

Zeitschrift für

ARBEITS-**ZAS**

UND SOZIALRECHT

Sonderheft

Schriftleitung Theodor Tomandl, Martin Risak
Redaktion Helwig Aubauer, Rolf Gleißner, Beatrix Karl,
Harald Kaszanits, Thomas Neumann

März 2015

2a

97 – 144

Sonderheft

ZAS-Seminar 2014 Schwerpunkt „Flexibilität im Arbeitsverhältnis“

Beiträge

Flexibilität in der Arbeitszeit Rolf Gleißner 99

All-in-Vereinbarungen Florian G. Burger 105

Ausgewähltes Judikatur-Update Franz Schrank 113

Hintergründe der Arbeitszeitregulierung
Martin Risak 127

Spielräume bei der Vertragsgestaltung
Elisabeth Kohlbacher 136

All-in-Vereinbarungen

Es klingt doch so einfach: ein Gesamtentgelt für alle Arbeitsleistungen, nicht mehr und nicht weniger, damit AG und AN wissen, woran sie sind. Aber es ist nicht so einfach wie gedacht, wenn ein Mindestentgelt garantiert ist, vor allem, wenn nicht klar ist, wie hoch dieses Mindestentgelt überhaupt ist.

Von **Florian G. Burger**

Inhaltsübersicht:

- A. Grundlegung
- B. Vereinbarung
- C. Zulässigkeit
 1. Was umfasst das All-in-Entgelt?
 2. Wie hoch ist das Mindestentgelt?
 - a) Direkte Bestimmungsmethode
 - b) Indirekte Bestimmungsmethode
 - c) Versagen beider Bestimmungsmethoden
 - d) Berechnung des Mindestentgelts
 3. Wie wird beides verglichen?
 4. Was sind die Folgen?
- D. Schluss



ZAS 2015/19

§ 6 Abs 1 AngG;
§ 1152 ABGB;
§ 10 AZG

Pauschalentgelt;
Überstunden-
pauschale;
Vergleichs-
rechnung;
Deckungs-
prüfung;
Mindestentgelt

A. Grundlegung

Pauschalentgelte sind vielfach beliebt, sei es als All-inclusive-Urlaubsangebote, als Flatrate-Partys oder -Telefontarife, als Interrailticket oder Österreichcard der ÖBB, als Pauschalabgaben wie Mautvignette oder Rundfunkgebühr, weil sie eine unbeschränkte Leistungsnutzung zum Fixtarif versprechen.

Auch in der Arbeitswelt hält die Pauschalitarifizierung in Form von Überstundenpauschalen oder All-inclusive-Vereinbarungen immer mehr Einzug, denn sie sollen dem AG Kostensicherheit auch dann geben, wenn sich der Arbeitsbedarf vorübergehend erhöht. Die Gefahr, für bloß behauptete Arbeitseinsätze entgeltspflichtig zu werden, ist damit bei jenen AN gebannt, die der Arbeitszeitkontrolle durch den AG weitgehend entzogen sind, weil sie etwa an einem Arbeitsort eingesetzt werden, zu dem der AG nicht mehr folgen kann, oder weil die AN faktisch eine Vertrauensarbeitszeit genießen. Wenig überraschend sind daher pauschale Entgeltvereinbarungen bei leitenden Angestellten oder bei Reisenden schon seit langem anzutreffen. Aber mittlerweile werden sie schon Angestellten mit einfachen Tätigkeiten angeboten.¹⁾ AG können so auch auf eine gesteigerte Arbeitsbereitschaft der AN hoffen, die regelmäßig über die Normalarbeitszeitgrenzen hinausreicht, weil dem AN das Gefühl vermittelt wird, ohnehin für den gesamten Arbeitsbedarf bezahlt zu werden. Und für berechnete Nachforderungen fehlen dem AN oftmals Wissen²⁾ und Mut³⁾ und der AG kann sich „in aller Regel auch sicher sein, daß er mit keiner Nachforderung, Nachberechnung konfrontiert sein wird“.⁴⁾

Während die Überstundenpauschale das Entgelt samt Zuschlag für etwaige Überstunden abdecken soll, wird bei einer All-in-Vereinbarung dem AN ein Gesamtentgelt versprochen, mit dem weitere Mehrleistungen abgegolten sind. Wenn dieses Gesamtentgelt in ein Grundentgelt und eine Mehrleistungspauschale aufgeteilt wird, handelt es sich um eine sog „unechte All-in-Vereinbarung“, die der Überstundenpauschale ähnlich ist.⁵⁾ Wird das Gesamtentgelt aber von den Arbeitsvertragspartnern nicht weiter in seine Bestandteile zerlegt, so wird von einer „echten All-in-Vereinbarung“ gesprochen. Zwar sieht § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG vor, dass im Dienstzettel auch das Grundentgelt angeführt sein muss, doch dies lässt echte All-in-Vereinbarungen nicht unzulässig werden, denn der Dienstzettel ist keine Willenserklärung; er ist nicht die Vereinbarung selbst, sodass eine Missachtung der Ausstellungspflicht keine weitere Sanktion, etwa in Form der Unzulässigkeit der echten All-in-Vereinbarung, nach sich zieht. Aber: Wie in der Folge noch gezeigt wird, ist auch bei der echten All-in-Vereinbarung immer ein Grundentgelt vereinbart.

B. Vereinbarung

Für eine All-in-Vereinbarung wesensnotwendig ist, dass zwischen den Arbeitsvertragspartnern ein Pauschalentgelt vereinbart worden ist. Denn bei Fehlen einer Pauschalentgeltvereinbarung zwischen AG und AN ist davon auszugehen, dass mit dem vereinbarten Monatslohn nur der in der Normalarbeitszeit erbrachte Teil der Arbeitsleistung abgegolten wird. Die Vereinbarung kann ausdrücklich oder schlüssig⁶⁾ erfol-

gen; sie kann sich auch aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben.⁷⁾ Allein die Tatsache einer **überkollv Entgeltvereinbarung** ist für die Annahme eines Pauschalentgelts **nicht ausreichend**,⁸⁾ da der Umstand, dass in einem KollV ein Mindestentgelt festgelegt ist, nicht dazu führt, dass der dieses Mindestentgelt übersteigende Teil der Entlohnung (Überzahlung) ohne Vereinbarung als pauschale Abgeltung der Mehrleistungen zu beurteilen ist.⁹⁾ Die Bezeichnung des vereinbarten Bezugs als „fixes Gehalt“ lässt ebenso wenig den Schluss auf eine All-in-Vereinbarung zu, weil nach der Übung des redlichen Verkehrs dies nicht so zu verstehen ist, dass damit die Geltendmachung des Arbeitsentgelts für quantitative Mehrleistungen ausgeschlossen wäre.¹⁰⁾ Eine konkrete Bezeichnung als „All-in-Klausel“ ist aber nicht erforderlich, sofern nur dem AN bei Vertragsabschluss erkennbar ist, dass mit dem gewährten Entgelt sämtliche Mehrleistungen abgegolten sein sollen,¹¹⁾ so etwa bei einem „Pauschalfixhonorar“.¹²⁾

Eine All-in-Klausel kann nach Maßgabe des § 864 a ABGB auch gültig im Rahmen eines vom AG vorgefassten **Vertragsformblatts** vereinbart werden. Die gültige Vereinbarung setzt hier voraus, dass entweder eine All-in-Klausel nicht ungewöhnlich ist oder der AG besonders auf das All-in-Entgelt und seine Wirkungsweise hingewiesen hat. Die Ungewöhnlichkeit ist objektiv und entsprechend der Verkehrsüblichkeit beim betreffenden Geschäftstyp zu verstehen.¹³⁾ Mit der Anknüpfung an der Verkehrsüblichkeit unterliegt die Beurteilung daher einem zeitlichen Wandel, sodass eine All-in-Klausel immer gewöhnlicher wird, je weiter sie die klassische Zeitlohnvereinbarung in der Arbeitswelt ersetzt. Im Arbeitsverhältnis mit Angestellten im höheren oder mittleren Management wird man eine All-in-Klausel nicht mehr als ungewöhnlich betrachten können, bei minderqualifizierten Arbeitern ohne eigenen Verantwortungsbereich hingegen schon.¹⁴⁾

1) Vgl *Kolm*, Wesen und Erscheinungsformen von All-in-Vereinbarungen, in *Resch* (Hrsg.), All-in-Vereinbarungen – Erscheinungsformen und rechtliche Rahmenbedingungen (2010) 15 (30 ff).

2) Vgl *Krapf/Balla*, Die verweigerten Überstunden, *öRdA* 2002, 161 (169): „Eine All-In-Vereinbarung erweckt vielfach beim rechtsunkundigen AN den Eindruck, es könne tatsächlich die Überstundenleistung fix pauschaliert werden.“

3) *Körber-Risak*, All in? jus-alumni Magazin 2014 H 1, 9: „was während aufrechten Arbeitsverhältnissen selten bis nie passiert“.

4) *Schneller*, Zur Zulässigkeit von Inklusivvereinbarungen („All-in-Klauseln“), in *FS Cerny* (2001) 331 (348).

5) *Wolf*, Überstundenpauschale und All-In-Klausel, *ZAS* 2003/17, 93 (94).

6) OLG Wien 9 Ra 359/01 g ARD 5385/4/2003 = *ZAS-Judikatur* 2003/10, 35.

7) Vgl OGH 4 Ob 27/83 Arb 10.241 = *öRdA* 1985/16, 294 (*Binder*) = *ZAS* 1984/14, 103 (*Holzer*).

8) Vgl zur Überstundenpauschale OGH 9 ObA 251/91 ARD 4398/11/92. Ebenso *Felten* in *Grillberger* (Hrsg.), *AZG*³ (2011) § 10 Rz 28; *Mayer-Maly* in *Mayer-Maly/Marhold*, Österreichisches Arbeitsrecht I (1987) 103.

9) *VwGH* 2001/08/0225 SVSlg 47.977 = ARD 5322/18/2002.

10) OGH 9 ObA 218/90 ARD 4223/15/90.

11) Vgl OGH 9 ObA 161/01 v *ecolex* 2002/21, 36 (*Mazal*) = *infas* 2002 A 6 = *ZAS* 2003/12, 66; 29. 8. 1990, 9 ObA 218/90; *Felten*, *AZG*³ § 10 Rz 27.

12) OLG Wien 9 Ra 68/00m ARD 5190/5/2001, für den OGH 9 ObA 237/00v ARD 5215/43/2001 eine vertretbare Auslegung im Einzelfall.

13) *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ (2014) § 864 a Rz 35.

14) Ebenso *Schneller* in *FS Cerny* 350.

C. Zulässigkeit

Es besteht zwar keine arbeitsrechtliche Gesetzesvorschrift, die speziell auf All-in-Vereinbarungen eingeht, doch sind freilich die gesetzten Einschränkungen der Privatautonomie in Form (relativ) zwingenden Rechts zu beachten. So ist bspw der AG von der Pflicht zur Arbeitszeitaufzeichnung, wie sie § 26 AZG und § 25 ARG postulieren, allein wegen einer Pauschalentgeltvereinbarung nicht befreit.¹⁵⁾ Im Zentrum der Zulässigkeitsprüfung steht aber das durch ius cogens gesicherte Mindestentgelt des AN, welches das All-in-Entgelt keinesfalls unterschreiten darf. Der Prüfungsweg ist als eine Art **Vergleichsrechnung** vorgezeichnet: Es ist zuerst festzustellen, worauf der AN aus Gesetz und kollektiven Rechtsquellen einen Rechtsanspruch besitzt, um sodann im zweiten Schritt messen zu können, ob die All-in-Vereinbarung diesem Anspruch gerecht wird. Das Ergebnis dieses Vergleichs entscheidet über die rechtliche Zulässigkeit der All-in-Vereinbarung.

1. Was umfasst das All-in-Entgelt?

Um diese Vergleichsrechnung durchführen zu können, muss zuerst Klarheit bestehen, welche Entgeltbestandteile das All-in-Entgelt denn umfasst. Auch wenn das Pauschalentgelt als „all-in“ bezeichnet wird, heißt das nicht unbedingt, dass wirklich alle Arbeitsentgelte damit erfasst sind. Maßgebend dafür sind freilich die **individuelle Vereinbarung und deren Auslegung**, bei der auch die Höhe des All-in-Entgelts Hinweise liefern kann.

Ohne **ausdrückliche Erwähnung** erfasst ein All-in-Entgelt – der Übung des redlichen Verkehrs entsprechend – alle laufenden Bezüge, die bei **Arbeitsleistung im zulässigen Ausmaß** anfallen. Dazu gehören nicht nur das **Grundentgelt für die Normalarbeitszeit**, sondern auch

- das Grundentgelt für Mehrarbeits- und Überstunden, für Arbeiten an Feiertagen und am Wochenende usw,
- Zuschläge für Mehrarbeits- und Überstunden, Feiertagsarbeit, Nacharbeit usw,
- Entgelt für Reisezeiten, Ruf- und Arbeitsbereitschaften,
- Zulagen für Schwer- und Schmutzarbeiten usw.

Bezüglich der kollv gewährleisteten **Sonderzahlungen** und anderer nicht laufend bezahlter Zuwendungen liefert der vereinbarte Bezugszeitraum einen Hinweis auf den gemeinsamen Parteiwillen: Ein monatlich genanntes Pauschalentgelt wird ohne Sonderzahlungen zu verstehen sein, während bei einem vereinbarten All-in-Jahresgehalt oder All-in-Entgelt für die gesamte Laufzeit eines befristeten Arbeitsverhältnisses davon ausgegangen werden kann, dass Sonderzahlungen enthalten sind.¹⁶⁾

Zur Erbringung von Arbeitsstunden, die **über die öffentlich-rechtlichen Höchstgrenzen der Arbeitszeit** geleistet werden sollen, kann zwar keine Pflicht bestehen, doch gebührt für unzulässigerweise zu viel geleistete Überstunden ebenso Grundentgelt samt Überstundenzuschlag. Eine All-in-Vereinbarung kann auch diese Überstunden wirksam einbeziehen,¹⁷⁾ es bedarf dazu aber eines entsprechend ausgedrückten Parteiwillens,¹⁸⁾ der im Zweifel nicht anzunehmen ist.¹⁹⁾ Bei Formulierungen im Vertrag wie „*alle wie immer gearteten*“ oder „*jedwede*

Mehr-, Über- und Reisestunden“ sind damit auch arbeitszeitrechtlich untersagte Überstunden in das All-in-Entgelt einzurechnen.²⁰⁾ Auch kann ausdrücklich eine über der zulässigen Höchstzahl liegende Zahl an Überstunden pro Monat genannt werden, um die entgeltrechtliche Einbeziehung unzulässiger Überstunden zu erreichen.²¹⁾ Dies bedeutet aber nicht, dass der AN auch zur tatsächlichen Arbeitsleistung dieser unzulässigen Überstunden verpflichtet ist, denn zu einem gesetzwidrigen Verhalten kann niemand angewiesen werden.²²⁾

Selbst **Aufwandsentschädigungen**, die an sich nicht Entgelt sind, können durch ausdrückliche Vereinbarung Bestandteil des All-in-Entgelts werden;²³⁾ der vertraglich verwendete Begriff „All-in-Entgelt“ ist dann mittels Vertragsauslegung als „All-in-Geldleistung“ zu verstehen.

Dem All-in-Entgelt verschlossen ist – auch bei ausdrücklicher Vereinbarung – jedenfalls die **Urlaubersatzleistung**.²⁴⁾ Würde diese bspw bei einem befristeten Arbeitsverhältnis in das Pauschalentgelt inkludiert werden, wäre der AG finanziell gut beraten, keiner Urlaubsvereinbarung zuzustimmen. Im Ergebnis wäre damit der Urlaub durch das laufende Entgelt mitabgegolten; dem steht aber das zwingende Ablöseverbot des § 7 UrlG entgegen.

2. Wie hoch ist das Mindestentgelt?

Jene Entgeltbestandteile, die vereinbarungsgemäß das All-in-Entgelt abdeckt, werden mit den Mindestansprüchen des AN verglichen, welche ihm gesetzlich oder

15) ZB Felten, Leistungs- und erfolgsbezogenes Entgelt als Alternative zum Zeitlohn (2010) 34; Mosler, Anm zu OGH 9 ObA 36/87, öRdA 1990/5, 55 (58); Wachter, Zur pauschalen Abgeltung von Überstunden, in Wachter/Burger (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2008 (2008) 129 (144).

16) Vgl OGH 9 ObA 158/93 ARD 4489/40/93 = wbl 1993, 121; OLG Wien 9 Ra 68/00m ARD 5190/5/2001 iVm OGH 9 ObA 237/00v ARD 5215/43/2001.

17) OGH 9 ObA 65/95 Arb 11.400 = infas 1995 A 130 = RdW 1996, 218; Wachter in Wachter/Burger 149f; Wolf in Mazal/Risak (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar XI (21. Lfg 2013) Rz 124, 127; aA Gahleitner, Möglichkeiten der Arbeitszeitregelung, öRdA 2006, 335, 447 (453).

18) Ebenso Heilegger, Zur rechtlichen Zulässigkeit und Interpretation von All-In-Vereinbarungen, öRdA 2012, 17 (21).

19) Nach Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (35. Lfg) 252/IX, und ders, Arbeitszeitgesetze Kommentar² (2012) § 10 AZG Rz 26, sind unzulässige Überstunden grds miterfasst und er lässt dann eine gesonderte Vergütungspflicht entstehen, wenn die getroffene Pauschalvereinbarung auf die zulässigen Überstunden einschränkt; richtigerweise verweist auch er darauf, dass es letztlich eine Auslegungsfrage ist.

20) So Schrank, ASR 252/IX; ders, Arbeitszeitgesetze² § 10 AZG Rz 26.

21) Vgl etwa OGH 9 ObA 36/87 Arb 10.638 = öRdA 1990/5, 55 (Mosler) = infas 1988 A 10, wo eine Überstundenpauschale für 70 Überstunden pro Monat vereinbart wurde.

22) Insofern richtig Gahleitner, öRdA 2006, 453, die aber vereinbartes Ausmaß der Arbeitszeit und Entlohnung der Arbeitszeit vermengt.

23) Ebenso Heilegger, öRdA 2012, 19.

24) OGH 8 ObA 32/13h Arb 13.109 = öRdA 2014/16, 221 (zust F. G. Burger) = ecolex 2013/369, 902 = infas 2014 A 7 = RdW 2013/509, 511; 8 ObA 50/13f öRdA 2014/34, 346 (Risak) = infas 2014 A 31 = ZAS 2014/51, 316 (Ogriseg) = ZAS-Judikatur 2014/21, 72; Braun, Einbeziehung der Urlaubersatzleistung in eine All-in-Vereinbarung verstößt gegen das Ablöseverbot des § 7 UrlG, ASoK 2013, 390; F. G. Burger, Arbeitsrechtliche Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen, in Resch (Hrsg), All-in-Vereinbarungen (2010) 39 (48); ders, All-in-Vereinbarungen, in Wachter/Burger (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2011 (2011) 3 (10); Köck, Urlaubersatzleistung bei fallweiser Beschäftigung, PVInfo 2013 H 10, 25; anders noch zur Urlaubsabfindung OGH 9 ObA 158/93 ARD 4489/40/93 = wbl 1993, 121.

durch kollektive Rechtsquellen garantiert sind. Für AN, die keinem KollV unterliegen und auch gesetzlich kein Anrecht auf ein Mindestentgelt besitzen, ist die vereinbarte Pauschalentlohnung jedenfalls zulässig, solange sich kein Hungerlohn ergibt, der nach § 879 Abs 2 Z 4 ABGB nichtig ist. Eine solche Gruppe, mit denen „unproblematisch“²⁵⁾ All-in-Entgelte vereinbart werden können, sind **leitende Angestellte**, denen maßgebliche Führungsaufgaben selbstverantwortlich übertragen und die daher gem § 1 Abs 2 Z 8 AZG vom Anwendungsbereich des AZG ausgenommen sind.²⁶⁾ Zu beachten bleibt aber ein KollV, von dessen Anwendungsbereich keine²⁷⁾ oder nur einige²⁸⁾ leitende Angestellte ausgenommen sind, weil sie über diese Hintertür doch einen Überstundenzuschlag garantiert bekommen können.²⁹⁾

Soweit diese Mindestansprüche durch absolute Werte festgelegt sind, wie etwa der kollV Mindestgehalt, eröffnen sich keine speziellen Probleme. Anders ist dies aber für solche gesetzlich oder kollV garantierten Entgeltbestandteile, die relativ von einer anderen Messgröße abhängen, die ihrerseits noch ermittelt werden muss. Im Zentrum der Betrachtung stehen – gleich wie bei den Überstundenpauschalen – der **Überstundenzuschlag** gem § 10 Abs 1 Z 1 AZG und der **Mehrarbeitsstundenzuschlag** gem § 19 d Abs 3 a AZG in Form eines prozentuellen Werts auf Basis des auf die einzelne Arbeitsstunde entfallenden Normallohns, also des Grundentgelts.³⁰⁾ Und hier liegt das Kernproblem, denn die echte All-in-Vereinbarung erwähnt gerade nicht dieses Grundentgelt, sondern beziffert nur das Gesamtentgelt. Bedeutet dies, dass überhaupt kein Grundentgelt vereinbart wurde, mit der Folge, dass das Ausmaß des Überstundenzuschlags nicht feststellbar und die notwendige Vergleichsrechnung nicht durchführbar ist, was wiederum zur Unzulässigkeit der All-in-Vereinbarung führt? Im Grunde handelt es sich um dasselbe Problem, das sich immer dann stellt, wenn im Arbeitsvertrag das Entgelt nicht explizit ausgewiesen wurde. Und dieses Problem ist nicht durch Nichtigkeit der Vereinbarung zu lösen, sondern vielmehr durch **Vertragsinterpretation nach §§ 914 f ABGB** oder – wenn auch durch Vertragsinterpretation die Höhe des Entgelts nicht ermittelt werden kann – durch **Fiktion des § 6 Abs 1 AngG bzw § 1152 ABGB**, die auch für jene Fälle hilfswise herangezogen werden, in denen der Vertrag das Entgelt nur unvollständig bestimmt.³¹⁾ Damit sind nicht nur Arbeitsverträge ohne jegliche Entgeltvereinbarung – und sei es nur die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit – denkunmöglich, sondern auch All-in-Vereinbarungen ohne jegliche Grundentgeltregelung. Deshalb sind auch echte All-in-Vereinbarungen, die ein Pauschalentgelt ohne nähere Angaben vorsehen, wirksam.³²⁾

Doch wie ist dieses Grundentgelt zu ermitteln? Auch bei der (echten) All-in-Vereinbarung ist zuerst die Absicht der Parteien zu erforschen.³³⁾ Dafür stehen zwei Methoden zur Verfügung: Zum einen kann geprüft werden, ob die Pauschalvereinbarung vielleicht direkt die Höhe des Grundentgelts anspricht, zum anderen könnte man sich möglicherweise indirekt über eine Differenzrechnung des Gesamtentgelts abzüglich der Entgelthöhe, die für die Mehrleistungen gebühren soll, an das Grundentgelt herantasten.

a) Direkte Bestimmungsmethode

Bei einer unechten All-in-Vereinbarung ist der Parteiwille über die Höhe des Grundentgelts leicht feststellbar, bei einer echten ist hingegen lediglich eindeutig, dass das vereinbarte Gesamtentgelt nicht gleichzeitig das Grundentgelt sein soll, weil dies die Pauschalierung zwecklos werden lässt.³⁴⁾ Zwar kann als Ausdruck des Parteiwillens die im Arbeitsvertrag erfolgte **Einstufung in das generelle Entgeltschema eines KollV** herangezogen werden, doch bedeutet die Erwähnung einer bestimmten Beschäftigungsgruppe und des Verwendungsgruppenjahrs nicht automatisch und in jedem Fall, dass die Vertragsparteien das daraus resultierende kollV Mindestentgelt tatsächlich als Grundentgelt vereinbaren wollten.³⁵⁾ Vielmehr sind noch weitere Umstände zu berücksichtigen, wie etwa der mögliche Gesichtspunkt, dass die kollV Einstufung nur deshalb Eingang in den schriftlichen Arbeitsvertrag gefunden hat, um der Verpflichtung zur Aushändigung des Dienstzettels zu entgehen, der die Einstufung gem § 2 Abs 2 Z 7 AVRAG vorschreibt, oder die Erwartungshaltung des AN auf ein überkollV Entgelt,³⁶⁾ die während der Verhandlungsphase zum Ausdruck kam. Andersherum können als Indiz aber auch der Dienstzettel, in dem ebenso das vereinbarte Grundentgelt ausgewiesen sein muss, oder die vom AG ausgestellten Gehaltsabrechnungen herangezogen werden, wenn die Abrechnungen aus einkommensteuerlichen Gründen zwischen Grundentgelt und anderen Entgeltbestandteilen differenzieren. Weil aber beides nur Folge der Vereinbarung ist und der AN aus Furcht vor nachteiliger Behandlung mitunter auch fehlerhafte Dienstzettel oder Abrechnungen widerspruchslos hinnimmt, dürfen diese Indizien nicht überinterpretiert werden.

25) Wolf, ZAS 2003/17, 94; ders in Mazal/Risak XI Rz 128.

26) OGH 9 ObA 268/92 öRdA 1993/50, 463 (Grillberger) = wbl 1993, 121; VwGH 2001/08/0225 ÖJZ 2003/45, 356. Vgl auch Heilegger, öRdA 2012, 20; Stärker, All-in-Vereinbarungen im Arbeitsrecht, ASoK 2003, 402 (403).

27) So sieht etwa Art IX lit B Z 3 KollV für Angestellte und Lehrlinge in Handelsbetrieben, der auch für leitende Angestellte gilt, einen Überstundenzuschlag von 50% vor.

28) ZB gebührt nach § 5 Abs 3 KollV für Angestellte der Industrie für Überstunden ein Zuschlag von 50% bzw 100%. Von diesem KollV sind jedoch als leitende Angestellte nur nicht arbeiterkammerumlagepflichtige Vorstandsmitglieder, Direktoren und GmbH-Geschäftsführer ausgenommen.

29) So etwa in OGH 9 ObA 26/96 ARD 4771/16/96 = infas 1996, 221 A 134 = RdW 1997, 557.

30) Für Mayer-Maly in Mayer-Maly/Marhold 103 sei der Anspruch auf Überstundenvergütung nicht zwingend, weil das AZG keine Unabhängigkeitsklausel wie zB § 40 AngG kenne. Daher sei der Überstundenzuschlag erst pauschalierbar. Richtigerweise ergibt sich aber die Pauschalierbarkeit des Zuschlags über seine Rechtsnatur als relativ zwingende Norm.

31) *Rebhahn* in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKomm zum Arbeitsrecht² (2011) § 1152 ABGB Rz 66.

32) AA Felten, AZG³ § 10 Rz 34; Kietaibl, Geltungskontrolle und Transparenzgebot im Arbeitsvertragsrecht, öRdA 2006, 12 (21).

33) Nachdrücklich auf den Parteiwillen hinweisend Klein in Heilegger/Klein/Schwarz, Arbeitszeitgesetz³ (2011) 271 ff.

34) Ebenso Klein in Heilegger/Klein/Schwarz 273.

35) So aber OLG Wien 7 Ra 240/99m ARD 5088/48/2000, dessen Auslegung nach OGH 8 ObA 18/00f ARD 5185/37/2001 „keineswegs unvertretbar“ war. Ebenso Rauch, All-in-Vereinbarungen und Mehrarbeitszuschlag, ASoK 2008, 206 (207), und noch F. G. Burger in Resch 51. Vgl Felten, AZG³ § 10 Rz 34.

36) So zutreffend Heilegger, öRdA 2012, 21; Klein in Heilegger/Klein/Schwarz, Arbeitszeitgesetz³ (2011) 272.

Die Rsp nimmt wiederholt auf das kollv Mindestentgelt Bezug³⁷⁾ und unterstellt den Vertragsparteien rasch, dieses als Grundentgelt auch vereinbart zu haben.³⁸⁾ Soweit dies tatsächlich Ergebnis einer Vertragsinterpretation ist, wird dabei der rechtsdogmatische Boden nicht verlassen. Im Verfahren wird daher Wert darauf zu legen sein, ob diese Interpretation wirklich mit allen den Vertragsabschluss begleitenden Umständen übereinstimmt.

b) Indirekte Bestimmungsmethode

Eine zweite Ermittlungsart ist die Rückrechnung vom bekannten All-in-Entgelt auf das vereinbarte Grundentgelt über die **zu erwartenden Mehrarbeitsleistungen**: Die Vertragspartner hatten bei Vertragsschluss ein bestimmtes Ausmaß der Mehrarbeit im Sinn, das pauschal abgegolten werden soll; zT verlangen einzelne KollV die Rücksichtnahme auf die durchschnittlich geleisteten Stunden.³⁹⁾ Doch im Wesentlichen kehren hier die gleichen Schwierigkeiten wieder, weil das Ausmaß dieser Mehrleistungen ebenfalls durch Vertragsauslegung zu ermitteln ist und selten deutlich genannt wird. So könnte aus der Vereinbarung, dass das All-in-Entgelt sämtliche Mehrleistungen abdeckt, geschlossen werden, dass der AN sich auch zur Arbeitsleistung im höchstzulässigen Ausmaß verpflichtet hat. Über dieses höchstzulässige Ausmaß hinausreichende zu erwartende Stunden sind hier nicht zu berücksichtigen,⁴⁰⁾ weil ein diesbezügliches Versprechen des AN unzulässig und gem § 879 Abs 1 ABGB nichtig ist. Das vereinbarte Ausmaß der Arbeitsleistung ist mit der **Höchstzahl zulässiger Überstunden** nach § 7 AZG erreicht, weil idR im langfristigen Durchschnitt die Höchstgrenzen der Arbeitszeit nach § 9 AZG über der zulässigen Zahl an Überstunden liegen. Im einfachsten Fall sind durchschnittlich 26,65 Überstunden pro Monat erlaubt,⁴¹⁾ was einem Grundentgelt von 81,23% des Pauschalentgelts entspricht.⁴²⁾ Sollte aber der KollV für bestimmte Überstunden statt des gesetzlich geforderten 50%-Zuschlags einen höheren Zuschlag garantieren, so ist auch der höhere Zuschlag zu berücksichtigen, was wiederum eine Vorabeeschätzung der Verteilung der zu erwartenden Überstunden verlangt. Und sollte das Pauschalentgelt nicht nur Überstundenentgelte, sondern noch weitere Entgeltbestandteile enthalten, so sind auch diese einzubeziehen. Je mehr Zusatzentgelte zu berücksichtigen sind, desto niedriger wird das Grundentgelt. Diese Vielfalt und die Schwierigkeit, welche die Ex-ante-Beurteilung des Umfangs der vereinbarten Arbeitsleistung als Zukunftsprognose mit sich bringt, führen daher sehr rasch zu einer fragilen Handhabung der indirekten Bestimmungsmethode. Wenn bereits beim einfacheren Fall der Überstundenpauschale diese Bestimmung „durch verschiedene Variablen im AZG nahezu *verunmöglich*“⁴³⁾ werden kann, so gilt dies umso mehr für das All-in-Entgelt.⁴⁴⁾

c) Versagen beider Bestimmungsmethoden

Kann weder direkt noch indirekt aus der All-in-Vereinbarung auf ein vereinbartes Grundentgelt geschlossen werden, vermag also die Vertragsinterpretation den gemeinsamen Parteiwillen über ein Grundentgelt nicht zu entschleiern, so liegt schlichtweg keine Vereinbarung vor. Doch auf eine ergänzende Vertragsaus-

legung muss nicht zurückgegriffen werden,⁴⁵⁾ weil – wie oben erwähnt – der Gesetzgeber selbst dieses Vereinbarungsvakuum mit einer Fiktion auffüllt.⁴⁶⁾

Für Angestellte bestimmt § 6 Abs 1 AngG, dass das Gehalt durch den für die betreffende Art der Unternehmung bestehenden **Ortsgebrauch** bestimmt wird; in Ermangelung eines solchen ist ein angemessenes Entgelt zu leisten. Letzteres gilt auch für Arbeiter gem § 1152 ABGB. Dieser Ortsgebrauch ist „*der Gebrauch, welcher sich für die Unternehmungen der Art, wie sie der Arbeitgeber betreibt, am Betriebsort des Unternehmens gebildet hat*“.⁴⁷⁾ Er stellt daher ein durchschnittliches Grundentgelt dar, das in der Branche für die vereinbarte Arbeitsleistung am Beschäftigungsort üblicherweise bezahlt wird. Dieser Durchschnitt kann ohne weiteres auch über dem kollv Mindestentgelt liegen. Die Ortsüblichkeit ist eine Tatsachenfrage und entsprechend mit statistischen Methoden, etwa mit den von der Wirtschaftskammer geführten **Statistiken**,⁴⁸⁾ hilfsweise auch mittels Sachverständiger zu eruieren.⁴⁹⁾

Anders stellt sich das **angemessene** Grundentgelt dar, wenngleich die praktische Relevanz angesichts des vorrangigen Ortsgebrauchs bei Angestellten geringer ist. Die Angemessenheit hängt gerade nicht vom Durchschnitt ab, kennt doch § 6 Abs 1 AngG sprachlogisch zwingend eine Unterscheidung zwischen Ortsgebrauch und Angemessenheit. Als Maßstab für die Angemessenheit gilt mE die wirtschaftliche Bewertung der geschuldeten Arbeitsleistung, die nach allgemeiner Auffassung unter sozialen Aspekten zu erfolgen hat. Dieselbe Bewertung treffen auch die Sozialpartner im Rahmen der Verhandlungen über ein kollv Mindestentgelt. Während die Preisermittlung auf einem freien Arbeitsmarkt auf Grund der persönlichen und idR vorhandenen wirtschaftlichen Abhängigkeit des AN nicht funktioniert, vertraut der Gesetzgeber auf eine sachgerechte Preisermittlung durch den KollV und weist diesem Normwirkung zu. Weil aufgrund der faktischen Parität der KollV-Partner die Vereinbarung unangemessen niedriger Arbeitsentgelte für

37) ZB OGH 9 ObA 160/11 m ARD 6253/4/2012 = N@HZ 2013/123, 25; 8 ObA 11/06k Arb 12.607 = ARD 5722/9/2006; 9 ObA 161/01 v ecolex 2002/21, 36 (*Maza*) = infas 2002 A 6 = ZAS 2003/12, 66; 9 ObA 9/01 s Arb 12.099.

38) Dies kritisiert *Heilegger*, öRdA 2012, 21.

39) ZB Abschnitt 7 Abs 10 KollV AngEEI; § 5 Abs 8 KollV für Angestellte im Handwerk und Gewerbe, in der Dienstleistung, in Information und Consulting; § 5 Abs 8 KollV für Angestellte des Metallgewerbes.

40) Ebenso auf die gesetzlich oder kollv erlaubten Überstunden abstellend *Wachter* in *Wachter/Burger* 139f, jedoch unter der Bedingung, dass „*es nicht gute Gründe für eine andere Interpretation gibt*“.

41) Dies ergibt sich aus folgender Berechnung: (5 Überstunden pro Woche x 52 Wochen pro Jahr + 60 Überstunden pro Jahr) / 12 Monate pro Jahr; vgl OGH 9 ObA 65/95 Arb 11.400 = ARD 4680/26/95 = infas 1995 A 130 = RdW 1996, 218; *Heilegger*, öRdA 2012, 21.

42) Dies errechnet sich folgendermaßen: 173 Normalstunden pro Monat (dh 40 x 4,33) / (173 + [26,65 Überstunden pro Monat x 1,5]).

43) *Schneller* in FS Cerny 345.

44) Ein detailliertes Berechnungsbeispiel findet sich bei *F. G. Burger* in *Wachter/Burger* 18ff.

45) So aber *Felten*, AZG³ § 10 Rz 34.

46) So sieht auch *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1152 Rz 8 und *ders* in *ZellKomm*² (2011) § 1152 ABGB Rz 45 keinen Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung vor § 1152 ABGB.

47) *Löschnigg* in *Löschnigg* (Hrsg), AngG¹⁹ (2012) § 6 Rz 185.

48) Ebenso *Klein* in *Heilegger/Klein/Schwarz* 273; *Heilegger*, öRdA 2012, 22.

49) So *Löschnigg*, AngG⁸ § 6 Rz 185.

abstrakt umrissene Gruppen von Arbeitsleistungen nicht zu erwarten ist, kann das kollV Mindestentgelt für die Bewertung eines angemessenen Entgelts herangezogen werden.⁵⁰⁾ Darauf deutet auch § 9 Abs 2 AlVG hin, wonach als angemessene Entlohnung grds eine zumindest den jeweils anzuwendenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung entsprechende Entlohnung gilt.⁵¹⁾ Fehlt eine kollektive Rechtsquelle, kann der für vergleichbare Arbeiten in Betracht kommende KollV genutzt werden.⁵²⁾ Auch wenn im Allgemeinen der KollV das angemessene Entgelt definiert,⁵³⁾ ist es denkbar, dass in einzelnen Fällen qualifizierter Tätigkeit, die nur von einer relativ kleinen Gruppe von kollV-angehörigen AN geleistet und im generalisierenden Entgeltschema des KollV nicht gebührend abgebildet wird, ein höheres Gehalt angemessen ist.⁵⁴⁾

Selbst für den Fall, dass Ortsgebrauch und Angemessenheit gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten festgestellt werden kann, kann das Gericht immer noch gem § 273 ZPO in gebundenem Ermessen nach freier Überzeugung entscheiden.

d) Berechnung des Mindestentgelts

Mit Hilfe des – durch Vertragsinterpretation oder subsidiär durch gesetzliche Fiktion – ermittelten Grundentgelts kann somit das garantierte Mindestentgelt berechnet werden. Während die Höhe des Grundentgelts Teil der Vereinbarung und daher notwendigerweise bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmbar ist, gebühren dem AN Mehrarbeits- und Überstundenzuschläge nur für seine tatsächliche Arbeitsleistung. Das Mindestentgelt ist daher **ex post auf Basis der konkreten Leistung** zu ermitteln.

De iure besteht keine Verschleierung⁵⁵⁾ der Arbeitsbedingungen und Täuschung des AN, weil das Grundentgelt in jedem Fall bestimmbar bleibt – zwar mit Schwierigkeiten, aber nicht gänzlich unmöglich, weshalb All-in-Vereinbarungen nicht von vornherein sittenwidrig sind. Dazu kommt, dass der Gesetzgeber selbst, wenngleich nicht direkt im Arbeitsrecht, sondern im Dienstrecht, insb für bestimmte Personen des höheren Diensts,⁵⁶⁾ bei Richtern⁵⁷⁾ und Staatsanwälten⁵⁸⁾ oder bei Universitätslehrern,⁵⁹⁾ Pauschalentlohnungen vorschreibt. Es kann aber dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden nichts widersprechen, was die Mehrheit eben dieses Personenkreises in vergleichbaren Fällen zum Gesetz erhoben hat.

3. Wie wird beides verglichen?

Im nächsten Schritt wird das ermittelte Mindestentgelt mit dem vereinbarten Pauschalentgelt verglichen. Weil dabei die einseitig zwingenden Normen der vertraglichen Vereinbarung zwecks Günstigkeitsvergleichs gegenübergestellt werden, erfolgt die Vergleichsrechnung nicht bloß rein mathematisch, sondern es sind im Rahmen eines Gruppenvergleichs „jene Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen“.⁶⁰⁾

Zu berücksichtigen sind daher nur jene Entgelte, die vereinbarungsgemäß **auch vom All-in-Entgelt erfasst** sind. Ist zB die Entlohnung für Überstunden, die über die öffentlich-rechtlich festgelegten Höchstgrenzen der

Arbeitszeit hinaus geleistet wurden, nicht von der Pauschalvereinbarung erfasst, sind diese Überstunden auch nicht in die Vergleichsrechnung einzubeziehen, sondern immer zusätzlich zu entlohnen, auch wenn sie Deckung im Pauschalentgelt fänden. Eine „Gewinnbeteiligung“ mit der Vereinbarung, dass mit den laufenden Bezügen auch alle durch geleistete Mehrarbeit entstandenen Ansprüche abgegolten seien, ist hingegen in die Vergleichsrechnung einzubeziehen.⁶¹⁾ Gleiches gilt – als Teil des All-in-Entgelts – für Sachbezüge,⁶²⁾ verdiente Provisionen⁶³⁾ oder Prämien und sonstige „Sonderzulagen“,⁶⁴⁾ wenn diese ebenfalls als Überzahlung vereinbart sind. Richtigerweise sind aber beim Gruppenvergleich Vereinbarungen, die mit dem Entgelt in keinem Zusammenhang stehen, nicht zu berücksichtigen: Eine (arbeitnehmerfreundliche) **Gleitzeitvereinbarung** – vielleicht sogar ohne jegliche Kernarbeitszeit – fließt daher in den Gruppenvergleich nicht mit ein, denn die „Gleitzeitregelung und der daraus resultierende jeweilige Ausgleich von Guthaben und Fehlzeiten betrifft nämlich zunächst die Verteilung der Arbeitszeit und nicht deren Abgeltung“.⁶⁵⁾

Bei der Vergleichsrechnung stellt sich weiters die Frage, ob das Entgelt für Mehrleistungen, welches das All-in-Entgelt in einem Monat übersteigt, mit einem überschüssigen All-in-Entgelt eines anderen Monats gegengerechnet werden kann. Grundsätzlich steht einem solchen **Beobachtungszeitraum** die Fälligkeit des Entgelts entgegen. Fälligkeitennormen stehen aber im rechtlichen und sachlichen Zusammenhang mit dem Entgelt, weshalb sie in den Gruppenvergleich einzubeziehen sind und eine solche Durchrechnung zulässig wird; der Nachteil des Zahlungsaufschubs wird mit dem Vorteil einer Pauschale, die auch bei Arbeitsleistung in geringerem Umfang zu zahlen ist, aufgewogen. Fraglich ist aber die **Dauer** dieser Beobachtungszeit, denn je länger sie angenommen wird, desto ungünstiger wirkt sich dies für den AN aus. Rsp und Lehre sehen bei der Überstundenpauschale einen **durchschnittlichen Beobachtungszeitraum von einem Jahr**

50) Vgl *Krejci in Rummel*, ABGB I³ (2000) § 1152 Rz 24.

51) *Gerhartl*, Arbeitslosenversicherungsgesetz (2008) § 9 Rz 27 ff; *Krapf/Keul*, Arbeitslosenversicherungsgesetz Praxiskommentar (10. Lfg) Rz 242; *Pfeil*, Arbeitslosenversicherungsrecht³ (14. Lfg) §§ 9–11 Erläut 3.3.

52) *Löschnigg*, AngG⁹ § 6 Rz 187.

53) In dieser Pauschalität nur für Arbeiter richtig; s *Stärker*, ASoK 2003, 402: „Wurde kein Grundlohn vereinbart, so kann als fiktiver Grundlohn jedenfalls der kollektivvertragliche Mindestlohn des jeweiligen Dienstnehmers herangezogen werden.“

54) Ähnlich *Lutz*, Leistungslohn und Arbeitszeit, in *dies* (Hrsg), Leistungslohnmodelle (2010) 44 (58), die kritisch ausführt, dass man eine Vereinbarung des kollV Mindestlohns zumindest für AN in Branchen mit üblicherweise hohen Überzahlungen über dem kollV Mindestentgelt nicht zweifelsfrei annehmen könne.

55) *Schneller* in FS Cerny 348 ff.

56) ZB § 30 Abs 4, § 31 Abs 4, § 34 Abs 5, § 65 Abs 6 GehG.

57) § 66 Abs 3 RStDG.

58) § 190 Abs 4 RStDG.

59) ZB § 49j Abs 6, § 49q Abs 6, § 49v Abs 3, § 54a Abs 1 und 3 VBG.

60) So § 3 Abs 2 ArbVG, auf den iZm der Vergleichsrechnung *Schrank*, Arbeitszeitgesetz² § 10 AZG Rz 24 explizit hinweist.

61) OGH 9 ObA 111/90 öRdA 1991, 55 = *ecolex* 1990, 568 = *infas* 1991 A 17.

62) ZB ein Dienstwagen: OGH 9 ObA 161/01 v *ecolex* 2002/21, 36 (*Mazal*) = *infas* 2002 A 6 = ZAS 2003/12, 66.

63) OGH 14 ObA 17/87 Arb 10.624.

64) *Schedle*, ARD 6401/5/2014.

65) VwGH 30. 1. 2002, 2001/08/0225.

als angemessen an.⁶⁶⁾ Zum Teil wird auf das Kalenderjahr,⁶⁷⁾ zum Teil auf das Arbeitsjahr⁶⁸⁾ abgestellt. Die Differenzierung zwischen Kalender- und Arbeitsjahr hat bei langjährigen Arbeitsverhältnissen keine Bedeutung, doch erzeugt das Kalenderjahr zu Beginn des Arbeitsverhältnisses ein Rumpfarbeitsjahr. Weil aber ein kürzerer Beobachtungszeitraum für den AN günstiger ist, steht dieses Rumpfarbeitsjahr der Heranziehung des Kalenderjahrs nicht entgegen.⁶⁹⁾

ME ist aber der Zeitraum von einem Jahr überdimensioniert: Im AZG etwa, wo verschiedene Arbeitszeitmodelle ebenfalls einen flexiblen Ausgleich ermöglichen, sind die zulässigen Durchrechnungszeiträume nach § 4 AZG meist⁷⁰⁾ erheblich kürzer. Auch im Bereich der Entgeltfortzahlung wird gem § 9 Abs 3 ARG, § 3 Abs 4 EFZG oder § 9 Abs 4 UrlG⁷¹⁾ ein kürzerer Betrachtungszeitraum von 13 Wochen herangezogen. Entgegen der Rsp ist mE ein Zeitraum von 13 Wochen angemessen und eine Ausdehnung nur dort angebracht, wo das Arbeitsausmaß längerfristig oszilliert, wie etwa in Saisonbetrieben. Die Vereinbarung eines **kürzeren Beobachtungszeitraums** ist in jedem Fall **zulässig**,⁷²⁾ die Vereinbarung eines längeren Zeitraums belastet hingegen den Günstigkeitsvergleich und führt zur Teilnichtigkeit.⁷³⁾

Am Ende des Beobachtungszeitraums hat der **AG von sich aus** die Vergleichsrechnung für sich selbst vorzunehmen, weil er sich zu vergewissern hat, in welcher Höhe er das Entgelt dem AN schuldet, und proaktiv eine allfällige Nachzahlung veranlassen muss.⁷⁴⁾ Er muss sich aber gegenüber dem AN nicht rechtfertigen.⁷⁵⁾

4. Was sind die Folgen?

Ergibt die Vergleichsrechnung, dass das All-in-Entgelt zur Gänze das garantierte Mindestentgelt erfasst, verstößt die All-in-Klausel gegen kein gesetzliches Verbot und ist daher gültig. Der AN ist daher auch **nicht verpflichtet, dem AG diesen Überhang zurückzuzahlen**.⁷⁶⁾ Anderes ist nur vorstellbar, wenn während des Beobachtungszeitraums Zeiten einer Dienstverhinderung liegen, die keine Entgeltfortzahlungspflicht des AG begründen, etwa ein langer Krankenstand über die Dauer des Fortzahlungsanspruchs hinaus, oder wenn der AN pflichtwidrig weniger Arbeit leistet.⁷⁷⁾

Die All-in-Vereinbarung ist schon dann zulässig, wenn das All-in-Entgelt in irgendeinem Ausmaß höher ist als das zustehende Mindestentgelt; um wie viel das Pauschalentgelt das Mindestentgelt übersteigt, ist dabei nicht von Relevanz. Daher ist die mühsame Ermittlung des konkret zustehenden Mindestentgelts dann nicht erforderlich, wenn aufgrund eines entsprechend **hohen All-in-Entgelts kein Zweifel** besteht, dass der AN stets das ihm garantierte Mindestentgelt für seine tatsächliche Arbeitsleistung erhält.⁷⁸⁾

Ergibt aber die Vergleichsrechnung, dass das All-in-Entgelt das garantierte Mindestentgelt unterschreitet, verstößt die All-in-Klausel gegen das Verschlechterungsverbot relativ zwingender Normen. Die Folge ist aber nicht die Rechtsunwirksamkeit der gesamten All-in-Vereinbarung,⁷⁹⁾ sondern lediglich eine (relative) **Teilnichtigkeit** bezüglich der **Höhe des Pauschalentgelts**.⁸⁰⁾ Der AN hat daher gegenüber dem AG einen **Anspruch auf Nachzahlung der Differenz**.

Ob ein solcher Nachzahlungsanspruch besteht, lässt sich erst am Ende des Beobachtungszeitraums feststellen. Daran knüpfen auch Fälligkeit und Beginn von **Verfallsfristen**.⁸¹⁾ Sollte bereits vor Ende des Beobachtungszeitraums absehbar sein, dass das Pauschalentgelt nicht ausreichend sein wird, so kann der AN die Teil-

66) RIS-Justiz RS0064874; OGH 8 ObA 73/05 a ARD 5655/10/2006; 9 ObA 161/01 v ecoclex 2002/21, 36 (*Mazal*) = infas 2002 A 6 = ZAS 2003/12, 66; 9 ObA 98/95 Arb 11.408 = infas 1995 A 136 = RdW 1996, 23; *Schrank*, Arbeitszeitgesetz² § 10 AZG Rz 30 („12 Monate“). Dieser einjährige Beobachtungszeitraum entspringt aus Pkt 7 des KollV für die Handelsangestellten Österreichs, wonach eine Überstundenpauschale „im Durchschnitt der Geltungsdauer den Arbeitnehmer nicht ungünstiger stellen“ darf, wobei nach OGH 9 ObA 206/87 öRdA 1988, 355 = infas 1988 A 86 dieser Begriff der Geltungsdauer „im allgemeinen an der Geltungsdauer des Kollektivvertrages zu orientieren [ist], die hier üblicherweise mit dem Kalenderjahr zusammenfällt und somit bestimmt und nicht übermäßig lang ist“.

67) OGH 8 ObA 1211/95 ARD 4745/21/96 = infas 1996 A 28; 9 ObA 1039/92 ARD 4489/44/93 = infas 1993 A 145; ihm folgend *Krapf/Balla*, öRdA 2002, 169, und *Trattner*, Das Überstundenpauschale, ASoK 2003, 358.

68) *Rauch*, All-in-Vereinbarung und Verfall von Überstunden, PVInfo 2014 H 5, 22 (23); *Winkler*, Überstundenpauschale und „All-in-Klausel“, ecoclex 1998, 412 (413).

69) Krit *Winkler*, ecoclex 1998, 413; aA noch *F. G. Burger* in *Resch* 64 und *ders* in *Wachter/Burger* 27 f.

70) Keine zeitlichen Obergrenzen sieht das AZG bei Gleitzeitperioden und bei kollV Durchrechnungszeiträumen im Handel vor.

71) Nur Entgelte in Form von Provisionen sind gem § 2 Abs 4 General-KollV über den Begriff des Entgelts gem § 6 UrlG in das Urlaubsentgelt mit dem Durchschnitt der letzten zwölf Kalendermonate einzubeziehen.

72) So auch OGH 9 ObA 161/01 v ecoclex 2002/21, 36 (*Mazal*) = infas 2002 A 6 = ZAS 2003/12, 66 und 9 ObA 98/95 Arb 11.408 = infas 1995 A 136 = RdW 1996, 23, wonach „mangels Vereinbarung eines kürzeren Zeitraumes ein Jahr“ ausreicht.

73) Ebenso *Wesener*, All-in-Verträge (2013) 18 f; für eine freie Vereinbarung der Beobachtungsdauer *Kühteubl*, Anm zu OGH 9 ObA 166/13 x, öRdA 2014/52, 589 (592).

74) OLG Wien 8 Ra 20/04 a ARD 5522/7/2004; OGH 4 Ob 94/61 Soz M III E, 269.

75) Vgl *Körber-Risak*, All-in-Verträge in Gefahr? TRAINING 2013 H 7, 58 (59).

76) OGH 9 ObA 98/95 Arb 11.408 = infas 1995 A 136 = RdW 1996, 23; aus der Literatur zB *Gerhartl*, Erbringung zeitlicher Mehrleistungen: Worauf ist zu achten? RdW 2006/706, 772 (774); *Schrank*, Arbeitszeitgesetz² § 10 AZG Rz 31; *Stärker*, ASoK 2003, 403; *Wolf*, ZAS 2003/17, 93; *ders* in *Mazal/Risak* XI Rz 122.

77) Vgl OGH 9 ObA 53/05 t SZ 2005/110 = öRdA 2006/35, 368 (*Löschnigg*) = ecoclex 2005/450, 930 = infas 2006 A 8 = RdW 2006/165, 174 = ZAS 2007/28, 178 (*Körber*); dazu *Schwaighofer*, Manipulationen an der Zeiterfassung – Rechtsgrundlage der Rückforderung von Gehaltsübergüssen, ASoK 2006, 172.

78) Vgl zB OGH 9 ObA 111/90 öRdA 1991, 55 = ecoclex 1990, 568 = infas 1991 A 17, wonach die Pauschalentgeltvereinbarung zulässig war, „zumal das laufende Einkommen [...] erheblich höher war als das kollektivvertragliche Mindestentgelt zuzüglich der für die tatsächlich geleisteten Überstunden gebührenden Überstundenvergütung“; OLG Wien 8 Ra 253/00 k ARD 5219/14/2001, bestätigt durch OGH 9 ObA 9/01 s ARD 5247/50/2001.

79) Vgl zB OLG Wien 8 Ra 253/00 k ARD 5219/14/2001 iVm OGH 9 ObA 9/01 s ARD 5247/50/2001; für die Nichtigkeit der Pauschalierungsvereinbarung noch *Mayer-Maly* in *Mayer-Maly/Marhold* 103.

80) Nach VwGH 2001/08/0048 SVSlg 50.637 = ARD 5524/7/2001 = ZAS 2005/31, 185 (krit *Drs*), handelt es sich bei der Pauschale „in Wahrheit um eine Akontierung der für die tatsächlich geleisteten Überstunden zustehenden Entgelte mit nachträglicher Verrechnung“; dazu krit *Schrank*, Arbeitszeitgesetz² § 10 AZG Rz 32.

81) Vgl OGH 9 ObA 166/13 x öRdA 2014/52, 589 (*Kühteubl*) = infas 2014 A 59 = RdW 2014/387, 350 = ZAS-Judikatur 2014/41, 170; OLG Wien 8 Ra 20/04 a ARD 5522/7/2004; im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses OGH 9 ObA 348/89 ecoclex 1990, 371 = infas 1990 A 140; *Wachter* in *Wachter/Burger* 143.

nichtigkeit der Pauschalvereinbarung schon vor dem Ende aufgreifen und die Nachzahlung für bereits vergangene Monate verlangen;⁸²⁾ ansonsten könnte ein AG mit Hilfe einer All-in-Vereinbarung, bei der von vornherein feststeht, dass sie nicht genügen wird, den Fälligkeitszeitpunkt um bis zu einem Jahr zu Lasten des AN in die Zukunft verschieben. Wartet diesfalls der AN trotzdem das Ende des Beobachtungszeitraums ab, kann ihm andererseits der AG den früheren Beginn des Verfallsfristenlaufs nicht vorhalten, weil nur der AN sich auf die relative Teilnichtigkeit der All-in-Klausel berufen kann.

D. Schluss

Die Pauschalentlohnung in all ihren Erscheinungsformen, sei es als Überstundenpauschale oder als All-in-Vereinbarung, ist so lange zulässig, wie der AN sein garantiertes Mindestentgelt erhält. Das zulässig vereinbarte All-in-Entgelt verhält sich sonst wie ein überkollv vereinbarter Zeitlohn:

Eine kollv **Erhöhung des Ist-Lohns** schlägt sich auch auf ein All-in-Entgelt nieder. Eine Valorisierung ist daher immer dann vorzunehmen, wenn dies der KollV mit einer Ist-Lohn-Klausel anordnet.⁸³⁾ Dementsprechend kann das All-in-Entgelt auch mit einer **Aufsaugungsklausel** kombiniert werden,⁸⁴⁾ sodass zumindest die nächstfolgende Ist-Lohn-Erhöhung, ggf zwei bis drei Ist-Lohn-Runden bei entsprechend höherer Überzahlung,⁸⁵⁾ abbedungen werden kann.

Auch wenn das All-in-Entgelt ein Gesamtentgelt darstellt, das mehrere Entgeltbestandteile erfassen soll, sind **weitere Formen des Entgelts**, auf das der AN Anspruch hat, nicht ausgeschlossen. Für die Berechnung dieser Formen des Entgelts, die vereinbarungsgemäß im All-in-Entgelt nicht enthalten sind, wie etwa Beendigungsansprüche (Urlaubersatzleistung, Abfertigung alt usw) oder ggf Sonderzahlungen, ist das All-in-Entgelt die Basis.

Die Wirkungskraft der All-in-Vereinbarung – kein Rückzahlungsanspruch bei keinen oder geringeren Mehrleistungen, Nachzahlungspflicht bei beträchtlichen Mehrleistungen – lässt sie als „*Einbahnstraße*“⁸⁶⁾ erscheinen, weil das Entgeltrisiko beim AG liegt. Benötigt der AG keine Überstundenleistungen oder darf er aus rechtlichen Gründen keine mehr abrufen, gebührt das All-in-Entgelt ungeschmälert. Auch aus § 14 Abs 1 MSchG ist nicht ableitbar, dass bei **schwangeren oder stillenden Müttern** das All-in-Entgelt für die Zeit einer Änderung der Beschäftigung automatisch, dh ohne entsprechende Vereinbarung, geschmälert wird.⁸⁷⁾ Die Rsp verneint zwar die Fortzahlung einer Überstundenpauschale, weil „*ein völliger Wegfall der Leistung von Überstunden durch längere Zeit hindurch auf Grund eines gesetzlichen Verbotes berücksichtigt werden [muss, denn] die Grundlage für die Vereinbarung eines Pauschalbetrages für Überstunden liegt in der beiderseitigen Annahme, daß solche Überstunden auch tatsächlich geleistet werden dürfen*“,⁸⁸⁾ bejaht aber die Fortzahlung einer Turnusdienstzulage für Nachtarbeiten,⁸⁹⁾ wenngleich auch Nachtarbeiten während der Schwangerschaft unzulässig sind. Für die All-in-Vereinbarung ist aber wesent-

lich, dass sie zwischen den einzelnen Entgeltbestandteilen gerade nicht differenziert. So wie das Grundentgelt zur Berechnung der Überstundenzuschlagshöhe bestimmbar ist, ließen sich zwar auch die verschiedenen Bestandteile des All-in-Entgelts bestimmen,⁹⁰⁾ doch gerade in dieser undifferenzierten Pauschalierung gleichwertiger Entgeltbestandteile, die – anders als Grundentgelt und Überstundenzuschlag – nicht aufeinander aufbauen, sind sich die Vertragspartner einig; für eine vom AG und AN gewollte nachträgliche Aufspaltung des Pauschalentgelts in einzelne Zulagen bleibt daher kein Interpretationsspielraum. So wie eine Zulage, die neben fortzahlungspflichtigen Nachtarbeiten auch fortzahlungsfreie Sonn- und Feiertagsarbeiten abgeltet soll, zur Gänze von der Entgeltsicherung des § 14 MSchG umfasst ist,⁹¹⁾ so steht der AN auch ihr All-in-Entgelt ungekürzt zu. Abgesehen davon erscheint die 1975 begründete Rsp zum Ausschluss der Überstundenpauschale nach § 14 Abs 1 MSchG vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Verbots unmittelbarer Geschlechtsdiskriminierung überprüfenswert,⁹²⁾ zumal die AN ausschließlich wegen ihrer Schwangerschaft diesen Anspruch verlor, während sie in anderen Fällen der Entgeltfortzahlung oder bei einer nichtschwangerschaftsbedingten Änderung ihrer Beschäftigung jedenfalls weiterhin unabhängig von ihrer Überstundenarbeit die Pauschale erhält.⁹³⁾ Aus dem gleichen Grund erscheint auch eine ausdrückliche Vereinbarung, das All-in-Entgelt für die Zeit einer Schwangerschaft zu kürzen oder auszusetzen, gem § 3 Z 2 GIBG als unzulässig.⁹⁴⁾

Die Ausgestaltung eines All-in-Entgelts ist Vereinbarungssache zwischen AG und AN. Die meisten Problemstellungen sind Auslegungsfragen, die aus einer unklaren Vereinbarung, die Details offenlässt, resultieren. Bei der Formulierung einer All-in-Vereinbarung sollte daher Berücksichtigung finden,

82) *Trattner*, ASoK 2003, 358.

83) *Felten*, AZG³ § 10 Rz 37; *Wesener*, All-In-Verträge 24; zur vergleichbaren unechten Überstundenpauschalierung VwGH 2004/08/0228 ARD 5668/12/2006 = PVInfo 2006 H 4, 32 = ZAS-Judikatur 2006/71, 132.

84) Zu den Grenzen der Aufsaugungsklausel allgemein *Radner* in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln (2010) Rz 36.20.

85) *Jöst* in *ZellHB AV-Klauseln* Rz 26.23.

86) *Trattner*, ASoK 2003, 358; *Wachter* in *Wachter/Burger* 152.

87) Ebenso *Schedle*, Pauschale Abgeltung von Überstunden, ARD 6401/5/2014; aA *Peschek*, Anpassung von All-in-Vereinbarungen in der Eltern-Teilzeit, *ecolex* 2014, 985 (987 f).

88) OGH 4 Ob 81/74 Arb 9348 = öRdA 1976, 18 (*M. Schwarz*) = SozM III B 201; vgl VwGH 81/12/0149 VwSlg 10.944/A.

89) Mit unionsrechtlichen Argumenten OLG Wien 7 Ra 72/03i ARD 5468/6/2004; dies für vertretbar haltend OGH 8 ObA 124/03y Arb 12.413 = infas 2004 A 46.

90) So ist wohl auch *Peschek*, *ecolex* 2014, 989 zu verstehen, wenn er bei der rechnerischen Umsetzung auf die „*Erwartungshaltung der beiden Vertragsparteien*“ abstellt und dadurch den Parteiwillen einbezieht.

91) VwGH 2001/08/0219 ZfV 2003/1425, 673.

92) Ebenso zweifelnd *Uher*, Anm zu OLG Wien 7 Ra 72/03i, ARD 5468/6/2004.

93) In dieser verwendungsunabhängigen Pauschalierung liegt auch der Unterschied zur verwendungsabhängigen Journaldienstzulage, deren schwangerschaftsbedingter Wegfall der EuGH C-194/08, *Gassmair*, öRdA 2010, 511 = infas 2010 E 6 bereits an der MutterschutzRL 92/85/EWG gemessen und bestätigt hat.

94) AA offenbar *Rauch*, Jüngste Rechtsprechung zu Pauschalierungs- bzw All-inclusive-Vereinbarungen, PVInfo 2012 H 11, 20 (22).

- dass überhaupt klar ein All-in-Entgelt und nicht bloß eine überkollv Überzahlung vereinbart wird,
- was zum All-in-Entgelt gezahlt wird (zB auch Provisionen, Sachbezüge),
- was mit dem All-in-Entgelt bezahlt wird,
- wie hoch das Grundentgelt für die Normalarbeitszeit zur Berechnung der Zuschläge ist bzw dass das kollv Mindestentgelt diesem Grundentgelt entspricht (echte All-in-Vereinbarungen sind zu vermeiden),
- wie lange der Beobachtungszeitraum dauert, der für die Vergleichsrechnung herangezogen wird,⁹⁵⁾ und

- ergänzend zur Pauschalentgeltvereinbarung auch eine klare Vereinbarung über das Ausmaß der Arbeitszeit und der Pflicht zur Mehrarbeits- und Überstundenleistung.

⁹⁵⁾ Ebenso *Mazal*, Anm zu OGH 9 ObA 161/01 v, *ecolex* 2002/21, 36; *Wolf*, ZAS 2003/17, 93; *ders* in *Mazal/Risak* XI Rz 123. Nach *Gerhartl*, Erbringung zeitlicher Mehrleistungen: Worauf ist zu achten? RdW 2006/706, 772 (775), muss „jedenfalls festgelegt werden, nach welchem Zeitraum die Höhe der tatsächlich erbrachten Mehrleistungen kontrolliert wird“.

→ In Kürze

All-in-Vereinbarungen sind zulässig, auch wenn ein Grundentgelt nicht ausgewiesen wird. Das All-in-Entgelt darf aber nicht geringer sein als das garantierte Mindestentgelt einschließlich der Überstundenzuschläge. Dies ist nach Ablauf eines Beobachtungszeitraums, dessen angemessene Dauer nach der Rsp ein Jahr beträgt, jeweils zu prüfen. Dazu muss die Höhe des Grundentgelts für die Berechnung der Zuschläge festgestellt werden. Sie ist zuerst aus der Vereinbarung selbst mittels Vertragsinterpretation zu ermitteln, wobei nicht ohne weiteres das kollv Mindestentgelt heranzuziehen ist. Nur wenn keine bestimmte Höhe vereinbart wurde, gilt für Angestellte die ortsübliche Höhe als vereinbart. Ist das All-in-Entgelt zu niedrig, besteht ein Nachforderungsanspruch, dessen Verfallsfrist am Ende des Beobachtungszeitraums anschließt.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Florian G. Burger ist Universitätsassistent am Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Wohn- und Immobilienrecht und Rechtsinformatik der Universität Innsbruck. Kontaktadresse: Innrain 52, 6020 Innsbruck. E-Mail: florian.burger@uibk.ac.at, Internet: www.uibk.ac.at/arbeitsrecht

Vom selben Autor erschienen:

Arbeitsrechtliche Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen, in *Resch* (Hrsg), All-in-Vereinbarungen (2010) 39; All-in-Vereinbarungen, in *Wachter/Burger* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2011 (2011) 3.

Literatur:

Heillegger, Zur rechtlichen Zulässigkeit und Interpretation von All-In-Vereinbarungen, *öRdA* 2012, 17; *Schneller*, Zur Zulässigkeit von Inklusivvereinbarungen („All-in-Klauseln“), in *FS Cerny* (2001) 331; *Wachter*, Zur pauschalen Abgeltung von Überstunden, in *Wachter/Burger* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2008 (2008) 129; *Wolf*, Überstundenpauschale und All-In-Klausel, ZAS 2003/17, 93.

