Gestützt auf diese Bestimmung gelangte der Oberste Gerichtshof in 4 Ob 195/53 zu dem Ergebnis, dass die Überwälzung des Arbeitgeberanteils am Sozialversicherungsbeitrag auf den Arbeitnehmer selbst dann verboten und nichtig ist, wenn der Arbeitnehmer dafür ein die vorgeschriebenen Mindestlöhne übersteigendes Entgelt enthält. Im entschiedenen Fall war vereinbart worden, dass dem Arbeitnehmer von den verdienten Provisionssätzen der volle Sozialversicherungsbeitrag abgezogen wird und nicht nur die Hälfte desselben, wie das Gesetz vorsieht.

Den beiden genannten Entscheidungen ist gemein, dass sie die Unwirksamkeit einer vom Gesetz abweichenden Verteilung der Tragung der Lohnsteuer bzw der Sozialversicherungsbeiträge nicht unmittelbar aus der Regelung über eine bestimmte Verteilung der Beitragstragung an sich, sondern jeweils aus besonderen Normen ableiten (§ 98 EStG 1953 bzw § 139 RVO), die ausdrücklich anordnen, dass abweichende Vereinbarungen unwirksam sind. Dies leitet

über zur aktuellen Rechtslage, insbesondere zu § 539 ASVG, den der Kläger (erstmalig in der Berufung) und das Berufungsgericht zur Begründung der Unwirksamkeit der Vereinbarung der Parteien vom 10. 6. 1998 ins Treffen führen:

§ 539 ASVG bestimmt unter dem Titel „Rechtsunwirksame Vereinbarungen“, dass Vereinbarungen, wonach die Anwendung der Bestimmungen „dieses Bundesgesetzes“ (also des ASVG) zum Nachteil der Versicherten (bzw ihrer Angehörigen) im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, ohne rechtliche Wirkung sind. Nahezu wortgleiche Regelungen finden sich auch im § 237 BSVG, § 248 GSVG und § 169 B-KUVG. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Vereinbarung, dass dem Arbeitnehmer von seinem Entgelt Beiträge zur Sozialversicherung abgezogen werden, die nach dem Gesetz vom Arbeitgeber zu tragen sind (§ 51 Abs 3 ASVG), gemäß § 539 ASVG ohne rechtliche Wirkung (4 Ob 81/78; 4 Ob 152/83, JBl 1986, 539; 9 ObA 185/97i, DRdA 1998/20 [Gerlach]; 9 ObA 301/99a; 9 ObA 148/03k; 8 ObA 112/06p ua; siehe auch, wie bereits zitiert, 4 Ob 195/53, Arb 5864, der noch zu § 139 RVO ergangen ist). Jedes Abgehen von der in § 51 Abs 3 ASVG vorgesehenen Art der Beitragsentrichtung wäre nämlich geeignet, die Höhe der tatsächlichen Bezüge des Arbeitnehmers zu verschleiern und auf diese Weise einen Vergleich mit den Bezügen anderer Arbeitnehmer zumindest zu erschweren. Eine Vereinbarung, mit welcher der Arbeitgeber das mit dem Arbeitnehmer vereinbarte Entgelt auch um den auf ihn selbst entfallenden Anteil an den Sozialversicherungsbeiträgen ganz oder teilweise verringert, muss deshalb im Sinn des § 539 ASVG als dem Versicherten nachteilig und daher rechtsunwirksam angesehen werden (4 Ob 152/83, JBl 1986, 539 ua).

Im vorliegenden Fall geht es nicht um Beiträge nach dem ASVG, sondern um die Tragung der Beiträge für die Sonderunterstützung nach dem Sonderunterstützungsgesetz (SUG), BGBl 1973/642. Die Geschichte dieses Gesetzes, das wiederum das Bundesgesetz vom 10. 3. 1967 über die Gewährung einer Sonderunterstützung an im Kohlenbergbau beschäftigte Personen im Falle ihrer Arbeitslosigkeit (KSUG), BGBl 1967/117, abgelöst hat (Art IV Abs 1 SUG; *Dirschmied/Pfeil*, AIVG 428 ua), wurde bereits in der Berufungsentscheidung ausführlich dargelegt und muss daher nicht mehr in allen Details wiederholt werden. Hervorzuheben ist jedoch der Zweck des SUG. Durch dieses Gesetz soll in erster Linie sichergestellt werden, dass dort, wo sich im Zuge der Teilnahme Österreichs an der europäischen Integration oder im Zusammenhang mit bedeutenden Veränderungen der internationalen Wettbewerbsverhältnisse oder im Zuge der Strukturbereinigung in einem Wirtschaftszweig die Notwendigkeit ergibt, Betriebe einzuschränken oder gar zu schließen, für die betroffenen, insbesondere älteren Arbeitnehmer vorgesorgt wird. Nach den Erfahrungen muss nämlich damit gerechnet werden, dass für Arbeitskräfte, die bereits ein bestimmtes Lebensalter überschritten haben und ihre Beschäftigung verlieren, die Erhaltung im Arbeitskräftepotential unter zumutbaren Bedingungen nicht mehr möglich ist. Für diesen Personenkreis bedarf es daher besonderer unterstützender Maßnahmen zur Überbrückung der Zeit bis zur Erreichung des Pensionsanspruchs (RV 878 BlgNR 13. GP 7 f; *Dirschmied/Pfeil*, AIVG 388, 400 f; *Weikinger*, AIVG Kap 22-3 f; *Peterka/Thurner*, Die Sonderunterstützung, SozSi 1985, 324 [326 f] ua). Die Leistung der Sonderunterstützung gemäß § 1 Abs 1 SUG ist eine Maßnahme der sozialen Absicherung für ältere

Arbeitnehmer in Krisenbetrieben. Bei Verlust des Arbeitsplatzes in einem solchen Betrieb vor Erreichen des Pensionsanfallsalters soll dem betreffenden Arbeitnehmer der Bezug einer Leistung gesichert werden, die der Pensionsleistung entspricht, auf die er im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Betrieb Anspruch hätte, wenn zu dieser Zeit dauernde Invalidität bzw Berufsunfähigkeit vorgelegen wäre (§ 5 SUG). Es handelt sich um ein Surrogat für eine Pensionsleistung vor Erreichen des Anfallsalters, das nicht aus Mitteln der Pensionsversicherung, sondern für die Übergangszeit bis zum Erreichen der besonderen Anspruchsvoraussetzungen nach den Sozialversicherungsgesetzen aus Mitteln der Gebarung Arbeitsmarktpolitik geleistet wird (§ 12 SUG; vgl 9 ObA 165/90 ua).

Die Geschichte des SUG ist durch eine Reihe von Novellen gekennzeichnet, die die Gewährung der Sonderunterstützung zum Teil ausdehnten, zum Teil aber auch wieder einschränkten. War während der gesamten Zeit des Bestands von sozialrechtlichen Sonderregelungen für den Bergbau dessen Entwicklung durchwegs von starken personellen Einschränkungen, der Stilllegung von Bergbau-Teilbereichen und generellen Schließung von Bergbaubetrieben gekennzeichnet, so spitzte sich diese Entwicklung für die Betroffenen durch die allgemeine Arbeitsmarktentwicklung 1992/93 noch zusätzlich zu (*Dirschmied/Pfeil*, AIVG 391). Im Jahr 1994 erfolgte eine Neuregelung der Finanzierung der Arbeitsmarktpolitik in einem eigenen Gesetz (Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz [AMPFG], BGBl 1994/315). Die Ausgliederung des Arbeitsmarktservice aus der staatlichen Verwaltung hatte ebenfalls umfangreiche

Korrekturen beim SUG zur Folge (Arbeitsmarktservice-Begleitgesetz [AMS-BegleitG], BGBl 1994/314). Außerdem wurde Vorsorge getroffen, dass künftig die Angelegenheiten der Sonderunterstützung von den Pensionsversicherungsträgern wahrgenommen werden; allerdings sollte diese Regelung erst dann wirksam werden, wenn bei den Pensionsversicherungsträgern die notwendigen personellen, technischen und administrativen Voraussetzungen erfüllt sind (*Dirschmied/Pfeil*, AIVG 392).

Eine tiefgreifende Änderung des SUG, die für den vorliegenden Fall relevant ist, brachte schließlich das Arbeitsmarktpolitikgesetz 1996, BGBl 1996/153. Unter anderem wurde im § 18 SUG für Sonderunterstützungsbezieher und deren letzte Arbeitgeber, bei denen sie vor Eintritt der Arbeitslosigkeit beschäftigt waren, Beiträge zur gesetzlichen Pensionsversicherung eingeführt. Bis zu dieser Novelle wurde die Sonderunterstützung ohne Abzug von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen gewährt. Mit § 18 Abs 3 SUG wurde ein von den Beziehern von Bergbau-Sonderunterstützungen zu tragender Pensionsbeitrag in der Höhe von 3 % und ein von den Beziehern der allgemeinen Sonderunterstützungen, die ab 1. 4. 1996 geltend gemacht werden, zu tragender Pensionsbeitrag von 10,25 % festgelegt. In § 18 Abs 4 SUG wurde dem letzten Arbeitgeber, bei dem der Sonderunterstützungsbezieher vor Eintritt der Arbeitslosigkeit beschäftigt war, ein Beitrag in der Höhe von 12,55 % der ausbezahlten Sonderunterstützung auferlegt. Durch diese Beiträge soll der Aufwand der Gebarung Arbeitsmarktpolitik zum Teil getragen werden. Sie sind für die anteilige Abgeltung des Aufwands für die Ersatzzeiten in der Pensionsversicherung zu verwenden (IA 124/A 20. GP [zu

Art 2 Z 5]). Im Zuge des Strukturanpassungsgesetzes 1996, BGBl 1996/201, wurde der bisherigen Entwicklung entsprechend die Vollziehung der Bergbau-Sonderunterstützung an die Versicherungsanstalt des österreichischen Bergbaus übertragen, die auslaufende allgemeine Sonderunterstützung hingegen in der Vollziehung durch das Arbeitsmarktservice belassen (*Dirschmied/Pfeil*, AIVG 393). Seit der Novelle BGBl I 2006/131 sind die Beiträge an die Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau zu zahlen (vgl *Dirschmied/Pfeil*, AIVG 425).

Wie bereits ausgeführt, vereinbarten die Parteien am 10. 6. 1998, dass der Kläger der Beklagten den Arbeitgeberbeitrag von 12,55 % der künftigen Sonderunterstützung ersetzen wird. Entgegen der Behauptung des Klägers geschah dies nicht über Initiative und Aufforderung der Beklagten. Wie das Erstgericht bindend festgestellt hat, wurde die vom Kläger als nichtig qualifizierte Konstruktion von der Belegschaftsvertretung der Beklagten, der der Kläger in den Jahren 1992-1996 angehörte, entwickelt und der Beklagten nach Rücksprache mit dem damaligen Bundesminister für Arbeit und Soziales vorgeschlagen. Für den vorliegenden Fall ist wesentlich, dass das SUG keine dem § 539 ASVG (oder § 237 BSVG, § 248 GSVG, § 169 B-KUVG) entsprechende Regelung enthält, wonach Vereinbarungen, durch die die Anwendung der Bestimmungen dieses Gesetzes zum Nachteil der Versicherten im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, ohne rechtliche Wirkung sind. Die Überlegung des Berufungsgerichts, dass § 539 ASVG hier unmittelbar anwendbar sei, weil das SUG ohnehin auf das ASVG verweise, übergeht, dass im SUG weder ein Generalverweis auf das ASVG noch ein Spezialverweis auf § 539 ASVG

erfolgt. Aus den in § 14 SUG ausdrücklich verwiesenen Bestimmungen des ASVG (§§ 40, 98, 98a, 104 Abs 2, 107, 110, 111, 112 Abs 2, 321, 361 Abs 4 und 368 Abs 2) ist für die gegenständliche Frage nichts Entscheidendes zu gewinnen. Im Hinblick auf die Vollziehungszuständigkeit der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau wurden die für die Pensionsversicherungsträger zutreffenden Bestimmungen des ASVG übernommen (*Dirschmied/Pfeil*, AIVG 420/1 f; *Weikinger*, AIVG Kap 22-35). Der vom Berufungsgericht angenommene Verweis auf § 539 ASVG folgt auch nicht aus anderen Bestimmungen des SUG. Er ergibt sich auch nicht im Umweg über den Verweis des § 13 SUG auf einzelne Bestimmungen des AIVG (§§ 8, 9, 10, 11, 12, 21a und 22 Abs 1). Auch daraus ergibt sich für die Wirksamkeit der Vereinbarung vom 10. 6. 1998 nichts Wesentliches.

Die weitere Überlegung des Berufungsgerichts, dass die in § 18 Abs 3 und 4 SUG festgelegte Verpflichtung eine solche im Sinn des § 51 Abs 3 Z 2 ASVG darstelle, zumal es sich um einen „Pensionsversicherungsbeitrag“ handle, vernachlässigt die Unterschiede zwischen Pensionsversicherung und Arbeitslosenversicherung, der die Sonderunterstützung zuzurechnen ist, vor allem aber die unterschiedlichen gesetzlichen Grundlagen der Beiträge. Richtig ist, dass die Zeiten des Bezugs von Sonderunterstützung gemäß § 18 Abs 1 SUG als Ersatzzeiten im Sinn des § 227 Abs 1 Z 5 ASVG gelten. Richtig ist auch, dass die Vollziehungszuständigkeit der Sonderunterstützung nunmehr bei der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau liegt (§§ 8 ff SUG). Dies unterstellt jedoch die Sonderunterstützung weder dem Regime des ASVG im Allgemeinen noch jenem des § 539 ASVG im Besonderen. Der

Zwischenbefund an dieser Stelle hat daher zu lauten, dass die Parteien keine vom ASVG abweichende Vereinbarung getroffen haben. Die Vereinbarung vom 10. 6. 1998 weicht nicht von § 51 ASVG, sondern von § 18 SUG ab.

Das SUG enthält keine dem § 539 ASVG vergleichbare Regelung, die ausdrücklich für Arbeitnehmer nachteilige Vereinbarungen, die von den Bestimmungen des SUG abweichen, für unwirksam erklärt. Darauf, dass das SUG insoweit lückenhaft im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes sei, berief sich der Kläger nicht. Es sind nun durchaus Konstellationen vorstellbar, in denen Arbeitgeber das typische Ungleichgewicht zwischen den Arbeitsvertragsparteien ausnutzen, um vom Gesetz abweichende, für Arbeitnehmer nachteilige Vereinbarungen abzuschließen. Derartige Fälle verdünnter Willensfreiheit sind allerdings nicht auf eine Regelung wie § 539 ASVG angewiesen; sie sind in der Regel mit den Instrumenten des bürgerlichen Rechts (§§ 870 ff, 879 ABGB etc) beherrschbar. Eine Situation verdünnter Willensfreiheit liegt hier aber ohnehin nicht vor.

Analysiert man die Rechtsprechung, die der Kläger für seinen Standpunkt in Anspruch nimmt, dann handelt es sich dabei um Fälle, in denen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer kraft verpönter Vereinbarung Beiträge vom Entgelt abzog, die der Arbeitgeber nach dem Gesetz selbst zu tragen gehabt hätte. Ob der Arbeitnehmer durch einen gesetzwidrigen Abzug von Sozialversicherungsbeiträgen in seinen Ansprüchen verkürzt worden ist, kann immer nur auf der Grundlage des vereinbarten Arbeitsentgelts beurteilt werden (4 Ob 152/83, JBl 1986, 539; 9 ObA 148/03k ua). Eine derartige Situation ist nach dem SUG nicht möglich. Der Arbeitgeber erbringt keine Leistungen aufgrund des SUG

an den Arbeitnehmer, von denen er ihm etwas abziehen könnte. Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind über das SUG nur insoweit verbunden, als beide Teile gemäß § 18 SUG Beiträge an einen Dritten zu leisten haben. Der Arbeitnehmer ist bei seinem Antrag auf Sonderunterstützung nicht auf den Arbeitgeber angewiesen. Ob er die Voraussetzungen erfüllt, ist nicht vom Wohlwollen des Arbeitgebers abhängig. Ein Berührungspunkt besteht nur insoweit, als die Sonderunterstützung die Arbeitslosigkeit des Arbeitnehmers voraussetzt. Eine Voraussetzung der Sonderunterstützung ist daher die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und dass der Arbeitnehmer auch unter weitestmöglichem Einsatz von Förderungsmaßnahmen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses keine neue Beschäftigung gefunden hat (§ 1 Abs 1, § 13 SUG iVm § 12 Abs 1 AIVG; Dirschmied/Pfeil, AIVG 402; *Weikinger*, AIVG Kap 22-11 ua). Im Regelfall, der dem SUG zugrundeliegt, wird die Beendigung im Fall strukturbedingter Notwendigkeit, Betriebe einzuschränken oder ganz zu schließen, durch Arbeitgeberkündigung erfolgen. Bei dieser Beendigungsart besteht in der Praxis von vornherein keine Notwendigkeit, etwas (Abweichendes) über die Tragung der Beiträge der künftigen Sonderunterstützung vereinbaren. Es bedarf deshalb auch keiner besonderer Vorkehrungen zum Schutz der Arbeitnehmer vor dem Arbeitgeber. Kündigt der Arbeitgeber, dann hat er gemäß § 18 SUG Beiträge zu leisten. Davon abgesehen, kann der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aber auch jederzeit von sich aus - sei es durch vorzeitigen Austritt (bei Vorliegen entsprechender Gründe) oder durch Arbeitnehmerkündigung - beenden. In diesem Zusammenhang kann dann je nach Lage des Falls die „Sperrfrist“ nach § 11 AIVG (anwendbar iVm § 13 SUG) eine Rolle spielen; dabei

handelt es sich aber (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) letztlich nur um ein temporäres Hindernis (siehe zur Sperrfrist *Dirschmied/Pfeil*, AIVG 122/1 ff; *Weikinger*, AIVG Kap 2-43 ff; *Krapf/Keul*, AIVG Rz 290 ff; *Gerhartl*, AIVG § 11 Rz 1 ff). Für den gegenständlichen Fall ist somit zu beachten, dass der Kläger in Bezug auf die Sonderunterstützung nicht auf die Zustimmung der Beklagten zur einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses angewiesen war.

Unter Arbeitslosigkeit wird die Nichtinanspruchnahme der auf dem Arbeitsmarkt angebotenen menschlichen Arbeitsleistung verstanden, also die Nichtbeschäftigung von lohnabhängigen Arbeitskräften. Arbeitslosigkeit tritt auf, wenn es auf dem Arbeitsmarkt zu einem Überangebot von Arbeitskräften kommt, es am Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage mangelt. Arbeitslosigkeit ist somit eine gesellschaftliche Erscheinung, die primär aus dem objektiven Tatbestand einer fehlenden Arbeitskräftenachfrage resultiert und als solche vorwiegend vom Willen des Arbeitslosen unabhängig in Erscheinung tritt (*Dirschmied/Pfeil*, AIVG 1 f). Die von diesem Ansatz abweichende Herbeiführung der Arbeitslosigkeit in wechselweiser Abstimmung durch Vereinbarung der Arbeitsvertragsparteien zu Lasten der Arbeitslosenversicherung und der Versichertengemeinschaft rührt an Fragen des unter „moral hazard“ bekannten Problems (vgl *Seidl*, Moral Hazard: Die individuelle Maximierung des Erwartungsnutzens als Quelle von Wohlfahrtsminderungen, Zeitschrift für Nationalökonomie 1972, 425; *Hänlein*, Moral Hazard und Sozialversicherung - Versichertenverhalten und Versicherungsfall im Sozialversicherungsrecht, ZVersWiss 2002, 579; *Weikinger*, AIVG Kap 1-52 f ua). Inwieweit unter

derartigen Umständen Leistungen der Arbeitslosenversicherung bzw der Sonderunterstützung gewährt werden (sollen), ist eine Frage, der sich der Gesetzgeber stellen muss.

Im vorliegenden Verfahren geht es nicht um das Bestehen des Anspruchs des Klägers auf Sonderunterstützung - diese Entscheidung ist bereits in einem anderen Verfahren gefallen (§ 8 SUG) - sondern darum, ob für eine vom Arbeitnehmer und der Belegschaftsvertretung initiierte Vereinbarung über die Tragung der SUG-Arbeitgeberbeiträge durch den Arbeitnehmer nach dem Regelungsplan des Gesetzgebers eine Regelung zum Schutz der Arbeitnehmer fehlt. Dies ist nach Auffassung des Senats nicht der Fall. Dass eine Regelung allenfalls wünschenswert wäre, reicht für die Annahme einer Gesetzeslücke nicht aus (RIS-Justiz RS0098756 ua). Aus der Sicht des Gesetzgebers, der bei der Erlassung des SUG vor allem von der Sorge um strukturbedingte Arbeitslosigkeit größeren Ausmaßes insbesondere älterer Arbeitnehmer bestimmt wurde, war eine solche Regelung nicht notwendig. Der in § 539 ASVG erkennbare Regelungsplan will die betroffenen Versicherten dort vor nachteiligen Vereinbarungen schützen, wo solche in der Praxis tatsächlich zu befürchten sind. Die gegenständliche Vereinbarung war aus der Sicht des Klägers, wie bereits das Erstgericht zutreffend dargelegt hat, keine nachteilige, sondern offenkundig von genauem Kalkül getragen, sonst wäre sie nicht geschlossen worden. Der Kläger, ein ehemaliges Betriebsratsmitglied, stand bei dieser Vereinbarung unter keinem Druck der Beklagten. Er wurde nach den Feststellungen nicht zu dieser Vereinbarung gedrängt; sie wurde von der Belegschaftsvertretung der Beklagten, deren Mitglied der Kläger war, der

Unternehmensleitung vorgeschlagen, war somit ein einkalkulierter Teil des klägerischen Plans, sowohl die Sonderunterstützung als auch die Abfertigung in Anspruch zu nehmen. Für Letztere war der Weg erst durch die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses frei (RIS-Justiz RS0028442 ua), zumal eine Arbeitgeberkündigung des Klägers nicht im Raum stand. Die praktizierte Vorgangsweise lief genau so ab, wie sie von der Belegschaft zum Vorteil der Arbeitnehmer erdacht worden war; es bedarf insoweit keines besonderen Schutzes des Arbeitnehmers im SUG durch eine dem § 539 ASVG vergleichbare Regelung. Der Kläger ist in Bezug auf sein Begehren auf Rückzahlung der an die Beklagte geleisteten Beiträge nicht schutzwürdig.

Die hilfsweise geltend gemachte Sittenwidrigkeit wurde von den Vorinstanzen übereinstimmend verneint. Der Kläger führt dazu in der Revisionsbeantwortung nichts Substanzielles aus. Nach den Feststellungen ging die Initiative zur gegenständlichen Vereinbarung vom Kläger aus. Die Annahme, die Beklagte habe den Kläger „unter Ausnutzung des SUG abgebaut“, entfernt sich vom festgestellten Sachverhalt und ist daher nicht geeignet, die behauptete Sittenwidrigkeit darzutun. Zu den mit dem Zahlungsbegehren zusammenhängenden Begehren auf Aufhebung der Vereinbarung vom 10. 6. 1998 und Unterlassung der Inanspruchnahme der Bankgarantie führt der Kläger nichts Konkretes aus. Es genügt daher, auf die Begründung der mangelnden Berechtigung des Rückzahlungsbegehrens zu verweisen.

Zusammenfassend ist somit die Revision der Beklagten berechtigt. Das klageabweisende Ersturteil ist wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 17. Dezember 2008
Dr. R o h r e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: