
6590

15. März 2018

ARD

AKTUELLES RECHT ZUM DIENSTVERHÄLTNIS

Redaktionsteam: Manfred Lindmayr, Birgit Bleyer, Bettina Sabara,
Sabine Sadlo, Barbara Tuma

THEMA

» **Bernhard Renner:** Kein erhöhter Freibetrag für Nachtarbeit bei 24-Stunden-Wechseldienst

RECHTSPRECHUNG

- » Entlassung einer Steuerberaterin wegen Widersetzung gegen fachliche Weisung
- » Entlassung: Ausgabe falscher Medikamente durch Apothekerin
- » Entlassung eines Arztes wegen Weitergabe von Patientendaten
- » Präsentation auf Homepage des neuen Arbeitgebers während Kündigungsfrist – Entlassungsgrund?
- » Bindung des AMS an Feststellung der PVA über vorübergehende Invalidität des Versicherten
- » BFG: Nachweis der betrieblichen Notwendigkeit bei Nacht- und Sonntagsüberstunden

NEUE VORSCHRIFTEN

- » Familienbonus Plus – Ministerialentwurf

**IN ALLER KÜRZE**

2

THEMA**Bernhard Renner: Kein erhöhter Freibetrag für Nachtarbeit bei 24-Stunden-Wechseldienst**

3

Kürzlich musste sich das Bundesfinanzgericht mit der Frage befassen, ob einem Feuerwehrmann, der in einem 24-Stunden-Wechseldienst tätig war, für die vom Dienstgeber ausbezahlte Wechseldienstzulage der erhöhte Freibetrag nach § 68 Abs 1 iVm Abs 6 EStG für Nachtarbeit zusteht. Das BFG verneint dies, da bei einem 24-Stunden-Wechseldienst die Normalarbeitszeit nicht überwiegend im Zeitraum zwischen 19 Uhr und 7 Uhr liegt. Mag. *Bernhard Renner* analysiert dieses Erkenntnis im aktuellen Themenbeitrag.

RECHTSPRECHUNG**» ARBEITSRECHT**

| | |
|--|----|
| Entlassung einer Steuerberaterin wegen Widersetzung gegen fachliche Weisung | 6 |
| Entlassung: Ausgabe falscher Medikamente durch Apothekerin | 7 |
| Entlassung eines Arztes wegen Weitergabe von Patientendaten | 8 |
| Präsentation auf Homepage des neuen Arbeitgebers während Kündigungsfrist – Entlassungsgrund? | 9 |
| Missbräuchliche Verwendung von Gutscheinen für private Zwecke – Entlassung | 9 |
| Vertrauensunwürdigkeit durch heimliche Tonbandaufzeichnung | 10 |
| Nichtangabe von Pausen im Arbeitsbuch eines Monteurs – Entlassung | 10 |
| Unverzüglichkeit der Entlassung eines Geschäftsführers | 11 |

» SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

| | |
|--|----|
| Bindung des AMS an Feststellung der PVA über vorübergehende Invalidität des Versicherten | 11 |
| Sperre der Notstandshilfe nach verweigerter ärztlicher Untersuchung | 13 |
| Rückforderung von Notstandshilfe wegen Meldepflichtverletzung | 13 |

» STEUERRECHT

| | |
|--|----|
| BFG: Nachweis der betrieblichen Notwendigkeit bei Nacht- und Sonntagsüberstunden | 14 |
| BFG: Überstundenzuschlag bei All-in-Verträgen | 15 |

NEUE VORSCHRIFTEN**» STEUERRECHT**

| | |
|---|----|
| Familienbonus Plus – Ministerialentwurf | 17 |
|---|----|

ARTIKELRUNDSCHAU

20

IMPRESSUM

5



IN ALLER KÜRZE

bearbeitet von *Manfred Lindmayr*

» ARD 6590/1/2018

Gastgewerbe – KV-Erhöhung ab 1. 5. 2018: Für die rund 220.000 Beschäftigten im Hotel- und Gastgewerbe (Arbeiter und Angestellte) werden die Löhne und Gehälter mit 1. 5. 2018 wie folgt erhöht:

- Durchschnittliche Erhöhung der KV-Löhne und KV-Gehälter über alle Bundesländer um 2,30 %
- Der neue Mindestlohn bzw das neue Mindestgehalt liegt somit bei € 1.500,-.
- Die Lehrlingsentschädigungen (Arbeiter- und Angestelltenlehrlinge) werden um 2,95 % erhöht und betragen im 1. Lehrjahr € 720,-, im 2. Lehrjahr € 825,-, im 3. Lehrjahr € 930,- und im 4. Lehrjahr (Doppellehre) € 1.025,-.
- Erhöhung des Nachtarbeitszuschlags auf € 22,-, der Fremdsprachenzulage auf € 31,- und der Fehlgeldentschädigung auf € 32,-.
- Ausweitung des Festlohnsystems ab Mai 2018 in Kärnten und Salzburg.

(Quelle: www.kvsystem.at; www.vida.at)

» ARD 6590/2/2018

Keine längere Verjährungsfrist für das Bundesfinanzgericht: Für den Beschuldigten eines Verwaltungsstrafverfahrens (hier: betr Wr Parkometerabgabe vor dem BFG) stellen die Verjährungsfrist des § 43 Abs 1 VwGVG sowie die Strafbarkeitsverjährung gemäß § 31 Abs 2 VStG den einzigen Säumnisschutz dar. Dem VfGH erscheint daher eine Verlängerung der Verjährungsfrist des § 43 VwGVG durch § 24 Abs 1 BFGG (von 15 auf 24 Monate) für Rechtsmittelverfahren, die dem BFG durch Landesgesetz übertragen wurden, angesichts der rechtlich und sachverhältnismäßig wenig

komplexen Rechtssachen sachlich nicht gerechtfertigt. Der VfGH hat daher die Wortfolge „, wobei jedoch die Frist gemäß § 43 Abs 1 VwGVG 24 Monate beträgt“ in § 24 Abs 1 BFGG (idGF BGBl I 2014/105) als verfassungswidrig aufgehoben. (VfGH 27. 11. 2017, G 182/2017 ua)

» ARD 6590/3/2018

Studie zur Wechselbereitschaft der Arbeitnehmer: In einer aktuellen Studie wurden 2.040 Erwerbstätige in Deutschland, Österreich und in der Schweiz gefragt, wie zufrieden sie mit ihrer aktuellen Tätigkeit sind, ob sie Wechselwünsche hegen und ob sie bereit sind, für einen Job umzuziehen. Von den 506 in Österreich befragten Arbeitnehmern gab fast jeder Zweite (49 %) an, offen für einen Jobwechsel zu sein – und das, obwohl 83 % mit ihrem Job zufrieden sind und 62 % ihr Job Spaß macht. Bei der abgefragten Bereitschaft, für einen neuen Job auch den Wohnort zu wechseln, gaben rund 40 % der befragten Österreicher an, nur am aktuellen Wohnort zu suchen, weitere 44 % wären auch bereit, sich im Umkreis von 50 km zu ihrem derzeitigen Wohnort zu bewerben. (Quelle: Studie „E-Recruiting 2018: Erwartungen, Einschätzungen und Wünsche von Erwerbstätigen und Personalern“)

Erratum: Im Beitrag *Burischek/Pinczoliths*, Arbeitszeitaufzeichnungen – Worauf Arbeitgeber achten müssen, ARD 6587/5/2018, wurde leider in Pkt 1. am Ende des ersten Absatzes iZm der empfohlenen Dauer zur Aufbewahrung von Arbeitszeitaufzeichnungen eine falsche Verjährungsfrist für die Strafverfolgung angegeben: Gemäß § 31 Abs 1 VStG idGF beträgt die Verfolgungsverjährungsfrist ein Jahr (statt wie irrtümlich angegeben 6 Monate).

DAS WICHTIGSTE AUS DIESEM HEFT

Rechtsprechung

» Arbeitsrecht

Widersetzt sich eine angestellte Steuerberaterin der Weisung ihres Arbeitgebers, eine von einem Kunden angeforderte Berechnung alternativ nach einer bestimmten, vom Kunden verlangten Rechtsauffassung vorzunehmen, rechtfertigt dies eine Entlassung. (» ARD 6590/5/2018)

Die zweimalige Ausgabe eines falschen Medikaments durch eine Apothekerin begründet eine Vertrauensunwürdigkeit, wenn sie bei schlechter Lesbarkeit des Rezepts nicht beim Arzt oder beim Kunden nachgefragt hat. (» ARD 6590/6/2018)

» Sozialversicherungsrecht

Die Feststellung durch den Pensionsversicherungsträger oder ein Gericht, dass bei einem Versicherten vorübergehende Invalidität (Berufsunfähigkeit) vorliegt, ist für das Arbeitsmarktservice im Verfahren nach § 8 ALVG zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit eines Arbeitslosen bindend. (» ARD 6590/13/2018)

» Steuerrecht

Das Ableisten von Nacht-, Sonn- und Feiertagsüberstunden iSd § 68 Abs 1 EStG muss in jedem Einzelfall ebenso konkret nachgewiesen werden wie die zwingende betriebliche Notwendigkeit. (» ARD 6590/16/2018)



THEMA – STEUERRECHT

Mag. Bernhard Renner • Bundesfinanzgericht

Kein erhöhter Freibetrag für Nachtarbeit bei 24-Stunden-Wechseldienst

» ARD 6590/4/2018

Bei einem im 24-Stunden-Wechseldienst tätigen Arbeitnehmer (hier: Feuerwehrmann) liegt die Normalarbeitszeit nicht überwiegend im Zeitraum zwischen 19 Uhr und 7 Uhr. Das für die Gewährung des um 50 % erhöhten Freibetrages ua für Nachtarbeit gemäß § 68 Abs 6 EStG genannte Erfordernis der überwiegenden Nachtarbeitszeit war somit nach Ansicht des BFG nicht gegeben.¹

1. Sachverhalt

Der Beschwerdeführer ist **Feuerwehrmann** bei einer städtischen Berufsfeuerwehr und arbeitet im Schichtdienst-System. Ein **Wechseldienst dauert 24 Stunden**, wobei die Feuerwehrleute jeden zweiten Tag Schichtdienst haben. Der Dienst beginnt um 7:30 Uhr in der Früh mit der Geräteübernahme und endet um 7:30 Uhr des nächsten Tages. Bis um 7:30 Uhr des darauffolgenden Tages haben die Feuerwehrleute dann dienstfrei. Der Schichtdienst beginnt mit dem Arbeits- und Übungsdienst und dauert bis 18 Uhr. Daran schließt sich ab 18 Uhr bis 7:30 Uhr des folgenden Tages der Bereitschaftsdienst an.

Der Dienstplan sieht aus wie folgt: Jeder Feuerwehrmann der Branddienstmannschaft, der im 24-stündigen Wechseldienst beschäftigt ist, ist fix einer der beiden Dienstgruppen zugeordnet. Jede Dienstgruppe hätte an 182,5 Kalendertagen (365:2, da zwei Dienstgruppen) im Jahr Dienst zu versehen. Da dies zu einer Wochenarbeitszeit von 84 Stunden führen würde, hat jeder Feuerwehrmann 49 dienstfreie Tage im Jahr, weshalb er auf **133,5 Wechseldienste jährlich** oder 11,125 monatlich kommt. Durchschnittlich leistet er tatsächlich ca 61,5 Wochenarbeitsstunden oder **267 Stunden im Monat**, was durch eine Opt-out-Erklärung ermöglicht wurde. Die von den Bediensteten des Branddienstes im Rahmen des 24-Stunden-Wechseldienstes zu erbringenden quantitativen Mehrdienstleistungen werden durch dienstfreie Tage und durch die **Wechseldienstentschädigung** abgegolten. Diese wird in zwei gleich großen Teilen monatlich als Wechseldienstentschädigung Tag und Wechseldienstentschädigung Nacht ausbezahlt. Weiters wird eine Gefahrenzulage ausbezahlt. Die Normalarbeitszeit beträgt 40 Wochenstunden.

Der Beschwerdeführer beehrte die Anerkennung des **erhöhten Freibetrages** nach § 68 Abs 6 EStG, weil er in einem 24-Stunden-Dienst arbeite und seine Arbeitszeit den Zeitraum der Nachtarbeit zur Gänze erfülle. Er erfülle alle drei erforderlichen Punkte:

1. betriebliches Erfordernis: Aufrechterhaltung des Brandschutzes,
2. Arbeitszeit zwischen 19 Uhr und 7 Uhr: 24h Dienst von 7:30 bis 7:30,
3. ununterbrochen zumindest 3 Stunden.

Dieser erhöhte Freibetrag wurde seitens des Finanzamts nicht zuerkannt, wogegen der Beschwerdeführer Beschwerde erhob.

2. Rechtslage

§ 68 EStG 1988 idF BGBl I 2013/53 lautet auszugsweise:

„(1) Schmutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulagen sowie Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit und mit diesen Arbeiten zusammenhängende Überstundenzuschläge sind insgesamt bis 360 Euro monatlich steuerfrei.

...

(4) Als Überstunde gilt jede über die Normalarbeitszeit hinaus geleistete Arbeitsstunde. Als Normalarbeitszeit gilt jene Arbeitszeit, die auf Grund

1. gesetzlicher Vorschriften,
2. von Dienstordnungen der Gebietskörperschaften
3. ...

festgesetzt wird oder die

7. innerbetrieblich für alle Arbeitnehmer oder bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern allgemein übliche Normalarbeitszeit.

...

(6) Als Nachtarbeit gelten zusammenhängende Arbeitszeiten von mindestens 3 Stunden, die auf Grund betrieblicher Erfordernisse zwischen 19 Uhr und 7 Uhr erbracht werden müssen. Für Arbeitnehmer, deren Normalarbeitszeit im Lohnzahlungszeitraum überwiegend in der Zeit von 19 Uhr bis 7 Uhr liegt, erhöht sich der Freibetrag gemäß Abs. 1 um 50 %.“

3. Rechtsansicht des Bundesfinanzgerichts

Das BFG wies die Beschwerde ab.

Beim Begriff „**Normalarbeitszeit**“ handelt es sich um eine Legaldefinition des EStG. Wesentlich für die Gewährung des erhöh-

¹ BFG 23. 8. 2017, RV/2100152/2016, Revision unzulässig.



ten Freibetrages ist das zeitlich überwiegende Tätigwerden des Arbeitnehmers innerhalb seiner Normalarbeitszeit in der steuerlichen Nacht (19 Uhr bis 7 Uhr). Kurz gesagt: Die **Normalarbeitszeit muss überwiegend in der steuerlichen Nacht liegen**. Dabei hat die Betrachtung den Lohnzahlungszeitraum zu umfassen, der nach § 77 Abs 1 EStG 1988 grundsätzlich der Kalendermonat ist. Die Normalarbeitszeit beträgt im gegenständlichen Fall unbestritten 40 Wochenstunden. Daher beträgt die monatliche Normalarbeitszeit durchschnittlich 173 Stunden, was auch dem Stundenteiler für die Ermittlung des Grundlohnes entspricht.²

Der Beschwerdeführer leistet an durchschnittlich 11,125 Tagen pro Monat einen 24-Stunden-Wechseldienst. Dies entspricht einer Anzahl von 267 erbrachten Arbeitsstunden im Monat oder ca 61,45 Wochenstunden. „**Normalarbeitszeit**“ sind aber nicht die 267 monatlich tatsächlich geleisteten Stunden, sondern **173 Stunden**. Die darüber hinausgehenden Stunden sind einkommensteuerlich Überstunden iSd § 68 Abs 4 EStG 1988, die gesondert neben dem Grundlohn unter der Bezeichnung Wechseldienst Tag und Wechseldienst Nacht abgegolten werden.³

Für die Anwendung der Bestimmung des § 68 Abs 6 EStG 1988 ist wesentlich, **in welchem Zeitabschnitt die Normalarbeitszeit fällt**, dh, ob sie zeitlich überwiegend in die steuerliche Nacht fällt.

Bei einem **24-Stunden-Wechseldienst** liegt es in der Natur der Sache, dass die eine Hälfte in den Zeitraum 7 – 19 Uhr und die andere Hälfte in den Zeitraum 19 – 7 Uhr entfällt und es daher **kein Überwiegen der Nachtarbeit** im Sinne von § 68 Abs 6 letzter Satz EStG 1988 gibt.⁴ Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „überwiegend“ mehr als 50 %. Das bedeutet, dass mehr als die Hälfte der Normalarbeitszeit im maßgeblichen Lohnzahlungszeitraum in die begünstigte Nachtzeit fallen muss. Die Normalarbeitszeit beträgt 40 Wochenstunden, die „real“ geleistete Arbeit 61,45 Wochenstunden. Der Anteil der Normalarbeitszeit an einem 24-Stunden-Wechseldienst liegt daher bei 65 %, das sind 15,6 Stunden. Die verbleibenden 8,4 Stunden sind einkommensteuerrechtlich Überstunden. Zu betrachten ist ausschließlich die zeitliche Lage der Normalarbeitszeit. Während der Nachtzeit erbrachte Überstunden rechtfertigen keine Freibetragserhöhung.⁵ Die Bestimmung des § 68 Abs 6 EStG 1988 stellt ausschließlich auf die Normalarbeitszeit ab, für die im Steuerrecht eine Legaldefinition besteht. Zeiten der real geleisteten Arbeitsstunden beinhalten Überstunden, die außer Betracht zu bleiben haben.

Bei einem **24-Stunden-Dienst** ist es angezeigt, dass die **Normalarbeitszeit** von 15,6 Stunden **gleichmäßig** auf den Zeitraum des Tages und der Nacht **aufgeteilt** wird. Dass die Normalarbeitszeit überwiegend in die steuerliche Nacht fallen soll, wurde weder behauptet, noch ist dies im Hinblick darauf, dass der Schicht-

dienst mit dem Arbeits- und Übungsbeginn um 7:30 angesetzt ist und dieser um 18 Uhr endet (woran sich der Bereitschaftsdienst anschließt), plausibel.

Der Gesetzgeber bezieht das Wort „überwiegend“ eindeutig auf eine **zeitliche Komponente**, nämlich die Normalarbeitszeit, die in § 68 Abs 4 EStG 1988 definiert ist. Der Wortlaut des Gesetzes lässt nur eine Auslegung zu und es ist nicht nach einem Sinn zu forschen, der sich mit dem Wortlaut nicht vereinbaren lässt.⁶ Einen Auslegungsspielraum bietet die gegenständliche Norm nicht; eine vom Gesetzeswortlaut abweichende Auslegung unter Berufung auf eine sogenannte verfassungskonforme Interpretation ist bei eindeutiger Gesetzeslage nicht zulässig.⁷

Bei einem im 24-Stunden-Wechseldienst tätigen Feuerwehrmann liegt die Normalarbeitszeit nicht überwiegend im Zeitraum zwischen 19 Uhr und 7 Uhr. Das für die Gewährung des um 50 % erhöhten Freibetrages genannte **Erfordernis der überwiegenden Nachtarbeitszeit** war somit nach Ansicht des BFG **nicht gegeben**.

4. Conclusio

Aus Sicht der Judikatur macht allgemein gesehen die eigentümliche Bedeutung des Wortes „**Zuschlag**“, mit dem ein zusätzlicher Lohnbestandteil angesprochen wird, deutlich, dass das Tatbestandsmerkmal des Vorliegens einer Sonntags-, Feiertags- oder Nachtarbeit für sich allein noch nicht dazu führt, dass ein Teil des für diese Arbeiten bezahlten Lohnes steuerfrei ist. Vielmehr muss die Art der Entlohnung darauf schließen lassen, dass in ihr tatsächlich Zuschläge der genannten Art enthalten sind.⁸

Das BFG hat im gegenständlichen Fall die Zulässigkeit einer ordentlichen Revision mit dem Hinweis auf die Judikatur des VwGH abgelehnt.⁹ Dem gegenständlichen VwGH-Erkenntnis, das ein Mitglied der Berufsfeuerwehr Wien betraf, lag in der Tat ein ähnlicher Fall zugrunde. Auch der Wiener Feuerwehrmann verrichtete seine Tätigkeit im sogenannten Wechseldienstschema. Dieses sah vor, dass die Dienstzeit jeweils ununterbrochen **24 Stunden zuzüglich** einer mittels Dienstanweisung angeordneten **Dienstübergabezeit** (5 bis 15 Minuten pro Dienst) beträgt. Die Dienstübergabe fand regelmäßig zwischen 6.30 Uhr und 7 Uhr statt. Zur Abgeltung der von den Beamten der Wiener Feuerwehr im Zuge ihres Wechseldienstes geleisteten Mehr- und Nachtarbeitsstunden sowie der Mehrarbeitszeiten, die sich aus der Besonderheit der Dienstübergabe von einer Mannschaft zur anderen ergaben, wurde an den Feuerwehrmann neben seinem Grundgehalt eine sogenannte „**Wechseldienstentschädigung**“ ausbezahlt. Der Feuerwehrmann vertrat die Ansicht, aufgrund der zeitlichen Umstände des Wechseldienstschemas treffe auf die an ihn ausbezahlte Wechseldienstzulage die Bestimmung

² Vgl auch LStR 2002 Rz 1148.

³ Vgl UFS 7. 6. 2004, RV/2032-W/03 zur Wechseldienstentschädigung bei einem Wiener Berufsfeuerwehrmann und zuletzt BFG 7. 7. 2017, RV/2101377/2015.

⁴ UFS 19. 10. 2005, RV/1063-W/04.

⁵ LStR 2002 Rz 1155.

⁶ VwGH 24. 2. 1977, ZfVB 1977/1361.

⁷ VwGH 22. 12. 1976, ZfVB 1976/841.

⁸ VwGH 30. 5. 2012, 2008/13/0124.

⁹ VwGH 26. 7. 2006, 2005/14/0087, ARD 5707/8/2006.



des § 68 Abs 6 EStG 1988 zu. Diese Ansicht wurde vom Finanzamt wie auch vom UFS¹⁰ verworfen.

Die VwGH-Beschwerde stützte sich darauf, dass sich ein Überwiegen der Nachtarbeitsstunden dadurch ergebe, dass die Dienstübergabezeiten in die Zeit zwischen 19 Uhr und 7 Uhr fielen und zur Normalarbeitszeit zählten.

Auch der VwGH schloss sich der Ansicht des Feuerwehrmannes nicht an: Er teilte die Ansicht des UFS, dass es sich neben den über die Normalarbeitszeit von 173 Stunden je Monat hinaus geleisteten Mehrarbeitsstunden (rund 112 je Monat) auch bei den **Zeiten der Dienstübergabe** (den jeweils 5 bis 15 über den Zeitraum von 24 Stunden hinaus geleisteten Minuten) **nicht um „Normalarbeitszeit“** handelte. Der Ansicht des Feuerwehrmannes, dass unter der „Normalarbeitszeit“ seine gesamte Dienstzeit zu verstehen sei, war im Hinblick auf die Festlegung der Normaldienstzeit in der anwendbaren Dienstordnung mit 173 Stunden je Monat somit nicht zu folgen.

Hinsichtlich der Berücksichtigung des erhöhten Freibetrages im Falle eines 24-Stunden-Wechseldienstes bei der Berufsfeuer-

wehr sind überdies auch einige, allesamt abschlägige, Rechtsmittelentscheidungen des UFS¹¹ bzw des BFG¹² ergangen.

11 Vgl etwa UFS 7. 6. 2004, RV/2032-W/03; 19. 10. 2005, RV/1063-W/04; 10. 1. 2007, RV/0503-W/05; 27. 6. 2005, RV/1917-W/04.

12 BFG 7. 7. 2017, RV/2101377/2015.



Der Autor:

Mag. Bernhard Renner ist Richter am Bundesfinanzgericht, Außenstelle Linz, Bereichsredakteur der BFG-Datenbank, Fachautor, Seminarvortragender und Vorsitzender bzw Prüfungskommissär bei Steuerberaterprüfungen sowie Mitglied des Fachsenates für Steuerrecht der Kammer der Wirtschaftstreuhänder.

Publikationen:

Zahlreiche Fachartikel in verschiedenen Zeitschriften, Buchbeiträge, Autor und Herausgeber von Standardwerken im Steuerrecht.

✉ Bernhard.Renner@bfg.gv.at

🌐 lesen.lexisnexus.at/autor/Renner/Bernhard

Foto: privat

10 Entscheidung vom 27. 6. 2005, RV/1917-W/04.

Redaktion:

Mag. Manfred Lindmayr (Chefredakteur)
Mag. Birgit Bleyer
Mag. Bettina Sabara
Mag. Sabine Sadlo
Mag. Barbara Tuma
E-Mail: ard@lexisnexus.at

Lektorat und Autorenbetreuung:

Mag. Evelyn Hahn
1030 Wien, Marxergasse 25
Tel. +43-1-534 52-1562 | Fax DW 142
E-Mail: evelyn.hahn@lexisnexus.at

Abonentenservice:

Tel. +43-1-534 52-0 | Fax DW 141
E-Mail: kundenservice@lexisnexus.at

Anzeigen & Mediadaten:

Alexander Mayr
1030 Wien, Marxergasse 25
Tel. +43-1-534 52-1116, Fax DW 144
E-Mail: anzeigen@lexisnexus.at
<http://lesen.lexisnexus.at/zs/ard/mediadaten.html>

Impressum:

Offenlegung gemäß § 25 MedienG:

Medieninhaber und Herausgeber iSd § 1 Abs 1 Z 8 und Z 9 MedienG:

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG | Sitz: Marxergasse 25, 1030 Wien | Unternehmensgegenstand: LexisNexis ARD Orac ist ein führender Fachverlag in Österreich im Bereich Steuern, Recht und Wirtschaft, der die Tradition der Verlagshäuser Orac und ARD unter internationalem Dach fortführt. LexisNexis ARD Orac ist ein Tochterunternehmen der international tätigen Verlagsgruppe RELX Group, deren Legal Division weltweit unter dem Namen LexisNexis firmiert. | Grundlegende Richtung: Rechtsinformation und Wirtschaftsinformation; aktuelle rechtliche Neuerungen | Geschäftsführung: Alberto Sanz de Lama | Unbeschränkt haftender Gesellschafter: Orac Gesellschaft m.b.H., Marxergasse 25, 1030 Wien | Kommanditist: Reed Messe Salzburg Gesellschaft m.b.H., Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg | Beteiligungsverhältnisse: Alleiniger Gesellschafter der Orac Gesellschaft m.b.H.: Reed Elsevier Austria GmbH, Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg | Gesellschafter der Reed Messe Salzburg Gesellschaft m.b.H.: Reed Elsevier Overseas B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam (0,1 %), Reed Elsevier Austria GmbH, Am Messezentrum 6, 5021 Salzburg (99,9 %) | Alleiniger Gesellschafter der Reed Elsevier Austria GmbH: Reed Elsevier Overseas B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam | Alleiniger Gesellschafter der Reed Elsevier Overseas B.V.: Reed Elsevier Holdings B.V., Radarweg 29, 1043 NX Amsterdam | Gesellschafter der Reed Elsevier Holdings B.V.: RELX Group plc, 1-3 Strand (<http://www.relxgroup.com/aboutus/Pages/Home.aspx>), London WC2N 5JR (50 %), Reed Elsevier Holdings Ltd., 1-3 Strand, London WC2N 5JR (50 %) | Gesellschafter der RELX Group plc: RELX PLC (52,9 %), RELX NV (47,1 %) | Gesellschafter der RELX PLC: mehr als 75 % im Streubesitz | Gesellschafter der RELX NV: mehr als 75 % im Streubesitz | Gesellschafter der Reed Elsevier Holdings Ltd.: RELX Group plc (100 %) | Redaktion: Marxergasse 25, 1030 Wien

Derzeit gilt Anzeigenpreisliste Stand Jänner 2018 | Verlags- und Herstellungsort: Wien | Die Zeitschrift erscheint 1x pro Woche | Einzelheftpreis 2018: 21 €; Jahresabonnement 2018: 839 € inkl. MwSt bei Vorauszahlung; Preisänderungen vorbehalten | Bankverbindung: Bank Austria, IBAN: AT84 1200 0504 2346 8600, BIC: BKAUATWW | Abbestellungen sind nur zum Jahreschluss möglich, wenn sie bis spätestens 30. 11. bekannt gegeben werden | Druck: Prime Rate GmbH, H-1044 Budapest, | Best.-Nr. 54,00,00 | ISSN 1996-2363.

Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm, Aufnahme in eine Datenbank oder auf Datenträger oder auf andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Das gilt auch für die veröffentlichten Entscheidungen und deren Leitsätze, wenn und soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung redigiert, erarbeitet oder bearbeitet wurden und daher Urheberrechtsschutz genießen. Fotokopien für den persönlichen und sonstigen eigenen Gebrauch dürfen nur von einzelnen Beiträgen oder Teilen daraus als Einzelkopie hergestellt werden. Bitte beachten Sie: Für Veröffentlichungen in unseren Zeitschriften gelten unsere AGB für Zeitschriftenautorinnen und -autoren (abrufbar unter <https://www.lexisnexus.at/agb/agb-zeitschriftenautoren/>) sowie unsere Datenschutzerklärung (abrufbar unter <https://www.lexisnexus.at/datenschutzbestimmungen/>).

Trotz sorgfältigster Bearbeitung erfolgen alle Angaben ohne Gewähr. Eine Haftung des Verlages, der Herausgeber und der Autoren ist ausgeschlossen. Dies gilt auch für Inhalte, die exklusiv digital veröffentlicht werden.

RECHTSPRECHUNG

bearbeitet von *Manfred Lindmayr* und *Bettina Sabara*

ARBEITSRECHT

Entlassung einer Steuerberaterin wegen Widersetzung gegen fachliche Weisung

» ARD 6590/5/2018

§ AngG: § 27 Z 4

OLG Wien 25. 10. 2017, 8 Ra 47/17s, bestätigt durch OGH 30. 1. 2018, 9 ObA 149/17b

Weigert sich eine angestellte **Steuerberaterin** trotz Belehrung durch den Geschäftsführer, die von einem Rechtsanwalt als Kunden der Steuerberatungskanzlei angeforderte steuerliche **Berechnung alternativ** auch auf Basis einer bestimmten, in einer Fachzeitschrift vertretenen Rechtsauffassung **vorzunehmen**, rechtfertigt dies eine **Entlassung**.

Sachverhalt

Die Klägerin war eine angestellte **Steuerberaterin** und erhielt vom Geschäftsführer der Kanzlei den Auftrag, für einen Rechtsanwalt eine von diesem bestellte Berechnung der Vertreterhaftung nach § 9 BAO zu erstellen. Die Klägerin nahm die komplexe **Berechnung nach ständiger Judikatur vor**, doch der Rechtsanwalt ersuchte die Klägerin, die angeforderte steuerliche Berechnung alternativ auch auf Basis einer bestimmten, in einer juristischen **Fachzeitschrift vertretenen Rechtsauffassung vorzunehmen**. Die Klägerin **weigerte sich** gegenüber dem Kunden, die Berechnung auf diese Weise durchzuführen, weil sie ihrer Ansicht nach der ständigen Rechtsprechung widerspreche. Nach einer Beschwerde des Kunden beim Geschäftsführer, erteilte dieser der Klägerin die **ausdrückliche Weisung**, die Berechnungen nach den Vorstellungen des Rechtsanwalts vorzunehmen, weil es sich um kein Rechtsgutachten, sondern um eine schlichte Berechnung handle und es letztlich dem Rechtsanwalt überlassen bleiben müsse, welchen Rechtsstandpunkt er gegenüber dem Finanzamt für seine Klientin einnehme. Die Klägerin weigerte sich mit der Begründung, die Berechnung sei unrichtig; dies trotz des Hinweises des Geschäftsführer, dass dies eine Arbeitsverweigerung darstelle, die zur Auflösung des Dienstverhältnisses führe. Da die Klägerin **keine Alternativberechnung** vornehmen wollte, sprach der Geschäftsführer die **Entlassung** aus.

Ausgehend vom diesem (der Entscheidung des OLG Wien entnommenen) Sachverhalt, sahen sowohl das Erstgericht als auch das OLG Wien als Berufungsgericht die Entlassung als berechtigt an und wiesen das ua auf Kündigungsentschädigung gerichtete Klagebegehren ab:

Beharrliche Nichtbefolgung von Anordnungen

Nach § 27 Z 4 AngG ist es ein wichtiger Grund, der den Dienstgeber zur vorzeitigen Entlassung berechtigt, wenn sich der Angestellte beharrlich weigert, seine Dienste zu leisten oder sich den durch den Gegenstand der Dienstleistung gerechtfertigten Anordnungen des Dienstgebers zu fügen. Nach dem festgestellten Sachverhalt zog sich die Weigerung der Klägerin, die Berechnung für den Rechtsanwalt nach dessen Vorstellungen durchzuführen, über mehrere Tage hin. Da die Klägerin auch **nicht bereit** war, der **Weisung** des Geschäftsführers, die Berechnung wie gewünscht vorzunehmen, **zu entsprechen** und auch ein Hinweis darauf, dass dies eine Arbeitsverweigerung darstellt, die zur „Fristlosen“ führen kann, erfolglos blieb, ist von einer hartnäckigen Weigerung iSd § 27 Z 4 AngG auszugehen. Immerhin bestand eine jahrelange Geschäftsbeziehung zwischen der Kanzlei und dem Rechtsanwalt, die der Geschäftsführer nicht aufs Spiel setzen wollte. Da die Klägerin nicht bereit war, anzuerkennen, dass es Sache des Kunden ist, wie er seine Klientin gegenüber dem Finanzamt vertritt, liegt eine **beharrliche Nichtbefolgung von Anordnungen** vor.

Daran ändern auch die berufsständischen Vorschriften der Kammer der Wirtschaftstreuhänder nichts. Die Klägerin hatte kein Gutachten zu erstellen oder den Klienten des Rechtsanwalts zu vertreten, sondern als Angestellte der beauftragten Kanzlei eine bloße Berechnung für den Rechtsanwalt zu machen, die dieser unter seiner Verantwortung dem Finanzamt abgeliefert hätte. Dass die Berechnung der ständigen Rechtsprechung widerspricht, steht nicht fest; immerhin blieb die Feststellung, dass sie vom Finanzamt anerkannt wurde, unbekämpft.

Dass die dienstliche Anordnung des Arbeitgebers dem Gesetz, einem Kollektivvertrag, einer Betriebsvereinbarung, dem Dienstvertrag oder den guten Sitten widersprochen hätte, kam nicht hervor.

Letztlich wäre es der Klägerin freigestanden, die Berechnung ohne Beifügung ihres Namens vorzunehmen oder mit dem Zusatz zu versehen, dass sie ihrer Ansicht nach der ständigen Rechtsprechung widerspricht. Die starre und unnachgiebige Haltung der Klägerin ist nicht verständlich und berechtigte den Geschäftsführer zur Entlassung. Er konnte nicht davon ausgehen, dass die Klägerin in einem anderen Fall von ihrer Meinung abgehen würde. Ihre Weiterbeschäftigung für die Dauer der Kündigungsfrist war nicht zumutbar.

Diese Rechtsansicht des OLG Wien wurde vom OGH nun als vertretbar bestätigt.

Bearbeiter: *Manfred Lindmayr*Jederzeit und überall abrufbar: ard.lexisnexus.at



Entlassung: Ausgabe falscher Medikamente durch Apothekerin

» ARD 6590/6/2018

§ AngG: § 27 Z 1

OLG Wien 22. 6. 2017, 9 Ra 152/16p

Hat eine angestellte **Apothekerin** die schlechte Lesbarkeit eines handgeschriebenen Rezepts nicht zum Anlass für eine Rückfrage bei der Kundin nach der Indikation oder beim verschreibenden Arzt genommen, weshalb es in der Folge zur **Ausgabe eines falschen Medikaments** kam, und kam es rund zwei Wochen später neuerlich zu einer Medikamentenverwechslung, rechtfertigt dieses Verhalten eine **Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit** gemäß § 27 Z 1 AngG. Von einer pharmazeutischen Fachkraft kann erwartet werden, bei der Abgabe von Arzneien in Zweifelsfällen Aufklärung beim Kunden oder beim verschreibenden Arzt zu suchen.

Sachverhalt

Die Klägerin war als angestellte Apothekerin beim beklagten Arbeitgeber beschäftigt. Am 24. 6. 2015 zeigte der Lehrling der Klägerin das von einer Kundin vorgelegte handschriftlich Rezept eines Gynäkologen für ein Hormonpräparat namens Femoston. Obwohl das **Rezept sehr schlecht leserlich** war, hat die Klägerin weder bei der Kundin nachgefragt, für welche Indikation dieses Medikament verschrieben wurde, noch beim verschreibenden Arzt angerufen. Irrtümlich wurde an die Zeugin dann ein Präparat namens Temesta über Veranlassung der Klägerin ausgegeben, welches jedoch ein starkes Beruhigungsmittel ist. Am 7. 7. 2015 hat die Klägerin wiederum ein **falsches Präparat** einem Kunden **abgegeben**, nämlich statt Ospexin das Präparat Oспен. In Unkenntnis des Vorfalls vom 24. 6. 2015 hat der Arbeitgeber die Klägerin wegen des Vorfalls am 7. 7. 2015 schriftlich verwahrt. Nachdem der Arbeitgeber durch eine Beschwerde der Kundin vom ersten Vorfall am 17. 7. 2015 Kenntnis erlangte, sprach er umgehend die **Entlassung** der Klägerin aus.

Mit ihrem Argument, der Arbeitgeber könne die Medikamentenverwechslung vom 7. 7. 2015 nicht als Entlassungsgrund heranziehen, weil er auf dessen Geltendmachung durch seine Verwarnung konkludent verzichtet habe, hatte die Klägerin vor Gericht keinen Erfolg:

Berücksichtigung des Gesamtverhaltens

Wenn der Dienstgeber ihm zur Kenntnis gelangte konkrete Vorfälle bloß zum Anlass für eine **Ermahnung** genommen hat, kann eine derartige Erklärung nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung nur dahin verstanden werden, dass der Dienstgeber auf das Recht, den Dienstnehmer wegen dieses Verhaltens zu entlassen, **verzichtet** hat. In einem solchen Fall kann nur

ein danach erfolgtes oder dem Dienstgeber danach zur Kenntnis gelangtes Verhalten die Entlassung rechtfertigen. Selbst solche alten Vorfälle, aus denen der Arbeitnehmer bereits verwahrt wurde, können jedoch bei späterer Wiederholung dieses Verhaltens im Rahmen einer **Würdigung des Gesamtverhaltens** noch nachträglich Berücksichtigung finden (vgl OGH 29. 4. 2013, 8 ObA 19/13x, ARD 6338/3/2013).

Auch wenn die Klägerin für die ihr unterlaufene Medikamentenverwechslung am 7. 7. 2015 bereits abgemahnt war und einzig auf dieses Ereignis gestützt eine Entlassung nicht mehr gerechtfertigt wäre, kann hier nicht unbeachtet bleiben, dass der Arbeitgeber **erst danach Kenntnis** von einem schon **davor liegenden gleichartigen**, besonders gravierenden Fehlverhalten der Klägerin erlangte.

Der Berücksichtigung des abgemahnten Fehlverhaltens bei der Beurteilung des Gesamtverhaltens der Klägerin und ihrer Vertrauenswürdigkeit steht aufgrund der Chronologie nach der dargelegten Rechtsprechung nichts im Wege.

Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit

Der Umstand, dass die Klägerin die schlechte Lesbarkeit des Rezepts nicht zum Anlass für Rückfragen bei der Kundin nach der Indikation oder beim verschreibenden Arzt genommen hat, erfüllt bei Berücksichtigung der weiteren Medikamentenverwechslung innerhalb von etwa zwei Wochen nach Ansicht des OLG Wien den Tatbestand der **Vertrauensunwürdigkeit** gemäß § 27 Z 1 AngG. Unter den Tatbestand der Vertrauensunwürdigkeit fällt jede Handlung oder Unterlassung eines Angestellten, die mit Rücksicht auf ihre Beschaffenheit und ihre Rückwirkung auf das Arbeitsverhältnis den Angestellten des dienstlichen Vertrauens seines Arbeitgebers unwürdig erscheinen lässt, weil dieser befürchten muss, dass der Angestellte seine Pflichten nicht mehr getreulich erfüllen werde, sodass dadurch die dienstlichen Interessen des Arbeitgebers gefährdet sind. Von einer pharmazeutischen Fachkraft kann erwartet werden, bei der Abgabe von Arzneien **in Zweifelsfällen Aufklärung** beim Kunden oder dem verschreibenden Arzt **zu suchen**.

Nicht nur die schlechte Lesbarkeit des Rezepts hätte dazu Anlass geboten, sondern auch schon die Kombination der Medikamente. Nicht zuletzt hätte die vermeintliche Verordnung eines in das neurologisch-psychiatrische Fach fallenden Medikamentes (Temesta) durch einen Facharzt für Gynäkologie Anlass zu näherer Prüfung geben können. Diese Sorgfalt hat die Klägerin vermissen lassen. Dem Arbeitgeber ist die Weiterbeschäftigung der Klägerin auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist nicht mehr zumutbar gewesen. Die Entlassung erfolgte daher zu Recht. (Revision vom OLG nicht zugelassen)

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

Der aktuelle Rechtsstand jetzt auch
auf Smartphone & Tablet: ard.lexisnexus.at



Entlassung eines Arztes wegen Weitergabe von Patientendaten

» ARD 6590/7/2018

§ Tiroler Landesbedienstetengesetz: § 75 Abs 2 lit b
AngG: § 27 Z 1

OGH 28. 11. 2017, 9 ObA 118/17v

Untermauert ein Arzt in einem **Kündigungsanfechtungsverfahren** sein Vorbringen, dass die Kündigung unzulässigerweise aufgrund seiner **Hinweise** auf verschiedene Missstände in der Patientenversorgung und **Behandlungsfehler** erfolgt sei, in einem in der öffentlichen Verhandlung vorgetragenen Schriftsatz mit der Schilderung konkreter Sachverhalte unter **Nennung der Namen der Patienten**, deren Geburts- und Operations- bzw Behandlungsdaten sowie von medizinischen Zusammenhängen, rechtfertigt dieser Verstoß gegen die ärztliche Verschwiegenheitspflicht seine **Entlassung**.

Sachverhalt

Der Kläger arbeitete als geschäftsführender **Oberarzt** an einer Klinik. Am 3. 12. 2015 wurde er in einem Mitarbeitergespräch mit dem Vorwurf konfrontiert, er hätte durch Mobbing bei Mitarbeitern der Klinik Gesundheitsschäden verursacht. Der Kläger zeichnete dies Gespräch heimlich mit seinem iPod auf.

Wenige Tage später sprach der Arbeitgeber die **Kündigung** aus, die vom Kläger bei Gericht angefochten wurde. In diesem Arbeitsrechtsprozess brachte er am 20. 4. 2016 einen Schriftsatz ein, den er damit einleitete, dass das als Kündigungsgrund behauptete Mobbing in Wahrheit nicht stattgefunden habe und die Kündigung ausgesprochen wurde, weil er auf verschiedene **Misstände** in der Patientenversorgung und Behandlungsfehler **hingewiesen** habe. Im Schriftsatz stellte er hierzu vier konkrete Sachverhalte unter **Nennung der Namen der Patienten**, deren Geburts- und Operations- bzw Behandlungsdaten sowie von medizinischen Zusammenhängen dar. Der Anwalt des beklagten Arbeitgebers wies den Klagsvertreter darauf hin, dass der Schriftsatz personenbezogene Details enthalte, die unter die **ärztliche Verschwiegenheitspflicht** fallen, und es die Entlassung zur Folge hätte, wenn es zu einer Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch Vortrag des Schriftsatzes in der öffentlichen mündlichen Verhandlung kommen sollte. Trotz der Belehrung des Richters in der Tagsatzung vom 28. 4. 2016, dass ein Vortrag des Schriftsatzes rechtlich nicht erforderlich sei, trug der Klagsvertreter nach Rücksprache mit dem Kläger und in dessen Kenntnis von seinem Inhalt den Schriftsatz gemäß § 177 ZPO vor. Eine Entbindung von der ärztlichen Verschwiegenheit durch die betroffenen Patienten lag nicht vor, ein Antrag auf Ausschluss der Öffentlichkeit war nicht gestellt worden.

Daraufhin wurde der Kläger noch am selben Tag **entlassen**. Das dagegen erhobene Klagebegehren wurde von allen drei Instanzen abgewiesen:

Ärztliche Verschwiegenheitspflicht

Ob Vertrauensunwürdigkeit vorliegt (hier iSd § 75 Abs 2 lit b des Tiroler Landesbedienstetengesetzes), hängt davon ab, ob für den Dienstgeber vom Standpunkt vernünftigen kaufmännischen Ermessens die gerechtfertigte Befürchtung besteht, dass seine Belange durch den Arbeitnehmer gefährdet sind. Maßgebend ist, ob das Verhalten des Arbeitnehmers das Vertrauen des Dienstgebers so schwer erschüttert hat, dass diesem die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Diesbezüglich entscheidet allerdings nicht das subjektive Empfinden des Dienstgebers, sondern ein objektiver Maßstab, der nach der Verkehrsauffassung unter Berücksichtigung des Umstands des Einzelfalls anzuwenden ist.

Nach § 54 Abs 1 ÄrzteG 1998 sind der **Arzt** und seine Hilfspersonen zur **Verschwiegenheit** über alle ihnen in Ausübung ihres Berufes anvertrauten oder bekannt gewordenen Geheimnisse verpflichtet. Die Verschwiegenheitspflicht besteht nach § 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG (in der hier noch maßgeblichen Fassung vor der Novelle zum ÄrzteG BGBl I 2017/25) nicht, „wenn die Offenbarung des Geheimnisses nach Art und Inhalt zum Schutz höherwertiger Interessen der öffentlichen Gesundheitspflege oder der Rechtspflege unbedingt erforderlich ist“.

Ein Arzt darf daher „in eigener Sache“ Berufsgeheimnisse jedenfalls nur im unbedingt notwendigen Ausmaß preisgeben. Ob das Vorliegen höherwertiger Interessen eine Durchbrechung der ärztlichen Verschwiegenheitspflicht rechtfertigt, ist eine Frage des Einzelfalls.

Das Berufungsgericht ging vertretbar davon aus, dass am 28. 4. 2016 die **Offenbarung der persönlichen Daten** der Patienten in nicht anonymisierter Form **nicht** unbedingt **notwendig** war; warum eine Schwärzung der Namen der Patienten unterblieb, ist tatsächlich nicht einsichtig. Der Kläger ließ trotz der Hinweise des gegnerischen Rechtsanwalts und des vorsitzenden Richters nach Rücksprache mit seinem eigenen Rechtsanwalt von diesem den gesamten Schriftsatz vortragen und führte damit auch die persönlichen Daten der Patienten in den Prozess ein. Wenn das Berufungsgericht aufgrund dieses Verhaltens des Klägers die Befürchtung des Arbeitgebers für gerechtfertigt hielt, dass dessen Belange durch den Kläger gefährdet seien, ist dies ebenso vertretbar.

Gerade die Verletzung der Geheimhaltungspflicht muss bei objektiver und vernünftiger kaufmännischer Erwägung beim Dienstgeber die **gerechtfertigte Befürchtung** auslösen, dass auch **künftig Informationen nicht** mit der gebotenen **Vertraulichkeit behandelt** würden. Hinzu kommt, dass der in einer offensichtlichen Vertrauensposition befindliche Kläger ein dienstliches (Mitarbeiter-)Gespräch heimlich aufzeichnete, was schon für sich genommen den Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit begründen kann (vgl OGH 21. 10. 1992, 9 ObA 215/92, ARD 4420/32/92). Nach ständiger Rechtsprechung ist an das Verhalten von Arbeitnehmern in leitender Position ein strengerer Maßstab anzulegen.

Bearbeiter: Manfred Lindmayr



Präsentation auf Homepage des neuen Arbeitgebers während Kündigungsfrist – Entlassungsgrund?

» ARD 6590/8/2018

§ AngG: § 27 Z 1

OLG Linz 24. 5. 2017, 12 Ra 32/17p

Wird einem **Außendienstmitarbeiter** einer Versicherungsgesellschaft nach seiner Selbstkündigung sein Firmenlaptop und das **Firmenhandy gesperrt**, er gleichzeitig aber **nicht vom Dienst freigestellt**, sondern im Gegenteil vom Arbeitgeber mit Nachdruck zur Erfüllung seiner dienstlichen Verpflichtungen aufgefordert, kann dem Arbeitnehmer, der solchermaßen für seine Kunden – abgesehen von der in seinem Büro verbrachten Zeit – unerreichbar geworden war, nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er den Kunden seine **private Telefonnummer** mitgeteilt hat. Dieses Verhalten erfüllt nicht den Tatbestand der Vertrauenswürdigkeit.

Auch mit dem Vorbringen, dass der Arbeitnehmer noch während der Kündigungsfrist auf der **Homepage** eines **Mitbewerbers** als dessen Versicherungsagent aufscheint, hatte der Arbeitgeber zur Rechtfertigung der ausgesprochenen Entlassung von Gericht keinen Erfolg:

Ob das Aufscheinen des Klägers als Versicherungsagent auf der **Homepage** seines **neuen Arbeitgebers** objektiv dazu geeignet war, einen Vertrauensverlust zu begründen, wobei ausschließlich eine Festnetztelefonnummer und eine vom neuen Arbeitgeber generierte E-Mail-Adresse aufgeschienen ist, anders als bei anderen Betreuern jedoch weder eine Durchwahl am Festnetztelefon noch eine Mobiltelefonnummer, muss nach Ansicht des OLG Linz nicht geklärt werden, weil es – entgegen der vom bisherigen Arbeitgeber vertretenen Rechtsauffassung – an einem **Verschulden** des Klägers **fehlt**.

So wie für die Erfüllung des Entlassungstatbestands der Untreue gemäß § 27 Z 1 1. Fall AngG muss das Verhalten des Arbeitnehmers auch im Falle der Vertrauenswürdigkeit pflichtwidrig sein; anders als im Fall der Untreue genügt für den Entlassungsgrund der Vertrauenswürdigkeit freilich bereits Fahrlässigkeit. Die bloße **Weitergabe** der auf der Homepage des neuen Arbeitgebers aufscheinenden „persönlichen Daten“ – nämlich seines **Namens**, die übrigen aufscheinenden Daten wurden vom Unternehmen generiert – kann schon grundsätzlich **kein Verschulden** des Klägers begründen, weil sonst einem Arbeitnehmer jegliche Möglichkeit genommen wäre, während der Kündigungsfrist neue Erwerbsmöglichkeiten zu suchen. Eine **Tätigkeit** hat der Kläger für seinen neuen Arbeitgeber vor Ablauf der Kündigungsfrist **nicht entfaltet**. Der Arbeitgeber behauptet nicht einmal, der Kläger selbst habe den Eintrag auf der Homepage seines neuen Arbeitgebers veranlasst; er müsse sich jedoch dessen Verschulden jedenfalls zurechnen lassen und hätte eine „Selbstkontrolle“ vornehmen müssen. Von einem Arbeitnehmer aber zu verlangen,

nicht nur in der Kündigungsfrist nicht bereits für den zukünftigen Vertragspartner tätig zu sein, sondern darüber hinaus zu kontrollieren, ob dieser die Zusage einhält, das Vertragsverhältnis erst nach Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses offenzulegen, würde die Sorgfaltspflicht eines Arbeitnehmers überspannen. Eine Zurechnung fremden Verschuldens wie im Schadenersatzrecht kommt nicht in Betracht, weil Thema ausschließlich die Vertrauenswürdigkeit des Arbeitnehmers ist. Überdies würde sie die Qualifikation des neuen Arbeitgebers als Erfüllungsgelhilfin des Klägers iSd § 1313a ABGB voraussetzen, also dass sich der Kläger diesen zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag mit dem bisherigen Arbeitgeber bedient hätte. Das ist jedoch nicht der Fall. Die **Entlassung** des Klägers war somit **unberechtigt**. (Revision vom OLG nicht zugelassen)

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

Missbräuchliche Verwendung von Gutscheinen für private Zwecke – Entlassung

» ARD 6590/9/2018

§ AngG: § 27 Z 1

OGH 26. 1. 2018, 8 ObA 1/18g

Beim Entlassungsgrund der **Vertrauenswürdigkeit** nach § 27 Z 1 AngG ist eine Schädigungsabsicht des Arbeitnehmers oder ein Schadenseintritt nicht erforderlich; entscheidend ist vielmehr die Vertrauensverwirkung, bei der auch nicht jeder einzelne Vorfall für sich allein beurteilt und damit das Gesamtergebnis zerpfückt werden darf, sondern das Gesamtbild des Verhaltens des Arbeitnehmers berücksichtigt werden muss. Einer der dabei zu berücksichtigenden Faktoren ist auch die Dauer des Arbeitsverhältnisses ist. Ein Arbeitnehmer, der sich während eines langjährigen Arbeitsverhältnisses immer wohlverhalten hat, wird einen größeren Vertrauensvorschuss erwarten dürfen als ein Arbeitnehmer, der sich einer Verfehlung bereits schuldig gemacht hat.

Im vorliegenden Fall hat eine Arbeitnehmerin einen **Gutschein eingelöst**, obwohl diese Gutscheine von Mitarbeitern **nicht für private Einkäufe** verwendet werden dürfen. Damit hat der Arbeitgeber aber ein Fehlverhalten der Arbeitnehmerin nachgewiesen, für dessen Rechtfertigung im Einzelfall (Zuwendung durch einen Vorgesetzten) die Arbeitnehmerin beweispflichtig gewesen wäre. Konnte ein Rechtfertigungsgrund nicht bewiesen werden, ist dies zu Lasten der Arbeitnehmerin zu werten.

Das Berufungsgericht hat das Verhalten der Arbeitnehmerin trotz des **geringen Gutscheinwerts** nicht für sich allein, aber in Zusammenhang mit dem Umstand, dass sie als Marktleiterin sich von anderen **Mitarbeiterinnen regelmäßig** (über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren wöchentlich bzw 14-tägig) 15–20 **Brötchen herrichten** ließ und dafür nur den **Materialwert bezahlte**



und damit die Arbeitsleistung dieser Mitarbeiterinnen regelmäßig für private Zwecke nutzte, auch vor dem Hintergrund der langen Dauer des Arbeitsverhältnisses **nicht mehr als vernachlässigbares Fehlverhalten** angesehen. Dies stellt nach Ansicht des OGH keine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung dar. Darauf, ob der Arbeitnehmerin die Pflichtwidrigkeit ihres Verhaltens etwa aufgrund einer Weisung offenkundig war, kommt es nicht an, es genügt vielmehr, dass ihr diese bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt bewusst werden musste.

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

Vertrauensunwürdigkeit durch heimliche Tonbandaufzeichnung

» ARD 6590/10/2018

§ AngG: § 27 Z 1

OLG Wien 23. 10. 2017, 7 Ra 34/17x

Aufgrund einer geplanten Neuorganisation der Unternehmensstruktur (mit der Einsparung einer Ebene in der Hierarchie) war im Betrieb des beklagten Arbeitgebers für die Mitarbeiter absehbar, dass die Beendigung einzelner Arbeitsverhältnisse im Raum stand. Vor diesem Hintergrund war dem Kläger bewusst, dass eine **Besprechung** zwischen ihm und den **beiden Vorständen** des Unternehmens **kein Routinetreffen** ist und es dabei nicht um das Tagesgeschäft oder technische Fragen zu Projekten gehen würde. Weil er ahnte, dass das dort zu Besprechende für das Unternehmen sowie für seine Person und seine Zukunft im Unternehmen grundlegende Themen betreffen würde, hat er das **Gespräch** mit seinem **Mobiltelefon heimlich aufgenommen**. Die Aufnahme sollte dem Kläger auch dazu dienen, den Inhalt des Gesprächs bei Bedarf für seine Zwecke zu verwenden.

Die nach Bekanntwerden dieser Tatsache ausgesprochene **Entlassung erfolgte zu Recht**: Die heimliche Aufnahme eines Gesprächs mit dem Arbeitgeber durch einen (wie hier) in einer Vertrauensposition beschäftigten Angestellten begründet den Entlassungsstatbestand der **Vertrauensunwürdigkeit** gemäß § 27 Z 1 dritter Fall AngG (vgl. OGH 23. 1. 2015, 8 ObA 65/14p, ARD 6446/9/2015).

Dass der Arbeitnehmer das Handy, auf dem sich die Aufnahme befunden hat, in weiterer Folge an den Arbeitgeber zurückgestellt hat, ist rechtlich nicht bedeutsam, da der Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit bereits durch die heimliche Aufnahme des Gesprächs verwirklicht wurde. (Revision vom OLG nicht zugelassen)

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

Nichtangabe von Pausen im Arbeitsbuch eines Monteurs – Entlassung

» ARD 6590/11/2018

§ GewO 1859: § 82 lit d

OLG Linz 20. 12. 2017, 12 Ra 68/17g

Der Kläger war als Elektromonteur beim beklagten Arbeitgeber beschäftigt. Die tägliche Dienstzeit war von 7.30 bis 16.00 Uhr. Um ein früheres Arbeitsende zu erreichen, einigten sich alle Mitarbeiter des Betriebes mit dem Arbeitgeber darauf, nur **15 Minuten Mittagspause** pro Tag zu machen und 15 Minuten früher mit der Arbeit zu beginnen. In die von den Monteuren geführten Arbeitsbücher, die zur Abrechnung der Leistungen gegenüber den Kunden herangezogen wurden, wurden die Pausen nicht eingetragen, als Dienstbeginn wurde jeweils 7.30 Uhr vermerkt. Weil der Kläger mehrmals eine (zum Teil deutlich) **längere Mittagspause** gehalten hat, wurde er vom Arbeitgeber entlassen. Anders als das Erstgericht, bejahte das OLG Linz das Vorliegen eines Entlassungsgrundes:

Gemäß § 82 lit d GewO 1859 kann ein Hilfsarbeiter entlassen werden, wenn er sich einer sonstigen **strafbaren Handlung** schuldig macht, welche ihn des Vertrauens des Gewerbeinhabers unwürdig erscheinen lässt.

Weil mit der Arbeit (nur) um 15 Minuten früher als im Arbeitsbuch vermerkt tatsächlich begonnen wurde, hätten im Hinblick auf die bekannte Funktion des Arbeitsbuchs als Grundlage der Verrechnung den Kunden gegenüber **alle Pausen eingetragen werden müssen**, sofern die Gesamtdauer der Pausen eines Tages 15 Minuten überschritten hat; andernfalls wären **Pausenzeiten den Kunden als Arbeitszeit verrechnet** worden. Durch die Unterlassung der Eintragung hat der Kläger eine **falsche Urkunde** hergestellt (§ 147 Abs 1 Z 1 StGB). Ob der (allenfalls nur bedingte) Vorsatz des Klägers nur die Täuschung der Kunden (und deren Veranlassung zur Zahlung nicht gebührender Werklöhne) oder auch (und gerade) die Täuschung des Arbeitgebers (und dessen Veranlassung zur Auszahlung nicht gebührenden Arbeitsentgelts) umfasst hat, ist irrelevant, weil auch den Arbeitgeber begünstigende strafbare Handlungen die **Vertrauensunwürdigkeit** des Arbeitnehmers bewirken können.

Das wiederholte Unterlassen der Eintragung der 15 Minuten übersteigenden Pausen im Arbeitsbuch (festgestelltmaßen an zumindest drei Tagen im Ausmaß von 30, 120 und 8 Minuten) lässt den Kläger des Vertrauens des Arbeitgebers unwürdig erscheinen. Die Entlassung war somit berechtigt. (Revision vom OLG nicht zugelassen)

Bearbeiter: Manfred Lindmayr



Unverzüglichkeit der Entlassung eines Geschäftsführers

» ARD 6590/12/2018

§ AngG: § 27

OGH 30. 10. 2017, 9 ObA 106/17d

Nach der ständigen Rechtsprechung des OGH sind die Gründe für die vorzeitige Lösung eines Dienstverhältnisses bei sonstiger Verwirkung des Entlassungsrechts **unverzüglich**, dh **ohne schuldhaftes Zögern**, geltend zu machen. Der Dienstgeber darf mit der Ausübung seines Entlassungsrechts nicht wider Treu und Glauben so lange warten, dass der Angestellte aus diesem Zögern auf einen Verzicht des Dienstgebers auf die Geltendmachung der Entlassungsgründe schließen muss. Der Dienstnehmer, dem ein pflichtwidriges Verhalten vorgeworfen wird, soll darüber hinaus nicht ungebührlich lange über sein weiteres dienstrechtliches Schicksal im Unklaren gelassen werden.

Bei Beurteilung der Rechtzeitigkeit einer Entlassung ist bei **juristischen Personen** darauf Bedacht zu nehmen, dass die **Willensbildung umständlicher** ist als bei physischen Personen; es müssen solche Verzögerungen anerkannt werden, die in der Natur des Dienstverhältnisses oder sonst in den besonderen Umständen des Falls sachlich begründet sind. Dafür sind die **Umstände des Einzelfalls** maßgeblich.

Im Anlassfall ging es um die Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Entlassung eines handelsrechtlichen Geschäftsführers eines Unternehmens. Dem **Geschäftsführer** waren seit Jahren (**erhebliche**) **Reklamationen** (insbesondere) an dem vom Unternehmen meistverkauften Bodensystem bekannt, die er gegenüber der Alleingesellschafterin des Unternehmens **systematisch verschwie**. Die Reklamationen gelangten **erstmalig am 15. 10. 2013** einem Vorstandsmitglied zur Kenntnis, am 18. 10. 2013 erfolgte die Entlassung. Der OGH bestätigte nun die Ansicht der Vorinstanzen, dass die **Entlassung rechtzeitig** erfolgt sei. Der Geschäftsführer konnte bis zum Ausspruch seiner Entlassung am 18. 10. 2013 nicht annehmen, dass der Arbeitgeber auf sein Entlassungsrecht verzichtet hätte.

Bearbeiterin: Bettina Sabara

SOZIALVERSICHERUNGSRECHT

Bindung des AMS an Feststellung der PVA über vorübergehende Invalidität des Versicherten

» ARD 6590/13/2018

§ AIVG: § 8 Abs 3

ASVG: § 367 Abs 4

VwGH 19. 12. 2017, Ro 2017/08/0010

Die Feststellung durch den **Pensionsversicherungsträger** oder ein **Gericht**, das bei einem Versicherten (zwar keine dauernde, aber eine) **vorübergehende Invalidität** bzw Berufsunfähigkeit vorliegt, ist für das **Arbeitsmarktservice** im Verfahren nach § 8 AIVG zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit eines Arbeitslosen **bindend**. Diese Bindungswirkung einer entsprechenden Feststellung besteht so lange, bis sich der ihr zugrunde liegende Sachverhalt wesentlich geändert hat, sodass auch eine anderslautende Feststellung getroffen werden könnte, ohne dass dem die entschiedene Sache entgegenstünde. Die dann vorzunehmende Neubeurteilung der Arbeitsfähigkeit hat wieder unter Einbeziehung des „Kompetenzzentrums Begutachtung“ der Pensionsversicherungsanstalt gemäß § 8 Abs 2 und 3 AIVG zu erfolgen. Ist die **Feststellung** der vorübergehenden Invalidität aber noch **aufrecht**, hat das AMS die **Arbeitsfähigkeit** des Versicherten iSd § 8 AIVG zu **verneinen** und die Einstellung des Arbeitslosengeldes zu verfügen.

Erste Rechtsprechung des VwGH

Sachverhalt

Mit Bescheid vom 15. 3. 2016 stellte das Arbeitsmarktservice das Arbeitslosengeld der Mitbeteiligten **mangels Arbeitsfähigkeit** ein und begründete dies damit, dass die Mitbeteiligte laut Bescheid der Pensionsversicherungsanstalt vom 24. 2. 2016 nicht arbeitsfähig sei. Mit diesem Bescheid hat die PVA den Antrag der Mitbeteiligten auf Gewährung einer Berufsunfähigkeitspension abgelehnt. Mit weiterem Bescheid der PVA vom 17. 3. 2016 wurde ausgesprochen, dass bei der Mitbeteiligten eine **vorübergehende Berufsunfähigkeit** im Ausmaß von voraussichtlich **mindestens sechs Monaten** vorliegt.

Gegen die Nichtgewährung einer Berufsunfähigkeitspension brachte die Mitbeteiligte Klage ein, die von den Gerichten in 1. und 2. Instanz im Hauptbegehren abgewiesen wurde, im Sinne des Eventualbegehrens wurde aber festgestellt, dass ab 1. 7. 2015 eine vorübergehende Berufsunfähigkeit im Ausmaß von mindestens sechs Monaten vorliegt. Zwar gingen die Gerichte davon aus, dass **keine Berufsunfähigkeit** vorliege, da jedoch die PVA mit Bescheid das Vorliegen einer **vorübergehenden Berufs-**

KODEX

Ihr Weg zum Recht:
kodex.lexisnexis.at



unfähigkeit unwiderruflich anerkannt habe, sei dies spruchgemäß festzustellen gewesen.

Mit einem weiteren Bescheid vom 13. 4. 2017 stellte das AMS das Arbeitslosengeld der Mitbeteiligten **mangels Arbeitsfähigkeit** ab dem 1. 3. 2017 ein. Begründend führte es aus, das OLG Linz habe ausgesprochen, dass ab 1. 7. 2015 bei der Mitbeteiligten vorübergehende Berufsunfähigkeit im Ausmaß von mindestens sechs Monaten vorliege.

Über Beschwerde der Mitbeteiligten hob das **Bundesverwaltungsgericht** die beiden **Bescheide** des AMS vom 15. 3. 2016 und 13. 4. 2017 ersatzlos auf. Begründend führte das BVwG aus, dass die Gerichte gerade **nicht** von einer **Berufsunfähigkeit** der Mitbeteiligten ausgingen und der Ausspruch hinsichtlich der vorübergehenden Berufsunfähigkeit nur wegen des sozialgerichtlichen Verschlechterungsverbots zu treffen gewesen sei. In dieser Konstellation sei von dem durch die Gerichte festgestellten tatsächlichen Sachverhalt auszugehen, sodass von einer Arbeitsfähigkeit der Mitbeteiligten auszugehen sei.

Der VwGH ließ die Revision zu, weil noch keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage nach den Grenzen der Bindungswirkung eines Bescheides oder Urteils, mit dem eine vorübergehende Berufsunfähigkeit festgestellt wird, vorliegt. In der Sache teilt er die **Rechtsansicht des BVwG nicht**:

Feststellung von Invalidität

Gemäß § 8 Abs 1 ALVG ist arbeitsfähig, wer nicht invalid und nicht berufsunfähig im Sinn des ASVG ist. Arbeitsfähig ist jedenfalls nicht, wer eine Leistung aus dem Versicherungsfall der geminderten Arbeitsfähigkeit oder der Erwerbsunfähigkeit bezieht bzw die Anspruchsvoraussetzungen für eine derartige Leistung erfüllt.

Das AMS hat **Bescheide** der Pensionsversicherungsträger und Gutachten des Kompetenzzentrums Begutachtung der Pensionsversicherungsanstalt zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit **anzuerkennen** und seiner weiteren Tätigkeit zu Grunde zu legen (§ 8 Abs 3 ALVG).

Gemäß § 367 Abs 4 ASVG (in der Fassung vor der Novelle BGBl I 2017/29) hat der Versicherungsträger von Amts wegen festzustellen, ob Invalidität (Berufsunfähigkeit) iSd § 255 Abs 1 und 2 ASVG (§ 273 Abs 1 ASVG) oder iSd § 255 Abs 3 ASVG (§ 273 Abs 2 ASVG) vorliegt und wann sie eingetreten ist sowie ob die Invalidität (Berufsunfähigkeit) voraussichtlich mindestens sechs Monate andauern wird, wenn festgestellt wird, dass die Invalidität (Berufsunfähigkeit) voraussichtlich nicht dauerhaft vorliegt. Nach der Rechtslage in der Fassung der genannten Novelle ist in einem solchen Fall außerdem festzustellen, ob ein Rechtsanspruch auf berufliche Maßnahmen der Rehabilitation nach § 253e ASVG (§ 270a, § 276e ASVG) besteht und für welches Berufsfeld die versicherte Person durch diese Maßnahmen qualifiziert werden kann.

Ausmaß der Bindungswirkung

Aus der Anknüpfung des § 8 Abs 1 ALVG an die Invalidität bzw Berufsunfähigkeit iSd ASVG folgt, dass das **AMS** bei der Beurteilung

der Arbeitsfähigkeit jedenfalls an eine positive rechtskräftige **Feststellung der Invalidität** bzw Berufsunfähigkeit – als maßgebliche Vorfragenbeurteilung durch die PVA bzw das Gericht – **gebunden** ist. Ebenso ist eine negative Feststellung der dauernden Invalidität bzw Berufsunfähigkeit grundsätzlich bindend für das AMS.

Allerdings gibt es nach dem ASVG auch die Möglichkeit, bei Verneinung der dauernden Invalidität bzw Berufsunfähigkeit eine bloß **vorübergehende Invalidität** bzw Berufsunfähigkeit festzustellen. Auch eine solche vorübergehende Invalidität bzw Berufsunfähigkeit **bewirkt** – solange sie vorliegt – **Arbeitsunfähigkeit** iSd § 8 ALVG, und eine diesbezügliche rechtskräftige **Feststellung** durch den Pensionsversicherungsträger oder das Gericht ist im Verfahren nach § 8 ALVG **ebenfalls bindend**. Entgegen der Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts kann aus der Formulierung nach § 367 Abs 4 Z 2 ASVG „im Ausmaß von voraussichtlich mindestens sechs Monaten“ – die deswegen so getroffen wird, weil an diese Mindestdauer der Anspruch auf medizinische Rehabilitation nach § 253f bzw § 270b ASVG und auf Rehabilitationsgeld nach § 255b bzw § 273b ASVG anknüpft – nicht geschlossen werden, dass nach Ablauf von sechs Monaten jedenfalls nicht mehr vom Vorliegen einer Invalidität bzw Berufsunfähigkeit auszugehen ist. Vielmehr besteht die **Bindungswirkung** einer entsprechenden Feststellung erst **dann nicht mehr**, wenn sich der ihr zugrunde liegende **Sachverhalt wesentlich geändert** hat, sodass (auf Antrag der versicherten Person oder – insbesondere aufgrund einer Überprüfung durch den KrV-Träger nach § 143a ASVG – von Amts wegen) auch eine anderslautende Feststellung getroffen werden könnte, ohne dass dem die entschiedene Sache entgegenstände. Die dann vorzunehmende Neubeurteilung der Arbeitsfähigkeit hat wieder unter Einbeziehung des Kompetenzzentrums Begutachtung der PVA gemäß § 8 Abs 2 und 3 ALVG zu erfolgen.

Auf die **Begründung** kommt es für die Bindungswirkung einer rechtskräftigen Feststellung der (dauernden oder vorübergehenden) Invalidität bzw Berufsunfähigkeit **nicht an**. Dass das AMS nach § 8 Abs 3 ALVG Bescheide der Pensionsversicherungsträger und Gutachten des Kompetenzzentrums Begutachtung der PVA zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit „anzuerkennen und seiner weiteren Tätigkeit zu Grunde zu legen“ hat, kann – in Verbindung mit der tatbestandsmäßigen Anknüpfung in § 8 Abs 1 ALVG – in Bezug auf rechtskräftige Bescheide und Gerichtsurteile nur bedeuten, dass ihre Rechtskraftwirkung zu beachten ist, die nach allgemeinen Grundsätzen durch den **Inhalt des Spruchs** bestimmt wird. Nur in Bezug auf Gutachten kann nicht von einer strikten Bindungswirkung, sondern bloß von einer Verpflichtung zur vorrangigen Heranziehung im Verfahren nach dem ALVG ausgegangen werden.

Im vorliegenden Fall wurde in Bezug auf die Mitbeteiligte zum einen gemäß § 273a ASVG festgestellt, dass dauernde Berufsunfähigkeit nicht vorliege, und zum anderen gemäß § 367 Abs 4 ASVG festgestellt, dass eine **vorübergehende Berufsunfähigkeit** im Ausmaß von voraussichtlich mindestens sechs Monaten vorliege. Diese **Feststellung** war nach der Aktenlage und den Feststellungen des BVwG **nach wie vor aufrecht**. Sie entfaltete daher Bindungswirkung, es sei denn, der maßgebliche Sachverhalt hätte sich in entscheidungswesentlichen Punkten geändert. Dies hat das BVwG



aber nicht festgestellt (und wurde auch im Verfahren nicht behauptet). Es hätte folglich – auf Basis seiner Feststellungen – die Arbeitsfähigkeit iSd § 8 ALVG verneinen müssen, sodass die Einstellung des Arbeitslosengeldes als rechtmäßig zu beurteilen gewesen wäre.

Die angefochtenen Erkenntnisse waren daher wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufzuheben.

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

Sperre der Notstandshilfe nach verweigerter ärztlicher Untersuchung

» ARD 6590/14/2018

§ ALVG: § 8 Abs 2

VwGH 7. 9. 2017, Ro 2017/08/0007

Im vorliegenden Fall wurde einem Arbeitslosen die Notstandshilfe gesperrt, weil er einen **Untersuchungstermin** bei der Pensionsversicherungsanstalt ohne triftigen Grund **nicht eingehalten** hat. Das Verwaltungsgericht hat diesen Bescheid aber aufgehoben, weil die gegenständliche **Überprüfung** der Arbeitsfähigkeit **auf Initiative des Arbeitslosen** erfolgt ist, der bei der Pensionsversicherungsanstalt einen Antrag auf Zuerkennung einer Invaliditätspension gestellt hat. Eine Einstellung des Leistungsbezuges iSd § 8 Abs 2 letzter Satz ALVG sei hier mangels Anordnung der Überprüfung der Arbeitsfähigkeit durch das AMS nicht möglich.

Über Beschwerde des AMS wurde das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts nun vom VwGH aufgehoben:

Arbeitslose sind, wenn sich Zweifel über ihre Arbeitsfähigkeit ergeben oder zu klären ist, ob bestimmte Tätigkeiten ihre Gesundheit gefährden können, gemäß § 8 Abs 2 ALVG **verpflichtet, sich ärztlich untersuchen zu lassen**. Die Untersuchung der Arbeitsfähigkeit hat an einer vom Kompetenzzentrum Begutachtung der Pensionsversicherungsanstalt festgelegten Stelle stattzufinden. Wenn eine ärztliche Untersuchung nicht bereits eingeleitet ist, hat das AMS bei Zweifeln über die Arbeitsfähigkeit oder über die Gesundheitsgefährdung eine entsprechende Untersuchung anzuordnen. Wer sich weigert, einer derartigen Anordnung Folge zu leisten, erhält für die Dauer der Weigerung kein Arbeitslosengeld.

Die vom AMS vorgenommene Anordnung einer medizinischen Untersuchung unter Sanktionsdrohung ist gegen den Willen der Partei nur insoweit rechtmäßig bzw der Arbeitslose nur insoweit verpflichtet, sich einer Untersuchung zu unterziehen, als aufgrund von bestimmten Tatsachen der objektiv begründete **Verdacht** besteht, dass **Arbeitsfähigkeit nicht** (mehr) **vorliegt**, oder dies die **Partei selbst behauptet** oder als möglich darstellt. Die Zweifel an der Arbeitsfähigkeit müssen der Partei gegenüber konkretisiert werden, einerseits, damit auch ihr gegenüber klaggestellt ist, dass ein Fall des § 8 Abs 2 ALVG eingetreten ist und daher nunmehr die Verpflichtung zur Vornahme der Untersuchung besteht, und andererseits, damit ihr allenfalls Gelegenheit gegeben wird, diese Zweifel durch Vorlage bereits vorhandener geeigneter Gründe zu zer-

streuen. Im vorliegenden Fall sind objektiv begründete **Zweifel** an der Arbeitsfähigkeit des Arbeitslosen in Anbetracht seines **Antrags** auf Zuerkennung einer **Invaliditätspension gegeben** gewesen.

Die im § 8 Abs 2 letzter Satz ALVG vorgesehene Sanktion ist an die Weigerung geknüpft, einer „derartigen“ Anordnung (nämlich der Anordnung einer Untersuchung iSd § 8 Abs 2 vierter Satz ALVG) Folge zu leisten. Im vorliegenden Fall wurde der Arbeitslose vom AMS niederschriftlich darüber informiert, dass er den vom Pensionsversicherungsträger angesetzten Untersuchungen nachkommen muss. Damit hat das AMS eine Untersuchung iSd § 8 Abs 2 vierter Satz ALVG angeordnet. Darüber hinaus wurde der Arbeitslose in der genannten Niederschrift auch über die Sanktion für den Fall der Verweigerung der Untersuchung belehrt. Damit waren die Voraussetzungen erfüllt, gemäß § 8 Abs 2 fünfter Satz ALVG die gegenständliche Sanktion zu verhängen.

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

Rückforderung von Notstandshilfe wegen Meldepflichtverletzung

» ARD 6590/15/2018

§ ALVG: § 25, § 50

VwGH 30. 1. 2018, Ra 2017/08/0125

Wer Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung bezieht, ist gemäß § 50 Abs 1 ALVG verpflichtet, die Aufnahme einer Tätigkeit unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des AMS anzuzeigen. Darüber hinaus ist jede andere für das Fortbestehen und das Ausmaß des Anspruchs **maßgebende Änderung** der wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitslosen sowie jede Wohnungsänderung ohne Verzug, spätestens jedoch binnen einer Woche seit dem Eintritt des Ereignisses **anzuzeigen**. Die Verletzung der Meldepflicht rechtfertigt die Annahme einer Verschweigung maßgebender Tatsachen iSd § 25 Abs 1 ALVG und somit die Rückforderung des unberechtigt Empfangenen.

Im vorliegenden Fall hat eine Notstandshilfebezieherin in einem Telefonat mit der „Service-Line“ des AMS die **Beschäftigungsaufnahme** ihres (ebenfalls Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung beziehenden) **Ehemannes** bekannt gegeben und dabei nur dessen Sozialversicherungsnummer angegeben, weshalb das Telefonat auch nur im Akt ihres Ehemannes dokumentiert ist. Überdies hat sie die Beschäftigungsaufnahme über das e-AMS-Konto ihres Mannes (in dessen Namen) eingebracht.

Das allein ist nach Ansicht des VwGH allerdings **nicht ausreichend**, um ihrer **eigenen Meldepflicht nachzukommen**. Vielmehr muss der Meldung vor dem Hintergrund des Zwecks des § 50 ALVG, einen jederzeitigen Überblick des AMS über den Fortbestand der Anspruchsvoraussetzungen sicherzustellen, eindeutig entnommen werden können, dass sie (auch) in Bezug auf den Leistungsanspruch des Meldepflichtigen selbst erfolgt. Diesem Erfordernis wird jedenfalls durch die **Angabe der eigenen Sozialversicherungs-**

nummer entsprochen; gleichwertig wäre etwa die ausdrückliche Erklärung, dass die Mitteilung der Erfüllung der Meldepflicht dient.

Die telefonische Mitteilung der Arbeitslosen enthielt jedoch keine derartigen Angaben; vielmehr erfolgte sie offenkundig – ohne Bezugnahme auf den eigenen Leistungsanspruch – zu dem Zweck, sich über den Anspruch ihres Ehemannes auf eine Entfernungszulage zu informieren, sodass das AMS **keinen Anlass hatte**, den Datensatz der Arbeitslosen aufzurufen bzw den **Gesprächsinhalt auch in ihrem Akt zu vermerken**. Es handelte sich daher um keine ausreichende Meldung iSd § 50 ALVG.

Der VwGH bejahte auch den (**bedingten**) **Vorsatz** der Arbeitslosen – als weitere Voraussetzung für die Annahme eines Verschweigens maßgebender Tatsachen iSd § 25 Abs 1 ALVG. Der Vorsatz muss sich nur auf die Verletzung der Meldepflicht und nicht auch darauf beziehen, dass das AMS tatsächlich keine Kenntnis von den meldepflichtigen Tatsachen erlangt, wobei es ausreicht, dass die Meldepflichtverletzung billigend in Kauf genommen wird (vgl VwGH 17. 2. 1998, 98/08/0014, ARD 4926/23/98, wonach es genügte, dass der damalige Beschwerdeführer bewusst keine eigene Meldung erstattet hatte). Davon war im vorliegenden Fall angesichts des vom Bundesverwaltungsgericht festgestellten Verhaltens der Arbeitslosen (explizite Meldung der Beschäftigungsaufnahme nur über das e-AMS-Konto ihres Ehemannes; persönliche Bezugnahme auf diese Beschäftigungsaufnahme bloß in einem Gespräch zum Thema Entfernungszulage ohne Nennung der eigenen Sozialversicherungsnummer) auszugehen.

Das AMS hat daher zu Recht den **Rückforderungstatbestand** des Verschweigens maßgebender Tatsachen nach § 25 Abs 1 ALVG als **erfüllt** angesehen.

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

STEUERRECHT

BFG: Nachweis der betrieblichen Notwendigkeit bei Nacht- und Sonntagsüberstunden

» ARD 6590/16/2018

§ EstG: § 68 Abs 1, Abs 6

BFG 19. 10. 2017, RV/7103195/2013

Das Ableisten von **Nacht-, Sonn- und Feiertagsüberstunden** iSd § 68 Abs 1 EstG muss in jedem Einzelfall **ebenso konkret nachgewiesen** werden wie die **betrieblich zwingende Notwendigkeit**. Ein – allgemein dargestelltes – primäres Interesse des Dienstgebers an der Ableistung derartiger Überstunden stellt keine zwingende betriebliche Notwendigkeit im konkreten Einzelfall dar. Auch mit allgemeinen Zeitaufzeichnungen kann der entsprechende Nachweis der betrieblichen Notwendigkeit der Überstundenleistungen nicht erbracht werden.

Sachverhalt

Das beschwerdeführende Unternehmen betrieb für Spitäler im In- und Ausland Labor-Roboter, die im **Störungsfall** schnellstmöglich durch einen qualifizierten Spezialisten **vor Ort repariert** werden müssen. Mit dem angefochtenen Bescheid des Finanzamtes wurde Lohnsteuer nachgefordert, weil für den Dienstnehmer D**** **Zuschläge für Überstunden** zu Unrecht steuerfrei belassen worden wären.

D****, der während seiner aktiven Tätigkeit für das Unternehmen auch 20 % Geschäftsanteile hielt, war ausgebildeter Servicetechniker, Leiter der Serviceabteilung und zusätzlich Leiter des Verkaufs. Wenn ein Gerät ausfiel, kontaktierten die Spitalsleiter häufig direkt D****, der es dann übernahm, die Kunden zu beruhigen und allenfalls selbst die Reparatur vor Ort vorzunehmen. Aus den vorgelegten **Unterlagen** ist jedoch **nicht ableitbar, wann welche Spitäler** aus welchem Grund bzw wegen welcher Störungsbeseitigung von D**** **besucht** werden mussten bzw wurden. Aufzeichnungen über Kundenbesuche bzw Service- und Reparaturarbeiten wurden nur von anderen Mitarbeitern geführt, nicht jedoch von D****. Dieser musste regelmäßig auch Angebote erstellen, Aufzeichnungen darüber, welche Angebote so kurzfristig fertigzustellen waren, dass Sonntagsarbeiten erforderlich waren, konnten jedoch nicht vorgelegt werden. Neben seiner Tätigkeit als Servicetechniker besuchte D**** auch Kongresse oder betreute Ausschreibungen auch vor Ort. Auch darüber wurden keine aussagekräftigen Unterlagen vorgelegt.

Das BFG hat die Beschwerde des Unternehmens abgewiesen:

Steuerfreiheit von Sonntagsüberstunden

Gemäß § 68 Abs 1 EstG sind Schmutz-, Erschwernis- und Gefahrenzulagen sowie Zuschläge für Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit und mit diesen Arbeiten zusammenhängende Überstundenzuschläge insgesamt bis € 360,- monatlich steuerfrei.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH sind in Anbetracht der dem § 68 Abs 1 EstG zu Grunde liegenden Intention nur jene Arbeitnehmer steuerlich zu begünstigen, die **gezwungen** sind, zu den im § 68 Abs 1 EstG **angeführten Zeiten Leistungen zu erbringen**. Der zwingende betriebliche Grund, gerade an diesen Tagen und Zeiten die Tätigkeiten zu erbringen, muss diesfalls **nachgewiesen** werden, hätten es doch sonst Arbeitgeber und Arbeitnehmer weitgehend in der Hand, eine begünstigte Besteuerung des Arbeitslohnes durch Verlagerung der Überstundentätigkeit in begünstigte Zeiten herbeizuführen (vgl VwGH 31. 3. 2004, 2000/13/0073, ARD 5516/15/2004). Immer dann, wenn es in einem Verfahren um die Erwirkung abgabenrechtlicher Begünstigungen geht, tritt der Gedanke der strikten Amtswegigkeit insofern in den Hintergrund, als der eine Begünstigung in Anspruch nehmende Abgabepflichtige selbst einwandfrei und unter Ausschluss jeden Zweifels das Vorliegen jener Umstände darzulegen hat, auf die die abgabenrechtliche Begünstigung gestützt werden kann.

Obwohl der Gesetzgeber die Voraussetzung des betrieblichen Erfordernisses nur für die Nachtarbeit normiert (§ 68 Abs 6 EstG),



müssen auch bei Zuschlägen sowie Zulagen für **Tätigkeiten an Sonn- und Feiertagen zwingende, betriebliche Gründe vorliegen**, weil in diesen Fällen die gleiche Verlagerungsgefahr der Arbeitszeit in begünstigte Zeiten besteht (*Doralt*, EStG¹⁴, § 68 Tz 44).

Das Ableisten derartiger Arbeitszeiten muss in jedem einzelnen Fall ebenso konkret nachgewiesen werden, wie das betriebliche Erfordernis für das Ableisten derartiger Arbeitszeiten. Das primäre Interesse des Dienstgebers an der Erbringung der Überstunden stellt keinen zwangsläufigen betrieblichen Grund dar, zumal die Ableistung von Überstunden – zu welchen Zeiten auch immer – regelmäßig im überwiegenden Interesse des Dienstgebers steht.

In aller Regel erfolgt der Nachweis für beide Umstände (zeitliche Ableistung und entsprechendes betriebliches Erfordernis) durch **zeitnah erstellte Aufzeichnungen**. Bei einer Vielzahl von Überstunden in mehreren Jahren kann der Nachweis daher in aller Regel nur durch zeitnah erstellte Aufzeichnungen erbracht werden, aus denen hervorgeht, an welchen Tagen und zu welchen Tagesstunden – und wohl auch aus welchem zwingenden betrieblichen Grund – der einzelne Arbeitnehmer die Überstunden geleistet hat. Dazu reichen im Vorhinein erstellte Dienstpläne oder nachträgliche Zeugenaussagen oder Bestätigungen nicht aus (vgl. VwGH 28. 10. 1993, 90/14/0029, ARD 4529/31/94).

Fehlender Nachweis der betrieblichen Notwendigkeit

Die von der Dienstgeber vorgelegten Aufzeichnungen enthalten zwar das **Datum** und die **Uhrzeit** der geleisteten Stunden des D****, allerdings wurden **keine Aufzeichnungen** oder andere konkrete Nachweise über die **betriebliche Notwendigkeit** der einzelnen Überstunden vorgelegt, sondern beschränkt sich das Vorbringen auf allgemeine Darstellungen der Tätigkeiten des D****. Im Unternehmen werden zudem von anderen Dienstnehmern des Servicebereichs Aufzeichnungen über Kunden, Art, Umfang und zeitliche Lagerung der geleisteten Arbeiten geführt – was wohl aus Gründen der Erstellung von Ausgangsrechnungen schon zwingend notwendig erscheint –, derartige Aufzeichnungen wurden aber eben von dem zu 20 % beteiligten leitenden Mitarbeiter D**** nicht geführt.

Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob die behaupteten Stunden tatsächlich geleistet wurden, da für den Fall der Erstellung von Ausgangsrechnungen an die betroffenen Kunden keine Unterlagen für Leistungsverzeichnisse vorliegen. Das Fehlen derartiger Aufzeichnungen für D**** legt nahe, dass dieser bei seiner **Zeiteinteilung wesentlichen Gestaltungsspielraum** hatte und daher offenbar **aus freien Stücken bestimmte Arbeiten Sonntags und/oder in den späten Abendstunden** leistete. Die allgemein gehaltenen Ausführungen des Dienstgebers vermögen daher in diesem Punkt nicht zu überzeugen. Die vorgelegten Zeitaufzeichnungen stellen auch in Zusammenschau mit dem sonstigen Vorbringen über die Tätigkeit des Unternehmens und der Aufgaben des D**** keinen geeigneten und ausreichend konkreten Nachweis der betrieblichen Notwendigkeit der Überstundenleistungen im Zusammenhang mit der Servicetätigkeit des D**** dar.

Bezogen auf die behauptete **Erforderlichkeit von Sonntagsüberstunden** im Zusammenhang mit **Veranstaltungen**, die Montags beginnen, ist das Vorbringen insofern **nicht nachvollziehbar**, als angenommen werden kann, dass ein leitender Dienstnehmer über ausreichend Gedächtnisvermögen verfügt, sich für eine Veranstaltung auch ein bis zwei Tage im Voraus vorzubereiten, wie dies im Berufsleben für nicht leitende Angestellte üblich ist und erwartet werden darf. Zudem wurde nicht auf einzelne Veranstaltungen und diese betreffende Vorbereitungszeit eingegangen, sondern bleiben die Ausführungen diesbezüglich auf allgemeiner Ebene. Das Argument der erforderlichen Vorbereitung ist daher nicht ausreichend, die betriebliche Notwendigkeit der Sonntagsüberstunden im Einzelfall nachzuweisen.

Die Ausführungen zu den **Planungsarbeiten** für Ausschreibungen bleiben insgesamt vollkommen allgemein. Das Ende von Ausschreibungsfristen deckt sich nach den Erfahrungen des Wirtschaftslebens nicht regelmäßig mit einem Montag. Es erscheint daher schon aus diesem Grund **nicht ersichtlich**, warum die entsprechenden **Arbeiten an Sonntagen** ausgeführt werden müssen. Die berechtigte Frage des Finanzamtes, warum diese Arbeiten nicht an Samstagen ausgeführt wurden, blieb vom Dienstgeber unbeantwortet. Weiters wird seitens des Dienstgebers auch nicht dargestellt, welche konkreten Ausschreibungen die jeweiligen Sonntagsüberstunden erforderlich gemacht hätten.

Dem von der Judikatur des VwGH entwickelten Erfordernis des zweifelsfreien Nachweises der betrieblichen Erforderlichkeit der begünstigt zu steuernden Sonntagsüberstunden entsprechen die vorgelegten Nachweise bzw. das beschwerdegegenständliche Vorbringen daher nicht. (Revision vom BFG nicht zugelassen)

Bearbeiter: Manfred Lindmayr

BFG: Überstundenzuschlag bei All-in-Verträgen

» ARD 6590/17/2018

§ EStG: § 68 Abs 1 und Abs 2

BFG 2. 10. 2017, RV/7103329/2016

Wurde mit einem Dienstnehmer ein **All-in-Entgelt** vereinbart, ist ein **Herausrechnen von steuerfreien Überstundenzuschlägen** aus dem Gesamtbezug **nicht zulässig**, wenn weder im schriftlichen Dienstvertrag noch in mündlichen Absprachen eine **Gesamtstundenleistung**, nämlich Normalstunden und konkrete Anzahl der abgegoltenen Überstunden, festgelegt ist.

Sachverhalt

Im Dienstvertrag des Beschwerdeführers wurde festgelegt, dass mit dem monatlichen Bruttogehalt sämtliche Mehrarbeit bzw. Überstunden des Beschwerdeführers abgegolten sind. Die wö-



chentliche Arbeitszeit sollte 38,5 Stunden betragen, im Bedarfsfall war der Beschwerdeführer jedoch verpflichtet, Mehrarbeit zu leisten. Tatsächlich wurden vom Beschwerdeführer regelmäßig (in monatlich unterschiedlichem Ausmaß) Überstunden geleistet.

Mit seiner Beschwerde gegen den Einkommensteuerbescheid 2014 begehrt der Beschwerdeführer die Berücksichtigung steuerfreier Überstundenzuschläge nach § 68 Abs 2 EStG. Damit hatte er vor dem BFG keinen Erfolg:

Überstundenpauschalvergütungen

Gemäß § 68 Abs 2 EStG sind – zusätzlich zu den in § 68 Abs 1 EStG genannten Zuschlägen – Zuschläge für die ersten zehn Überstunden im Monat im Ausmaß von höchstens 50 % des Grundlohnes, insgesamt höchstens jedoch € 86,- monatlich, steuerfrei.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH kommt die Steuerbegünstigung für Überstundenzuschläge nur in Betracht, wenn die **genaue Anzahl und zeitliche Lagerung** aller im einzelnen tatsächlich geleisteten Überstunden und die genaue Höhe der dafür über das sonstige Arbeitsentgelt hinaus mit den Entlohnungen für diese Überstunden bezahlten Zuschläge **feststehen**. Vom erstgenannten dieser Erfordernisse kann nur abgesehen werden, wenn eine klare, nach der Sachlage wirtschaftlich fundierte Vereinbarung über eine Pauschalabgeltung der Überstundenleistungen in bestimmter Höhe getroffen ist (vgl VwGH 29. 1. 1998, 96/15/0250, ARD 4935/36/98).

Im Zusammenhang mit **Überstundenpauschalvergütungen** hat der VwGH ausgesprochen, dass eine solche für den Bereich des Abgabenrechtes jedenfalls nur dann Anerkennung finden kann, wenn sie in wirtschaftlich fundierter Weise, aufbauend auf dem tatsächlichen Überstundenanfall, die **durchschnittlich** im Lohnzahlungszeitraum unter der Voraussetzung gleich bleibender Verhältnisse zu leistenden **Überstunden abgilt**, wobei sich die gleich bleibenden Verhältnisse überdies auch auf die zeitliche Lagerung von „Normalüberstunden“ und „qualifizierten Überstunden“ (Sonntags-, Feiertags- und Nachtüberstunden) erstrecken müssen.

Unerlässliches Erfordernis eines relevanten Überstundenpauschalübereinkommens ist eine **Vereinbarung** über die Anzahl der in der Gesamtstundenleistung enthaltenen und zu leistenden Überstunden, wozu auch die vertragliche **Festlegung der Gesamtstundenleistung** gehört, weil ohne eine solche vertragliche Festlegung der Gesamtstundenleistung die Prüfung nicht möglich ist, wann durch die Gewährung eines Zuschlages der Grundlohn eine Kürzung erfährt und damit eine abzulehnende Herausschälung eines Zuschlages aus dem Grundlohn erfolgt (vgl VwGH 29. 1. 1998, 96/15/0250, ARD 4935/36/98).

All-in-Vertrag

Im vorliegenden Fall wurde im Dienstvertrag festgelegt, dass mit dem **Monatsgehalt** allfällige **Mehrleistungen** („sämtliche Mehrarbeit- bzw Überstunden“) **abgegolten** sein sollten. Das monat-

liche Gehalt stellt daher eindeutig einen **Gesamtbezug** dar. Für Überstunden des Beschwerdeführers werden laut Dienstvertrag keine besonderen Entgelte ausbezahlt.

Eine solche Vereinbarung (sogenannter „**All-in-Vertrag**“) erlaubt jedoch die **Herausrechnung** der steuerbegünstigt zu behandelnden **Zuschläge** für Überstunden **nicht**, weil ihr das genaue Ausmaß der zu leistenden Überstunden und in weiterer Folge der Überstunden mit erhöhtem Zuschlag nicht entnommen werden kann. Aus diesem Umstand folgt aber, dass aus dieser Vereinbarung nicht errechnet werden kann, in welcher **Höhe der Grundlohn** festgelegt worden ist. Die Bestimmungen des Kollektivvertrages und der Betriebsvereinbarung können die Festlegung der vom Dienstnehmer geschuldeten Gesamtstundenanzahl und sohin der Anzahl der zu erbringenden Überstunden in einem Überstundenpauschalübereinkommen deswegen nicht ersetzen, weil es den Parteien eines Arbeitsvertrages freisteht, zugunsten des Dienstnehmers von den genannten Regelungen abzuweichen. Insbesondere können die Vertragsparteien den Grundlohn mit einem höheren Betrag vereinbaren, als er in Normen des kollektiven Arbeitsrechtes festgelegt ist. Wenn nicht festgelegt ist, in welchem Ausmaß Normalarbeitszeit und Überstunden – mit normalem Zuschlag einerseits und mit erhöhtem Zuschlag andererseits – zu erbringen sind, ist es nicht möglich, die Höhe des Grundlohnes zu eruieren (vgl VwGH 26. 1. 2006, 2002/15/0207, ARD 5670/7/2006).

Im vorliegenden Fall ist somit laut Dienstvertrag keine Einzelabgeltung nachgewiesener Überstunden erfolgt, sondern eine **Pauschalabgeltung** auf der Grundlage des Dienstvertrages. Nach Auffassung des BFG ist die Formulierung im Dienstvertrag, dass mit dem monatlichen Bruttobezug jedwede Mehrarbeit bzw Überstundenleistung abgegolten ist, unmissverständlich und eindeutig und bedarf daher keiner Auslegung oder Erläuterung. Mit dem im Dienstvertrag angeführten monatlichen Bruttobezug sind sämtliche Arbeitsleistungen des Beschwerdeführers – auch Überstundenleistungen – abgegolten.

In der Vereinbarung, dass mit dem Bruttogehalt „Mehrarbeit und Überstunden abgegolten sind“, ist eine – steuerrechtlich – wirksame Abrede über ein **Überstundenpauschale nicht zu erblicken**; es fehlt an der Vereinbarung über die Anzahl der in der Gesamtstundenleistung enthaltenen und zu leistenden Überstunden.

Auch die Aufzeichnung über geleistete Überstunden ersetzt eine entsprechende Vereinbarung nicht, ist es doch mangels Festlegung einer Gesamtstundenleistung nicht möglich, aus dem Dienstvertrag den Grundlohn zu berechnen. Würden die jeweils tatsächlich geleisteten Überstunden der Berechnung zugrunde gelegt, wäre der Grundlohn schwankend, was dem Begriff eines solchen Lohnes widersprechen würde.

Aus den dargelegten Gründen kann dem Begehren des Beschwerdeführers nicht gefolgt werden, die Begünstigung des § 68 EStG für Überstundenzuschläge zur Anwendung zu bringen. (Revision vom BFG nicht zugelassen)

Bearbeiter: Manfred Lindmayr



NEUE VORSCHRIFTEN

bearbeitet von *Birgit Bleyer*

Familienbonus Plus – ME

» ARD 6590/18/2018

- # Ministerialentwurf 3. 3. 2018, 24/ME NR 26. GP
- ➔ Gesetzwerdung bleibt abzuwarten

Bundesgesetz, mit dem das Einkommensteuergesetz 1988 geändert werden soll

Überblick

Der Begutachtungsentwurf umfasst hauptsächlich folgende Maßnahmen, die **ab 1. 1. 2019** in Kraft treten sollen:

- Einführung eines Familienabsetzbetrages „**Familienbonus Plus**“ bis zum 18. Lebensjahr des Kindes in der Höhe von maximal € 1.500,- pro Kind und Jahr. Da es sich hierbei um einen **Absetzbetrag** handelt, reduziert sich die jährliche Steuerlast unmittelbar um bis zu € 1.500,- pro Jahr. Dadurch sollen Familien, die Einkommensteuer zahlen, entweder zur Gänze von dieser Steuerlast befreit oder die Steuerlast um den Steuerbonus reduziert werden.
Für volljährige Kinder, für die Familienbeihilfe bezogen wird, soll Anspruch auf einen Familienbonus Plus in der Höhe von € 500,- pro Kind und Jahr bestehen.
- Einführung eines **Kindermehrbetrages** von € 250,- pro Kind und Jahr für berufstätige (geringverdienende) **Alleinverdiener** und **Alleinerzieher**, die keine Steuern bezahlen.
- **Indexierung** des Alleinverdiener- und Alleinerzieherabsetzbetrages, des Unterhaltsabsetzbetrages sowie des Familienbonus Plus entsprechend dem **Preisniveau** des **Wohnortes** des Kindes.

Familienbonus Plus

Anspruchsvoraussetzung für den Familienbonus Plus ist, dass für das Kind **Familienbeihilfe** nach dem FLAG **gewährt** wird. Beginnt oder endet der Bezug von Familienbeihilfe während des Kalenderjahres, besteht daher Anspruch auf den Familienbonus Plus für die Monate, für die Familienbeihilfe bezogen wird.

Die **Höhe** des Familienbonus Plus soll sich nach dem **Alter des Kindes** bestimmen:

- **Bis zum 18. Geburtstag** stehen € 125,- monatlich (€ 1.500,-/Jahr) zu, und zwar auch noch für den Monat, in dem das Kind 18 Jahre alt wird.
- **Nach** Ablauf des Monats, in den der **18. Geburtstag** fällt, stehen € 41,68 monatlich (€ 500,16/Jahr) so lange zu, als für das Kind Familienbeihilfe gewährt wird.

Als **Antragsberechtigte** für den Familienbonus Plus sollen der Familienbeihilfenberechtigte, dessen (Ehe)Partner sowie der

Unterhaltsverpflichtete, der für das Kind den gesetzlichen Unterhalt leistet und dem ein Unterhaltsabsetzbetrag zusteht, in Betracht kommen.

Den Familienbonus Plus sollen der Familienbeihilfenberechtigte und/oder dessen (Ehe-)Partner wie folgt beantragen können:

- **entweder einer der beiden zu 100 %** (€ 1.500,- bzw € 500,16 bei ganzjährigem Bezug der Familienbeihilfe) und der andere nichts oder
- **beide jeweils zu 50 %** (jeder € 750,- bzw € 250,08 bei ganzjährigem Bezug der Familienbeihilfe).

Die Entscheidung, ob einer der beiden 100 % beantragt oder beide 50 %, soll aber nur jahresweise getroffen werden können, dh ein **unterjähriger Wechsel** der Aufteilung ist **nicht möglich**. Eine unterschiedliche Aufteilung für einzelne Kinder soll aber möglich sein (beispielsweise wird der Familienbonus Plus für Kind 1 zwischen Vater und Mutter aufgeteilt und jeder beantragt die Hälfte, für Kind 2 beantragt die Mutter nichts und der Vater 100 %).

Steht einem Steuerpflichtigen für das Kind hingegen ein **Unterhaltsabsetzbetrag** zu, kann der Familienbeihilfenberechtigte eine Hälfte und der Unterhaltsabsetzbetragsberechtigte die andere **Hälfte** beantragen. Trägt ein Elternteil überwiegend die Kinderbetreuungskosten im Kalenderjahr, soll in § 33 Abs 3a Z 4 EStG noch eine weitere Aufteilungsmöglichkeit vorgesehen werden.

Der Familienbonus Plus soll als **erster Absetzbetrag** von der sich aufgrund des Einkommensteuertarifs errechneten Steuer abziehen sein. Er kann jedoch maximal bis zum Betrag der tarifmäßigen Steuer in Ansatz gebracht werden. Durch den Familienbonus Plus kann somit kein Steuerbetrag unter null zu Stande kommen. Durch **andere Absetzbeträge** – etwa den Verkehrsabsetzbetrag – kann es allerdings iZm dem Familienbonus Plus zu einer **Einkommensteuer unter null** und in Folge bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen einer SV-Rückerstattung gemäß § 33 Abs 8 EStG kommen.



Beispiel 1:

Ein Steuerpflichtiger beantragt und erhält für zwei minderjährige Kinder den halben Familienbonus Plus für das gesamte Kalenderjahr (2 x 750 = € 1.500,-). Er hat keinen Anspruch auf den Alleinverdiener- oder Alleinerzieher-, aber auf den Verkehrsabsetzbetrag. Seine Tarifsteuer vor Berücksichtigung der Absetzbeträge beträgt € 1.800,-. Durch den Abzug des Familienbonus Plus sinkt diese auf € 300,-. Von diesen € 300,- wird der Verkehrsabsetzbetrag iHv € 400,- subtrahiert. Gemäß § 33 Abs 2 EStG ergibt sich demnach eine Einkommensteuer von -€ 100,-. Sofern SV-Beiträge in ausreichender Höhe geleistet wurden, kann der Betrag von € 100,- gemäß § 33 Abs 8 EStG rückerstattet werden.



Beispiel 2:

Wie Beispiel 1; die Tarifsteuer vor Berücksichtigung der Absetzbeträge beträgt € 1.000,-. Durch den Abzug des Familienbonus Plus ($2 \times 750 = € 1.500,-$) sinkt diese auf null Euro, da der Familienbonus Plus nicht zu einem Steuerbetrag unter null führen kann. Davon wird wiederum der Verkehrsabsetzbetrag in Höhe von € 400,- subtrahiert. Gemäß § 33 Abs 2 EStG ergibt sich demnach eine Einkommensteuer von -€ 400,-. Sofern SV-Beiträge in ausreichender Höhe geleistet wurden, kann der Betrag von € 400,- gemäß § 33 Abs 8 EStG rückerstattet werden.

(§ 33 Abs 2 und Abs 3a, § 124b Z 327 EStG)

Indexierung

Entsprechend dem Regierungsprogramm soll der Familienbonus Plus nicht für in **Drittländern lebende Kinder** zustehen. Für Kinder, die sich ständig außerhalb der Europäischen Union, des EWR oder der Schweiz aufhalten, soll daher **kein Familienbonus Plus** beantragt werden können.

Hinsichtlich der Mitglieder der **Europäischen Union**, Staaten des EWR sowie der Schweiz soll eine dem § 8a FLAG entsprechende **Indexierung anhand der tatsächlichen Lebenshaltungskosten** des Kindes erfolgen. Als Berechnungsgrundlage für diese Werte sollen die vom Statistischen Amt der EU publizierten „Vergleichenden Preisniveaus des Endverbrauchs der privaten Haushalte einschließlich indirekter Steuern (EZ28=100)“ dienen. Diese Beträge sollen alle zwei Jahre angepasst werden. Die Berechnungsgrundlagen und die sich daraus ergebenden Beträge des Familienbonus Plus sind durch **Verordnung** festzulegen, die vom BMF zu erlassen ist. (§ 33 Abs 3a Z 2, § 124b Z 327 EStG)

Auch die Höhe des **Alleinverdiener- und Alleinerzieherabsetzbetrages** sowie des **Unterhaltsabsetzbetrages** soll ab 2019 – **analog** wie beim Familienbonus Plus – vom ständigen Aufenthalt des Kindes abhängen. Für Kinder, die sich in Österreich aufhalten, steht der gesetzlich genannte Betrag zu. Für Kinder, die sich in der EU, im EWR oder der Schweiz aufhalten, steht ein indexierter Betrag zu. (§ 33 Abs 4 und § 124b Z 327 EStG)

Berücksichtigung im Rahmen der Lohnverrechnung

Damit für Arbeitnehmer die Entlastungswirkung möglichst umfassend bereits während des Jahres 2019 eintritt, soll der **Familienbonus Plus** bereits im Rahmen der Lohnverrechnung durch den Arbeitgeber berücksichtigt werden können. Dies soll – wie schon bisher in Bezug auf den Alleinverdiener-/Alleinerzieher-/Pensionistenabsetzbetrag – auf **Grundlage einer Erklärung des Arbeitnehmers** erfolgen.

Um die notwendigen Ergänzungen hinsichtlich des Familienbonus Plus vorzunehmen sowie um die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit der Bestimmung zu verbessern, soll § 129

EStG erweitert und **neu strukturiert** werden. Für die bereits bisher bestehenden Absetzbeträge verändert sich inhaltlich grundsätzlich nichts. Aufgrund der vorgesehenen Indexierung des Alleinverdiener- und Alleinerzieherabsetzbetrages soll aber zusätzlich der Wohnsitz des Kindes bzw der Kinder anzugeben sein.

Für ein Kind soll der Familienbonus Plus **nur bei einem Arbeitgeber beantragt** werden können. Gibt es sowohl mehrere Kinder als auch mehrere Arbeitgeber, soll der Familienbonus Plus für einzelne Kinder auch von unterschiedlichen Arbeitgebern berücksichtigt werden können. Dies weicht von der Regelung hinsichtlich des Alleinverdiener- und Alleinerzieherabsetzbetrages ab, der von einem Arbeitnehmer zur Gänze nur bei einem Arbeitgeber berücksichtigt werden kann.

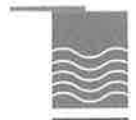
Damit der Familienbonus Plus im Zuge der Lohnverrechnung berücksichtigt werden kann, müssen durch den Steuerpflichtigen gesondert **für jedes Kind**, für das Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, **folgende Angaben** gemacht werden:

- Name, Versicherungsnummer, Geburtsdatum und Wohnsitz des Kindes, für das ein Familienbonus Plus berücksichtigt werden soll,
- ob der Arbeitnehmer selbst der Familienbeihilfenberechtigte ist, oder dessen (Ehe-)Partner und in welcher Höhe der Familienbonus Plus beantragt wird und
- ob der Arbeitnehmer den gesetzlichen Unterhalt für ein nicht haushaltszugehöriges Kind leistet.

Um sicherzustellen, dass der Familienbonus Plus nicht ungerechtfertigt oder in unrichtiger Höhe zuerkannt wird und damit eine Haftung des Arbeitgebers gemäß § 82 EStG auslöst, ist zusätzlich zu den allgemeinen Angaben ein **Nachweis über die Anspruchsberechtigung** vorzulegen:

- Beim Familienbeihilfenberechtigten sowie dessen (Ehe-)Partner ist dies die **Bestätigung des Finanzamtes** über den Bezug der **Familienbeihilfe** für das jeweilige Kind.
- Bei Personen, denen ein Unterhaltsabsetzbetrag gemäß § 33 Abs 4 Z 3 EStG zusteht, ist die **tatsächliche Leistung des gesetzlichen Unterhalts** nachzuweisen. Dies kann zB durch die Vorlage des Gerichtsbeschlusses über die Unterhaltsverpflichtung und hinsichtlich der tatsächlichen Leistungen etwa durch Kontoauszüge erfolgen. Der Nachweis über die tatsächliche Einhaltung der Unterhaltsverpflichtungen kann immer nur vergangenheitsbezogen erfolgen. Dies kann dazu führen, dass der Familienbonus Plus durch den Arbeitgeber für Zeiträume berücksichtigt wird, in denen kein gesetzlicher Unterhalt geleistet wurde und demnach kein Anspruch auf den Unterhaltsabsetzbetrag sowie in Folge den Familienbonus Plus bestand. Wird durch den Arbeitnehmer ein **Nachweis** über die bisher erfolgten Unterhaltszahlungen vorgelegt und dieser zum **Lohnkonto** genommen, soll die **spätere Säumigkeit des Unterhaltsverpflichteten keine Haftung des Arbeitgebers** hinsichtlich des Familienbonus Plus auslösen.

Um den administrativen Aufwand sowohl auf Seiten der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer gering zu halten, sowie, um die Überprüfung der richtigen Zuerkennung des Familienbonus Plus



zu erleichtern, soll die gewählte Aufteilung des Familienbonus Plus während eines Kalenderjahres nur bei einer Änderung der maßgebenden Verhältnisse verändert werden können. **Änderungen der Verhältnisse** sind dem Arbeitgeber unabhängig davon **innerhalb eines Monats zu melden**. In Hinblick auf den Familienbonus Plus sind dem Arbeitgeber beispielsweise folgende Änderungen bekannt zu geben:

- Wechsel des Familienbeihilfenberechtigten,
- Wegfall der Familienbeihilfe,
- Verlegung des Wohnsitzes des Kindes,
- Beendigung einer Ehe oder Partnerschaft,
- Entstehen oder Wegfall des Anspruchs auf den Unterhaltsabsetzbetrag,
- Änderungen hinsichtlich des Vorliegens, der Höhe oder der tatsächlichen Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflichten.

Sobald das Kind das **18. Lebensjahr vollendet**, was sich aus dem bei erstmaliger Erklärung vorgelegten amtlichen Vordruck ergibt und dem Arbeitgeber somit bekannt ist, soll dieser ohne weiteres Zutun des Arbeitnehmers die Berücksichtigung des Familienbonus Plus beenden. Lediglich in Fällen, in denen durch den Arbeitnehmer eine **neuerliche Erklärung** und ein **Nachweis** hinsichtlich der weiterhin aufrechten Familienbeihilfenberechtigung beigebracht werden, kann eine fortlaufende Berücksichtigung des Familienbonus Plus (in geringerer Höhe) erfolgen. Sobald die Familienbeihilfenberechtigung wegfällt, ist aber jedenfalls kein Familienbonus Plus mehr zu berücksichtigen. (§ 129 und § 124b Z 327 EStG)

Wie dies insbesondere auch beim Alleinverdiener- und Alleinerzieherabsetzbetrag der Fall ist, soll eine **Pflichtveranlagung** stattfinden, wenn der Familienbonus Plus im Zuge der Lohnverrechnung **unrichtig berücksichtigt** wurde. Das ist etwa der Fall, wenn ein Familienbonus Plus berücksichtigt worden ist, obwohl keine Familienbeihilfe zusteht oder einem Unterhaltsverpflichteten kein Unterhaltsabsetzbetrag zusteht (weil er seinen Zahlungen nicht nachkam).

Betroffen sind aber auch Fälle, in denen sich herausstellt, dass die Berücksichtigung in der Lohnverrechnung der Höhe nach insgesamt nicht richtig ist; das ist insbesondere dann der Fall, wenn bei beiden Elternteilen in der Lohnverrechnung ein Familienbonus Plus für dasselbe Kind in voller Höhe berücksichtigt worden ist. In der Veranlagung ist diese Überanspruchnahme auf jeweils den Hälftebetrag zu korrigieren. (§ 41 Abs 1 Z 12 und § 124b Z 327 EStG)

Kindermehrbetrag

Besteht Anspruch auf den **Alleinverdiener- oder Alleinerzieherabsetzbetrag**, ist ein Kind iSd § 106 Abs 1 EStG vorhanden und beträgt die **Einkommensteuer** vor Berücksichtigung aller zustehenden Absetzbeträge **unter € 250,-**, steht eine Steuererstattung (Kindermehrbetrag) zu.

Die Höhe des Kindermehrtrages ergibt sich aus der **Differenz** zwischen der **Tarifsteuer** gemäß § 33 Abs 1 EStG **und € 250,-**. Da sich die Erstattung von der Tarifsteuer bemisst, sind der Fa-

milienbonus Plus und die Absetzbeträge gemäß § 33 Abs 4 bis 6 EStG hier nicht zu berücksichtigen.



Beispiel:

Ein nichtselbstständiger Alleinerzieher bezieht für ein in Österreich lebendes Kind für mehr als sechs Monate im Kalenderjahr Familienbeihilfe. Seine **Tarifsteuer vor Berücksichtigung des Familienbonus Plus und sonstiger Absetzbeträge beträgt € 150,-**.

Dem Steuerpflichtigen steht ein Kindermehrbetrag von € 100,- zu (Differenz zwischen € 250,- und der Steuer gemäß § 33 Abs 1 EStG in Höhe von € 150,-).

Von der Steuer in Höhe von € 150,- sind der Familienbonus Plus für ein Kind, der Alleinerzieherabsetzbetrag für ein Kind (€ 494,-) und der Verkehrsabsetzbetrag (€ 400,-) abzuziehen. Der Familienbonus ist dabei nur bis zur Höhe der Tarifsteuer (€ 150,-) zu berücksichtigen. Es ergibt sich eine Negativsteuer von € 894,-. Gemäß § 33 Abs 8 EStG ist der Alleinerzieherabsetzbetrag in Höhe von € 494,- zu erstatten. SV-Beiträge sind in Höhe von 50 % bis maximal € 400,- zu erstatten.

Der Alleinerzieher kommt über den **Familienbonus Plus von € 150,-** und den **Kindermehrbetrag von € 100,-** zu einer zusätzlichen Entlastung für das Kind von insgesamt € 250,-.

Bei Vorhandensein von **mehreren Kindern** gemäß § 106 Abs 1 EStG ist der Betrag von € 250,- entsprechend zu vervielfachen.

Ebenso wie der Familienbonus Plus und die weiteren Absetzbeträge für Familien steht der Kindermehrbetrag für Kinder in **Drittstaaten nicht** zu. Für Kinder, die sich in einem anderen Staat der EU, des EWR oder der Schweiz aufhalten, soll der maßgebende Betrag von € 250,- ebenfalls gemäß § 33 Abs 3a Z 2 EStG an die Lebenshaltungskosten des jeweiligen Staates angepasst (**indexiert**) werden.

Durch den Kindermehrbetrag sollen nur jene Eltern mit Kindern entlastet werden, die berufstätig sind. Daher soll der **Kindermehrbetrag nicht** zustehen, wenn **ganzjährig Sozialleistungen**, die gemäß § 3 Abs 1 Z 5 lit a EStG steuerfrei sind (insbesondere Arbeitslosengeld und Notstandshilfe) oder Leistungen aus der Grundversorgung oder Mindestsicherung entsprechend den diesbezüglichen Regelungen der Länder bezogen wurden.

Die **Erstattung** für geringverdienende Alleinverdiener bzw. Alleinerzieher soll im Rahmen der (Arbeitnehmer-)Veranlagung 2019 **erstmalig** im Jahr **2020** erfolgen. (§ 33 Abs 7 und § 124b Z 327 EStG)

Kinderfreibetrag und Absetzbarkeit der Kinderbetreuungskosten

Der Kinderfreibetrag und die Absetzbarkeit der Kinderbetreuungskosten als außergewöhnliche Belastung sollen **ab 2019 entfallen**. (§ 34 Abs 9, § 106a und § 124b Z 328 EStG)

Bearbeiterin: Birgit Bleyer



ARTIKELRUNDSCHAU

bearbeitet von *Manfred Lindmayr*

ARBEITSRECHT

» ARD 6590/19/2018

Drs, Einsichtsrechte des Betriebsrats in Arbeitsverträge, *Dako* 2017, 110

Der Betriebsrat hat die Einhaltung der die Arbeitnehmer betreffenden Rechtsvorschriften zu überwachen. Dadurch soll der Betriebsrat überprüfen können, ob die von ihm vertretenen Arbeitnehmer korrekt behandelt werden, und entsprechende Maßnahmen setzen, um allfällige Missstände zu beseitigen. Laut *Drs* müsse dies auch das Recht auf Einsicht in sämtliche Arbeitsverträge bzw. Dienstzettel der von ihm vertretenen Arbeitnehmer umfassen, da diverse Arbeitsbedingungen nur dort geregelt sind und nur so das umfassende Kontrollrecht des Betriebsrats gewährleistet ist. Insbesondere die Kontrolle der Gleichbehandlungsvorschriften setzt eine umfassende Information des Betriebsrats über die den Arbeitnehmern zustehenden Rechte und Pflichten voraus. Diese sind aber idR im Arbeitsvertrag geregelt. Das Einverständnis des betroffenen Arbeitnehmers ist dabei ohne Belang und kann dem Betriebsrat die Einsicht auch nicht unter Berufung auf den Datenschutz verwehrt werden. Zur Geltendmachung seines Rechts bedarf es auch keiner konkreten Verdachtsmomente eines bereits erfolgten oder drohenden Verstoßes. Es reicht aus, wenn der Betriebsrat entsprechend darlegt, wozu er die Einsicht benötigt.

» ARD 6590/20/2018

Gerhartl, Sozialplan als Kündigungsvoraussetzung, *ASoK* 2018, 16

Der absolut zwingende Charakter der Bestimmungen des ArbVG steht einer Ausweitung der Mitwirkungsrechte des Betriebsrates durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung entgegen. Dies umfasst auch den Fall, dass die Zulässigkeit einer Arbeitgeberkündigung vom Vorlie-

gen eines Sozialplans abhängig gemacht wird, dem der Betriebsrat zugestimmt hat, da dies mittelbar eine Erweiterung der Rechte des Betriebsrats bewirkt, die sich aus § 97 Abs 1 Z 4 iVm § 109 ArbVG im Zusammenhang mit dem Abschluss von Sozialplänen ergeben. Bei der Frage, ob die unzulässige Einräumung von Mitwirkungsrechten der Belegschaftsvertretung zur gänzlichen Nichtigkeit der entsprechenden Regelung oder bloß zur Teilnichtigkeit führt, spricht sich *Gerhartl* für eine Teilnichtigkeit aus. Räumt der Kollektivvertrag etwa älteren, langjährig im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmern einen erhöhten Kündigungsschutz ein, indem sie nur aus bestimmten Gründen gekündigt werden können, und wird diese Regelung mit dem Zusatz verbunden, dass Kündigungen dann möglich sind, wenn ein Sozialplan erstellt wurde, dem der Betriebsrat zugestimmt hat, sind Kündigungen (nur) aus den im Kollektivvertrag angeführten Gründen unabhängig davon möglich, ob ein Sozialplan erstellt wurde und der Betriebsrat diesem zugestimmt hat.

» ARD 6590/21/2018

Resch, Der Arbeitnehmer als Kunde seines Arbeitgebers: Arbeitsrechtliche Schranken für Direktgeschäfte, *DRdA* 2018, 3

Arbeitnehmer sind auch potenzielle Kunden bzw. Vertragspartner für Rechtsgeschäfte des Arbeitgebers außerhalb des Arbeitsvertrags (sogenannte „Direktgeschäfte“). In manchen Branchen kommt es vermehrt zu Geschäftspraktiken, bei denen Arbeitgeber den Abschluss und/oder den Bestand des Arbeitsvertrags, aber auch das berufliche Fortkommen des Arbeitnehmers vom Abschluss eines Direktgeschäfts abhängig machen – zB verpflichtet ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer, zur Förderung der „Corporate Identity“ Kraftfahrzeuge einer bestimmten Marke für den Privatgebrauch direkt bei ihm zu kaufen, oder ein Oberarzt erhält

eine Primärarztstelle nur unter der Bedingung, dass er seine Privatpraxis in einem bestimmten Ärztehaus einmietet, wobei dem Arbeitgeber mittelbar oder unmittelbar der wirtschaftliche Vorteil der Einmietung zufließt. Nach § 78 Satz 4 GewO 1859 darf jedoch nicht vereinbart werden, dass „die Hilfsarbeiter Gegenstände ihres Bedarfes aus gewissen Verkaufsstätten beziehen müssen.“ Der Arbeitgeber soll durch das Verbot des Kontrahierungszwangs keinen Vorteil für sich ziehen können, indem er sich – als Folge des Gewinns aus den Direktgeschäften – im Ergebnis die Arbeitskraft billiger erhalten möchte. Der Arbeitnehmer soll sich gerade selbst aussuchen können, mit wem er kontrahiert und wo er seine Geldmittel ausgibt. Dem Arbeitgeber ist es auch verwehrt, den von § 78 Satz 4 GewO 1859 verpönten Erfolg dadurch zu erzielen, dass er eine Einwilligung in Nebenbeschäftigungen nur jenen Arbeitnehmern erteilt, die mit ihm Direktgeschäfte abschließen, während er anderen Arbeitnehmern nur aus diesem Motiv heraus (weil sie mit ihm keine Direktgeschäfte abschließen) keine Einwilligung erteilt.

Im Hinblick auf die von Verfassung wegen gebotene grundsätzliche Gleichbehandlung von Arbeitern und Angestellten geht *Resch* davon aus, dass § 78 Satz 4 GewO 1859 analog uneingeschränkt für alle Arbeitnehmer gilt.

» ARD 6590/22/2018

Leitner, Verfahren beim Verstoß gegen eine Konkurrenzklausel mit Konventionalstrafe, *ASoK* 2018, 28

Der Beitrag beschreibt ausgehend von einem Mustersachverhalt die (mahn)verfahrensrechtlichen Besonderheiten bei Geltendmachung von Ansprüchen beim Verstoß gegen eine Konkurrenzklausel iSd § 36 AngG. Die Frage der Zuständigkeit wird ebenso behandelt wie die Besonderheiten des Mahnverfahrens, die Beweislastverteilung und mögliche Einreden (wie zB Verjährung und Verfall).