

## AKTUELLES

RA Mag. Kristina Silberbauer

# Ist während der Elternteilzeit das um einen Überstundenanteil verminderte All-in-Gehalt zu aliquotieren?

» PVP 2022/63

### Anmerkungen des Chefredakteurs:

Mag. *Kristina Silberbauer* schreibt regelmäßig in der Tageszeitung „DerStandard“ **Gastbeiträge**, die deshalb Kultstatus unter rechtsinteressierten Lesern haben, weil sie es perfekt schafft, Informationen praxisbezogen, verständlich und unterhaltsam zu vermitteln. Ein Anfang Juni erschienener **Gastbeitrag** (<https://bit.ly/STANDARD-All-in-ETZ>) ist **Anlass** für diesen **Fachartikel**. Über 140 Postings (!) zu diesem Gastbeitrag enthielten (a) zahlreiche **Fragen** und (b) **Fehlmeinungen** zu **All-in-Gehältern**.

Die **interessantesten Postings** (siehe: <https://bit.ly/STANDARD-urban-legends-zu-all-in>) **beantwortet** Mag. *Kristina Silberbauer* in diesem Artikel.

Im Folgenden **analysiert** die Autorin das Urteil des **OLG Wien** 17. 12. 2021, 9 Ra 92/21x, dessen Kernaussagen lauten:

1. Bezieht ein Dienstnehmer ein **All-in-Gehalt** und ist der Anteil der zu leistenden **Mehr- und Überstunden bestimmbar**, ruht der **Anteil** für diese **Mehrleistungen** während einer nach dem Mutterschutzgesetz bzw Väterkarenzgesetz in Anspruch genommenen Elternteilzeit.
2. Werden während der Elternteilzeit **Mehr- oder Überstunden geleistet**, obwohl dazu keine Verpflichtung besteht, dann sind die erbrachten Mehrleistungen durch **Einzelverrechnung** zu vergüten.

### Verwendete Abkürzungen in diesem Beitrag:

**ASG** ... Arbeits- und Sozialgericht//**AZG** ... Arbeitszeitgesetz//**DG** ... Dienstgeber/in//**dh** ... das heißt//**DN** ... Dienstnehmer/in//**DV** ... Dienstvertrag bzw Dienstverhältnis//**ETZ** ... Elternteilzeit//**iHv** ... in Höhe von//**KV** ... Kollektivvertrag//**MSchG** ... Mutterschutzgesetz//**oa** ... oben angesprochene//**OGH** ... Oberster Gerichtshof//**OLG** ... Oberlandesgericht//**ÜP** ... Überstundenpauschale//**ÜSt** ... Überstunden//**VKG** ... Väterkarenzgesetz//**WoStd** ... Wochenarbeitsstunden

### A) Sachverhalt

Seit 2016 ist ein Bankangestellter – zuletzt vor der ETZ mit 38,5 Wochenstunden – in der Bank beschäftigt. Sein **All-in-Gehalt** betrug vor ETZ **€ 8.028,32** brutto. Laut DV war er verpflichtet, wenn entsprechende betriebliche Erfordernisse vorliegen, monatlich im **Durchschnitt 25 Mehr- und ÜSt** zu leisten.

Am 20. 5. 2020 trat der DN eine **ETZ** mit **30,75 Stunden** an.

#### 1. Das während der Elternteilzeit zu bezahlende Gehalt aus Sicht des *Dienstgebers*

Der **DG berechnete** das während der **ETZ** zu bezahlende **Gehalt** wie folgt:

**Schritt 1:** Er **verringerte** den All-in-Bezug (€ 8.028,32) um den von ihm errechneten Wert der 25 Mehr- und ÜSt, die der All-in-Bezug abdeckt (€ 1.417,39) → um Mehr- und ÜSt-Anteil reduzierter All-in Bezug: € 6.610,93.

**Schritt 2:** Danach **aliquotierte** er diesen Betrag entsprechend der während der ETZ verringerten WoStd: € 6.610,93 : 38,5 WoStd x 30,75 WoStd = **€ 5.280,16**

## 2. Das während der Elternteilzeit zu bezahlende Gehalt aus Sicht des Dienstnehmers

Der **DN klagte** und **forderte**, dass sein während der **ETZ** zu bezahlendes **Gehalt € 6.412,23** (= € 8.028,32 : 38,5 WoStd x 30,75 WoStd) zu betragen hat.

Er vertrat die Ansicht, dass die in seinem Vollzeit-All-in-Gehalt enthaltenen Mehr- und ÜSt-Entgelte zu ignorieren sind, weil deren Anteil nicht bestimmbar sei und daher das All-in-Gehalt um denselben Prozentsatz zu reduzieren ist wie die Arbeitszeit (hier: 20,13 %).

Welche Berechnung ist korrekt?

## B) Entscheidung des OLG Wien 17. 12. 2021, 9 Ra 92/21x

1. Das Erst- und das Berufungsgericht teilten die Ansicht des DN nicht, wonach der im Vollzeit-All-in-Gehalt enthaltene Anteil an Mehr- und ÜSt-Entgelten nicht bestimmbar sei. Der auf die durchschnittlich **25 Mehr- und ÜSt entfallende Anteil** des All-in-Gehalts sei – so das OLG Wien – sehr wohl **bestimmbar**. Bemerkenswerterweise errechneten beide Gerichte diesen „Wert“ – zugunsten des DN – auf Basis des niedrigeren **KV-Mindestgehalts**.
2. Der anzuwendende KV für Angestellte der Banken und Bankiers ordnet in § 26 KV an, dass die über die wöchentliche **Normalarbeitszeit hinausgehende Arbeitsleistung** als **ÜSt-Leistung** zu betrachten ist. Die Vergütung aller die Normalarbeitszeit übersteigenden Arbeitsleistungen hat mittels des **ÜSt-Teilers** von **1:150** und einem **Zuschlag** von **50 %** zu erfolgen.
3. Danach ermittelt sich nach Ansicht des OLG Wien das **Entgelt** für die vom DN im Durchschnitt zu leistenden **25 Mehr- und ÜSt** monatlich ausgehend vom **KV-Mindestgehalt** für die Normalarbeitszeit (= € 3.739,40 brutto) wie folgt: € 3.739,40 brutto : 150 : 2 x 3 = ÜSt-Grundlohn einschließlich 50 % ÜSt-Zuschlag x 25 = **€ 934,85 brutto**.
4. Der um das obige Entgelt für die **25 Mehr- und ÜSt verringerte** All-in-Bezug iHv **€ 7.093,47** (= € 8.028,32 – € 934,85) ist entsprechend der während der ETZ verringerten Wochenarbeitsstunden zu **aliquotieren** auf **€ 5.665,56** (= € 7.093,47 : 38,5 WoStd x 30,75 WoStd).
5. **Ergebnis:** Während der ETZ hat der DN **nicht Anspruch** auf
  - a) den vom **DG** errechneten Bruttomonatsbezug iHv **€ 5.280,16**, auch **nicht** auf
  - b) den vom **ihm** errechneten Bruttomonatsbezug iHv **€ 6.412,23**, sondern
  - c) er hat Anspruch auf einen aliquotierten, um den Wert der Mehr- und Überstunden bereinigten All-in-Bezug iHv **€ 5.665,56**.

## C) Hinweise und Tipps für die Praxis

1. DN in ETZ sind **nicht verpflichtet, Mehrarbeit** zu leisten. Es stellt sich daher die Frage, wie Mütter und Väter in ETZ zu entlohnen sind, die eine ÜP oder ein All-in-Gehalt bezogen haben.
2. **2015** ließ eine **OGH-Entscheidung** zum Thema aufhorchen: Der Anspruch auf eine **ÜP ruht** während der ETZ. Der OGH begründet dies damit, dass der **Vereinbarung** einer **ÜP** die beidseitige **Annahme** zugrunde liegt, dass die **ÜSt** auch tatsächlich **geleistet** werden dürfen (OGH 24. 6. 2015, 9 ObA 30/15z; **PVP 2015/64**, 239 [September-Heft]). Trotz der Teilzeit geleistete Mehr- und ÜSt sind freilich im Wege der Einzelverrechnung zu bezahlen. Auf All-in-Bezüge ging der OGH in diesem Urteil nicht ein.

3. Nun liegt obiges **Urteil** des **OLG Wien** vor mit folgendem **Ergebnis**: Dem DN wird hinsichtlich seines All-in-Bezuges jener **Entgeltteil entzogen**, der für durchschnittliche **Mehr- und ÜSt gewidmet** war, und anschließend wird der reduzierte All-in-Bezug entsprechend der WoStd-Verminderung aliquotiert.
4. Aus Sicht des **OLG Wien** ist **nicht entscheidend**, dass ...
  - a) ... mit dem All-in-Bezug **auch andere Entgeltbestandteile** abgedeckt sind, da hier – wie oben gezeigt – aus dem All-in-Bezug auf Basis des KV-Mindestgehalts der **rauszurechnende Betrag** für die Abgeltung der genannten Anzahl von **Mehr- und ÜSt** einwandfrei ermittelt werden kann;
  - b) ... der deutlich über dem KV-Mindestgehalt liegende All-in-Bezug auch teilweise der **Abgeltung** der **verantwortungsvollen Position** des DN dient;
  - c) ... der DN zur **Leistung** von Mehr- und **ÜSt** auch während der ETZ **bereit** ist, da eine vom DN eingegangene Verpflichtung, Mehr- und ÜSt während der ETZ zu leisten, unwirksam ist. Daher kann der **DG** – trotz DN-Verpflichtungserklärung – auch **nicht fordern**, dass der DN **Mehr- und ÜSt** während der ETZ leistet.
5. Ob der **OGH** die rechtliche Situation bei All-in-Bezügen auch so sieht **wie** das **OLG Wien**, bleibt **abzuwarten**.

#### **D) Antworten auf Fragen bzw Fehlmeinungen in Postings zum Gastbeitrag in „DerStandard“**

„All in bedeutet, dass mit dem gezahlten Entgelt sämtliche Mehr- und Überstunden (und bei entsprechender Formulierung auch Feiertagsarbeitsentgelt, Nacht- und Wochenendzuschläge) abgegolten sind.“

**Antwort: Falsch.**

Auch wenn der Name All-in und die Formulierung in vielen DV dieses Missverständnis nahelegen. Es konnte und kann im Anwendungsbereich von KV (außer bei extrem hohen Überzahlungen) **nicht wirksam vereinbart** werden, dass der DN den **Betrag x als All-in-Bezug** erhält, und damit sind **alle** – dh egal wie viele **Überstunden** der DN macht – **abgegolten**.

Das **All-in** kann **rein rechnerisch** nur eine **bestimmte ÜSt-Anzahl** abdecken, wenn es einen KV-Mindestlohn gibt. Korrekterweise kann das All-in-Gehalt somit nicht **sämtliche** Mehrleistungen abdecken, sondern nur **zur Abgeltung von Mehr- und ÜSt dienen**. Die **Deckungsprüfung am Jahresende** zeigt, ob **mehr ÜSt** geleistet wurden, als mit dem **All-in bezahlt**. Diesfalls muss eine **Nachzahlung** folgen, sonst kann **Lohn- und Sozialdumping** vorliegen und die Organe des Unternehmens haben **Verwaltungsstrafen** zu befürchten.

„Bei All-in-Vereinbarungen muss drinstehen, wie viele Überstunden abgedeckt sind, denn die Personalverrechnung MUSS am Ende des Jahres eine Deckungsberechnung machen. Fehlt diese Überstundenangabe, ist die Vereinbarung rechtswidrig.“

**Antwort: Teilweise falsch.**

**Seit 2016** geschlossene All-in-Vereinbarungen müssen **ausweisen**, welches **Entgelt** für die **Normalarbeitszeit** gebührt („Grundgehalt“). So kann der Normalstundensatz und jener für Überstunden errechnet werden. Die Anzahl der Überstunden muss nicht geregelt sein. Für ältere Verträge (vor 2016) gab es gar keine derartigen Vorgaben.

„Bei einfachen Mitarbeitern ist ein echter All-in gar nicht erlaubt.“

**Antwort: Falsch.**

Es gibt **kein gesetzliches Verbot** von All-in-Gehältern für **bestimmte Personengruppen**, lediglich das **Gebot** (für neuere Verträge), das **Grundgehalt auszuweisen**.

„Ich empfehle niemandem, einen All-in-Vertrag zu unterschreiben; am meisten profitiert der Dienstgeber – die Vorteile für den Dienstnehmer sind nur minimal.“

**Antwort: Falsch.**

Der DN erhält das vereinbarte **All-in auch dann**, wenn er **keine ÜSt** leistet. Es besteht keine Gefahr einer Rückzahlung. Umgekehrt ist es bei den **Unternehmen**: Sie können durchaus trotz All-in-Vereinbarung verpflichtet sein **nachzuzahlen**, wenn der **DN mehr ÜSt** geleistet hat, als durch den **All-in-Bezug abgedeckt** sind.

„Aufgrund der All-in-Vereinbarung, wonach das Gehalt alle Überstunden abdeckt, sind diese Vereinbarungen moderne Sklaverei.“

**Antwort: Falsch.**

Eine „**All-in**“-**Bezahlung** ist eine **Vergütung** der ÜSt, daraus folgt **keinerlei Pflicht** des DN, ÜSt zu leisten.

„Wenn ich mein All-in jahrelang beziehe, ohne die ausgerechneten Überstunden zu leisten, kann der Dienstgeber nicht plötzlich verlangen, dass ich Überstunden leiste.“

**Antwort: Falsch.**

Ist der DN laut DV (oder KV) zu **ÜSt-Leistung verpflichtet**, **bleibt** er das auch dann, wenn er jahrelang nie ÜSt geleistet hat.

Allerdings gilt – unabhängig davon, ob der DN einen All-in-Bezug hat oder ÜSt einzeln bezahlt werden –, dass **ÜSt immer nur dann geleistet werden müssen**, wenn dem **keine berücksichtigungswürdigen Interessen entgegenstehen**.

„Der Vorteil von All-in-Vereinbarungen besteht in der hohen Flexibilität. Ich arbeite, wenn es nötig ist, wenn nicht, kann ich auch einmal am Vormittag Rasen mähen. All-in ist eine Art Vertrauensarbeitszeit.“

**Antwort: Falsch.**

All-in ist eine Form der **ÜSt-Bezahlung** und **nicht der Arbeitszeit**. Ein All-in-Gehalt kann mit fixen Arbeitszeiten kombiniert werden oder mit Gleitzeit etc.

Nur weil man sich auf ein **All-in-Gehalt einigt**, erlangt der DN **nicht** das Recht, sich seine **Arbeitszeit frei** einzuteilen. Ein **gesetzliches Modell** der **Vertrauensarbeitszeit** in dem Sinn, dass der DN nach Gutdünken arbeiten kann, **gibt es** in Österreich **nicht**. Dafür braucht es die Regeln einer **Gleitzeit(betriebs)vereinbarung**.

„Bei echten All-in dürfte es gar keine Stundenaufzeichnungen geben.“

**Antwort: Falsch.**

Ob Arbeitszeiten aufzuzeichnen sind oder nicht, hat mit der ÜSt-Bezahlung nichts zu tun. Für die allermeisten DN ist die **Arbeitszeit zu erfassen**. Wesentliche **Ausnahmen** in der Praxis: Organe, leitende Angestellte gemäß AZG.

„Meine Dienstgeber sind recht human mit der Auslegung der All-in-Vereinbarung. Überstunden, die ich mache, kann ich einfach durch Zeitausgleich abbauen.“

**Antwort: Unlogisch hinsichtlich des Sinn und Zwecks von All-in-Vereinbarungen.**

Soweit das **All-in-Gehalt ÜSt abgilt**, bleibt **kein „Raum“** mehr für **Zeitausgleich**. All-in und Zeitausgleich, das bedeutet **doppelte Bezahlung** der geleisteten **ÜSt**.

DG sollten diese doppelte ÜSt-Abgeltung (All-in-Bezug und Zeitausgleich) unbedingt **vermeiden**, weil sonst der DN aufgrund dieser Vorgehensweise argumentieren könnte, dass sein **bisheriges All-in-Gehalt konkludent (stillschweigend) geändert** wurde auf ein „normales“ Gehalt mit **zusätzlicher ÜSt-Abgeltung durch Zeitausgleich**.

Foto Kurt Pinter



#### Die Autorin:

Mag. **Kristina Silberbauer** ist selbstständige Rechtsanwältin mit Schwerpunkt Arbeitsrecht. Sie berät vor allem mittlere und große Unternehmen in allen Belangen des Arbeitsrechts und vertritt sie vor den Arbeits- und Sozialgerichten österreichweit. Sie hält zahlreiche Fachseminare und publiziert regelmäßig in der Tageszeitung „Der Standard“.

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Silberbauer/Kristina](https://lesen.lexisnexis.at/autor/Silberbauer/Kristina)

# Kinderbetreuungs-geldgesetz



Der Kommentar zur **täglichen Arbeitserleichterung** bietet eine **fundierte** und **praxisnahe** Darstellung der gesamten geltenden nationalen und internationalen Rechtslage zum KBGG und FamZeitbG.

Inkl. Praxisbeispiele und Musterformulare!

#### Die Herausgeberin und der Herausgeber:

Mag. iur. Silvia Holzmann-Windhofer

Mag. iur. Markus Weißböck

2., aktualisierte und erweiterte Auflage

Wien 2022

Preis: € 82,- | 476 Seiten

Best.-Nr. 32111002

ISBN 978-3-7007-8007-6



Weil Vorsprung entscheidet.

**JETZT BESTELLEN!**  
**shop.lexisnexis.at**

Ab 40 Euro Bestellwert versandkostenfrei innerhalb von Österreich