© **FM Forum Business Solutions GmbH**
A-1200 Wien, Dresdner Straße 45
E-Mail: kundenservice@forum-media.at

Dienstvertrag – Textbaustein Überstundenpauschale, All-In-Vereinbarung

Überstundenpauschale

Es wird vereinbart, dass mit dem überkollektivvertraglichen Gehalt in Höhe von EUR … brutto (darin ist ein kollektivvertraglicher Bezug iHv EUR … brutto für die Normalarbeitszeit enthalten) insgesamt 15 Mehr- und Überstunden abgegolten sind. Darüber hinausgehende Überstunden werden ausschließlich in Zeit abgegolten.

Es bleibt dem Dienstgeber vorbehalten, die Überstundenpauschale jederzeit einseitig zu widerrufen. In diesem Fall wird ab dem Zeitpunkt des Widerrufes auf eine Einzelverrechnung übergegangen.

All-In-Vereinbarung

Es wird vereinbart, dass mit dem überkollektivvertraglichen Bezug in Höhe von EUR … brutto (darin ist ein kollektivvertraglicher Bezug iHv EUR … brutto für die Normalarbeitszeit enthalten), sämtliche vom Dienstnehmer geleisteten Mehr- und Überstunden, einschließlich derjenigen, die aus Arbeiten resultieren, die an Samstag, Sonn- oder Feiertagen geleistet wurden, abgegolten sind. Es bleibt dem Dienstgeber vorbehalten, die Pauschale jederzeit einseitig zu widerrufen. In diesem Fall gelangt das kollektivvertraglich festgesetzte Gehalt zur Auszahlung, sämtliche bislang von der Pauschale abgedeckten Leistungen werden im Wege der Einzelverrechnung abgerechnet.

Anmerkungen:

1 Eine bestimmte **Form** ist für eine Pauschalierungsvereinbarung nicht erforderlich: Sie kann durch Einzelvertrag entweder ausdrücklich oder schlüssig getroffen werden, ohne dass es auf deren Bezeichnung ankäme (OGH 9 ObA 218/90). Dem Arbeitnehmer muss aber bei Vertragsabschluss erkennbar sein, was mit der gewährten Pauschale abgegolten sein soll (zB Normallohn und Überstundenzuschlag nach § 10 AZG) und dass es sich um eine Pauschalierungsvereinbarung handelt (RIS-Justiz RS0051519).

2 Pauschalierungsvereinbarungen betreffend die Überstundenvergütung sind zulässig. Auf die konkrete Bezeichnung kommt es dabei nicht an, sofern nur dem Arbeitnehmer bei Vertragsabschluss erkennbar ist, dass mit dem gewährten Entgelt auch die Überstunden abgegolten sein sollen.

3 **Echte Überstundenpauschale:** Bei der echten Überstundenpauschale wird eine bestimmte Anzahl von zu leistenden Überstunden vereinbart. Diese wird, vorausgesetzt die Überstunden wurden tatsächlich geleistet, mit dem gebührenden Zuschlag abgerechnet und abgegolten.

Unechte Überstundenpauschale: Auch bei der unechten Überstundenpauschale wird eine bestimmte Anzahl an zu leistenden Überstunden vereinbart. Im Gegensatz zur echten Pauschale werden diese aber unabhängig von ihrer tatsächlichen Erbringung abgegolten. Der Pauschalbetrag steht auch zu, wenn die Überstunden nicht oder nicht mehr anfallen.

Grundsätzlich bestehen folgende Überstundengrenzen:

- Pro Woche sind maximal **20 Überstunden** zulässig. Ein Jahres-Kontingent an Überstunden, welches nicht überschritten werden darf, besteht nicht mehr.
- Es darf eine Tagesarbeitszeit von **zwölf Stunden** nicht überschritten werden (statt vorher 10 Stunden).
- Gem § 8 AZG neu kann die Arbeitszeit zur Vornahme von Vor- und Abschlussarbeiten unter gewissen Voraussetzungen um eine weitere halbe Stunde ausgedehnt werden.

- Die **maximale Wochenarbeitszeit** beträgt gem § 9 AZG grundsätzlich **60 Stunden** (statt vorher im Regelfall 50 Stunden).
- § 7 Abs 2, 4 und 4a AZG wurden ersatzlos gestrichen, § 7 Abs 5 geändert.
- Überstunden setzen – wie bisher – einen **erhöhten Arbeitsbedarf** voraus.
- Die durchschnittliche Wochenarbeitszeit darf innerhalb eines **Durchrechnungszeitraumes von 17 Wochen 48 Stunden** nicht überschritten werden (wie bisher).

Hinweis:

Ob die oben beschriebenen neuen Arbeitszeitgrenzen im Einzelfall tatsächlich ausgeschöpft werden können, ist davon abhängig, was im Arbeitsvertrag des betroffenen Dienstnehmers, dem anwendbaren Kollektivvertrag und in den maßgeblichen Betriebsvereinbarungen vereinbart wurde.

Hinweis:

Die 11. und 12. tägliche Arbeitsstunde stellt im Regelfall eine **zuschlagspflichtige Überstunde** dar.

§ 6 Abs 1 AZG sieht nämlich vor, dass eine Überstunde immer dann anzunehmen ist, wenn

- die Grenzen der nach §§ 3 bis 5a AZG zulässigen wöchentlichen Normalarbeitszeit überschritten werden oder
- die **tägliche Normalarbeitszeit** überschritten wird, die sich aufgrund der Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit gem §§ 3 bis 5a und 18 Abs 2 AZG ergibt.

Die Normalarbeitszeit gem §§ 3 ff AZG wurde durch die Arbeitszeitnovelle 2018 nicht geändert. Sie beträgt 8 Stunden täglich, soweit keine Ausnahme greift. Die 11. und 12. Arbeitsstunde stellen daher im Regelfall zuschlagspflichtige Überstunden dar.

4 Bei einer **All-In-Vereinbarung** einigen sich Dienstnehmer und Dienstgeber darauf, dass allfällige Überstunden bereits im Arbeitsentgelt enthalten sind und nicht gesondert entlohnt werden. Die Pauschale ist auch dann in voller Höhe auszuzahlen, wenn keine oder weniger Überstunden geleistet werden, als durch die Überzahlung abgedeckt sind. Im Vergleich zu einer Überstundenpauschale, findet in der All-In-Vereinbarung, eine höhere Anzahl an Überstunden Deckung, deren Grundlohn nach der Rechtsprechung „nur“ nach dem angemessenen Entgelt bzw dem kollektivvertraglichen Mindestentgelt bemisst.

1. Im Rahmen der All-In-Vereinbarung darf jedoch der Dienstnehmer nicht schlechter gestellt werden, als er ohne dieser Vereinbarung stünde. Der Dienstgeber ist daher verpflichtet eine Vergleichsrechnung vorzunehmen. Sind die Überstunden durch die Pauschale nicht gedeckt, so sind diese zusätzlich abzugelten.
2. Bei pauschalen Entgeltvereinbarungen muss seit 01.01.2016 die Höhe des Grundgehalts angegeben werden. Ist dies nicht der Fall, hat der Dienstnehmer zwingend Anspruch auf den branchen- und ortsüblichen Normalstundenlohn (Ist-Lohn), der am Arbeitsort vergleichbaren Dienstnehmern von vergleichbaren Dienstgebern gebührt. Der branchen- und ortsübliche Normalstundenlohn ist der Berechnung der abzugeltenden zeitbezogenen Entgeltbestandteile zugrunde zu legen. Der Arbeitnehmer hat damit einen doppelten Vorteil: einerseits einen höheren Grundlohn, andererseits eine eindeutige Grundlage für die Geltendmachung bzw Berechnung der über die Pauschale hinaus geleisteten Überstunden.
3. Dem Dienstnehmer ist bei Fälligkeit des Entgelts eine schriftliche, übersichtliche, nachvollziehbare und vollständige Abrechnung von Entgelt und Aufwandsentschädigungen zu übermitteln. Die Abrechnung kann dem Dienstnehmer auch auf elektronischem Weg zur Verfügung gestellt werden.
4. Der Anspruch von Dienstnehmern auf eine vereinbarte Überstundenpauschale ruht während der Elternteilzeit. Wurde eine All-in-Vereinbarung getroffen, wird während der Elternteilzeit ausschließlich jener Teil des Arbeitsentgelts gekürzt, der zusätzlich zum Grundentgelt für die Leistung von Mehr- und Überstunden vereinbart

ist. Für erbrachte Mehr- und Überstunden hat der/die Elternteilzeitbeschäftigte selbstverständlich Anspruch auf eine entsprechende Vergütung. Diese erfolgt dann nicht pauschal, sondern per Einzelverrechnung der erbrachten Mehrleistungen. Dass die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getroffene Entgeltvereinbarung keinen Widerrufsvorbehalt der Überstundenpauschale enthält, hat keinen Einfluss auf diesen Umstand. Bei einer wirksam vereinbarten Überstundenpauschale besteht zwar die Möglichkeit zu vereinbaren, dass diese vom Arbeitgeber widerrufen oder unter bestimmten Umständen auf Einzelverrechnung übergegangen werden kann (RS0051758), ein Widerrufsvorbehalt ist aber keine unabdingbare Voraussetzung für die Kürzung des Entgelts eines Elternteilzeitbeschäftigten um die Überstundenpauschale.

5. Wird laut einer Formulierung in einer All-In-Vereinbarung davon ausgegangen, „dass im Durchschnitt 25 Mehr- und Überstunden pro Monat geleistet werden“, so muss diese Formulierung so verstanden werden, dass Überstunden in diesem Ausmaß vom Arbeitgeber verlangt werden können, bei Bedarf zu leisten sind und mit dem Fixgehalt pauschal abgegolten werden. Diese Formulierung lässt damit eine ausreichende Abgrenzung eines bestimmten Überstundenanteils in zeitlicher Hinsicht, der pauschal abgegolten werden soll, zu. Ist in einem Dienstvertrag überhaupt kein Grundgehalt bzw kollektivvertragliches Mindestgehalt vereinbart worden, so dient im Fall der Elternteilzeit das kollektivvertragliche Mindestentgelt als Grundlage für die Herausrechnung der Mehr- und Überstunden (vgl OGH 8 ObA 22/22a).

5 Bei der Vereinbarung einer Überstundenpauschale gilt es folgende wichtige Punkte zu beachten:

1. Eine Vereinbarung über die Bezahlung eines Überstundenpauschales verpflichtet den Dienstnehmer nicht automatisch, Überstunden zu leisten. Eine Leistungsverpflichtung muss explizit vereinbart werden.
2. Die Anzahl der bezahlten Überstunden und die tatsächlich geleisteten Überstunden sind nach einem Beobachtungszeitraum (in der Regel ein Kalenderjahr) gegenüber zu stellen. Die Überstundenpauschale darf aber im Durchschnitt eines längeren Zeitraums nicht geringer sein als die zwingend zustehende Überstundenvergütung.
3. Wenn der Dienstnehmer im Beobachtungszeitraum weniger Überstunden leistet, als mit dem Überstundenpauschale bezahlt wurden, so ist weder das Überstundenpauschale zurück zu erstatten, noch sind die fehlenden Überstunden zu einem späteren Zeitpunkt nach zu leisten.
4. Wenn der Dienstnehmer im Beobachtungszeitraum mehr Überstunden leistet, als mit dem Überstundenpauschale bezahlt wurden, so sind ihm diese zusätzlich zu bezahlen. Andernfalls liegt eine Unterentlohnung vor, die zu einer Verwaltungsstrafe führen kann.
5. Die Bezahlung eines Überstundenpauschales kann nur mittels einer ausdrücklichen Widerrufsvereinbarung einseitig entzogen werden. Andernfalls ist es weiter zu bezahlen – auch wenn keine Überstunden mehr geleistet werden.
6. Das Überstundenpauschale ist ein Teil des Entgelts, und somit bei allen Bemessungen, die auf dem Entgelt beruhen, zu berücksichtigen. Dazu gehören ua: Abfertigung, Urlaubsentgelt, Feiertagsentgelt.
7. Falls der Dienstnehmer grundsätzlich Überstunden leistet, so gelten diese im Urlaub, während des Krankenstandes bzw an einem Feiertag ebenfalls als erbracht.
8. Nur für Überstunden, die auch tatsächlich geleistet werden, kann die Steuerbefreiung in Anspruch genommen werden.

Inwieweit die erbrachten Überstunden durch die Überstundenpauschale tatsächlich abgedeckt sind, hat grundsätzlich der Arbeitgeber zu überprüfen (vgl OGH 9 ObA 39/03f). Die Überstundenpauschale darf aber im Durchschnitt eines längeren Zeitraums nicht geringer sein als die zwingend zustehende Überstundenvergütung (vgl OGH 8 ObA 29/10p).

Wird ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber dienstfrei gestellt wird, so hat er nach § 1155 ABGB jedenfalls Anspruch auf das Entgelt, das ihm gebührt, wenn er seine Arbeit verrichtet hätte. Davon sind auch Überstundenentgelte, allfällige Zuschläge und die Überstundenpauschale umfasst (vgl OGH 8 ObA 79/04g).

6 Verfall des Überstundenentgelts bei Pauschalvereinbarung: Bei einer Pauschalvereinbarung kann die Frist für den Verfall von Überstundenentgelt nicht vor dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, zu dem ein Anspruch erstmals geltend

gemacht werden kann. In der Regel ist dieser Zeitpunkt mit dem Ende des Durchrechnungszeitraums anzusetzen. Dieser ist mangels anderer Vereinbarung das Kalenderjahr. Durchrechnungszeitraum für Überstundenpauschale ist (mangels abweichender Vereinbarung) das Kalenderjahr (OGH 9 ObA 28/17h).

Eine Verjährung der Überstundenvergütung tritt im Regelfall ein, wenn der Arbeitnehmer sein Recht auf Überstundenvergütung nicht binnen 3 Jahren gerichtlich geltend macht (vgl § 1486 Z 5 ABGB). Es handelt sich gem § 1502 ABGB um eine Frist, die durch Vereinbarung verkürzt werden kann. Für den Beginn des Laufes der dreijährigen Verjährungsfrist nach § 1486 Z 5 ABGB ist der Zeitpunkt entscheidend, zu dem der Geltendmachung des Anspruches kein rechtliches Hindernis (zB mangelnde Fälligkeit) mehr entgegensteht (vgl OGH 9 ObA 87/13d).

7 Überstundenpauschale und Minderleistung

Wurde eine Pauschalentlohnung von Überstunden ohne Vorbehalt des Widerrufs vereinbart, ist diese fester Entgeltbestandteil geworden und kann auch bei Verringerung der Überstundenleistung des Arbeitnehmers unter das seinerzeit zugrundegelegte Ausmaß vom Arbeitgeber nicht einseitig widerrufen werden. Es sei denn, diese Möglichkeit wurde ausdrücklich vereinbart (zB Entzug der Pauschale wegen Minderleistung des Arbeitnehmers, vgl OGH 8 ObA 2/23m).

8 Überstundenpauschale und Schwangerschaft

Gesichert wird nach § 14 Abs 1 MSchG der Durchschnittslohn, der sich aus Normallohn (Gehalt) einschließlich aller Zulagen und Zuschläge errechnet. Nicht umfasst von der Weiterzahlungspflicht des Dienstgebers ist das Entgelt für die Leistung von Überstunden, selbst wenn zulässigerweise ein Überstundenpauschale vereinbart war. Auch bei Weiterbeschäftigung der schwangeren Dienstnehmerin können daher Verdiensteinbußen dadurch eintreten, dass sie keine Überstunden mehr leisten darf. Über die Normalarbeitszeit hinausgehende Mehrleistungen sollen während Schwangerschaft und Stillzeit nicht fortgezahlt werden, wenn sie tatsächlich nicht mehr erbracht werden (vgl OGH 8 ObA 35/21m).

9 Deckungsprüfung

Bei der Deckungsprüfung wird die Überstundenpauschale jenem fiktiven Betrag gegenüber gestellt, den der Dienstnehmer erhalten hätte, wenn die tatsächlich geleisteten Überstunden am Ende des Beobachtungszeitraums einzeln abgerechnet worden wären. Überschreitet dieser Gegenwert den Betrag der Überstundenpauschale, so ist dem Arbeitnehmer die Differenz nachzuzahlen.

Für die Durchführung der Deckungsprüfung sind folgende Schritte zu empfehlen:

1. Ermittlung des Beobachtungszeitraumes (im Zweifel ein Jahr)
2. Berechnung der Mindestansprüche des Arbeitnehmers:
    - Welches Gehalt/welcher Lohn wurde für die Normalarbeitszeit vereinbart?
    - Welche Mehr- und Überstunden wurden tatsächlich geleistet?
    - Welche fiktiven Mehr- und Überstunden ergeben sich aufgrund des Ausfallsprinzips?
    - Was soll die Pauschale sonst noch abdecken?
    - AZG und/oder Kollektivvertrag anwendbar?
    - Welche Mindestansprüche ergeben sich daraus?
3. Vergleich: Mindestansprüche und Pauschalentlohnung
    - Wenn zwischen den Mindestansprüchen und der Pauschalentlohnung eine Entgeltdifferenz zu Lasten des Arbeitnehmers entstanden ist, hat eine Nachzahlung zu erfolgen.
    - Werden weniger Überstunden geleistet, als durch die Pauschalentgeltvereinbarung abgegolten ist, kanr die daraus resultierende „Überzahlung“ vom Arbeitnehmer nicht zurückgefordert werden. Gleiches gilt, wenn überhaupt keine Mehr- und Überstunden geleistet wurden.
    - Zur Berechnung der Mindestansprüche wird bei echten Überstundenpauschalen grundsätzlich der IST-Lohn für die Normalarbeitszeit zuzüglich der auf dieser Basis berechneten Überstundenentgelte (tatsächlich geleistete Überstunden zuzüglich der Überstunden aufgrund des Ausfallsprinzips)

herangezogen.

- Bei Berechnung der Mindestansprüche ist ua zu berücksichtigen, ob zum Beispiel kollektivvertraglich besondere Überstundenteiler oder Zuschläge vorgesehen sind.

All-In-Vereinbarungen: Berechnungsbasis der Mehrleistungen ist der Grundlohn. Dieser ist jedoch erst seit 01.01.2016 verpflichtend in Dienstverträgen oder Dienstzetteln anzugeben. Fehlt die Angabe des betragsmäßigen Grundlohns, gestaltet sich die Deckungsprüfung schwierig. In diesem Fall ist der Deckungsprüfung der Grundlohn einschließlich der branchen- und ortsüblichen Überzahlung, der am Arbeitsort vergleichbaren Dienstnehmer von vergleichbaren Dienstgebern gebührt (Ist-Grundlohn), zugrunde zu legen. Dies kann zu einer nicht unbeträchtlichen Verteuerung der Mehrleistungen führen.

Der Dienstgeber ist verpflichtet, die Deckungsprüfung von sich aus am Ende des vereinbarten Beobachtungszeitraumes vorzunehmen. Sofern eine Vereinbarung keine abweichende Regelung vorsieht, ist der Durchrechnungszeitraum für eine Überstundenpauschale das Kalenderjahr (OGH 9 ObA 166/13x).

Beispiel: Deckungsprüfung

Der kollektivvertragliche Grundlohn bei einer 40-Stunden-Woche beträgt EUR 2.000,–. Der Dienstnehmer leistet 20 Überstunden im Monat.

Der Gesamtentgeltanspruch beträgt EUR 2.346,82 (Überstundenberechnung: EUR 2.000,– : Überstundenteiler 173 x Überstundenzuschlag 1,5 x 20 Überstunden = EUR 346,82).

Beträgt das Gesamtentgelt laut „All-In“-Vertrag nur EUR 2.300,–, so steht dem Dienstnehmer die Nachzahlung der Differenz von EUR 46,82 zu, da zumindest der KV-Grundlohn samt Mehrleistungszuschlag für die geleisteten Stunden gewahrt sein muss.

In Zusammenhang mit dem LSD-BG wäre auch der Verwaltungsstraftatbestand der Unterentlohnung gegeben. Der Dienstnehmer wäre im Anspruch auf kollektivvertragsentsprechende Abgeltung des KV-Lohns bzw des gesetzlichen Überstundenzuschlags verkürzt worden. Dies wäre auch dann der Fall gewesen, wenn nach dem anzuwendenden Kollektivvertrag ein anderer Überstundenteiler (zB 150 statt 173) anzuwenden gewesen wäre.