



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Hopf als Vorsitzenden, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Dehn und den Hofrat des Obersten Gerichtshof Dr. Hargassner sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes Pflug und Mag. Robert Brunner als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Ü\*\*\*\*\* B\*\*\*\*\*, vertreten durch Mahringer Steinwender Bestebner Rechtsanwälte OG in Salzburg, gegen die beklagte Partei f\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Michael Kreuz, Rechtsanwalt in Wien, wegen 1.366,81 EUR netto sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 25. November 2015, GZ 12 Ra 82/15p-12, mit dem der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Arbeits- und Sozialgericht vom 23. Juli 2015, GZ 11 Cga 68/15h-8, Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 377,50 EUR (darin 62,92 EUR USt) 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 :**

Die Klägerin war von 12. 10. 2009 bis 30. 6. 2014 bei der Ö\*\*\*\*\* GmbH & Co KG beschäftigt. Das Arbeitsverhältnis wurde durch Kündigung der Klägerin beendet.

Danach war die Klägerin von 1. 7. 2014 bis 19. 7. 2014 bei der G\*\*\*\*\* GmbH beschäftigt. Dieses Arbeitsverhältnis wurde innerhalb der Probezeit durch den Arbeitgeber aufgelöst.

Von 21. 8. 2014 bis 17. 9. 2014 war die Klägerin neuerlich bei der G\*\*\*\*\* GmbH beschäftigt. Beendet wurde dieses Arbeitsverhältnis durch Arbeitgeberkündigung.

Die G\*\*\*\*\* GmbH hat keine Beiträge zur Betrieblichen Vorsorgekasse (BV-Kasse) eingezahlt. Zu Gunsten der Klägerin besteht bei der beklagten Vorsorgekasse zum Stichtag 31. 12. 2014 eine Abfertigungsanwartschaft in Höhe von 1.366,81 EUR netto. Die Beklagte verweigerte die von der Klägerin geforderte Auszahlung der Abfertigung.

Mit ihrer Klage begehrt die **Klägerin** von der Beklagten die Auszahlung der Abfertigung von 1.366,81 EUR netto sA. Da insgesamt 36 Beitragsmonate vorlägen und das letzte Arbeitsverhältnis durch Kündigung des Arbeitgebers beendet worden sei, habe sie gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Auszahlung der Abfertigung. Dies auch dann, wenn das letzte - nicht länger als einen Monat bestandene - Arbeitsverhältnis nach dem BMSVG nicht beitragspflichtig gewesen wäre. Da das zweite Arbeitsverhältnis bei der G\*\*\*\*\* GmbH aber innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten ab dem Ende des vorangegangenen Arbeitsverhältnisses bei der selben Arbeitgeberin abgeschlossen worden sei, habe für das letzte Arbeitsverhältnis ohnedies eine Beitragspflicht der G\*\*\*\*\* GmbH zur BV-Kasse bestanden. Diese sei mit dessen Beginn oder nach Erreichen von in Summe eines Monats bei derselben Arbeitgeberin entstanden.

Die **Beklagte** bestritt das Klagebegehren dem Grunde nach, beantragte Klagsabweisung und wandte

insbesondere ein, dass Arbeitsverhältnisse in der Dauer von bis zu einem (Natural-)Monat nicht dem BMSVG unterlägen. Da weder das erste noch das zweite Arbeitsverhältnis der Klägerin zur G\*\*\*\*\* GmbH eine Beitragspflicht zur BV-Kasse ausgelöst hätten, bestehe der von der Klägerin geltend gemachte Auszahlungsanspruch nicht. Der Beklagten sei vom Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger auch kein Arbeitsverhältnis der Klägerin zur G\*\*\*\*\* GmbH gemeldet worden.

Das **Erstgericht** wies das Klagebegehren ab. Nur die Auflösung eines nach dem BMSVG beitragspflichtigen Arbeitsverhältnisses löse den Anspruch auf Auszahlung der Abfertigung aus (vgl § 14 Abs 1 BMSVG). Nach § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG seien die Zeiten beider Arbeitsverhältnisse der Klägerin zur G\*\*\*\*\* GmbH zusammenzurechnen. Da die Gesamtdauer dieser Arbeitsverhältnisse 30 Kalendertage überschritten habe, sei das letzte Arbeitsverhältnis der Klägerin nach dem BMSVG beitragspflichtig gewesen. Da die G\*\*\*\*\* GmbH aber für die Klägerin keine Beiträge an die BV-Kasse abgeführt habe, habe die Klägerin analog § 6 Abs 3 zweiter Satz BMSVG keinen Anspruch auf Auszahlung der Abfertigung gegenüber der Beklagten.

Das **Berufungsgericht** änderte über Berufung der Klägerin das Ersturteil im Sinne einer gänzlichen Klagsstattgabe ab. Für die Beitragspflicht bezüglich des Nachfolgearbeitsverhältnisses komme es nach dem äußersten möglichen Wortsinn des § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG weder darauf an, wie lange das erste Arbeitsverhältnis noch wie lange das Nachfolgearbeitsverhältnis gedauert habe. Die Beitragsfreiheit des ersten Monats gemäß § 6 Abs 1 BMSVG beziehe sich nur auf das erste Arbeitsverhältnis. Ein anderes

Verständnis wäre mit der RL 1999/70/EG nicht vereinbar und widerspräche dem Diskriminierungsverbot des § 2b Abs 1 AVRAG. Der Verfügungsanspruch des Arbeitnehmers hänge auch nicht davon ab, ob der Hauptverband das Arbeitsverhältnis der Mitarbeitervorsorgekasse gemeldet habe. Dem Arbeitnehmer stehe es vielmehr offen, ein nicht gemeldetes Arbeitsverhältnis der BV-Kasse selbst bekanntzugeben und die Verfügungsberechtigung nachzuweisen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil die in der Literatur und Praxis umstrittene Frage, ob die Beitragspflicht eines Nachfolgedienstverhältnisses innerhalb eines Jahres sofort oder erst nach einem Monat einsetze, im Sinne der Rechtssicherheit einer Klärung durch den Obersten Gerichtshof bedürfe.

In ihrer dagegen gerichteten **Revision** beantragt die Beklagte die Abänderung des Berufungsurteils im Sinne einer Wiederherstellung des klageabweisenden Ersturteils.

Die Klägerin beantragt in ihrer **Revisionsbeantwortung**, die Revision der Beklagten zurückzuweisen, hilfsweise ihr keine Folge zu geben.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig. Sie ist jedoch nicht berechtigt.

1. Gemäß § 14 Abs 1 BMSVG hat der Anwartschaftsberechtigte bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen die BV-Kasse Anspruch auf eine Abfertigung. Nach § 14 Abs 2 BMSVG besteht der Anspruch auf eine Verfügung nach § 17 Abs 1 BMSVG über die Abfertigung allerdings nicht bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung durch den Anwartschaftsberechtigten, ausgenommen bei Kündigung

während einer Teilzeitbeschäftigung nach dem MSchG oder dem VKG (Z 1), durch verschuldete Entlassung (Z 2), durch unberechtigten vorzeitigen Austritt (Z 3), oder sofern noch keine drei Einzahlungsjahre (36 Beitragsmonate) seit der ersten Beitragszahlung gemäß § 6 oder § 7 nach der erstmaligen Aufnahme der Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses oder der letztmaligen Verfügung (ausgenommen Verfügungen nach § 17 Abs 1 Z 2 oder Z 3 oder Abs 2a) über eine Abfertigung vergangen sind (Z 4 erster Satz). Die Verfügung über diese Abfertigung (§ 14 Abs 2 BMSVG) kann gemäß § 14 Abs 3 BMSVG vom Anwartschaftsberechtigten erst bei Anspruch auf Verfügung über eine Abfertigung bei Beendigung eines oder mehrerer darauf folgender Arbeitsverhältnisse verlangt werden.

Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses kann der Anwartschaftsberechtigte, ausgenommen in den in § 14 Abs 2 BMSVG genannten Fällen, ua die Auszahlung der gesamten Abfertigung als Kapitalbetrag verlangen (§ 17 Abs 1 Z 1 BMSVG).

2. Gemäß § 6 Abs 1 BMSVG hat der Arbeitgeber für den Arbeitnehmer ab dem Beginn des Arbeitsverhältnisses einen laufenden Beitrag in Höhe von 1,53 vH des monatlichen Entgelts sowie allfälliger Sonderzahlungen an den für den Arbeitnehmer zuständigen Träger der Krankenversicherung nach Maßgabe des § 58 Abs 1 bis 6 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) zur Weiterleitung an die BV-Kasse zu überweisen, sofern das Arbeitsverhältnis länger als einen Monat dauert (Satz 1). Der erste Monat ist jedenfalls beitragsfrei (Satz 2). Wird innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten ab dem Ende eines Arbeitsverhältnisses mit dem selben Arbeitgeber erneut ein Arbeitsverhältnis geschlossen, setzt die Beitragspflicht mit dem ersten Tag

dieses Arbeitsverhältnisses ein (Satz 3).

3. Der erkennende Senat teilt aus folgenden Erwägungen die insbesondere am Wortlaut und Gesetzeszweck orientierte Auslegung des § 6 Abs 1 BMSVG durch das Berufungsgericht:

3.1. § 6 Abs 1 erster Satz BMSVG legt zunächst - als Grundregel - fest, dass die Beitragspflicht des Arbeitgebers grundsätzlich mit dem ersten Tag des Arbeitsverhältnisses eintritt (vgl ErläutRV 1131 BlgNR 21. GP 50); dies allerdings nur dann, wenn das Arbeitsverhältnis länger als einen Monat dauert. Die Beitragsfreiheit des ersten Monats des Arbeitsverhältnisses (§ 6 Abs 1 zweiter Satz BMSVG) wurde nach den Gesetzesmaterialien aus verwaltungstechnischen Gründen eingeführt, weil in den einzelnen Kollektivverträgen unterschiedliche Probezeiten vorgesehen sind (ErläutRV 1131 BlgNR 21. GP 50). § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG verdrängt dann aber als speziellere Regelung für ein innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten ab dem Ende eines Arbeitsverhältnisses mit dem selben Arbeitgeber erneut abgeschlossenes Arbeitsverhältnis diese Grundregel und bestimmt seinem klaren Wortlaut nach, dass für das Nachfolgearbeitsverhältnis die Beitragspflicht bereits mit dem ersten Tag des neu geschlossenen Nachfolgearbeitsverhältnisses entsteht. Diese eindeutige gesetzliche Anordnung setzt weder für das Grundarbeitsverhältnis noch für das Nachfolgearbeitsverhältnis eine bestimmte Dauer voraus, stellt also weder auf ein beitragspflichtiges Grund- noch ein (für sich allein betrachtet) beitragspflichtiges Nachfolgearbeitsverhältnis ab. § 6 Abs 1 zweiter Satz BMSVG schlägt - entgegen der Rechtsansicht der Beklagten - auf die Spezialregelung des § 6 Abs 1 dritter Satz

BMSVG schon deshalb nicht durch, weil der Arbeitgeber am Beginn des Nachfolgearbeitsverhältnisses in den meisten Fällen noch gar nicht wissen kann, ob es länger als einen Monat dauern wird und daher das von der Beklagten intendierte Zuwarten des Arbeitgebers mit der Beitragsentrichtung zur Regel machen würde. Dies würde aber wiederum der grundsätzlichen gesetzlichen Anordnung des § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG, dass die Beitragspflicht schon mit dem ersten Tag des Nachfolgearbeitsverhältnisses eintritt, keinen Raum lassen.

**3.2.** Auch die Gesetzesmaterialien zur Stammfassung des § 6 BMSVG sprechen für diese Auslegung. Danach bewirken (daher) mehrere Arbeitsverhältnisse zum selben Arbeitgeber innerhalb eines Jahres, dass für diese Arbeitsverhältnisse innerhalb dieser Zeit auf jeden Fall eine Beitragsleistung ab Beginn des Arbeitsverhältnisses einsetzt (ErläutRV 1131 BlgNR 21. GP 50).

**3.3.** Mit der „Zwölf-Monate-Regel“ des § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG wollte der Gesetzgeber erkennbar eine Umgehung der Beitragspflicht durch Abschluss von die Monatsfrist nicht überschreitenden Arbeitsverhältnissen zwischen denselben Arbeitsvertragsparteien verhindern (*Resch* in *Mayr/Resch*, Abfertigung neu - BMSVG<sup>2</sup> § 6 Rz 25; *Lang*, Abfertigung neu 55). Wie *Resch* (in *Mayr/Resch*, Abfertigung neu - BMSVG<sup>2</sup> § 6 Rz 26) deutlich macht, wären bei anderer Auslegung Konstellationen zulässig, in denen mehrere befristete Arbeitsverhältnisse zwischen den selben Arbeitsvertragsparteien für eine Gesamtdauer von sechs Monaten im Jahr bestünden, ohne dass dafür Beiträge abgeführt werden müssten. Dieses Ergebnis würde nicht nur dem Zweck der „Zwölf-Monate-Regel“, sondern auch der grundsätzlichen Beitragspflicht ab dem zweiten Monat (§ 6



Abs 1 erster und zweiter Satz BMSVG) widersprechen. Letztlich habe - so *Resch* in *ZellKomm<sup>2</sup> BMSVG § 6 Rz 5* - die „Zwölf-Monate-Regel“ mit der einmonatigen Beitragsfrist überhaupt nichts zu tun. Schließlich wollte der Gesetzgeber mit der Neufassung des Abfertigungsrechts möglichst viele Beschäftigungsverhältnisse in das neue Abfertigungsrecht einbeziehen (*Lang*, *Abfertigung neu 55*). Somit spricht auch die teleologische Interpretation für die Richtigkeit der vorstehenden Interpretation.

**3.4.** Auch in der Literatur wird die Rechtsansicht vertreten, dass die Ausnahmebestimmung des § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG weder auf eine bestimmte Mindestdauer des Erstarbeitsverhältnisses noch auf eine bestimmte Mindestdauer des Nachfolgearbeitsverhältnisses oder der Gesamtbeschäftigung abstellt, sondern beim zweiten Arbeitsverhältnis bzw bei allen folgenden Arbeitsverhältnissen zum selben Arbeitgeber innerhalb der 12-Monatsfrist die Beitragspflicht des Arbeitgebers sofort mit Beginn des Nachfolgearbeitsverhältnisses eintritt (*Binder/Schifko*, *Abfertigung Neu<sup>2</sup> 37*; *Leutner/Achitz/Wöss/Farny*, *Abfertigung neu § 6 Erl 5*; vgl *Mosing*, *Die fallweise Beschäftigung im Arbeits- und Sozialrecht*, *ZAS 2014/41*, 244 [250]). Nach *Höfle* (*Abfertigung neu [BMVG] - Lösung arbeitsrechtlicher Fragen*, *ASoK 2002*, 357 [359]) stellt die „Zwölf-Monate-Regel“ in § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG jedenfalls nicht auf die Dauer oder Beitragspflicht des ersten Arbeitsverhältnisses zum selben Arbeitgeber ab. *Tomandl* (in *Tomandl/Achatz/Mazal*, *Abfertigung Neu § 6 Rz 9*) hält die Ausnahmebestimmung des § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG nur dann für anwendbar, wenn beide (oder mehrere) Arbeitsverhältnisse zusammengenommen die Dauer von einem Monat übersteigen. *Lang* (*Abfertigung*

neu 55) kommt zum Ergebnis, dass die Beitragspflicht eines Nachfolgedienstverhältnisses iSd § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG einsetzt, sobald die einzelnen Arbeitsverhältnisse in Summe ein Monat Beschäftigung (= 30 Tage) überschreiten. *Schrank* (Heikle Rechtsfragen des Beitragssystems der „Abfertigung Neu“, ZAS 2003/3, 16 f) und *Neubauer/Rath* in *Neubauer/Rath/Hofbauer/Choholka*, BMSVG § 6 Rz 48 ff mwN) vertreten unter Bedachtnahme auf die Systematik und den Zweck des § 6 Abs 1 BMSVG hingegen die Ansicht, dass nicht nur das Grundarbeitsverhältnis, sondern auch das Nachfolgearbeitsverhältnis nach dem BMSVG beitragspflichtig seien, dh dem BMSVG unterliegen und jeweils länger als ein Monat dauern müssten, damit für das Nachfolgearbeitsverhältnis eine Beitragspflicht entstehe. Da diese Auslegung, wie bereits oben erwähnt und von *Schrank* (aaO 17) auch zugestanden wird, im Wortlaut des § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG keine Deckung findet, weil die Grundbedingung der Überschreitung des Monats darin nicht als Voraussetzung angeführt ist, also seinem Wortsinn auch Nachfolgedienstverhältnisse von unter einem Monat erfasst, wird ihr vom Senat nicht gefolgt.

**3.5.** Zusammengefasst ist § 6 Abs 1 dritter Satz BMSVG dahin auszulegen, dass in jenen Fällen, in denen innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten ab dem Ende eines Arbeitsverhältnisses mit demselben Arbeitgeber erneut ein Arbeitsverhältnis geschlossen wird, die Beitragspflicht bereits mit dem ersten Tag dieses Nachfolgearbeitsverhältnisses einsetzt, und zwar unabhängig von der Dauer des ersten Arbeitsverhältnisses und jener des Nachfolgedienstverhältnisses.

**4.** Im Anlassfall bestand daher schon ab Beginn des zweiten Arbeitsverhältnisses zwischen der Klägerin und

der G\*\*\*\*\* GmbH von 21. 8. 2014 bis 17. 9. 2014 eine Beitragspflicht des Arbeitgebers zur BV-Kasse. Damit hatte die Klägerin als Anwartschaftsberechtigte bei Beendigung dieses Arbeitsverhältnisses durch Arbeitgeberkündigung gemäß § 14 Abs 3 iVm § 17 Abs 1 Z 2 BMSVG einen Anspruch auf Auszahlung der bis zu diesem Zeitpunkt „gesperrten“, nunmehr klageweise geltend gemachten Abfertigung aus dem früheren Arbeitsverhältnis von 12. 10. 2009 bis 30. 6. 2014. Gesetzliche Gründe dafür, dass der Anspruch auf Verfügung über die „gesperrte“ Abfertigung nicht besteht, liegen nicht vor: Das letzte Arbeitsverhältnis der Klägerin wurde durch keine „verfügungsschädliche“ Beendigungsart iSd § 14 Abs 2 Z 1 bis 3 BMSVG beendet und es liegen auch nicht weniger als drei Einzahlungsjahre (36 Beitragsmonate) iSd § 14 Abs 2 Z 4 BMSVG vor. Auf die von *Mayr* (in *Mayr/Resch*, Abfertigung neu - BMSVG<sup>2</sup> § 14 Rz 26) vertretene Ansicht, dass Auflösungen in einem beitragsfreien ersten Monat nicht zur Erfüllung des Tatbestands nach § 14 Abs 3 BMSVG ausreichen, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Der Revision der Beklagten war daher nicht Folge zu geben.

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

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 25. Mai 2016  
Dr. H o p f  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: