



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Mag. Ziegelbauer, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Dehn sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Christoph Kainz und Mag. Robert Brunner in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, vertreten durch Puttinger Vogl Rechtsanwälte GmbH in Ried im Innkreis, gegen die beklagte Partei H\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Georg Maxwald, Dr. Georg Bauer, Rechtsanwalt in Linz, wegen 8.020,76 EUR brutto sA (Revisionsinteresse: 1.617,76 EUR sA), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 25. Februar 2015, GZ 12 Ra 12/15v-21, mit der der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Ried im Innkreis als Arbeits- und Sozialgericht vom 1. Dezember 2014, GZ 19 Cga 4/14k-17, Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit 336,82 EUR (darin 56,14 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

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

Die Klägerin war ab 15. März 1995 bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten als Zimmermädchen beschäftigt. Ab 6. Mai 2001 befand sie sich in Mutterschutz und vereinbarte mit dem Geschäftsführer einen Karenzurlaub

bis 10. Jänner 2003. Da mit Wirksamkeit 1. Jänner 2002 der mögliche Karenzgeldbezug um 365 Tage erhöht wurde, stellte die Klägerin bei der Gebietskrankenkasse einen Antrag auf Verlängerung bis 10. Jänner 2004, traf mit dem Geschäftsführer aber keine Vereinbarung über eine Verlängerung des Karenzurlaubs. Dieser erkundigte sich nach dem 10. Jänner 2003 nicht nach dem Verbleib der Klägerin, vereinbarte aber mit ihr ab 12. Mai 2003 eine geringfügige Beschäftigung. Bei dieser Gelegenheit meldete er die Klägerin zur Betrieblichen Vorsorgekasse (idF: BV-Kasse) an. Mit 11. Jänner 2004 erfolgte eine Abmeldung hinsichtlich der geringfügigen Beschäftigung und eine Anmeldung mit 40 Wochenstunden. Aufgrund einer Kontomitteilung der BV-Kasse erfuhr die Klägerin im Mai 2006, dass sie im Abfertigungssystem neu gemeldet war. Im Wege eines Schreibens der Arbeiterkammer ersuchte sie um Berichtigung, doch der Geschäftsführer erklärte, sie sei im Abfertigungssystem neu, weil sie nach Ende ihrer Karenzzeit vier Monate nicht zum Dienst erschienen sei. Auch anlässlich einer neuerlichen Intervention durch die Arbeiterkammer im März 2009 blieb der Geschäftsführer bei seiner Ansicht. Ab 1. Juli 2013 pachtete die Beklagte das Hotel der Rechtsvorgängerin und übernahm die gesamte Belegschaft. Auf dem neuen Dienstzettel der Klägerin waren „Abfertigung neu“ und ein Beginn des Dienstverhältnisses mit 12. Jänner 2004 vermerkt. Von 1. Juni 2003 bis 30. Juni 2013 bezahlte die Rechtsvorgängerin der Beklagten Beiträge in Höhe von 1.720,99 EUR an die BV-Kasse. Die Beklagte kündigte das Dienstverhältnis der Klägerin zum 15. Oktober 2013 auf.

Im Revisionsverfahren ist nicht mehr strittig, dass ein ab 15. März 1995 durchgehendes Dienstverhältnis der

Klägerin vorlag und der Klägerin die von ihr eingeklagten Ansprüche auf die „Abfertigung alt“ und einen Teil der restlichen Lohnansprüche von insgesamt 7.921,14 EUR brutto sA zustehen. Die Streitteile sind jedoch unterschiedlicher Ansicht, ob die Beklagte berechtigt ist, mit den von ihrer Rechtsvorgängerin an die BV-Kasse bezahlten Beträge in Höhe von 1.720,99 EUR als Gegenforderung aufzurechnen.

Die **Klägerin** bringt dazu vor, dass sie keine Anwartschaftsberechtigte im Sinne des § 3 Z 2 BMSVG sei. Nur ein Arbeitnehmer, für den Beiträge nach den §§ 6 oder 7 BMSVG an die BV-Kasse „zu leisten sind oder waren“, könne nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses darüber verfügen. Für die Klägerin seien aber objektiv keine Beiträge zu leisten gewesen, diese seien nur in der subjektiv-irrigen Annahme der Beklagten bzw ihrer Rechtsvorgängerin, die Klägerin unterliege dem Abfertigungssystem neu, geleistet worden. Damit habe nicht die Klägerin die Möglichkeit, die einbezahlten Beiträge zu lukrieren, sondern vielmehr könne die Beklagte gemäß § 6 Abs 2 BMSVG iVm § 69 Abs 1 ASVG die ungebührlich entrichteten Beiträge zurückfordern. Die Begründung einer Formalversicherung durch Entgegennahme von Beiträgen kenne das BMSVG nicht.

Die **Beklagte** argumentiert demgegenüber, gemäß § 69 ASVG könnten die Beiträge nur fünf Jahre lang zurückgefordert werden, sodass für den größeren Teil ein Rückersatz ausscheide und die Ansprüche der Klägerin weiter bestünden. Durch die Annahme der Zahlungen und Übersendung der Kontoauszüge habe die Vorsorgekasse ihre Leistungsbereitschaft zum Ausdruck gebracht. Es liege jedenfalls ein einer Formalversicherung vergleichbarer Zustand vor. Für das geringfügige Beschäftigungsverhältnis

seien ab Mai 2003 zu Recht die Beiträge an die Mitarbeitervorsorgekasse bezahlt worden, sodass die Klägerin anwartschaftsberechtigt sei. Wenn sich nachträglich herausstelle, die Unterbrechung von mehr als vier Monaten sei nicht als Beendigung des ursprünglichen Dienstverhältnisses anzusehen, ändere das nichts.

Das **Erstgericht** stellte neben der Klageforderung von 7.921,14 EUR brutto auch die Gegenforderung im Umfang von 1.617,73 EUR netto als zu Recht bestehend fest und verpflichtete die Beklagte nur zur Bezahlung der Differenz auf 7.921,14 EUR brutto. Rechtlich führte es aus, die Beklagte bzw ihre Rechtsvorgängerin hätten in der Annahme, die Klägerin unterliege der Abfertigung neu, entsprechend der in § 6 Abs 1 BMSVG festgelegten Verpflichtung des Arbeitgebers die Beiträge in die Betriebliche Vorsorgekasse einbezahlt. Der Anspruch auf eine Abfertigung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses stehe dem Anwartschaftsberechtigten zu, also dem Arbeitnehmer, für den die Beiträge zu leisten gewesen seien. Verfügungsberechtigt sei daher gemäß § 17 BMSVG ausschließlich die Klägerin. Sie sei, da sie einen Anspruch auf eine Abfertigung alt habe, um die entrichteten Beiträge abzüglich 6 % Lohnsteuer bereichert.

Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Klägerin Folge, sprach aus, dass die Gegenforderung nicht zu Recht bestehe und die Beklagte schuldig sei, der Klägerin die Klagsforderung in Höhe von 7.921,14 EUR brutto sA zu bezahlen. Das Mehrbegehren von 99,62 EUR brutto und ein Zinsenmehrbegehren wurden abgewiesen.

Seine ausführliche rechtliche Beurteilung, auf die verwiesen wird, geht am Kern davon aus, dass durch die irrtümliche Leistung von Beiträgen an die BV-Kasse keine

Formalversicherung begründet wurde, sodass die Klägerin nicht bereichert worden sei und daher auch kein Rückzahlungsanspruch der Beklagten gegen die Klägerin entstanden sei.

Die ordentliche Revision wurde zur Frage zugelassen, ob durch irrtümlich entrichtete Beiträge zur BV-Kasse ein Abfertigungsanspruch des Arbeitnehmers entstehen und allenfalls einer „Abfertigung alt“ aufrechnungsweise entgegengehalten werden kann.

In ihrer dagegen gerichteten **Revision** beantragt die Beklagte, das Ersturteil wiederherzustellen; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen, in eventu, ihr keine Folge zu geben.

Die Revision ist rechtzeitig und **zulässig**, jedoch **nicht berechtigt**.

Die Beklagte bringt im Wesentlichen vor, die in beitragsrechtlicher Hinsicht erfolgte limitierte Verweisung auf das ASVG erkläre sich ausschließlich aus der Betrauung der GKK mit der Einhebung der BV-Beiträge zusammen mit den SV-Beiträgen. Die Verweisung in § 6 Abs 2 BMSVG beziehe sich nur auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und GKK und sei nur in diesem Verhältnis von Bedeutung. Wenn und soweit eine Rückforderung ungebührlich entrichteter Beiträge bei der GKK hingegen nicht mehr möglich sei, seien die in der BV-Kasse gebundenen Mittel der Disposition des Arbeitgebers entzogen. Aufgrund der Systemunterschiede - aus Beiträgen finanzierte solidarische Risikogemeinschaft einerseits und individuelle Leistungsgarantie aufgrund von Beiträgen andererseits - komme § 69 ASVG in dem durch § 6 Abs 2 BMSVG begründeten Anwendungsbereich eine andere Funktion zu,

sodass der sozialversicherungsrechtliche Begründungsansatz des Berufungsgerichts verfehlt sei. Da nicht vorgesehen sei, dass zu Ungebühr entrichtete, nach § 69 ASVG nicht mehr rückforderbare BV-Beiträge der BV-Kasse als Eigenmittel zufließen sollen, sei in einem solchen Fall im Bereich der durch das BMSVG begründeten privatrechtlichen Rechtsbeziehungen von einem Leistungsanspruch des Arbeitnehmers auszugehen. Soweit die leistungsrechtlichen Bestimmungen des BMSVG nur auf Anwartschaftsberechtigte abstellten, seien sie lückenhaft und dadurch zu schließen, dass ein Anspruch des Arbeitnehmers auf einen Anwartschaftsbetrag, der auf nach § 69 ASVG nicht mehr rückforderbaren BV-Beiträgen beruhe, zu bejahen sei. Über diesen könne die Klägerin im Rahmen der in § 17 BMSVG vorgesehenen Möglichkeiten frei verfügen. Die Klägerin habe privatrechtlich gegenüber der BV-Kasse einen Abfertigungsanspruch. Eine Ablehnung der Anrechnungsmöglichkeit hätte zur Folge, dass der Klägerin eine von der Beklagten finanzierte doppelte Leistung mit identem Gewährungsgrund zukäme und sie durch diese „Doppelabfertigung“ bereichert wäre. Darauf, ob die Klägerin von ihren Verfügungsmöglichkeiten nach § 17 BMSVG Gebrauch gemacht habe, komme es nicht an. Selbst dann würde es aber einen Verstoß gegen die Treuepflicht bedeuten, zumal ihr eine Verfügung unschwer möglich und für sie mit keinerlei Nachteilen verbunden wäre. Selbst wenn sie über die Abfertigungsanwartschaft verfügt hätte, könnte dies nichts ändern, weil sie sich ihre eigenen Dispositionen zurechnen lassen müsste.

Dazu war Folgendes zu erwägen:

1. Hervorzuheben ist zunächst, dass die verschiedenen Rechtsbeziehungen zwischen Dienstgeber,

Krankenversicherungsträger, BV-Kasse und Dienstnehmer zu unterscheiden sind: Während die Rechtsbeziehung zwischen dem Dienstgeber und dem Krankenversicherungsträger und zwischen dem Krankenversicherungsträger und der BV-Kasse öffentlich-rechtlicher Natur sind, ist das Rechtsverhältnis zwischen dem Dienstgeber und der BV-Kasse aufgrund des Beitrittsvertrags (Rahmenvertrags) privatrechtlicher Natur. Mit dem Beitrittsvertrag wird der einzelne Arbeitnehmer begünstigt, ihm stehen daraus gegenüber der BV-Kasse Anwartschafts- oder Leistungsansprüche zu (s dazu *Resch*, Rückforderung irrtümlich geleisteter Dienstgeberbeiträge zur „Abfertigung neu“, JBl 2008, 92, 93; *Neubauer/Rath* in *Neubauer/Rath//Hofbauer/Choholka*, Betriebliches Mitarbeiter- und Selbstständigenvorsorgegesetz § 6 Rz 166).

2. Hinsichtlich der vom Arbeitgeber an den Krankenversicherungsträger zu Unrecht entrichteten Beiträge kommt durch den Verweis des § 6 Abs 2 S 2 BMSVG die Bestimmung des § 69 ASVG zur Anwendung. Nach § 69 Abs 1 ASVG können zu Ungebühr entrichtete Beiträge zurückgefordert werden. Das Recht auf Rückforderung verjährt nach Ablauf von fünf Jahren nach deren Zahlung. Nach § 69 Abs 2 S 2 ASVG ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn nach dem Zeitraum, für den Beiträge ungebührlich entrichtet worden sind, eine Leistung zuerkannt worden ist und die Beiträge auf den Bestand oder das Ausmaß des Leistungsanspruchs von Einfluss waren, es sei denn, der zur Leistungserbringung zuständige Versicherungsträger hatte die Möglichkeit, im Wege einer Wiederaufnahme des Verfahrens neuerlich über den Leistungsanspruch zu entscheiden und konnte die zu Unrecht geleisteten Beträge mit Erfolg zur Gänze zurückfordern.

3. § 69 ASVG verdrängt in seinem



Anwendungsbereich zivilrechtliche bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche (*Resch*, aaO 97 mwN; *Neubauer/Rath*, aaO § 6 Rz 171). Da der Anwendungsbereich dieser Bestimmung zunächst aber nur das Beitragsverhältnis zwischen dem Dienstgeber und dem Krankenversicherungsträger (und allenfalls der BV-Kasse) betrifft, ist fraglich, ob auch ein direkter privatrechtlicher Rückforderungsanspruch des Dienstgebers gegenüber dem Dienstnehmer bestehen kann oder nicht.

Für die Beklagte wäre damit dann etwas gewonnen, wenn sie sich im Verhältnis zur Klägerin darauf berufen könnte, dass diese in Höhe der Beitragsleistungen ungerechtfertigt bereichert sei. Das ist hier jedoch nicht der Fall:

4. Voranzustellen ist, dass die Beklagte die Beitragsleistungen ihrer Rechtsvorgängerin zurückfordert, die Beitragsleistungen als solche jedoch nicht der Klägerin zufließen und auch der Höhe nach nicht mit einer allfälligen Leistung der BV-Kasse an die Klägerin ident sein müssen, weil die Leistung je nach Veranlagungsergebnis der BV-Kasse, Verzinsung, Verwaltungskosten ua davon abweichen kann. Um die eigentlichen Beitragsleistungen der Beklagten ist die Klägerin daher nicht bereichert. Selbst wenn man aber davon absieht, ist keine Bereicherung der Klägerin erkennbar:

5. Insbesondere im Zusammenhang mit § 69 Abs 2 ASVG wird diskutiert, wodurch der Tatbestand der „Leistungserbringung“ an den Dienstnehmer verwirklicht wird.

Nach *Gruber*, Welche Arbeitsverhältnisse unterliegen dem neuen Abfertigungsrecht?, ZAS 2003, 4 ff, 12, soll es genügen, wenn der Arbeitnehmer in der Weise über

die Abfertigung verfügt hat, dass er sie bei der BV-Kasse des bisherigen Arbeitgebers belassen hat. *Schrank*, Heikle Rechtsfragen des Beitragssystems der „Abfertigung neu“, ZAS 2003, 14 [21], ist demgegenüber der Ansicht, dass die Rückforderung nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Beiträge bereits als Abfertigung ausbezahlt oder für Pensionszwecke verwendet wurden. Dem hat sich auch *Resch*, aaO, 100 (*ders* auch in *Mayr/Resch*, Abfertigung neu - Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz - BMSVG § 6 Rz 92 f), angeschlossen, weil § 69 ASVG als Normzweck vor Augen habe, dass dem Versicherten eine bereits konsumierte Leistung im Regelfall nicht mehr weggenommen, im Übrigen aber die - doch unberechtigte - Leistung nach Möglichkeit immer rückverrechnet werden solle. Dies sei aber so lange ohne weiteres möglich, als der Arbeitnehmer die Abfertigungsanwartschaft in der bisherigen BV-Kasse veranlagt, also nicht gemäß § 17 Abs 1 Z 1, 3 und 4 BMSVG verfügt habe. Auch *Neubauer/Rath*, aaO Rz 173 (unter Hinweis auf *Tomandl*, in *Tomandl/Achatz/Mazal*, Abfertigung neu § 6 Rz 40) nehmen an, dass die Rückforderung grundsätzlich dann ausgeschlossen sei, wenn der Anwartschaftsberechtigte gemäß § 17 Abs 1 Z 1, 2 oder 4 BMSVG über die Abfertigung verfügt habe und die BV-Kasse entsprechend der Verfügung die Abfertigung geleistet habe.

Geht man danach davon aus, dass dem Dienstnehmer die Leistung der BV-Kasse erst dann als zugeflossen gelten kann, wenn sie entweder tatsächlich zugeflossen ist oder er darüber iSd § 17 BMSVG verfügt hat, nicht aber, wenn sie vom Arbeitnehmer bloß in der bisherigen BV-Kasse stengelassen wurde, so wird ersichtlich, dass der Klägerin im vorliegenden Fall noch keine Leistung in diesem

Sinn erbracht wurde, um die sie bereichert sein könnte. Dies muss umso mehr gelten, als die Klägerin die Leistung hier nicht bloß im Sinn einer Weiterveranlagung „stehenlassen“ will, sondern sich sogar mehrfach dezidiert gegen eine Abfertigung neu ausgesprochen und schon die Rechtsvorgängerin der Beklagten ausdrücklich um Korrektur gebeten hat.

6. Auch die Berufung auf ein Anwartschaftsrecht der Klägerin auf eine Leistung der BV-Kasse würde den Standpunkt der Beklagten nicht stützen:

Gemäß § 3 Z 2 BMSVG ist Anwartschaftsberechtigter der Arbeitnehmer, für den Beiträge nach den §§ 6 oder 7 BMSVG an die Betriebliche Vorsorgekasse (BV-Kasse) zu leisten sind oder waren oder für den Übertragungsbeträge nach § 47 gezahlt wurden. Das ist bei der Klägerin mangels einer Leistungspflicht der Beklagten nicht der Fall. Dass sich ein Anwartschaftsrecht - über einen gesetzlichen Anspruch hinaus - aus dem vom Arbeitgeber mit der BV-Kasse abgeschlossenen Rahmenvertrag ergeben würde, wurde von der Beklagten nicht behauptet. Es wäre einem Arbeitgeber auch nicht ohne weiteres zu unterstellen, dass er dem Arbeitnehmer, der tatsächlich nicht Anwartschaftsberechtigter ist, einen dem § 14 BMSVG nachgebildeten (vertraglichen) Anspruch einräumen wollte (ebenso *Neubauer/Rath* in *Neubauer/Rath//Hofbauer/Choholka*, Betriebliches Mitarbeiter- und Selbstständigenvorsorgegesetz § 6 Rz 177).

7. Aus diesem Grund kann auch der Ansicht der Beklagten, dass die Klägerin aufgrund ihrer Treuepflicht die Abfertigung neu von der BV-Kasse einzufordern hätte, nicht nähergetreten werden. Zudem würde sie die Klägerin nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses zur Einforderung einer

Leistung von der BV-Kasse verpflichten, die von ihr nach den Umständen des Falls nicht gewünscht ist und offenkundig nur der Möglichkeit einer Abschöpfung durch die Beklagte dienen soll.

8. Da somit im Ergebnis keine ungerechtfertigte Bereicherung der Klägerin ersichtlich ist, die eine für eine Aufrechnung nötige gleichartige Forderung der Beklagten (s *Griss* in KBB ABGB<sup>4</sup> § 1440 Rz 1) begründen würde, scheidet hier ein direkter Rückforderungsanspruch der Beklagten gegen die Klägerin aus.

9. Da sich die Revision damit nicht als berechtigt erweist, war ihr ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 29. Juli 2015  
Dr. H o p f  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: