



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Spenling als Vorsitzenden, die Hofrätin Dr. Tarmann-Prentner und den Hofrat Dr. Brenn als weitere Richter sowie die fachkundigen Laienrichter ADir. Brigitte Augustin und ADir. Angelika Neuhauser 30. August 2016 in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. Erich Pfanzelt, Rechtsanwalt in Telfs, als Insolvenzverwalter im Konkurs der D***** GmbH, *****, vertreten durch Mag. Manfred Kantner, Rechtsanwalt in Innsbruck, gegen die beklagte Partei M***** M*****, vertreten durch Dr. Stephan Rainer und Dr. Andreas Ruetz, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen 1.065,89 EUR sA (Revisionsinteresse), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 27. Februar 2015, GZ 15 Ra 14/15v-21, mit dem das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Arbeits- und Sozialgericht vom 17. September 2014, GZ 44 Cga 80/13w-17, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

1. Das mit Beschluss 8 ObA 37/15x unterbrochene Revisionsverfahren wird wieder aufgenommen.

2. Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung insgesamt zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 1.065,89 EUR netto samt 4 % Zinsen seit 17. Mai 2013 binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Das auf Zahlung weiterer 296,45 EUR netto sA gerichtete Mehrbegehren und das Zinsenmehrbegehren werden

abgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 1.063,20 EUR (darin 177,20 EUR USt) bestimmten Verfahrenskosten zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der klagenden Partei die mit 571,64 EUR (darin 95,27 EUR USt) bestimmten Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu bezahlen.

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

Der Beklagte war bei der nunmehrigen Insolvenzschuldnerin (in der Folge: Klägerin) mit Unterbrechungen seit 2009, letztmals vom 27. 3. 2012 bis 20. 12. 2012, als Estrichleger beschäftigt. Das Dienstverhältnis unterlag dem BUAG.

Die Beschäftigungsperiode reichte im Betrieb der Klägerin üblicherweise von März oder April des jeweiligen Jahres bis Anfang oder Mitte Dezember, danach wurden die Arbeitnehmer abgemeldet und gingen „stempeln“.

Es kam bei der Klägerin aus verschiedenen Gründen fallweise vor, dass für den nächsten Tag keine Arbeit vorhanden war. Dies wurde den betroffenen Arbeitnehmern dann am Vortag mitgeteilt und auf den Wochenkarten für die ganze Partie ein Urlaubstag eingetragen. Tatsächlich hat aber kein Arbeitnehmer, auch nicht der Beklagte, an solchen Tagen einen Urlaub gewünscht oder mit dem Geschäftsführer der Klägerin Urlaub vereinbart. Der Beklagte wusste während des aufrechten Dienstverhältnisses nicht, dass an Stelle von Urlaub auch bezahlte Freizeit gewährt werden kann. Im November 2012 wurden ihm von der Klägerin einseitig 12 Tage, an denen es keine Arbeit für ihn gab, als Urlaub

eingetragen.

Der Beklagte hatte nach den Feststellungen im November 2012 die zeitliche Anwartschaft für weiteres Urlaubsentgelt nach dem BUAG nicht erfüllt. Die Klägerin legte ihm deswegen vor der Auszahlung des Novemberlohns folgende Vereinbarung zur Unterschrift vor:

„(...) Da im November 2012 kein Anspruch auf Urlaubsgeld gegeben ist, werden die 12 Urlaubstage in Höhe von EUR 2.280,-- auf freiwilliger Basis und als Entgegenkommen (...) als Urlaubsgeldvorschuss abgerechnet und ausbezahlt. Nach Erreichen des Anspruchs wird der Urlaubsgeldvorschuss mit dem tatsächlichen Urlaubsgeld (wie von der BUAK gemeldet) gegenüber gestellt und der Differenzbetrag in der nächsten Lohnabrechnung berücksichtigt. Da der Urlaubsanspruch erst nächstes Jahr erreicht wird, kann der Urlaub auch erst nächstes Jahr abgerechnet werden. Sollten Sie aus welchen Gründen auch immer nächstes Jahr nicht mehr bei uns arbeiten, muss der Urlaubsgeldvorschuss (netto EUR 1.065,89) von Ihnen zurückbezahlt werden.“

Der Beklagte unterfertigte dieses Schreiben, nachdem ihm erklärt worden war, das sei erforderlich, damit ihm der Novemberlohn ausbezahlt werden könne. Mit 20. 12. 2012 wurde der Beklagte von der Klägerin abgemeldet.

Im März 2013 erklärte der Beklagte, keine Beschäftigung bei der Klägerin mehr aufnehmen zu wollen. Sie forderte ihn daraufhin zur Rückzahlung von insgesamt 1.362,34 EUR mit der Begründung auf, sein im November vorschussweise bezahltes „Urlaubsgeld“ könne nicht mehr mit der BUAG verrechnet werden, außerdem sei ihm zu viel an Weihnachtsgeld bezahlt worden. Dem Beklagten wurde eine

entsprechend geänderte Gehaltsabrechnung für November 2012 ausgefolgt.

Da er den geforderten Betrag nicht auf einmal zahlen konnte, unterschrieb der Beklagte eine von der Klägerin vorgelegte Ratenvereinbarung mit Terminsverlustklausel.

In der Klage wird die Rückzahlung von Urlaubszuschuss und Weihnachtsgeld im Betrag von 1.362,34 EUR netto begehrt. Die Klägerin brachte vor, der Beklagte habe seine Verpflichtung ausdrücklich anerkannt, jedoch die Ratenvereinbarung nicht eingehalten. Das anteilig rückgeforderte Weihnachtsgeld sei von der Klägerin aus Versehen überhöht errechnet und ausbezahlt worden. Wegen der ausdrücklichen Widmung als Vorschuss komme ein gutgläubiger Verbrauch der Überzahlungen nicht in Frage.

Der Beklagte wandte ein, er sei im November 2012 einseitig wegen Auftragsmangels von der Klägerin dienstfrei gestellt worden, er habe keinen Urlaub vereinbart und konsumiert. Bei der Vereinbarung über einen Vorschuss auf das Urlaubsentgelt und bei der Ratenvereinbarung habe ihn die Klägerin über die fehlenden rechtlichen Voraussetzungen in die Irre geführt. Das ausbezahlte Weihnachtsgeld sei richtig berechnet worden, jedenfalls aber habe er es gutgläubig verbraucht.

Die Klägerin habe ihm seit 2009 insgesamt 33 dienstfreie Tage zu Unrecht als Urlaub angerechnet. Bei richtiger Berechnung habe im November 2012 noch ein Urlaubsanspruch bestanden. Die Klägerin habe sich lediglich auf Kosten der BUAG ihrer Entgeltpflicht während der Dienstfreistellung entziehen wollen.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Der Anspruch auf Rückforderung eines für die

Dauer der Freistellung im November 2012 bezahlten Urlaubsgelds bestehe mangels wirksamer Urlaubsvereinbarung nicht zu Recht. Der weitere Klagsbetrag sei nicht nachvollziehbar.

Das Berufungsgericht gab dem Rechtsmittel der Klägerin keine Folge.

Die zwischen den Streitparteien im November 2012 getroffene „Vereinbarung“ begründe angesichts der festgestellten Umstände kein konstitutives Anerkenntnis, sondern stelle nur eine Wissenserklärung dar. Es könne auch nicht unterstellt werden, dass der Beklagte mit dem Abschluss der Ratenvereinbarung im Frühjahr 2013 einen selbstständigen, unabhängig vom Bestand der Schuld geltenden Verpflichtungsgrund schaffen habe wollen. Ein Streit oder eine Rechtsunsicherheit, zu deren Beilegung ein konstitutives Anerkenntnis dienen hätte können, habe damals zwischen den Parteien nicht bestanden.

Die nachträgliche Umwidmung einer Dienstfreistellung wegen Arbeitsmangels in „Urlaubstage“ gegen Zahlung des Urlaubsentgelts komme im Ergebnis einer gemäß § 9a BUAG unwirksamen Urlaubsablöse gleich. Diese Vereinbarung sei ausschließlich im Interesse der Klägerin getroffen worden und für den Beklagten insofern nachteilig, als sich sein Anspruch auf Urlaubsabfindung gegen die BUAK in jenem Ausmaß verkürzt habe, in dem sich die Klägerin die ihr obliegende Entgeltfortzahlung erspart habe.

Die ordentliche Revision sei zulässig, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage der Zulässigkeit bzw Wirksamkeit einer Anrechnungs- und Rückzahlungsvereinbarung im Anwendungsbereich des BUAG, aber auch des Urlaubsgesetzes „für die gegebenen Konstellationen“ vorliege.

Die vom Beklagten beantwortete Revision der Klägerin, mit der sie (nur mehr) die Abweisung des rückgeforderten Urlaubszuschusses von 1.065,89 EUR netto sA bekämpft, ist im Sinne des Ausspruchs des Berufungsgerichts gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig.

Die Revision ist auch berechtigt.

1. Nach § 8 Abs 1 BUAG gebührt dem Arbeitnehmer bei Antritt des Urlaubs ein „Urlaubsentgelt“, das sich zu gleichen Teilen aus Urlaubsgeld und Urlaubszuschuss (= aliquoter Sonderzahlung) zusammensetzt.

Die Revisionswerberin stellt nicht mehr in Frage, dass sie an den Tagen, an denen sie den Beklagten wegen Arbeitsmangels nicht beschäftigen konnte, zur Fortzahlung des laufenden Entgelts verpflichtet war.

Sie führt aber ins Treffen, dass – gehe man im Sinne des Beklagtenvorbringens und der Vorinstanzen vom Fehlen einer wirksamen Urlaubsvereinbarung für diesen Zeitraum aus – kein Rechtsgrund für die Zahlung eines Urlaubszuschusses bzw eines Vorschusses auf diese Sonderzahlung bestehe. Der Beklagte sei um diesen Urlaubszuschuss, den er ausdrücklich nur unter Vorbehalt der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses vorschussweise erhalten habe, ungerechtfertigt bereichert worden.

2. Diesen Ausführungen kommt im Ergebnis Berechtigung zu.

Das Berufungsgericht hat die im November 2012 unterfertigte Vereinbarung wie eine unzulässige Urlaubsablöse behandelt, weil damit gegen freiwillige Zahlung eines zu diesem Zeitpunkt nicht gebührenden Urlaubszuschusses die Urlaubsanwartschaften des Beklagten verkürzt worden wären. Aufgrund des verbotenen Inhalts, die sich ungerechtfertigt zu Lasten des Beklagten ausgewirkt

hätte, sei eine Rückzahlungsverpflichtung zu verneinen.

Tatsächlich weist die von der Klägerin vorgegebene Vereinbarung – wenngleich sie darauf ausgerichtet war, der Klägerin zu Lasten und auf Kosten des Arbeitnehmers die Entgeltfortzahlungsverpflichtung für eine nach § 1155 Abs 1 ABGB zu entlohnende Dienstfreistellung zu ersparen – auch Züge einer nach § 9a BUAG rechtsunwirksamen Urlaubsablöse auf, weil die künftigen Naturalurlaubsansprüche des Beklagten gegen vorzeitige Zahlung eines „Urlaubszuschusses“ im Ergebnis verringert worden wären.

Diese Umgehungs konstruktion brachte es mit sich, dass der Beklagte zwar zunächst insgesamt um den ausbezahlten Urlaubszuschuss (der mangels Urlaubsvereinbarung nicht zustand) zu viel erhalten hat, letzten Endes, wenn er nach der Winterpause wieder ein Arbeitsverhältnis zur Klägerin begonnen und weitere Urlaubsanwartschaften gegenüber der BUAG erworben hätte, durch die nachträgliche Abwicklung um sein anteiliges Urlaubsgeld gebracht worden wäre. Von einem vereinbarten „reinen Lohnvorschuss“, wie die Revision meint, kann bei diesem Sachverhalt keine Rede sein.

3. Auf die Ungültigkeit einer vereinbarten Urlaubsablöse kann sich nicht nur der Arbeitnehmer, sondern auch der Arbeitgeber berufen (RIS-Justiz RS0031534). Dieser kann die Rückzahlung einer gezahlten Urlaubsablöse so lange nicht begehren, als der Arbeitnehmer nicht auf einem Verbrauch des Urlaubs besteht oder – nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses – Ansprüche nach §§ 9, 10 UrlG stellt (9 ObA 181/98b mwN). Eine Rückforderung der Ablöse ist aber zulässig, wenn die neuerliche Geltendmachung des unwirksam abgelösten Urlaubs zu einer doppelten Abgeltung

und damit zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Arbeitnehmers führen würde.

4. Der Beklagte hat sich auf die Unwirksamkeit der Urlaubsablösevereinbarung berufen.

Die rechtlichen Konsequenzen dieses Standpunkts müssen allerdings von der Situation ausgehen, dass die Vereinbarung nicht zur Gänze zur Ausführung gelangt ist, sondern nur der erste, den Beklagten durch die Auszahlung einer ihm mangels wirksamen Urlaubsverbrauchs nicht gebührenden Sonderzahlung begünstigende Abschnitt verwirklicht wurde. Da das Arbeitsverhältnis nach der Winterpause vom Beklagten aus eigenem Willen nicht mehr aufgenommen wurde, kam es zu keinen weiteren verrechenbaren Anwartschaften gegenüber der BUAG mehr, sodass die Klägerin den für sich geplanten Vorteil endgültig nicht mehr lukrieren konnte.

Im Ergebnis wurde der Beklagte damit um den – mangels Urlaubsvereinbarung rechtsgrundlos ausbezahlten – Urlaubszuschuss bereichert.

5. Die Rückforderung von Leistungen, die aufgrund eines unwirksamen, verbotenen Rechtsgeschäfts erbracht wurden, folgt den Regeln des § 877 ABGB (*Kolmasch* in *Schwimann*, TaKomm ABGB² § 879 Rz 25; *Bollenberger* in *KBB*⁴ § 879 Rz 31), die Rechtsfolgen entsprechen jenen der §§ 1431 und 1437 ABGB (RIS-Justiz RS0016325 [T10]).

Grundsätzlich sind danach alle Leistungen, die rechtsgrundlos empfangen wurden, zurückzustellen. Bei rechtsgrundlos gezahltem Arbeitsentgelt, dem Unterhaltscharakter zukommt und das gutgläubig verbraucht wurde, verneint die auf Jud 33 neu zurückgehende ständige Rechtsprechung grundsätzlich eine Rückforderbarkeit (vgl

RIS-Justiz RS0114707; ua *Mader* in *Schwimann* ABGB³ VI § 1437 Rz 18). Dabei wird der gute Glaube nicht nur durch auffallende Sorglosigkeit des Empfängers ausgeschlossen, sondern schon dann verneint, wenn er zwar nicht nach seinem subjektiven Wissen, aber bei objektiver Beurteilung an der Rechtmäßigkeit des ihm ausgezahlten Betrags auch nur zweifeln musste (RIS-Justiz RS0010271; RS0033826; *Mader* aaO Rz 20).

Dem Beklagten musste aufgrund der von ihm unterfertigten Vereinbarung bewusst sein, dass er auf den ausdrücklich als Vorschuss bezeichneten Urlaubszuschuss im Zeitpunkt des Empfangs im November 2012 keinen Anspruch hatte. Auch wenn ihm die rechtlichen Voraussetzungen für eine wirksame Urlaubsvereinbarung damals nicht bewusst waren, führte ihm der Text der Vereinbarung doch klar vor Augen, dass er im Zeitpunkt der Auszahlung keine ausreichende Anwartschaft auf diese Leistung gegenüber der BUAG hatte. Auf einen gutgläubigen Verbrauch des deklarierten Vorschusses kann sich der Beklagte daher nicht berufen (vgl. RIS-Justiz RS0033749).

6. Die mit der Klage angestrebte Rückabwicklung der Vereinbarung verkürzt entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts keine berechtigten Ansprüche des Beklagten.

Es hätte die Vereinbarung vom November 2012 dem Beklagten zwar insgesamt zum Nachteil gereicht, wenn sie in allen Teilen zur Ausführung gelangt wäre, dazu ist es aber nicht gekommen. Die von der Klägerin ursprünglich verfolgte verpönte Absicht rechtfertigt es für sich allein nicht, dem Beklagten den „Vorschuss“ auf eine Leistung zu belassen, auf die er wegen seines eigenen Entschlusses, das Arbeitsverhältnis nicht mehr aufzunehmen, endgültig keinen

Anspruch mehr erwerben konnte.

7. Angesichts dieses Ergebnisses ist auch noch auf das Vorbringen des Beklagten einzugehen, die Klägerin habe ihm seit 2009 insgesamt 33 arbeitsfreie Tage einseitig als Urlaub abgerechnet und dadurch seinen bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehenden Abfindungsanspruch gegenüber der BUAK entsprechend verringert.

Das Berufungsgericht hat dazu bereits zutreffend (§ 510 Abs 3 ZPO; in der Revisionsbeantwortung unbekämpft) ausgeführt, dass sich der Anspruch des Arbeitnehmers auf Urlaubsentgelt nach dem BUAG gegen die Bauarbeiter-, Urlaubs- und Abfertigungskasse richtet und lediglich die Auszahlung der Leistungen über ein Konto des Arbeitgebers erfolgt. Der Anspruch auf Berichtigung einer zu niedrig bemessenen Urlaubsabfindung wäre daher ebenfalls gegenüber der BUAK geltend zu machen, die die Richtigkeit der Arbeitgebermeldungen und die Voraussetzungen für eine Urlaubsgewährung im Streitfall selbstständig zu prüfen hätte.

Ob der Beklagte eventuell mit seinem Vorbringen zum Ausdruck bringen wollte, dass ihm die Klägerin die vorenthaltene Entgeltfortzahlung für Freistellungstage schulde, die sie in der Vergangenheit mit der BUAK fälschlich als Urlaub abgerechnet habe, kann mangels Geltendmachung im Revisionsverfahren nicht geprüft werden. Der Beklagte hat zudem nicht nur keine ziffernmäßig bestimmte (RIS-Justiz RS0034059) Gegenforderung eingewendet, sondern ausdrücklich vorgebracht, dass er keine Forderungen an die Klägerin stelle (ON 15 S 2).

8. Der Revision war daher Folge zu geben. Erhöhte Zinsen gemäß § 49a ASGG stehen allerdings nicht zu, weil die Bestreitung des Klagebegehrens nicht auf einer von vornherein unvertretbaren Rechtsansicht beruhte.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten aller Instanzen gründet sich auf §§ 41, 43 und 50 ZPO.

In erster und zweiter Instanz beträgt die Obsiegsquote der klagenden Partei gerundet 78 %, der Beklagte hat ihr daher 56 % der Kosten dieser Verfahrensabschnitte zu ersetzen. Der nicht aufgetragene vorbereitende Schriftsatz der klagenden Partei vom 9. 7. 2014 war lediglich als Urkundenvorlage nach TP 1 zu honorieren. Gerichtsgebühren waren angesichts des Streitwerts nicht zu entrichten.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 30. August 2016
Dr. S p e n l i n g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: