

hat.<sup>15</sup> Da die Anmeldung zur Sozialversicherung gem § 33 Abs 1 ASVG vor Arbeitsantritt zu erfolgen hat, ist dem AN die Kopie daher mit Arbeitsantritt zu übergeben.

### **Entgelt bei Pauschalentgeltvereinbarungen**

**§ 2 g.** Enthält der Arbeitsvertrag oder der Dienstzettel das Entgelt als Gesamtsumme, die Grundgehalt oder -lohn und andere Entgeltbestandteile einschließt, ohne den Grundgehalt oder -lohn im Sinne des § 2 Abs. 2 Z 9 betragsmäßig anzuführen, hat dieser/diese Arbeitnehmer/in zwingend Anspruch auf den Grundgehalt oder -lohn einschließlich der branchen- und ortsüblichen Überzahlungen, der am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmer/innen von vergleichbaren Arbeitgeber/innen gebührt (Ist-Grundgehalt, Ist-Grundlohn). Der Ist-Grundgehalt oder Ist-Grundlohn ist der Berechnung der abzugeltenden Entgeltbestandteile zugrunde zu legen, soweit der Kollektivvertrag in Bezug auf die Berechnung von Entgeltbestandteilen nicht Abweichendes vorsieht, das zwingenden gesetzlichen Bestimmungen nicht entgegenstehen darf.

*IdF BGBl I 2015/152.*

**Literatur:** *Braun*, Einbeziehung der Urlaubsersatzleistung in eine All-in-Vereinbarung verstößt gegen das Ablöseverbot des § 7 UrlG, ASoK 2013, 390 ff; *F. G. Burger*, Arbeitsrechtliche Zulässigkeit von All-in-Vereinbarungen, in *Resch* (Hrsg), All-in-Vereinbarungen (2010) 39 ff; *F. G. Burger*, All-in-Vereinbarungen, in *Wachter/Burger* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Arbeits- und Sozialrecht 2011 (2011) 3 ff; *F. G. Burger*, All-in-Vereinbarungen, ZAS 2015, 105 ff; *Dunst*, Die wichtigsten Neuerungen rund um das Arbeitsrechts-Änderungsgesetz (ARÄG) 2015, DRDA-infas 2016, 41 ff; *Gerhartl*, Aktuelle arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Änderungen, PVInfo 2016 H 1, 7 ff; *Heilegger*, Zur rechtlichen Zulässigkeit und Interpretation von All-In-Vereinbarungen, DRDA 2012, 17 ff; *E. Köck*, Urlaubsersatzleistung bei fallweiser Beschäftigung, PVInfo 2013 H 10, 25 f; *Kozak*, Aspekte von Teilzeitbeschäftigungen an Universitäten, in *Drs/Jobst/Kozak*, Arbeitszeitrecht für Teilzeitbeschäftigte (2016) 67 ff; *Krapf/Balla*, Die verweigerten Überstunden, DRDA 2002, 161 ff; *Maca*, Grundgehalt in All-in-Vereinbarungen, DRDA-infas 2016, 305; *Peschek*, Die neue All-In-Transparenz-Regel, ecolex 2016, 68 ff; *Rauch*, All-in-Vereinbarung und Verfall von Überstunden, PVInfo 2014 H 5, 22 f; *Risak*, Arbeitsvertragsklauseln 2016, ZAS 2016, 57 ff; *Risak*, All-in-Klausel „Neu“, ZAS 2016, 95 f; *Risak*, Das Arbeitszeitrecht an den Universitäten, ecolex 2016, 236 ff; *Schrank*, Neue Grundgehaltsangabe und All-in-Klauseln – nur bessere Transparenz? RdW 2016, 32 ff; *Trattner*, Das Überstundenpauschale, ASoK 2003, 358 ff; *J. Winkler*, Überstundenpauschale und „All-in-Klausel“, ecolex 1998, 412 ff; *Vogt-Majarek/Schulz*, Die Auswirkungen des Arbeitsrechts-Änderungsgesetzes 2015 in der Praxis, ARD 6481/5/2016.

### **Übersicht**

	Rz
I. Regelungszweck .....	1
II. Anwendungsbereich .....	5
III. Regelungsinhalt .....	9
A. Voraussetzungen .....	9
1. Arbeitsvertrag oder Dienstzettel .....	9
2. Entgelt als Gesamtsumme .....	17
3. Grundgehalt oder -lohn .....	22
B. Rechtsfolge (Sanktion) .....	28
1. Ist-Grundgehalt, Ist-Grundlohn .....	29
2. Zwingender Anspruch .....	34
3. Kollektivvertragsdispositivität .....	36

<sup>15</sup> Aus dieser Kopie kann der AN dann das vom AG der Sozialversicherung gemeldete Entgelt und Stundenausmaß ersehen und mit den vereinbarten Beschäftigungsmodalitäten vergleichen.

## I. Regelungszweck

In einer Pauschalentgeltvereinbarung sehen AN und AG die Abgeltung variabler Entgeltbestandteile durch einen fixen Betrag vor. Fixiert wird idR eine Geldleistung, denkmöglich ist aber auch ein gleichbleibender Sachbezug. Vereinbarungssache ist auch, ob nur einzelne Entgeltbestandteile pauschal abgegolten werden (zB Überstundenpauschale, Mehrleistungspauschale) oder alle (All-in-Vereinbarung). Beispielsweise können Zulagen, Zuschläge, Entgelte für Ruf- und Arbeitsbereitschaften sowie für Reisezeiten, Sonderzahlungen, sogar Entgelte für unzulässig geleistete Überstunden und selbst Aufwandsentschädigungen, die kein Entgelt sind, Teil einer pauschalen Abgeltungsvereinbarung sein.<sup>1</sup> Hingegen darf eine Pauschalentgeltvereinbarung die Urlaubersatzleistung wegen des Ablöseverbots des § 7 UrlG keinesfalls enthalten.<sup>2</sup>

Dem AN steht das gesamte Pauschalentgelt auch dann zu, wenn sein Anspruch auf die Entgeltbestandteile geringer ist als die Höhe des Pauschalentgelts. So gebührt ihm beispielsweise die vereinbarte Überstundenpauschale selbst dann, wenn er gar keine Überstunden geleistet hat. Andererseits hindert die Pauschalentgeltvereinbarung den AN nicht, über das Pauschalentgelt hinausgehende Ansprüche zu erheben, wenn und soweit sein unabdingbarer Entgeltanspruch durch das Pauschalentgelt nicht gedeckt ist.<sup>3</sup> Als Beobachtungszeitraum für die Frage, inwieweit das Pauschale die Entgeltansprüche abdeckt, sehen Rsp und Lehre ein Jahr als angemessen an;<sup>4</sup> dabei wird zum Teil auf das Kalenderjahr,<sup>5</sup> zum Teil auf das Arbeitsjahr<sup>6</sup> abgestellt. Richtigerweise wird jedoch ein kürzerer Beobachtungszeitraum von 13 Wochen heranzuziehen sein.<sup>7</sup>

Am Ende des Beobachtungszeitraums ist daher zu prüfen, ob das Pauschalentgelt ausreichend dimensioniert ist, indem seine Höhe mit der Höhe der zustehenden Entgeltbestandteile, die von der Pauschalentgeltvereinbarung erfasst sind, verglichen wird (**Deckungsprüfung, Vergleichsrechnung**). Sofern die Höhe dieser Entgeltbestandteile von einer anderen Messgröße abhängen, muss auch diese festgestellt werden; so erfordert beispielsweise die Berechnung des Überstunden- oder Mehrarbeitsstundenzuschlags auch die Ermittlung des Überstunden- oder Mehrarbeitsstundengrundentgelts. Dieses Grundentgelt kann ausdrücklich oder schlüssig neben dem Pauschalentgelt vereinbart sein. Dazu ist zuerst die Absicht der Vertragsparteien zu erforschen.<sup>8</sup> Erst bei Fehlen einer Vereinbarung ist bei Angestellten das ortsüblich gebührende Grundentgelt, in Ermangelung eines solchen das angemessene Grundentgelt heranzuziehen (§ 6 Abs 1 AngG), bei Arbeitern hingegen gilt das angemessene Grundentgelt als vereinbart

1 Vgl F. G. Burger, ZAS 2015, 107.

2 OGH 8 ObA 32/13h, Arb 13.109 = DRDA 2014/16 (zust F. G. Burger); 8 ObA 50/13f, DRDA 2014/34 (Risak) = ZAS 2014/51 (Ogriseg); Braun, ASoK 2013, 390; F. G. Burger in Resch, All-in-Vereinbarungen 48; F. G. Burger in Wachter/Burger, Aktuelle Entwicklungen 10; E. Köck, PVInfo 2013 H 10, 25; anders noch zur Urlaubsabfindung OGH 9 ObA 158/93, ARD 4489/40/93.

3 Vgl RIS-Justiz RS0051519.

4 RIS-Justiz RS0064874; OGH 8 ObA 73/05 a, ARD 5655/10/2006; 9 ObA 161/01 v, ecolex 2002/21 (Mazal) = ZAS 2003/12; 9 ObA 98/95, Arb 11.408; Schrank, Arbeitszeitgesetze<sup>3</sup> § 10 AZG Rz 30: „12 Monate“.

5 OGH 8 ObA 1211/95, ARD 4745/21/96; 9 ObA 1039/92, ARD 4489/44/93; ihm folgend Krapf/Balla, DRDA 2002, 169 und Trattner, ASoK 2003, 358.

6 Rauch, PVInfo 2014 H 5, 23; J. Winkler, ecolex 1998, 413.

7 F. G. Burger, ZAS 2015, 110, unter Hinweis auf akzeptierte Betrachtungszeiträume zur Ermittlung durchschnittlicher Ansprüche im Bereich der Entgeltfortzahlung.

8 Nachdrücklich auf den Parteiwillen hinweisend Klein in Heilegger/Klein, AZG<sup>4</sup> § 10 Rz 21 ff.

(§ 1152 ABGB). Die Rsp nimmt wiederholt auf das kollv-liche Mindestentgelt Bezug<sup>9</sup> und unterstellt den Vertragsparteien rasch, dieses als Grundentgelt auch vereinbart zu haben.<sup>10</sup>

- 4 Diese Unsicherheit in der Feststellung des Grundentgelts erschwert dem AN die Einschätzung zum Zeitpunkt der Vertragsschließung, ob die Pauschalentgeltvereinbarung für ihn vorteilhaft ist oder nicht. Zur Beseitigung dieser rechtspolitisch nicht gewünschten Intransparenz schreibt nunmehr § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG die **betragsmäßige Anführung des Grundgehalts oder -lohns** im Dienstzettel vor. Diese Pflicht wird durch § 2g AVRAG verstärkt, indem dem AN ein gesetzlicher Mindestanspruch auf jenen Grundgehalt oder -lohn eingeräumt wird, den branchen- und ortsüblich vergleichbare AN von vergleichbaren AG erhalten, wenn Arbeitsvertrag oder Dienstzettel das vereinbarte Grundentgelt nicht betragsmäßig ausweisen. § 2g AVRAG geht grundsätzlich davon aus, dass das Grundentgelt als Inhalt des Arbeitsvertrags zwischen AN und AG derart verhandelt wurde, wie es auch sonst üblicherweise innerhalb der Branche am Betriebsort bei vergleichbaren Arbeitsvertragspartnern der Fall ist. Wurde jedoch im konkreten Fall tatsächlich ein branchen- oder ortsunüblich niedrigeres Grundentgelt vereinbart, dieses aber im Arbeitsvertrag oder Dienstzettel nicht betragsmäßig offengelegt, soll nach § 2g AVRAG dieses Versäumnis zu Lasten des AG gehen. Der Vorwurf des § 2g AVRAG liegt beim Dienstzettel in der Missachtung des § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG, beim Arbeitsvertrag jedoch im Versäumnis, nicht durch die betragsmäßige Anführung des Grundentgelts auf eine Transparenz hingewirkt zu haben.

## II. Anwendungsbereich

- 5 Der Anwendungsbereich des § 2g AVRAG erstreckt sich auf alle Arbeitsverhältnisse, die dem AVRAG unterliegen. Weil der Geltungsbereich anderer BundesG wie etwa das AZG dabei keine Bedeutung hat, haben auch Pauschalentgeltvereinbarungen mit **leitenden Angestellten** oder **Geschäftsführern**, denen die AN-Eigenschaft zukommt, den Anforderungen des § 2g AVRAG zu entsprechen. Auch das Beschäftigungsausmaß ist irrelevant, weshalb ebenso bei **teilzeitbeschäftigte AN** einschließlich **geringfügig Beschäftigter** § 2g AVRAG zu berücksichtigen ist. Ohne Bedeutung ist weiters, ob auf das Arbeitsverhältnis ein KollV oder eine andere kollektive Rechtsquelle Anwendung findet, weshalb auch **kollv-freie Arbeitsverhältnisse** dem § 2g AVRAG unterworfen sind.<sup>11</sup>
- 6 § 2g AVRAG trat mit **1. 1. 2016** in Kraft und gilt gem § 19 Abs 1 Z 34 AVRAG für nach dem Inkrafttreten **neu abgeschlossene Pauschalentgeltvereinbarungen**. Abgeschlossen wird eine Vereinbarung durch **Willensübereinstimmung** der Vereinbarungspartner, weshalb dieser Zeitpunkt und nicht etwa ihr Wirksamkeitsbeginn maßgebend ist.<sup>12</sup> Ebenso kommt es bei einer Pauschalentgeltvereinbarung, die im aufrechten Arbeitsverhältnis ergänzend zum bereits existierenden Arbeitsvertrag abgeschlossen wird, auf den Zeitpunkt des Abschlusses dieser Pauschalentgeltvereinbarung und nicht auf den Abschluss des ursprünglichen Arbeitsvertrags oder den Beginn des Arbeitsverhältnisses an.
- 7 Weil die Willensübereinstimmung maßgebend ist, ist eine Pauschalentgeltvereinbarung immer dann **neu abgeschlossen**, wenn eine bereits bestehende Vereinbarung **einvernehmlich**

<sup>9</sup> ZB OGH 9 ObA 160/11 m, ARD 6253/4/2012; 8 ObA 11/06 k, Arb 12.607; 9 ObA 161/01 v, ecolex 2002/21 (*Mazal*) = ZAS 2003/12; 9 ObA 9/01 s, Arb 12.099.

<sup>10</sup> Dies krit sehend *Heilegger*, DRdA 2012, 21.

<sup>11</sup> *Schränk*, RdW 2016, 32, 35.

<sup>12</sup> Ebenso *Schränk*, RdW 2016, 35.

geändert wird. Dem Wort „neu“ in § 19 Abs 1 Z 34 AVRAG kommt nicht die Bedeutung zu, dass die einvernehmliche Änderung zusätzlich eine besondere Gravität voraussetzt, sondern möchte lediglich klarstellen, dass die vor dem 1. 1. 2016 abgeschlossenen Pauschalentgeltvereinbarungen von § 2g AVRAG nicht erfasst werden. Weil der Umfang der einvernehmlichen Änderung einer bestehenden Pauschalentgeltvereinbarung nicht von Bedeutung ist, führen auch zwischen AG und AN **vereinbarte Erhöhungen der Pauschale oder Änderungen in der Zusammensetzung der Pauschale** zu neu abgeschlossenen Pauschalentgeltvereinbarungen.<sup>13</sup> Keine Neuabschlüsse sind hingegen bloß kollv-liche Ist-Lohnerhöhungen oder automatische Vorrückungen wegen verstrichener Dienstjahre, die nicht der Zustimmung beider Arbeitsvertragspartner bedürfen.

Ausnahmsweise nicht erfasst sind Pauschalentgeltvereinbarungen im Regelungsbereich des § 14 **Bundesforste-Dienstordnung** (§ 19 Abs 1 Z 36 AVRAG). Diese erst im Zuge des parlamentarischen Verfahrens eingefügte Ausnahme betrifft ehemalige Bundesbedienstete der Österreichischen Bundesforste, die gem § 13 BundesforsteG zum 1. 1. 1997 AN der Österreichischen Bundesforste AG wurden und dadurch in den Geltungsbereich des AVRAG fielen. Zwar trat die Bundesforste-Dienstordnung außer Kraft, nicht aber dessen § 14 (§ 13 Abs 6 BundesforsteG), der als gesetzliche Norm weiterhin für diese übergeleiteten AN gilt. § 14 Bundesforste-Dienstordnung regelt die Arbeitszeit dieser übergeleiteten AN in der Form, dass einerseits bei bestimmten Bediensteten sich die erforderliche Arbeitszeit „aus der Natur des Dienstes“ ergibt, andererseits bei den übrigen Bediensteten §§ 48 bis 50 BDG sinngemäß anzuwenden sind. Zwar traten die übrigen Bestimmungen der Bundesforste-Dienstordnung als BundesG außer Kraft, doch gelten sie zusammen mit der V des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft über die Festsetzung pauschalierter Nebengebühren für Bedienstete der Österreichischen Bundesforste als KollV gem § 13 Abs 6 BundesforsteG weiter. Gerade diese V kennt Pauschalentgelte als Vergütung im Rahmen der Jagdausübung (zB Schuss- bzw Fangpauschale, Zerwirkerpauschale), die eine Aufsplittung des Grundlohns und Mehrleistungsvergütungen iSd § 2g AVRAG nicht zulassen (vgl 13/SN-164/ME 25. GP). Allerdings ist § 2g AVRAG für diese Pauschalentgeltvereinbarungen ohnehin nicht anwendbar, weil in den Regelungsbereich des § 14 Bundesforste-Dienstordnung nur AN fallen, die zum 1. 1. 1997 bereits im Dienst der Österreichischen Bundesforste standen. Für nach dem 1. 1. 1997 neu von der Österreichischen Bundesforste AG aufgenommenen AN gilt § 14 Bundesforste-Dienstordnung nicht kraft Gesetz, sondern lediglich kraft (dynamischer) Verweisung durch § 3 KollV für die Angestellten der Österreichischen Bundesforste Aktiengesellschaft. Die Ausnahme des § 19 Abs 1 Z 36 AVRAG ist aber nicht durch KollV erweiterbar, sodass auch für jene Arbeitsverhältnisse § 2g AVRAG gilt, deren KollV bloß auf § 14 Bundesforste-Dienstordnung verweist.

<sup>13</sup> AA Schrank, RdW 2016, 35, der auf inhaltlich massive oder den Wesenskern der bisherigen Pauschalentgeltvereinbarung berührende Veränderungen abstellt und daher einzelvertragliche generelle Erhöhungen nicht als Neuabschlüsse qualifiziert. Ähnlich auch Risak, ZAS 2016, 59, der Änderungen bestehender Vereinbarungen dann einem Neuabschluss gleichhält, „wenn sie so grundlegend sind, dass sie nicht als Fortsetzung der bisherigen Vereinbarung angesehen werden können“. Maca, DRdA-infas 2016, 306, bezieht sich nur auf wesentliche Änderungen, die unstrittig zu neuen Vereinbarungen führen, lässt aber offen, ob dies auch für unwesentliche Änderungen gilt.

### **III. Regelungsinhalt**

#### **A. Voraussetzungen**

##### **1. Arbeitsvertrag oder Dienstzettel**

- 9 Die Rechtsfolge des § 2g AVRAG wird ausgelöst, wenn der Arbeitsvertrag oder der Dienstzettel das Entgelt als Gesamtsumme enthält, welche Grundgehalt oder -lohn und andere Entgeltbestandteile einschließt („**Pauschalentgelt**“), ohne den Grundgehalt oder -lohn iSd § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG („**Grundentgelt**“) betragsmäßig anzuführen.
- 10 Das Wort „oder“ verlangt eine getrennte Betrachtung des Arbeitsvertrags und des Dienstzettels. Erst wenn beide zusätzlich zum Pauschalentgelt auch das Grundentgelt anführt, wird die Rechtsfolge des § 2g AVRAG nicht ausgelöst.<sup>14</sup> Daraus folgt, dass es nicht ausreichend ist, wenn beispielsweise nur der Arbeitsvertrag Pauschalentgelt und Grundentgelt anführt, der verpflichtend auszuhändige Dienstzettel hingegen das Grundentgelt nicht mehr erwähnt. Damit wird erstmals und einzigartig die **mangelhafte Aushändigung des Dienstzettels sanktioniert**.
- 11 Dem § 2g AVRAG unterfallen nur **Dienstzettel**, zu deren **Aushändigung auch eine Pflicht besteht**. Wird ein Dienstzettel ohne Rechtspflicht – etwa weil das Arbeitsverhältnis nicht länger als ein Monat beträgt oder bereits der schriftliche Arbeitsvertrag alle Elemente des Dienstzettels enthält (§ 2 Abs 4 AVRAG) – dem AN ausgehändigt und führt dieser Dienstzettel nur das vereinbarte Pauschalentgelt, nicht aber das Grundentgelt an, so tritt die Sanktion des § 2g AVRAG nicht ein.<sup>15</sup>
- 12 Gegenüber überlassenen AN besteht dann keine Pflicht zur Aushändigung des Dienstzettels, wenn auf das Arbeitsverhältnis § 11 AÜG anzuwenden ist (§ 2 Abs 8 AVRAG); wird trotzdem ein mangelhafter Dienstzettel ausgehändigt, greifen die Folgen des § 2g AVRAG nicht.<sup>16</sup> Allerdings erfasst § 2g AVRAG den **Arbeitsvertrag mit überlassenen AN**. Die **Überlassungsmitteilung gem § 12 AÜG** entspricht nicht dem Dienstzettel, sodass eine darin unterlassene Anführung des Grundgehalts oder -lohns zu keinen weiteren Ansprüchen des überlassenen AN aus § 2g AVRAG führt.
- 13 Weil die Rechtsfolge des § 2g AVRAG nicht den Arbeitsvertrag legaliter abändert, sondern dem AN nur einen über das vereinbarte Entgelt hinausgehenden Entgeltanspruch solange einräumt, wie die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2g AVRAG erfüllt sind, ist eine **nachträgliche Korrektur des Dienstzettels möglich**: Sobald der AG dem AN einen Dienstzettel ausgehändigt, der das vereinbarte Pauschalentgelt zusammen mit dem Grundentgelt anführt, endet auch die Rechtsfolge des § 2g AVRAG.<sup>17</sup> Gleiches gilt für den **Arbeitsvertrag**, doch ist dort eine **nachträgliche Korrektur nur mit Zustimmung** des AN als Vertragspartner möglich.
- 14 Die Nennung des Pauschalentgelt ist konstitutives Tatbestandselement. Wird daher überhaupt **kein Dienstzettel ausgehändigt**, kann dieser nichtexistente Dienstzettel auch nicht das Entgelt als Gesamtsumme enthalten mit der weiteren Folge, dass die Rechtsfolge des § 2g AVRAG nicht ausgelöst wird. Gleiches gilt, wenn zwar ein Dienstzettel ausgehändigt wird, dieser aber weder das vereinbarte Pauschal- noch das Grundentgelt anführt.

14 IdS auch ErläutRV 903 BlgNR 25. GP 1.

15 Risak, ZAS 2016, 59.

16 Risak, ZAS 2016, 59.

17 AA Risak, ZAS 2016, 60, der dies wegen des Sanktionscharakters des § 2g AVRAG nicht zulässt.

§ 2g AVRAG enthält für den **Arbeitsvertrag kein Schriftformgebot**. Auch wenn nur mündlich ein Pauschalentgelt vereinbart wurde, ist gleichzeitig auch die betragsmäßige Höhe des Grundgehalts oder -lohns zu vereinbaren, ansonsten die Rechtsfolge des § 2g AVRAG ausgelöst wird. Selbst wenn der Dienstzettel Pauschal- und Grundentgelt anführt, tritt die Rechtsfolge des § 2g AVRAG ein, es sei denn, es wird aus dem Dienstzettel als Indiz oder aus anderen Gründen auf die dann doch bestehende betragsmäßige Vereinbarung des Grundentgelts geschlossen. Weil denkmöglich auch durch **betriebliche Übung** ein Pauschalentgelt vereinbart werden kann, unterfallen auch diese der Transparenzregel des § 2g AVRAG.

Weil der AN das aus § 2g AVRAG resultierende höhere Entgelt begehrte, ist er auch zum **Beweis der Tatsache** verpflichtet, dass der Arbeitsvertrag oder der Dienstzettel zwar das Pauschalentgelt, nicht aber auch das Grundentgelt anführt. Eine grundsätzliche Beweislastumkehr im Fall eines Negativbeweises wird von der hM abgelehnt.<sup>18</sup> Regelmäßig wird der Beweis dann gelungen sein, wenn der AN die Umstände, die für das Positive sprechen, widerlegt.

## 2. Entgelt als Gesamtsumme

Nur Arbeitsverträge oder Dienstzettel, die das Entgelt als Gesamtsumme enthalten, sind von § 2g AVRAG berührt. Dabei ist die Gesamtsumme dadurch gekennzeichnet, dass sie jedenfalls den Grundgehalt oder -lohn einschließt. Weiters muss die Gesamtsumme mindestens noch einen weiteren Entgeltbestandteil abdecken, ohne dass es auf eine bestimmte Art dieses Entgeltbestandteils ankommt.

Von § 2g AVRAG erfasst sind damit alle **All-in-Vereinbarungen**, auch wenn diese nicht alle Entgeltansprüche erfasst, sondern nur wenige. Betroffen sind auch **Überstundenpauschalen**, weil die Pauschale neben dem Überstundenzuschlag auch das Grundentgelt für die geleistete Überstunde enthält. Ebenfalls erfasst sind andere **Leistungspauschalen**, sofern sie auch das der Arbeitsleistung zugrunde liegende Grundentgelt einbeziehen. Selbst die Vereinbarung eines **Jahresgehalts**, das die Sonderzahlungen enthält, ist eine Pauschalentgeltvereinbarung iSd § 2g AVRAG, weil die Sonderzahlungen ebenfalls ein vom Grundgehalt getrennter weiterer Entgeltbestandteil sind, wie sich auch aus § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG ergibt.

Ist bereits in einem **KollIV ein Pauschalentgelt** vorgesehen – beispielsweise § 49 Abs 6 KollV für die AN der Universitäten – und übernimmt der Arbeitsvertrag dieses bloß, enthält er eine Gesamtsumme, die neben weiteren Entgeltbestandteilen das Grundgehalt einschließt, und unterliegt daher § 2g AVRAG; auch diesfalls ist im Arbeitsvertrag und Dienstzettel das Grundgehalt betragsmäßig anzuführen. In § 19 Abs 1 Z 36 AVRAG hat der Gesetzgeber diesen Fall offenkundig bedacht, jedoch nur eine Ausnahme für Arbeitsverträge im Regelungsbereich des § 14 Bundesforste-Dienstordnung geschaffen (vgl Rz 8), weswegen für eine weitergehende Ausnahmeregel kein Raum verbleibt.<sup>19</sup>

Nicht von § 2g AVRAG erfasst sind hingegen alle Pauschalentgeltvereinbarungen, die nicht den Grundgehalt oder -lohn enthalten, sondern nur weitere Entgeltbestandteile, wie zB **Schmutz-, Erschweris- und Gefahrenzulagenpauschalen**. Weiters sind Vereinbarungen über **Pauschalen für Aufwandersätze** (zB Kilometergeldpauschale, Reisekostenpauschale, Werkzeugpauschale) selbst dann keine Pauschalentgeltvereinbarungen iSd § 2g AVRAG, wenn es sich um überzogene Pauschalen handelt, die letztlich Entgeltcharakter annehmen (unechte Pauschalen), denn auch diese Pauschalen enthalten kein Grundentgelt.

18 Rechberger in Fasching/Konecny, III<sup>2</sup> Vor § 266 Rz 36.

19 Risak, ZAS 2016, 63; Risak, ecolex 2016, 239; Kozak in Drs/Jobst/Kozak, Arbeitszeitrecht 98.

- 21 Versteht man das Pauschalentgelt als feststehende Gesamtsumme, die unabhängig vom Ausmaß der Arbeitsleistung gezahlt wird, ist letztlich jedes fixe Monatsgehalt ein Pauschalentgelt für Arbeitsleistungen während der vereinbarten Normalarbeitszeit. So verstandene Pauschalentgelte unterliegen jedoch nicht dem § 2 g AVRAG, weil sie nur das Grundentgelt und sonst keine weiteren Entgeltbestandteile enthalten.

### 3. Grundgehalt oder -lohn

- 22 Grundgehalt oder -lohn („**Grundentgelt**“) ist jenes Entgelt, das dem AN allein für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft während der **vereinbarten Normalarbeitszeit**<sup>20</sup> gebührt. Das Grundentgelt ist frei von Zuschlägen, Zulagen, Prämien, Sonderzahlungen oder anderen Entgeltbestandteilen sowie von Aufwandsentschädigungen. IdR hat das Grundentgelt mindestens dem kollv-lichen Mindestentgelt zu entsprechen.
- 23 Die Höhe des **Grundentgelts ist Vereinbarungssache**. Sofern die Sanktion des § 2 g AVRAG nicht ausgelöst wird, schreibt § 2 g AVRAG **keine Mindesthöhe** vor. Daher ist beispielsweise die Vereinbarung des kollv-lichen Mindestentgelts ohne Weiteres zulässig, selbst wenn branchen- oder ortsüblich höhere Grundentgelte geleistet werden.<sup>21</sup> Lediglich auf Diskriminierungsverbote ist Rücksicht zu nehmen. § 2 g AVRAG steht sogar der Vereinbarung eines unangemessen niedrigen Grundentgelts – sofern es betragsmäßig ausgewiesen wird – ebenso wenig entgegen wie § 1152 ABGB.
- 24 Das Grundentgelt ist in § 2 g AVRAG zweifach relevant: Zum einen muss, um überhaupt in den Anwendungsbereich des § 2 g AVRAG zu gelangen, das vereinbarte Pauschalentgelt auch das Grundentgelt enthalten (vgl schon Rz 17). Zum anderen ist, um die Rechtsfolge des § 2 g AVRAG nicht eintreten zu lassen, die Höhe des vereinbarten Grundentgelts betragsmäßig anzuführen.
- 25 Die **betragsmäßige Anführung** der Höhe des Grundentgelts erfolgt durch Nennung des Geldbetrags in der geschuldeten Währung (zB „Das vereinbarte Grundgehalt beträgt € 1.500,-“; „Das Grundgehalt ist das jeweilige im anwendbaren KollV festgelegte Mindestgehalt, das derzeit € 1.500,- beträgt.“<sup>22</sup>).<sup>23</sup> Keine betragsmäßige Anführung ist hingegen die Nennung des Grundentgelts als Prozentsatz des Pauschalentgelts. Ebenfalls nicht ausreichend ist eine Umrechnung in eine andere Maßeinheit (zB „Die Überstundenpauschale entspricht 20 Überstunden pro Monat.“) Das Grundentgelt muss sowohl im Arbeitsvertrag als auch im Dienstzettel betragsmäßig angeführt werden, der **Verweis auf eine andere Quelle**, insb auf den KollV durch bloße Angabe der Einstufung im kollv-lichen Entgeltschema, ist **nicht ausreichend**. Ebenso ist es nicht ausreichend, wenn der Dienstzettel die Höhe des Grundentgelts nicht anführt, sondern nur auf die im schriftlichen Arbeitsvertrag enthaltene Angabe verweist (oder auch umgekehrt); nur wenn dieser schriftliche Arbeitsvertrag zusätzlich noch alle anderen Informationen, die der Dienstzettel zu enthalten hat, anführt, wäre der Verweis im Dienstzettel ausreichend, weil diesfalls gem § 2 Abs 4 Z 2 AVRAG gar keine Pflicht zur Aus-

20 Vgl ErläutRV 903 BlgNR 25. GP 1; AB 948 BlgNR 25. GP 1; Risak, ZAS 2016, 59; Peschek, ecolex 2016, 70.

21 Maca, DRdA-infas 2016, 306 ff, erinnert daran, dass auch ein höheres Grundentgelt als das kollv-liche Mindestentgelt zulässig ist und hält dies uU bei sonstigem Vorliegen einer groben Äquivalenzstörung mit Nichtigkeitsfolge für geboten.

22 Nach Risak, ZAS 2016, 60.

23 ErläutRV 903 BlgNR 25. GP 4, verweisen auf die im Regierungsprogramm enthaltene Formulierung „ziffernmäßige Ausweisung des Grundlohnes“.

händigung eines Dienstzettels besteht. Ausreichend ist es aber, wenn die Höhe des Grundentgelts auf einem Beiblatt angeführt wird und dieses zum Bestandteil des Arbeitsvertrags bzw des Dienstzettels erklärt wird.

Betragsmäßig anzuführen ist das Grundentgelt „im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 9“. Durch diesen Verweis ist jenes **Grundentgelt** betragsmäßig anzuführen, das auch **tatsächlich vereinbart** wurde. Wurde trotz Pauschalentgeltvereinbarung kein Grundentgelt abgemacht, greift ohnehin die Sanktion des § 2g AVRAG, weil bereits der Arbeitsvertrag das Grundentgelt nicht anführt. Enthält aber der Dienstzettel ein vom Arbeitsvertrag abweichendes Grundentgelt, wird nicht das Grundentgelt iSd § 2 Abs 1 Z 9 AVRAG, wonach das aus dem Arbeitsvertrag resultierende Entgelt anzugeben ist, angeführt und die Rechtsfolge des § 2g AVRAG ausgelöst. Gleiches gilt auch, wenn der Dienstzettel nur irrtümlich, etwa wegen einer falschen Einstufung in das kollv-liche Entgeltsschema, ein nicht vereinbartes Grundentgelt anführt.<sup>24</sup>

**Nicht betragsmäßig anzuführen** sind hingegen die **anderen Entgeltbestandteile**, die das Pauschalentgelt neben dem Grundentgelt einschließt.<sup>25</sup> Diese sind zwar gem § 2 Abs 2 Z 9 AVRAG ebenso in den Dienstzettel aufzunehmen, deren fehlerhafte Aufnahme löst aber nicht die Rechtsfolge des § 2g AVRAG aus.

## B. Rechtsfolge (Sanktion)

Sowohl Arbeitsvertrag als auch Dienstzettel haben den Grundgehalt oder -lohn anzuführen, wenn sie das Entgelt als Gesamtsumme enthalten, die neben dem Grundgehalt oder -lohn noch einen weiteren Entgeltbestandteil einschließt. Wird dieses Grundentgelt nicht angeführt, enthält § 2g AVRAG selbst die Sanktion der Pflichtverletzung. Die Sanktion des § 2g AVRAG ist aber **nicht**, dass die **Pauschalentgeltvereinbarung nichtig oder anfechtbar** ist, sondern dass der AN zwingend Anspruch auf den sog Ist-Grundgehalt oder Ist-Grundlohn erhält. Die Sanktion ist aber auch **nicht**, dass das **Ist-Grundgehalt oder der Ist-Grundlohn zum vereinbarten Grundentgelt** wird,<sup>26</sup> weshalb die Abwendung der Sanktion durch die nachträgliche Korrektur des Dienstzettels möglich ist (vgl Rz 13).

### 1. Ist-Grundgehalt, Ist-Grundlohn

Als Ist-Grundgehalt oder Ist-Grundlohn („**Ist-Grundentgelt**“) bezeichnet § 2g AVRAG „den Grundgehalt oder -lohn einschließlich der branchen- und ortsüblichen Überzahlungen, der am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmer/innen von vergleichbaren Arbeitgeber/innen gebührt“. Auf den ersten Blick ist anzunehmen, dass mit „**Grundgehalt oder -lohn**“ dasselbe gemeint ist wie der im ersten Satzteil des § 2g S 1 AVRAG schon zweifach erwähnte Grundgehalt oder -lohn, nämlich jenes Entgelt, das dem AN allein für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft während der vereinbarten Normalarbeitszeit gebührt, frei von anderen Entgeltbestandteilen wie Zuschlägen, Zulagen usw. Allerdings verlangt das Erfordernis des Einschlusses branchen- und ortsüblicher Überzahlungen im Grundentgelt doch einen Unterschied zum Grundgehalt oder -lohn des ersten Satzteils des § 2g S 1 AVRAG, der diese Überzahlungen von sich aus nicht einschließt. Dieser Unterschied liegt darin, dass das Grundentgelt des ersten Satzteils des § 2g S 1 AVRAG (vgl Rz 23) zwischen AN und AG vereinbart ist,

24 AA Risak, ZAS 2016, 61.

25 Schrank, RdW 2016, 32.

26 Missverständlich daher Risak, ZAS 2016, 59, wonach das angemessene Ist-Grundgehalt „als Grundgehalt vereinbart“ gelte.

das Grundentgelt hier im zweiten Satzteil des § 2g S 1 AVRAG jedoch gerade keine Frage der Vereinbarung ist, sondern dem Arbeitsverhältnis von außen vorgegeben wird. Diesen Unterschied möchte § 2g AVRAG mit dem Legalbegriff „Ist-Grundgehalt, Ist-Grundlohn“ zum Ausdruck bringen, den die Rechtsordnung sonst an keiner anderen Stelle verwendet. Unglücklich ist dieser Gesetzesausdruck insofern, als im Arbeitsrecht und in der Personalverrechnung mit dem „Ist-Gehalt“ bzw „Ist-Lohn“ üblicherweise gerade in umgekehrter Weise das tatsächlich vereinbarte Entgelt zum Unterschied des von der Rechtsordnung vorgegebenen Mindestentgelts bezeichnet wird.

- 30 Mit „Überzahlung“ meint § 2g AVRAG die Differenz zwischen einem durch Gesetz, KollV oder V zwingenden Entgeltanspruch und einem durch Arbeitsvertrag vereinbarten höheren Entgelt. Voraussetzung ist aber, dass auch die Überzahlung nur für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft während der vereinbarten Normalarbeitszeit gebührt. Dementsprechend sind andere Entgeltbestandteile, die branchen- und ortsüblich gezahlt werden, für das Ist-Grundentgelt nicht zu berücksichtigen. Andernfalls käme es zu einer doppelten Berücksichtigung: Wird beispielsweise branchenüblich ein übergesetzlicher und überkollv-licher Überstundenzuschlag gewährt und schlösse die Überzahlung diesen Zuschlag ein, so erhielte der AN diesen Überstundenzuschlag abermals auf das um diesen Zuschlag erhöhte Ist-Grundentgelt. Die Herausnahme dieses branchen- und ortsüblich höheren Überstundenzuschlags aus der Überzahlung hat auch zur Folge, dass der AN über § 2g AVRAG keinen Anspruch darauf hat, wenn dieser Zuschlag nicht mit ihm vereinbart war.
- 31 Die Überzahlung, die das Ist-Grundentgelt enthält, ist „branchen- und ortsüblich“, muss also beides, branchenüblich und ortsüblich, sein. Die **Branche** ergibt sich aus der wirtschaftlichen Tätigkeit des AG und ist in etwa so breit zu sehen, wie der Kreis der Fachgruppen bzw -verbände der Wirtschaftskammern reichen, während die Wirtschaftstätigkeitsklassifikation nach ÖNACE zu detailliert erscheint. Dementsprechend wird sich die Abgrenzung der Branche auch am anwendbaren KollV orientieren. Die **Ortsüblichkeit** ist am Arbeitsort zu lokalisieren, wobei nicht auf die Üblichkeit innerhalb des Betriebs des AG abzustellen ist, sondern auf die Üblichkeit am Betriebsort.<sup>27</sup>
- 32 Heranziehen ist jene branchen- und ortsübliche Überzahlung, die am Arbeitsort **vergleichbaren AN von vergleichbaren AG** gebührt. Kriterium der Vergleichbarkeit der AN ist die vereinbarte Arbeitsleistung des AN sowie die sich daraus ergebende Position des AN im Betrieb;<sup>28</sup> nur für diese Arbeitsleistung erhält der AN sein Entgelt. Auf Seite des AG ist nicht nur die Wirtschaftstätigkeit Vergleichskriterium, sondern es sind auch andere Umstände wie Betriebsgröße, Beschäftigtenzahl oder Umsatzstärke zu beachten. Fehlt jedoch am Arbeitsort ein vergleichbarer AG, so führt dies nicht gleich dazu, dass das Ist-Grundentgelt keine ortsüblichen Überzahlungen enthalten kann, sondern der Vergleich ist auf vergleichbare AG außerhalb des Betriebsorts auszudehnen.
- 33 Mit dem Ist-Grundentgelt wird in § 2g AVRAG ein Bezug zur rechtstatsächlichen Arbeitswelt hergestellt und nicht allein auf die durch Gesetz, KollV und V konstruierte Sollensordnung, dies führt aber gleichzeitig zu mitunter erheblichen Schwierigkeiten bei der Feststellung des Sachverhalts. Denn die Höhe des Ist-Grundentgelts ist eine **Tatfrage**, die das Gericht im Rah-

27 ErläutRV 903 BlgNR 25. GP 1 und AB 948 BlgNR 25. GP 1: „Region“; ähnlich auch *Maca*, DRDainfas 2016, 307: „regionalen Gegebenheiten am Arbeitsort“.

28 Die ErläutRV 903 BlgNR 25. GP 1 und der AB 948 BlgNR 25. GP 1, beziehen sich auf die Ausbildung und Berufserfahrung des AN.

men seiner freien Beweiswürdigung zu lösen hat.<sup>29</sup> IdR wird es dazu einen **Sachverständigen** oder verlässliche statistische Daten<sup>30</sup> heranziehen, allenfalls den Betrag nach freier Überzeugung gem § 273 Abs 1 ZPO festsetzen müssen. Dieser Vergleich mit der rechtstatsächlichen Arbeitswelt ist nichts grundlegend Neues, sondern bereits an anderer Stelle der Rechtsordnung realisiert, so etwa in § 10 AÜG für den Entgeltanspruch der überlassenen Arbeitskraft oder in § 3 Abs 2 LSD-BG (vormals § 7 AVRAG) für den Entgeltanspruch jener AN, deren AG nicht kollv-unterworfen sind. Auch bei der Bestimmung des Ortsgebrauchs nach § 6 Abs 1 AngG wird auf vergleichbare Unternehmen am Standort des AG abgestellt.<sup>31</sup>

## 2. Zwingender Anspruch

Auf das Ist-Grundentgelt hat der AN zwingend Anspruch. Dieser zwingende Anspruch ist **34** jedoch nur auf **jene Entgeltbestandteile beschränkt, die vom Pauschalentgelt eingeschlossen** sind. Wird beispielsweise neben dem fixen Stundenlohn eine Überstundenpauschale ver einbart, führt aber der Dienstzettel den Grundlohn nicht betragmäßig an, so ist der höhere Ist-Grundlohn nur für die Berechnung des Überstundengrundlohns und des Überstundenzuschlags heranzuziehen, nicht aber für die Berechnung der Normalarbeitsstunden oder Mehrarbeitsstunden; denn letztere werden von der Überstundenpauschale nicht erfasst. Weil hingegen beispielsweise bei einer All-in-Vereinbarung auch die Abgeltung der Normalarbeitszeit enthalten ist, ist der Berechnung dieser Normalarbeitszeit das höhere Ist-Grundentgelt zu grunde zu legen.<sup>32</sup>

Das Wort „zwingend“ drückt aus, dass dieser gesetzliche Anspruch durch Vereinbarung nicht abbedungen werden kann. Gem § 16 AVRAG handelt es sich dabei aber um einen **relativ zwingenden Anspruch**, weshalb der AN weiterhin Anspruch auf ein tatsächlich vereinbartes, aber im Dienstzettel nicht betragmäßig angeführtes Grundentgelt behält, das höher ist als das Ist-Grundentgelt des § 2 g AVRAG. Ist hingegen das vereinbarte Grundentgelt niedriger als das Ist-Grundentgelt, ist letzteres zur Deckungsprüfung der Pauschalentgeltvereinbarung heranzuziehen.

## 3. Kollektivvertragsdispositivität

Das Ist-Grundentgelt ist der Berechnung der abzugeltenden Entgeltbestandteile nur soweit **36** zugrunde zu legen, wie „der Kollektivvertrag in Bezug auf die Berechnung von Entgeltbestandteilen nicht Abweichendes vorsieht“. Damit erhält der **KollIV** die Kompetenz, von der Rechtsfolge des § 2 g AVRAG **abzuweichen oder diese gänzlich aufzuheben**. § 2 g AVRAG wird damit kollv-dispositiv. Ob der KollIV tatsächlich vom relativ zwingenden Anspruch des AN, das Ist-Grundentgelt als Berechnungsbasis für den Fall heranzuziehen, wenn Arbeitsvertrag oder Dienstzettel das vereinbarte Grundentgelt nicht betragmäßig anführen, abweicht, ist durch Auslegung des KollIV zu ermitteln. Dabei wird insb mit zu berücksichtigen sein, ob der KollIV die Möglichkeit der Pauschalentgeltvereinbarung bei der Festlegung der Entgeltbasis kollv-licher Zulagen bedacht hat. Allein aus dem Umstand, dass ein KollIV beispielsweise die Höhe einer Zulage und gegebenenfalls ihre Berechnungsgrundlage selbst regelt, lässt sich noch nicht ableiten, dass der KollIV auch im Anlassfall des § 2 g AVRAG die Heranziehung

29 Peschek, ecolex 2016, 71: „keine leichte Aufgabe“; Risak, ZAS 2016, 60: „nicht immer einfach“.

30 Zu dieser Schwierigkeit vgl Maca, DRdA-infas 2016, 307.

31 Vgl Schrammel in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 6 Rz 20; Löschnigg in Löschnigg, AngG § 6 Rz 185 ff.

32 Vgl dazu Peschek, ecolex 2016, 71.