



Herrn Stv Bundesgeschäftsführer
Karl Proyer
GPA-djp
Alfred-Dallinger-Platz 1
1034 Wien

KAMMER FÜR ARBEITER
UND ANGESTELLTE FÜR WIEN

PRINZ EUGEN STRASSE 20-22
1040 WIEN
<http://wien.arbeiterkammer.at>

| Ihr Zeichen | Unser Zeichen | Bearbeiter/in | Tel | 501 65 | Fax | Datum |
|-------------|---------------|---------------|---------|---------|-----|------------|
| - | SP-Ber | Heilegger | DW 2724 | DW 2478 | | 13.04.2010 |

Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen

Werte Kolleginnen und Kollegen!

Die Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien wurde von der Gewerkschaft GPA-djp um die Einschätzung der Zulässigkeit und Regelbarkeit von All-in-Vereinbarungen ersucht und nimmt dazu wie folgt Stellung:

1. Überstundenpauschale und All-in-Klausel

Es ist zu unterscheiden zwischen Überstundenpauschalen, welche die abgegoltene Überstundenanzahl und/oder den dafür zustehenden Betrag klar bezeichnen, und unbestimmten All-in-Klauseln, die einen Gesamtbetrag nennen, durch den sämtliche Leistungen der ArbeitnehmerInnen pauschal abgegolten sein sollen. Im Folgenden wird vorwiegend auf die All-in-Klauseln eingegangen, die auf Grund ihrer Unbestimmtheit und für die Beschäftigten schweren Abschätzbarkeit immer wieder zu Problemen und Unklarheiten in der Praxis führen.

Nachdem einige Zeit die Frage im Raum stand, ob die Zulässigkeit unbestimmter All-in-Vereinbarungen sich nur auf leitende Angestellte bezieht, stellte das Höchstgericht schließlich klar, dass die Zulässigkeit der Vereinbarung einer Pauschalentlohnung nicht auf diese Personengruppe beschränkt ist. Auch bei ArbeitnehmerInnen, die unter das AZG fallen, können derartige Klauseln grundsätzlich wirksam vereinbart werden (OGH 8 ObA 79/01b, ZAS 2003/7; 8 ObA 23/04x, ARD 5515/6/2004; 9 ObA 9/01s, ASoK 2001, 408).

Inhaltlich ist fürs Erste festzuhalten, dass sich eine Pauschalierung nicht etwa bereits automatisch aus der Bezahlung eines überkollektivvertraglichen Entgelts ergibt (zB OGH 9 ObA 251/91, ARD 4398/11/92; VwGH 89/08/0279; ARD 4276/10/91 uvm), sondern vereinbart werden muss. Auf die Bezeichnung kommt es nicht an. Wesentlich ist, ob

dem/der ArbeitnehmerIn bei Vertragsabschluss erkennbar ist, dass mit dem gewährten Entgelt auch die Überstunden abgegolten sein sollen oder ob das nicht der Fall ist (OGH 9 ObA 218/90, ARD 4223/15/90; 9 ObA 161/01v, infas 2002, A 6; 8 ObA 79/01b, ZAS 2003/7; 9 ObA 364/93, ARD 4586/17/94; 4 Ob 66/84, Arb 10.451; 14 ObA 17/87, Arb 10.624; 9 ObA 9/01s, ASoK 2001, 408 uvm).

Ein einseitiger Widerruf ist unzulässig, wenn die Pauschale bzw das Pauschalentgelt ohne Widerrufsvorbehalt vereinbart worden ist – und zwar auch dann, wenn die geleisteten Überstunden weniger werden bzw die Erforderlichkeit von Überstundenleistungen gänzlich wegfällt (zB OGH 9 ObA 36/87, DRdA 1990, 55; 9 ObA 98/95, DRdA 1995, 523). Liegt die Menge der geleisteten Überstunden unter dem Wert der Pauschale, ändert das nichts an dem – eben unabhängig von der Überstundenmenge! – zugesagten Entgeltanspruch (Klein in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz, Kommentar zum AZG, Erl 4 zu § 10).

Wird das Normalentgelt durch (zB kollektivvertragliche) Lohnerhöhungen erhöht, so reduziert sich entweder dementsprechend die Menge der durch die Überzahlung maximal abgedeckten Überstunden, oder die Höhe der Pauschale bzw – bei unbestimmten All-in-Vereinbarungen – des Gesamtentgelts muss angepasst werden.

2. Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Entgelts

2.1. Bestimmtheit nicht erforderlich

In Rechtsprechung und Lehre war lange umstritten, ob unbestimmte All-in-Klauseln Gültigkeit entfalten können oder mangels Bestimmtheit der Hauptleistungspflichten unwirksam sind (für detaillierte Ausführungen zur Gesetz- und Sittenwidrigkeit siehe Schneller in FS Cerny, 343). Die Judikatur stellte im Laufe der Zeit immer wieder unterschiedliche Anforderungen an die Bestimmtheit der Pauschalierungsvereinbarung (vgl etwa Anm Spitzl zu OGH 8 ObA 79/01b, ZAS 2003/7).

So erachtete das OLG Wien (10 Ra 206/97f, ARD 4931/40/98) eine Vereinbarung, nach der sämtliche anfallende Überstunden – also eine von vornherein nicht begrenzte Anzahl – mit einer Pauschale abgegolten sein sollen, als Verstoß gegen das AZG. Demnach war der Arbeitnehmer grundsätzlich berechtigt, trotz der All-in-Vereinbarung das Entgelt für die geleisteten Überstunden zu fordern. Im selben Sinne äußerte sich der OGH (9 ObA 36/87, DRdA 1990/5 mit Anm Mosler), indem er für eine wirksame Pauschalierungsvereinbarung voraussetzte, dass die Zahl der durchschnittlich zu leistenden Normalstunden und Überstunden von vornherein bestimmt ist.

In 9 ObA 111/90, DRdA 1991, 55, qualifizierte der OGH hingegen eine Pauschalvereinbarung als zulässig, in der das laufende Einkommen (inklusive Gewinnbeteiligung) erheblich höher war als das kollektivvertragliche Mindestentgelt zuzüglich der für die tatsächlich geleisteten Überstunden gebührenden Überstundenvergütung. Nach dieser Entscheidung stand im Raum, ob Pauschalvereinbarungen generell nur dann Gültigkeit

entfalten sollen, wenn das Gesamtentgelt erheblich höher ist als das kollektivvertragliche Mindestentgelt samt dem Entgelt für geleistete Überstunden. In 8 ObA 79/01b, ZAS 2003/7, nahm das Höchstgericht ausdrücklich Bezug auf diese Entscheidung und stellte klar, dass mit der Wendung „zumal das laufende Einkommen des Klägers erheblich höher war als das kollektivvertragliche Mindestentgelt zuzüglich der für die tatsächlich geleisteten Überstunden gebührenden Überstundenvergütung“ lediglich bekräftigt werden sollte, dass die getroffene Pauschalvergütungsvereinbarung jedenfalls wirksam war, weil der über den kollektivvertraglichen Mindestlohn hinausgehende Teil des Gehalts das Entgelt für tatsächlich geleistete Überstunden nicht nur erreichte, sondern sogar überschritt. Eine Vereinbarung, dass die überkollektivvertragliche Entlohnung zur Abgeltung von Mehrarbeit dient, soll demnach bereits dann zulässig sein, wenn der vereinbarte Pauschalbetrag den Betrag erreicht, den der/die ArbeitnehmerIn mindestens für Normalarbeitszeit und geleistete Überstunden erhalten muss; ein erhebliches Übersteigen wird vom OGH nicht für erforderlich erachtet. Nicht für notwendig hält das Höchstgericht weiters, dass die Zahl der abgedeckten Überstunden in der Vereinbarung konkret ausgewiesen wird.

2.2. Bestimmbarkeit muss vorliegen

Nach nunmehr herrschender Ansicht (vgl Klein in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz, Kommentar zum AZG, 275) ist vielmehr die Bestimmbarkeit der Vereinbarung entscheidend. Mehrfach hat die Judikatur die objektive Möglichkeit, zwischen dem der Abgeltung der Normalarbeitszeit gewidmeten Grundlohn und jenem Entgeltbestandteil, der der (pauschalieren) Abgeltung allfälliger Überstundenarbeit gewidmet ist, eine klare Grenze zu ziehen, explizit zur Voraussetzung einer wirksamen Pauschalierungsvereinbarung erklärt (OGH 9 ObA 36/87, DRdA 1990, 55; 9 ObA 9/01s, ASoK 2001, 408; 9 ObA 605/90, Arb 10.879; OLG Wien, 7 Ra 240/99m, ARD 5088/48/2000). Nur so ist nämlich gewährleistet, dass nicht eine zunehmende Anzahl von Überstunden zu einer für die ArbeitnehmerInnen unabsehbaren sukzessiven Verringerung des Entgelts für die Normalarbeitszeit führt (Anm Spitzl zu OGH 8 ObA 79/01b, ZAS 2003/7).

Eine wirksame Vereinbarung liegt vor, wenn für den/die ArbeitnehmerIn einfach ermittelbar ist, in welcher Höhe das Entgelt für die Normalarbeitszeit und in welchem Ausmaß die Überzahlung für die Überstundenleistung gewährt werden soll (Löschnigg, Arbeitsrecht, 370). Es muss eine klare Abgrenzung zwischen den für die Abgeltung der in der Normalarbeitszeit erbrachten Arbeitsleistungen und den für die Vergütung der Überstunden bestimmten Entgeltteilen möglich sein (OGH 9 ObA 9/01s, ASoK 2001, 408; 8 ObA 79/01b, ZAS 2003/7; 9 ObA 605/90, Arb 10.879; OLG Wien, 7 Ra 240/99m, ARD 5088/48/2000; 10 Ra 206/97f, ARD 4931/40/98). Dies ist allein schon deshalb erforderlich, um überprüfen zu können, ob durch die Pauschale die geleisteten Überstunden auch wirklich abgedeckt werden.

2.3. Normallohn – Überstundenentlohnung

Normallohn ist das Entgelt für die während der Normalarbeitszeit iSd §§ 3ff AZG erbrachte Arbeitsleistung (OGH 9 ObA 605/90, Arb 10.879 mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Eine Überzahlung gegenüber dem kollektivvertraglichen Mindestlohn ist ein Teil des Normallohnes iSd § 10 Abs 2 AZG und als solcher auch bei der Ermittlung des Überstundenzuschlages zu berücksichtigen (vgl Klein in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz, Kommentar zum AZG, Erl 1 zu § 10).

Handelt es sich um eine definierte, betraglich abgegrenzte Überstundenpauschale, so ist klar, dass das Gesamtentgelt abzüglich der Pauschale den Normallohn darstellt, der als Ausgangsbasis für die Berechnung des Wertes einer Überstunde heranzuziehen ist. Auch eine All-in-Klausel ist – nicht anders als eine herkömmliche Überstundenpauschale – im Lichte der zwingenden Bestimmung des § 10 AZG zu interpretieren. Leistet ein/e ArbeitnehmerIn mit All-in-Vereinbarung Überstunden, so müssen diese ebenso wie bei jedem/r anderen ArbeitnehmerIn nach der Formel „Normallohn plus Zuschlag“ abgegolten werden. Um überhaupt feststellen zu können, ob mit dem Pauschalentgelt der unabdingbare Anspruch des/r ArbeitnehmerIn auf Bezahlung der geleisteten Überstunden erfüllt wird, muss daher logischer Weise zunächst der Normallohn ermittelt werden – denn dieser ist, wie beschrieben, der Ausgangspunkt für die Berechnung der Höhe des Überstundenentgelts (Klein in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz, Kommentar zum AZG, Erl 1 zu § 10).

3. Deckungsprüfung

3.1. Nachforderung

Wenn ein/e ArbeitnehmerIn die Pauschale übersteigende Überstundenarbeit leistet, so kann er/sie damit nicht gedeckte Ansprüche nachträglich geltend machen (OGH 9 ObA 98/95, DRdA 1995, 523; 9 ObA 161/01v, infas 2002, A 6; 9 ObA 9/01s, ASoK 2001, 408; 9 ObA 240/93, RdA 1994, 170; 4 Ob 66/84, Arb 10.451). Der/die ArbeitnehmerIn darf durch die Pauschalabgeltung nicht schlechter gestellt werden als bei Einzelabrechnung der Überstunden. Die Pauschale darf nicht unter jene Vergütung sinken, die sich durch eine durchschnittliche Berechnung der tatsächlich erbrachten Überstunden zuzüglich der Zuschläge ergeben würde (OGH 14 ObA 17/87, Arb 10.624; 9 ObA 98/95, DRdA 1995, 523; 8 ObA 79/01b, ZAS 2003/7).

Bei dieser Deckungsprüfung sind nicht nur der Lohn bzw das Gehalt selbst in das Pauschalentgelt einzubeziehen, sondern – falls dies der Vereinbarung entspricht – auch andere Entgeltbestandteile wie Sachbezüge (zB Dienstwagen, vgl OGH 9 ObA 161/01v, infas 2002, A 6), Provisionen (OGH 4 Ob 167/80, Arb 9931, 14 ObA 17/87, Arb 10.624), Gewinnbeteiligungen (9 ObA 111/90, DRdA 1991, 55), oder auch Funktionszulagen, die auf quantitative Mehrleistungen ausgerichtet sind bzw den Charakter einer Überstundenpauschale haben (OGH 9 ObA 98/95, DRdA 1995, 523; 4 Ob 66/84, Arb 10.451). Ist das kollektivvertragliche Mindestentgelt als Lohn für die Normalarbeitszeit vereinbart, so ist

auch eine freiwillige Anrechnung von Vordienstzeiten als überkollektivvertragliche Entlohnung zu werten und somit – neben im Kollektivvertrag nicht angeführten tätigkeitsbezogenen Zulagen – in die Deckungsrechnung einzubeziehen (OGH 8 ObA 79/01b, ZAS 2003/7). Freilich vermindert jeder zusätzlich eingerechnete Entgeltbestandteil (wie zB spezielle Zulagen) das für Normallohn und Überstunden zustehende Gesamtentgelt, und es findet nur eine entsprechend verringerte Überstundenmenge im Pauschalbetrag Platz.

Ob vereinbart werden kann, dass auch Aufwandsentschädigungen in die Pauschale eingerechnet werden, hat die Rechtsprechung noch nicht abschließend entschieden. Dadurch, dass in einem solchen Fall Entgelt und Aufwandsersatz vermengt werden, nimmt die Bestimmbarkeit des Entgelts zusätzlich ab, die Entgeltentwicklung wird für die ArbeitnehmerInnen noch unabsehbarer. Eine solche Kombination rückt daher unseres Erachtens sehr stark in die Nähe der Sittenwidrigkeit und damit möglicher Nichtigkeit, und führt überdies zu Problemen, da die Herausrechnung des Aufwandsersatzes aus dem Entgelt für die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Beurteilung jedenfalls vorgenommen werden muss.

Übersteigt das Ausmaß der tatsächlich erbrachten Überstundenarbeit über einen gewissen Zeitraum hinweg das Ausmaß der Abgeltung, besteht ein Nachforderungsanspruch der ArbeitnehmerInnen auf die Entgelt Differenz (Klein in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz, Kommentar zum AZG, Erl 4 zu § 10; zB auch OGH 4 Ob 66/84, Arb 10.451; 9 ObA 240/93, WBI 1994, 91). Im Rahmen einer Durchschnittsbetrachtung hat der OGH mangels Vereinbarung eines kürzeren Zeitraums das Kalenderjahr als Beobachtungszeitraum für angemessen erachtet (Grillberger, Kommentar zum AZG2 Rz 4.2 zu § 10; OGH 9 ObA 161/01v, infas 2002, A 6; 9 ObA 81/88, RdW 1988, 430; 9 ObA 98/95, DRdA 1995, 523; 8 ObA 1211/95, ARD 4745/21/96; 9 ObA 1039/92, infas 1993, A 145; 8 ObA 73/05a, ARD 5655/10/2006).

3.2. Verfall

Eine etwaige Verfallsfrist kann frühestens mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, in dem klar ist, dass das Pauschale nicht ausreicht – typischer Weise also mit Ende des einjährigen Beobachtungszeitraums (Trattner, Das Überstundenpauschale, ASoK 2003, 358). Inwieweit die erbrachten Überstunden durch die Überstundenpauschale tatsächlich abgedeckt sind, hat grundsätzlich der/die ArbeitgeberIn zu überprüfen (OGH 4 Ob 94/61, SozM III E, 269). Im Fall, dass der/die ArbeitgeberIn die jährliche Abrechnung nicht durchführt, kann auch kein Verfall eintreten, wie das OLG Wien (8 Ra 20/04a, ARD 5522/7/2004) festgestellt hat. Das entspricht dem Zweck der durch die Nov BGBl I 2007/61 geänderten Bestimmung des § 26 Abs 8 AZG: Ist die Feststellung der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit wegen Fehlens von Aufzeichnungen unzumutbar, werden die Verfallsfristen gehemmt. Selbstverständlich hat der/die ArbeitgeberIn – außer bei leitenden Angestellten nach dem AZG – trotz All-in-Vereinbarung Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen.

4. All-in-Vereinbarungen bei leitenden Angestellten

Bei leitenden Angestellten scheidet § 10 AZG als Grundlage für die Notwendigkeit der Bestimmbarkeit des Normallohns aus. Das AZG und damit auch die in § 10 enthaltene Vorschrift für die Berechnung der Überstunden finden keine Anwendung auf leitende Angestellte, denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen sind (§ 1 Abs 2 Z 8 AZG). Weiters gelten die Höchstgrenzen der Arbeitszeit für diese ArbeitnehmerInnengruppe nicht, außerdem müssen keine Arbeitszeitaufzeichnungen geführt werden. Leitende/r Angestellte/r ist freilich nicht etwa schon jede/r AbteilungsleiterIn, sondern es ist eine einflussreiche Position erforderlich, die den/die Angestellte/n aus der gesamten Angestelltenschaft klar heraushebt. Diese ArbeitnehmerInnen können sich ihre Arbeitszeit weitgehend selbst einteilen und beziehen gewöhnlich ein überdurchschnittliches Entgelt (s dazu Cerny in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz, Arbeitszeitgesetz, Erl 15 zu § 1).

In den Arbeitsverträgen werden immer wieder ArbeitnehmerInnen als leitende Angestellte bezeichnet, die es in diesem Sinne jedoch gar nicht sind, um den Eindruck zu erwecken, dass das AZG für sie nicht gilt. Dies hält die ArbeitnehmerInnen von der Geltendmachung der Überstundenentlohnung ab. Wenn sie schließlich nach Rechtsbelehrung durch die Interessenvertretungen auf diese Erfordernisse aufmerksam gemacht werden, können sie häufig wegen Verfallsfristen ihre Ansprüche nicht mehr durchsetzen.

Auch bei leitenden Angestellten sind unbestimmte All-in-Vereinbarungen zulässig (OGH 9 ObA 99/98v, ecolex 1998, 784). Zu beachten ist allerdings, dass auch leitende Angestellte im Sinne des AZG arbeitsvertragsrechtlich gesehen ArbeitnehmerInnen sind und damit unter die Fürsorgepflicht des/r Arbeitgebers/in fallen – wenn auch auf Grund der erhöhten Selbstbestimmungsmöglichkeiten wohl in etwas geringerem Ausmaß. Der/die ArbeitgeberIn wird daher auch bei diesem Personenkreis schon auf Grund der Fürsorgepflicht verpflichtet sein, gegebenenfalls Schutzmaßnahmen zu ergreifen, um gesundheitlichen Gefährdungen durch Überarbeitung, gerade auch im Zusammenhang mit einer Pauschalvereinbarung, hintan zu halten.

Zu beachten ist weiters, dass leitende Angestellte zwar vom AZG, häufig jedoch nicht vom Anwendungsbereich des jeweiligen Kollektivvertrages ausgenommen sind, da der Begriff des/r leitenden Angestellten nach dem ArbVG enger ist jener nach dem AZG. Nicht unter den arbeitsverfassungsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff fallen leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht. Dieser Begriff ist sehr eng auszulegen, ausgenommen sind nur solche leitende Angestellte, die berufen sind, auf betriebstechnischem, kaufmännischem oder administrativem Gebiet unter eigener Verantwortung Verfügungen zu treffen, die auf die Führung des Betriebes von maßgeblichem Einfluss sind, sodass ihnen daher im Verhältnis zum/r UnternehmerIn in bestimmten Teilgebieten eine gleichwertige Stellung wie dem/r UnternehmerIn selbst zukommt (s dazu Gahleitner in Cerny/Gahleitner/Kundtner/Preiss/Schneller, Arbeitsverfassungsrecht II 3 Erl 6 zu § 36). Dies führt dazu, dass leitenden Angestellten, die nicht unter die sehr eng gefasste Ausnahmebestimmung in § 36 ArbVG fallen, Überstunden-

zuschläge zwar nicht aufgrund des AZG, wohl aber zwingend aufgrund des einschlägigen Kollektivvertrages zustehen – auch in solchen Fällen ist daher die Bestimmbarkeit des Normallohnes notwendig, um die Vergleichsrechnung durchführen zu können!

5. Bestimmung des Normallohns

5.1. Bezugnahme auf den kollektivvertraglichen Mindestlohn

Wie ist aber nun der Normallohn bei unbestimmten All-in-Klauseln zu bestimmen, wie ist die Abgrenzung zwischen dem für die Normalarbeitszeit und dem für die Überstunden gebührenden Entgeltteil vorzunehmen?

Der OGH hat wiederholt (so etwa OGH 9 ObA 161/01v, infas 2002, A 6; 9 ObA 9/01s, ASoK 2001, 408) ohne nähere rechtsdogmatische Begründung einfach die Rechnung angestellt, ob das vereinbarte All-in-Entgelt das kollektivvertragliche Mindestentgelt plus das auf dessen Grundlage (als Normallohn) errechnete Überstundenentgelt abdeckt, und erklärt bejahendenfalls den Anspruch auf Überstundenentgelt für erfüllt. Damit unterstellt er aber den Parteien der All-in-Vereinbarung die Vereinbarung des kollektivvertraglichen Mindestlohns als das für die Normalarbeitszeit zustehende Entgelt. Eine Rechtsansicht, die unserer Meinung nach verfehlt ist.

Es ist verfehlt, einfach den durch Kollektivvertrag, Satzung oder Mindestlohntarif festgelegten Mindestlohn als Normallohn anzunehmen. Zulässig ist dies nur, wenn die Arbeitsvertragsparteien tatsächlich klargestellt haben, dass sie der All-inclusive-Vereinbarung das kollektivvertragliche Mindestentgelt als Normallohn zu Grunde legen wollen – in diesem Fall ist der Normallohn identisch mit dem Kollektivvertragslohn. Ist aber ein derartiges Einvernehmen nicht feststellbar (was in der Praxis in den allermeisten Fällen der Fall sein wird), dann gibt es keine schlüssige Begründung, davon auszugehen, dass sich der/die ArbeitnehmerIn mit dem kollektivvertraglichen Mindestentgelt begnügen wollte. Ganz im Gegenteil, gerade beim Abschluss von All-in-Vereinbarungen bestehen bei dem/der ArbeitnehmerIn häufig sehr hohe Entgelterwartungen. Auch aus dem Anführen der anzuwendenden kollektivvertraglichen Beschäftigungsgruppe und des Verwendungsgruppenjahres im Zusammenhang mit der Pauschalvereinbarung ist unserer Meinung nach nicht auf die Vereinbarung des entsprechenden kollektivvertraglichen Mindestentgelts als Normallohn zu schließen (aA OLG Wien 1999, 7 Ra 240/99m, ARD 5088/48/2000).

Überdies entsprechen die Angaben im Dienstvertrag bzw Dienstzettel häufig nicht der tatsächlich vorzunehmenden Einstufung oder fehlen überhaupt ganz. Dann wäre bei dieser Vorgangsweise zunächst noch eine Einstufung vorzunehmen, was aus Gründen prozessualer Vorsicht dazu führt, dass von einem niedrigen Grundentgelt und Beschäftigungsgruppe ausgegangen wird. Von Bestimmtheit oder einem angemessenen ortsüblichen Entgelt kann daher bei dieser Ermittlungsmethode keine Rede sein!

Insbesondere, wenn der/die ArbeitnehmerIn bereits vor Abschluss der All-in-Vereinbarung ein überkollektivvertragliches Entgelt bezog, wird im Zweifel weiterhin von

diesem als vereinbartem Normallohn auszugehen sein. Das OLG Wien entschied in einem solchen Fall erst kürzlich (9 Ra 81/09m), dass bei Vorliegen einer All-In-Vereinbarung nicht ohne Weiteres die Vereinbarung des kollektivvertraglichen Mindestlohns als das für die Normalarbeitszeit zustehende Entgelt unterstellt werden darf.

Unserer Meinung nach müsste in jedem Fall geprüft werden, ob der kollektivvertragliche Mindestlohn als Entgelt für die Normalarbeitszeit tatsächlich dem Parteiwillen entspricht. Geht dies nicht klar aus der Vereinbarung hervor – wobei das Anführen der kollektivvertraglichen Einstufung im Arbeitsvertrag oder Dienstzettel nicht als Vereinbarung des entsprechenden kollektivvertraglichen Entgelts als Normallohn zu werten ist, sondern bloß als Erfüllung der gesetzlichen Pflicht nach § 2 AVRAG –, so darf das Mindestentgelt nicht als Normallohn herangezogen werden.

5.2. Maximal legal mögliche Überstundenzahl

Einen möglichen Weg zur Ermittlung des Normallohns stellt die Rückrechnung anhand der nach dem AZG maximal erlaubten Überstundenzahl dar (vgl zB Schneller in FS Cerny, 344f). Denn redliche Vertragsparteien werden bei Abschluss einer unbestimmten Pauschalvereinbarung wohl davon ausgehen dürfen, dass höchstens die maximal legal möglichen Arbeitsleistungen durch das Pauschalentgelt erfasst sein sollen, also alle Überstunden, die nicht gegen die Höchstgrenzen der Arbeitszeit verstoßen (so ua Winkler, Überstundenpauschale und All-in-Klausel, ecolex 1998, 412 f).

Da die durchzuführende Berechnung im Einzelfall sehr diffizil wäre, wenn bei der Ermittlung der höchstmöglichen legalen Stundenanzahl nicht nur die generellen Höchstgrenzen der Arbeitszeit gem § 9 AZG berücksichtigt werden, sondern auch sämtliche andere Möglichkeiten zur Leistung zusätzlicher Überstunden (fünf bzw zehn Überstunden pro Woche, darüber hinaus höchstens 60 Überstunden innerhalb eines Kalenderjahres, weitere Überstunden durch Kollektivvertrag, Zulassung einer Verlängerung der Arbeitszeit durch das Arbeitsinspektorat, Möglichkeit der Verlängerung der Arbeitszeit zur Vornahme von Vor- und Abschlussarbeiten, usw), wird im Sinne einer Durchschnittsbetrachtung von den maximal legal leistbaren Überstunden „im Normalbetrieb“ auszugehen sein, das wären durchschnittlich 26 Überstunden pro Monat.

Allerdings sind die arbeitszeitrechtliche und die lohnrechtliche Seite grundsätzlich auseinander zu halten (Spielbüchler/Floretta/Strasser, Arbeitsrecht I4, 259; OGH 9 ObA 71/04p, RdA 2005, 444; vgl 4 Ob 54/73, DRdA 1975, 50 mit Anm Dirschmied), und die Erlaubtheit der Überstundenleistung stellt nach Auffassung des OGH keine Voraussetzung für die Vergütungspflicht dar (zB in 9 ObA 65/95, Arb 11.400; 9 ObA 26/96, infas 1996, A 134; 9 ObA 111/97g, ARD 4925/24/98). Das Höchstgericht erachtete die Vereinbarung für wirksam, dass im Fall der Überschreitung der gesetzlichen Höchstgrenzen auch diese illegalen Überstunden mit der monatlichen Pauschale abgegolten sein sollen. Nach dieser Rechtsprechung kann die Abgeltung von die gesetzlichen Höchstgrenzen übersteigenden Überstunden, hinsichtlich derer eine Leistungspflicht des/r Arbeitnehmers/in unstrittig nicht besteht, durch ein Überstundenpauschale wirksam vereinbart

werden (OGH 8 ObA 79/01b, ZAS 2003/7; 9 ObA 65/95, Arb 11.400; 9 ObA 71/04p, RdA 2005, 444). Entscheidend ist dafür aber jedenfalls das Vorliegen einer expliziten ausdrücklichen Vereinbarung, dass illegale Überstunden durch das Pauschalentgelt abgegolten sein sollen.

Gemäß einer Entscheidung des OLG Wien ist grundsätzlich davon auszugehen, dass mit einem All-in-Entgelt lediglich die gesetzlich erlaubten Überstunden pauschal abgegolten sein sollen (OLG Wien 7 Ra 174/02p, ARD 5346/43/2002). Auf den hypothetischen Parteiwillen kommt es an – und redliche Vertragsparteien werden im Allgemeinen nicht davon ausgehen, dass im Vertrag Illegales vereinbart wird. Daher kann ihnen auch die Vereinbarung der Abgeltung potenzieller illegaler Leistungen nicht unterstellt werden.

5.3. Bezugnahme auf das angemessene Entgelt

Ein anderer möglichen Weg zur Feststellung des Normallohns ist der Rückgriff auf die gesetzlichen Regeln über die subsidiäre Entgeltermittlung (so im Ergebnis auch Klein in Cerny/Heilegger/Klein/Schwarz, Kommentar zum AZG, Erl 4 zu § 10; Binder/Brunner/Szymanski, Kommentar zum AZG, Anm 11 zu § 10; Schneller in FS Cerny, 342): Gemäß § 6 Abs 1 AngG ist das gebührende Entgelt mangels Vereinbarung durch den für die betreffende Art der Unternehmung bestehenden Ortsgebrauch zu bestimmen. Der Ortsgebrauch resultiert aus Verkehrs- und Geschäftssitte sowie aus der Berufsüblichkeit und ist mit statistischen Methoden zu ermitteln. Ortsübliche Entgelte liegen in aller Regel über den kollektivvertraglichen Sätzen (Löschnigg, Kommentar zum AngG I8, § 6 Rz 186). Für ArbeiterInnen kommt § 1152 ABGB zur Anwendung, der ein angemessenes Entgelt als bedungen annimmt, wenn nichts vereinbart wurde.

Bei Streitigkeiten darüber, ob ein All-inclusive-Entgelt ausreicht, die geleisteten Überstunden auf der Basis von § 10 AZG gesetzeskonform abzugelten, ist unserer Meinung nach also das branchen- und ortsübliche Entgelt für die betreffende Tätigkeit als Normallohn aus dem All-in-Entgelt herauszulösen. Vorausgesetzt ist, dass es sich um eine unbestimmte All-in-Vereinbarung handelt, die den Normallohn weder direkt anspricht, noch aus der Vereinbarung einer Gesamtstundenanzahl oder einer Überstundenanzahl etc ermitteln lässt. Das branchen- bzw ortsübliche Entgelt lässt sich unter anderem aus den von der Wirtschaftskammer geführten Statistiken ermitteln. Wo solche nicht vorliegen, wird ähnlich wie in § 10 Abs 1 AÜG das durchschnittliche Gehalt vergleichbarer ArbeitnehmerInnen als Normallohn heranzuziehen sein.

6. Kollektivvertragliche Fairnessklauseln

Manche Kollektivverträge enthalten sogenannte „Fairnessklauseln“, die nähere Rahmenbedingungen für Pauschalentgeltvereinbarungen vorsehen.

Der IT-Kollektivvertrag und der Rahmenkollektivvertrag für Telekomunternehmen sehen etwa für die Berechnung der monatlichen Pauschalsumme den Grundsatz vor, dass diese der durchschnittlich geleisteten Überstundenanzahl entspricht, wobei die Überstun-

denzuschläge ebenfalls einzurechnen sind (natürlich entsprechend ihrer jeweiligen Wertigkeit, also mindestens 1:1,5). Dies bildet die bereits dargestellte Deckungsrechnung im Vergleichszeitraum (ein Jahr, wenn nicht kürzer vereinbart) ab. Nicht automatisch gelöst wird dadurch allerdings das Erfordernis, den Normallohn als Grundvoraussetzung für die Deckungsrechnung ermitteln zu müssen.

Dem soll die zB im IT-Kollektivvertrag enthaltene Regelung Abhilfe schaffen, dass das Überstundenpauschale entweder betragsmäßig oder in Form der Stundenanzahl auszuweisen ist. Nach dem IT-Kollektivvertrag sind demnach unbestimmte All-in-Klauseln gar nicht zulässig, was eine deutliche Besserstellung der betroffenen ArbeitnehmerInnen im Vergleich zur sonstigen Rechtslage darstellt. Fraglich ist allerdings, was zu geschehen hat, wenn die Vorschrift nicht eingehalten wird und die Arbeitsvertragsparteien dennoch eine unbestimmte All-in-Vereinbarung treffen. Dann wird für die Ermittlung des Normallohns wieder nach den allgemeinen Grundsätzen auf das orts- und branchenübliche bzw. angemessene Entgelt zurückzugreifen sein. Argumentierbar wäre allenfalls auch die Anwendbarkeit von § 915 ABGB, der undeutliche Äußerungen zum Nachteil des Erklärenden auslegt – üblicher Weise des/der Arbeitgebers/in, von dem/der die Arbeitsvertragstextierung stammt. Im Extremfall hieße das, dass das gesamte vereinbarte Entgelt für die Normalarbeitszeit zusteht, da die Vereinbarung unklar lässt, in welchem Ausmaß durch das Pauschalentgelt Überstunden abgegolten sein sollen.

Im Rahmenkollektivvertrag für die Industrie und bei den Landeshypothekenbanken ist bereits im Kollektivvertrag die Einrechnung bestimmter Entgeltbestandteile in das Pauschalentgelt vorgesehen. Auch in diesen Fällen wird aber die tatsächliche Vereinbarung einer Pauschalentgeltvereinbarung notwendig sein – der Kollektivvertrag knüpft wohl an das Bestehen einer solchen Vereinbarung an, ersetzt sie aber nicht.

Die in diesem Zusammenhang in den Kollektivverträgen enthaltene Klausel, dass bei der Gesamtwürdigung der Umstände im Einzelfall das Ausmaß der faktischen Gestaltungsmöglichkeit der Angestellten hinsichtlich der Lage und des Ausmaßes der Arbeitsleistung zu berücksichtigen sei, spiegelt die Einigkeit der Kollektivvertragsparteien wieder, dass All-in-Verträge nur dort ein sinnvoll einzusetzendes Mittel darstellen, wo auch eine entsprechende Selbstbestimmungsmöglichkeit der ArbeitnehmerInnen über ihre Arbeitszeit besteht – etwa bei leitenden Angestellten. Im Wesentlichen wird darin eine Empfehlung an die Parteien des Arbeitsvertrages zu sehen sein, unter Umständen wird sich daraus aber auch eine Gültigkeitsbeschränkung ableiten lassen, wenn im konkreten Einzelfall genau diese Kriterien nicht erfüllt sind.

Zusammenfassung:

- Eine Pauschalierung ergibt sich nicht automatisch aus der Bezahlung eines überkollektivvertraglichen Entgelts, sondern muss vereinbart werden.
- Die Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen ist grundsätzlich nicht auf bestimmte Arbeitnehmergruppen (wie leitende Angestellte) beschränkt, sondern

nach der herrschenden Rechtsprechung generell zulässig. Ein erhebliches Übersteigen des Pauschalentgelts gegenüber der bei Einzelverrechnung zustehenden Bezahlung ist nicht erforderlich.

- Eine All-in-Vereinbarung setzt das Arbeitszeitgesetz nicht außer Kraft. Außer bei leitenden Angestellten sind daher die Höchstgrenzen der Arbeitszeit zu beachten, Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen sowie Überstunden entsprechend § 10 AZG auf der Basis des Normallohns zu bezahlen.
- Ist die Überstundenleistung nicht durch das Pauschalentgelt abgedeckt, kann der/die ArbeitnehmerIn die nicht gedeckten Ansprüche nachträglich geltend machen.
- Der/die ArbeitgeberIn hat jährlich in einer Vergleichsrechnung zu überprüfen, inwieweit die erbrachten Überstunden durch die Pauschalentlohnung tatsächlich abgedeckt sind. Unterlässt er dies, tritt für allfällige Nachforderungsansprüche kein Verfall ein.
- Das Entgelt für die Normalarbeitszeit muss von dem Entgelt für Überstunden abgrenzbar sein. Dies ist allein schon deshalb erforderlich, um den für die Vergleichsrechnung als Ausgangsbasis notwendigen Normallohn gem § 10 AZG ermitteln zu können.
- Die Einrechnung auch von Aufwandsersatz in das Gesamtentgelt vergrößert die Unbestimmtheit und rückt die Vereinbarung in die Nähe der Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit. Auch wegen steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Komplikationen sind solche Konstruktionen zu vermeiden.
- Die herrschende Judikatur zieht bei unbestimmten All-in-Klauseln den kollektivvertraglichen Mindestlohn als Normallohn heran. Dies entspricht jedoch in den allermeisten Fällen nicht dem Parteiwillen. Unserer Auffassung nach wäre richtiger Weise von der Anzahl der maximal leistbaren Überstunden auf den Normallohn rückzurechnen bzw das ortsübliche/angemessene Entgelt heranzuziehen, welches in aller Regel deutlich höher ist.
- Kollektivvertragliche Fairnessklauseln, die eine stärkere Bestimmtheit von Pauschalvereinbarungen anordnen, sind zu begrüßen.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Angaben gedient zu haben und stehen für weitere Anfragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen


Gerda Heilegger