

TE Vwgh Erkenntnis 2013/2/14 2011/08/0074

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.02.2013

Index

L94103 Spitalsärzte Niederösterreich;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
66/03 Sonstiges Sozialversicherungsrecht;

Norm

ARG 1984 §9 Abs1;
ARG 1984 §9 Abs2;
ARG 1984 §9 Abs5;
ARG 1984 §9;
EFZG §3 Abs1;
EFZG §3 Abs2;
SpitalsärzteG NÖ 1992 §6 Abs1;
UrlaubsG 1976 §6 Abs2;
UrlaubsG 1976 §6 Abs3;
1. EFZG Art. 1 § 3 heute
2. EFZG Art. 1 § 3 gültig ab 01.09.1974
1. EFZG Art. 1 § 3 heute
2. EFZG Art. 1 § 3 gültig ab 01.09.1974

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2011/08/0133 E 25. Juni 2013

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Lehofer und MMag. Maislinger als Richter sowie die Hofrätin Dr. Julcher als Richterin, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde der A. GmbH in B, vertreten durch Dr. Eckard Pitzl, Dr. Gerhard W. Huber, Rechtsanwälte in 4040 Linz, Rudolfstraße 4, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 22. Februar 2011, Zl. Ges-180161/3-2011-Bb/Gu, betreffend Beitragsnachverrechnung (mitbeteiligte Partei: Oberösterreichische Gebietskrankenkasse in 4021 Linz, Gruberstraße 77), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

Der Bund hat der beschwerdeführenden Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei

sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Kostenmehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit "Teilbescheid" der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse vom 14. August 2009 wurde die beschwerdeführende Partei als Dienstgeberin verpflichtet, für die in der Beitragsrechnung unter der Beitragsgruppe D1 namentlich angeführten Dienstnehmer und Zeiträume allgemeine Beiträge in Höhe von EUR 9.576,19 sowie Beiträge zur Mitarbeitervorsorge in Höhe von EUR 189,79 zu entrichten. Außerdem wurde ein Beitragszuschlag in Höhe von EUR 1.333,39 vorgeschrieben. Die mit Schreiben vom 15. Juni 2009 zugesandte Beitragsrechnung sowie das Prüfprotokoll seien Bestandteil des Bescheides.

Bei der am 26. März 2009 vorgenommenen gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben sei festgestellt worden, dass die beschwerdeführende Partei das Feiertagsentgelt zu gering berechnet und allgemeine Beiträge in zu geringem Ausmaß abgerechnet habe. Sie habe "die Nachtdienstzuschläge im Ausfallsentgelt in Verbindung mit einem Feiertag nicht abgegolten".

Die beschwerdeführende Partei habe vorgebracht, das ärztliche Personal sowie das Pflegepersonal einer Krankenanstalt leiste in einer Arbeitswoche (sieben Tage) - unabhängig davon, ob in diesem Betrachtungszeitraum ein Feiertag liege - ihre Normalarbeitszeit von 40 Stunden. Ob nun ein Dienst an einem Feiertag zu versehen sei oder nicht, würde anhand der "freien Dienstenteilung" festgelegt. Den Dienstnehmern käme ein Mitbestimmungsrecht zu. Es werde ein nur für den jeweiligen Kalendermonat geltender Dienstplan erstellt. Da von einem grundsätzlich normalverteilten Anfall der Feiertags- und Nachtdienste auszugehen sei, sei bei den Arbeitnehmern von keinem Ausfall auf Grund des Feiertages auszugehen.

Es sei - so die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse weiter - nicht maßgeblich, ob der Dienst anhand von freier Dienstenteilung erfolge oder wie bei der Dienstplanerstellung vorzugehen sei. Einem Dienstnehmer, der nach dem Dienstplan an einem Feiertag im Nachtdienst gearbeitet habe, gebührten sowohl im Rahmen des Feiertagsentgelts (§ 9 Abs. 1 und 2 ARG) als auch im Rahmen des Feiertagsarbeitsentgelts (§ 9 Abs. 5 ARG) jeweils die Nachtdienstzulagen. Es sei - so die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse weiter - nicht maßgeblich, ob der Dienst anhand von freier Dienstenteilung erfolge oder wie bei der Dienstplanerstellung vorzugehen sei. Einem Dienstnehmer, der nach dem Dienstplan an einem Feiertag im Nachtdienst gearbeitet habe, gebührten sowohl im Rahmen des Feiertagsentgelts (Paragraph 9, Absatz eins, und 2 ARG) als auch im Rahmen des Feiertagsarbeitsentgelts (Paragraph 9, Absatz 5, ARG) jeweils die Nachtdienstzulagen.

In dem gegen diesen Bescheid erhobenen Einspruch brachte die beschwerdeführende Partei vor, § 10 des Kollektivvertrags der OÖ Ordensspitäler mit Öffentlichkeitsrecht erlaube die unregelmäßige Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von vier Kalendermonaten. Die Arbeitsverpflichtung der Dienstnehmer werde im Vorhinein für den Durchrechnungszeitraum unter Berücksichtigung allfälliger auf Montag bis Freitag fallender Feiertage ermittelt. Die Arbeitsverpflichtung reduziere sich um acht Stunden pro anrechenbarem Feiertag, ohne dass sich dadurch der monatliche Entgeltanspruch vermindern würde. Durch Gewährung der Nachtdienstzulage an Dienstnehmer, die an Feiertagen tatsächlich Dienst verrichteten, seien die diesbezüglichen Ansprüche iSd § 9 ARG abgegolten. In dem gegen diesen Bescheid erhobenen Einspruch brachte die beschwerdeführende Partei vor, Paragraph 10, des Kollektivvertrags der OÖ Ordensspitäler mit Öffentlichkeitsrecht erlaube die unregelmäßige Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes von vier Kalendermonaten. Die Arbeitsverpflichtung der Dienstnehmer werde im Vorhinein für den Durchrechnungszeitraum unter Berücksichtigung allfälliger auf Montag bis Freitag fallender Feiertage ermittelt. Die Arbeitsverpflichtung reduziere sich um acht Stunden pro anrechenbarem Feiertag, ohne dass sich dadurch der monatliche Entgeltanspruch vermindern würde. Durch Gewährung der Nachtdienstzulage an Dienstnehmer, die an Feiertagen tatsächlich Dienst verrichteten, seien die diesbezüglichen Ansprüche iSd Paragraph 9, ARG abgegolten.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid hat die belangte Behörde den erstinstanzlichen Bescheid bestätigt. Der Arbeitnehmer, der während der Feiertage beschäftigt werde, habe außer dem "Ausfallsentgelt" nach § 9 Abs. 1 ARG (Feiertagsentgelt) auch noch Anspruch auf das für die tatsächlich geleistete Arbeit gebührende Entgelt nach § 9 Abs. 5 ARG (Feiertagsarbeitsentgelt). Nach dem Ausfallsprinzip solle der Arbeitnehmer während der Zeiten, in denen er nicht arbeite, einkommensmäßig so gestellt werden, als hätte er die ausgefallene Arbeit tatsächlich erbracht. Er solle

keine wirtschaftlichen Nachteile erleiden, aber freilich auch keinen wirtschaftlichen Vorteil erringen. Der Kollektivvertrag der Oberösterreichischen Ordensspitäler sehe in seinem Katalog II, Art. 2, Punkt 3 und 12 eine Nachtdienstzulage und eine Sonn- und Feiertagszulage vor. Nach dem Ausfallsprinzip seien auch regelmäßig geleistete Überstunden und regelmäßig geleistete Zulagen abzugelten. An die an Feiertagen beschäftigten Dienstnehmer sei zusätzlich zum laufenden Bezug eine Nachtdienstzulage (Feiertagsarbeitsentgelt) ausbezahlt und auch abgerechnet worden. Es sei jedoch die Nachtdienstzulage im "Ausfallsentgelt" (Feiertagsentgelt) nicht abgegolten und abgerechnet worden. Der Einwand der beschwerdeführenden Partei, dass Mitarbeitern, die an Feiertagen Dienst verrichteten, ein Zeitausgleichsanspruch in Höhe von acht Stunden pro anrechenbarem Feiertag zustünde, sei für die Lösung der Rechtsfrage, ob im Rahmen des Feiertagsentgelts auch Anspruch auf eine Nachtdienstzulage bestehe, nicht zielführend. Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid hat die belangte Behörde den erstinstanzlichen Bescheid bestätigt. Der Arbeitnehmer, der während der Feiertage beschäftigt werde, habe außer dem "Ausfallsentgelt" nach Paragraph 9, Absatz eins, ARG (Feiertagsentgelt) auch noch Anspruch auf das für die tatsächlich geleistete Arbeit gebührende Entgelt nach Paragraph 9, Absatz 5, ARG (Feiertagsarbeitsentgelt). Nach dem Ausfallsprinzip solle der Arbeitnehmer während der Zeiten, in denen er nicht arbeite, einkommensmäßig so gestellt werden, als hätte er die ausgefallene Arbeit tatsächlich erbracht. Er solle keine wirtschaftlichen Nachteile erleiden, aber freilich auch keinen wirtschaftlichen Vorteil erringen. Der Kollektivvertrag der Oberösterreichischen Ordensspitäler sehe in seinem Katalog römisch zwei, Artikel 2., Punkt 3 und 12 eine Nachtdienstzulage und eine Sonn- und Feiertagszulage vor. Nach dem Ausfallsprinzip seien auch regelmäßig geleistete Überstunden und regelmäßig geleistete Zulagen abzugelten. An die an Feiertagen beschäftigten Dienstnehmer sei zusätzlich zum laufenden Bezug eine Nachtdienstzulage (Feiertagsarbeitsentgelt) ausbezahlt und auch abgerechnet worden. Es sei jedoch die Nachtdienstzulage im "Ausfallsentgelt" (Feiertagsentgelt) nicht abgegolten und abgerechnet worden. Der Einwand der beschwerdeführenden Partei, dass Mitarbeitern, die an Feiertagen Dienst verrichteten, ein Zeitausgleichsanspruch in Höhe von acht Stunden pro anrechenbarem Feiertag zustünde, sei für die Lösung der Rechtsfrage, ob im Rahmen des Feiertagsentgelts auch Anspruch auf eine Nachtdienstzulage bestehe, nicht zielführend.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof nach Vorlage der Akten und Erstattung einer Gegenschrift durch die belangte Behörde sowie Erstattung einer Gegenschrift durch die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erwogen hat:

1. Gemäß § 44 Abs. 1 Z 1 ASVG ist Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge (allgemeine Beitragsgrundlage) für Pflichtversicherte, sofern im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, der im Beitragszeitraum gebührende, auf Cent gerundete Arbeitsverdienst mit Ausnahme allfälliger Sonderzahlungen nach § 49 Abs. 2 ASVG. Als Arbeitsverdienst in diesem Sinne gilt bei den pflichtversicherten Dienstnehmern das Entgelt im Sinne des § 49 Abs. 1, 3, 4 und 6 ASVG. Unter Entgelt sind gemäß § 49 Abs. 1 ASVG die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält. 1. Gemäß Paragraph 44, Absatz eins, Ziffer eins, ASVG ist Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge (allgemeine Beitragsgrundlage) für Pflichtversicherte, sofern im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, der im Beitragszeitraum gebührende, auf Cent gerundete Arbeitsverdienst mit Ausnahme allfälliger Sonderzahlungen nach Paragraph 49, Absatz 2, ASVG. Als Arbeitsverdienst in diesem Sinne gilt bei den pflichtversicherten Dienstnehmern das Entgelt im Sinne des Paragraph 49, Absatz eins, 3, 4, und 6 ASVG. Unter Entgelt sind gemäß Paragraph 49, Absatz eins, ASVG die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

Für die Bemessung der Beiträge ist nicht lediglich das tatsächlich gezahlte Entgelt (Geld- und Sachbezüge) maßgebend, sondern, wenn es das tatsächlich bezahlte Entgelt übersteigt, jenes Entgelt, auf dessen Bezahlung bei Fälligkeit des Beitrages ein Rechtsanspruch bestand. Ob ein Anspruch auf einen Geld- oder Sachbezug besteht, ist nach zivilrechtlichen (arbeitsrechtlichen) Grundsätzen zu beurteilen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Erkenntnis vom 16. Juni 2004, Zl. 2001/08/0028, VwSlg. 16.382 A/2004, mwN). Für die Bemessung der Beiträge ist nicht lediglich das tatsächlich gezahlte Entgelt (Geld- und Sachbezüge) maßgebend, sondern, wenn es das tatsächlich bezahlte Entgelt übersteigt, jenes Entgelt, auf dessen Bezahlung bei Fälligkeit des

Beitrages ein Rechtsanspruch bestand. Ob ein Anspruch auf einen Geld- oder Sachbezug besteht, ist nach zivilrechtlichen (arbeitsrechtlichen) Grundsätzen zu beurteilen vergleiche , aus der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Erkenntnis vom 16. Juni 2004, Zl. 2001/08/0028, VwSlg. 16.382 A/2004, mwN).

Gemäß § 3 Abs. 1 ArbVG können die Bestimmungen in Kollektivverträgen, soweit sie die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regeln, durch Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden. Sondervereinbarungen sind, sofern sie der Kollektivvertrag nicht ausschließt, nur gültig, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger sind oder Angelegenheiten betreffen, die im Kollektivvertrag nicht geregelt sind. Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, ArbVG können die Bestimmungen in Kollektivverträgen, soweit sie die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regeln, durch Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden. Sondervereinbarungen sind, sofern sie der Kollektivvertrag nicht ausschließt, nur gültig, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger sind oder Angelegenheiten betreffen, die im Kollektivvertrag nicht geregelt sind.

Gemäß Katalog II, Art. 2, Z. 3 des Kollektivvertrags der OÖ Ordensspitäler mit Öffentlichkeitsrecht gebührt für die in der Zeit von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr geleisteten Nachtdienste pro angefangener Nachtdienststunde eine Nachtdienstzulage. Für Nachtdienste, für welche Überstundenentlohnung oder Überstundenpauschale bezahlt wird, entfällt die Zahlung einer Nachtdienstzulage. Gemäß Katalog römisch zwei, Artikel 2,, Ziffer 3, des Kollektivvertrags der OÖ Ordensspitäler mit Öffentlichkeitsrecht gebührt für die in der Zeit von 22.00 Uhr bis 6.00 Uhr geleisteten Nachtdienste pro angefangener Nachtdienststunde eine Nachtdienstzulage. Für Nachtdienste, für welche Überstundenentlohnung oder Überstundenpauschale bezahlt wird, entfällt die Zahlung einer Nachtdienstzulage.

Der bei der Prüfung der im Beschwerdefall strittigen Frage anzuwendende, mit "Entgelt für Feiertage und Ersatzruhe" überschriebene § 9 ARG lautet: Der bei der Prüfung der im Beschwerdefall strittigen Frage anzuwendende, mit "Entgelt für Feiertage und Ersatzruhe" überschriebene Paragraph 9, ARG lautet:

"§ 9. (1) Der Arbeitnehmer behält für die infolge eines Feiertages oder der Ersatzruhe (§ 6) ausgefallene Arbeit seinen Anspruch auf Entgelt." § 9. (1) Der Arbeitnehmer behält für die infolge eines Feiertages oder der Ersatzruhe (Paragraph 6,) ausgefallene Arbeit seinen Anspruch auf Entgelt.

1. (2) Absatz 2, Dem Arbeitnehmer gebührt jenes Entgelt, das er erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht aus den im Abs. 1 genannten Gründen ausgefallen wäre. Dem Arbeitnehmer gebührt jenes Entgelt, das er erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht aus den im Absatz eins, genannten Gründen ausgefallen wäre.
2. (3) Absatz 3, Bei Akkord-, Stück- oder Gedinglöhnen, akkordähnlichen oder sonstigen leistungsbezogenen Prämien oder Entgelten ist das fortzuzahlende Entgelt nach dem Durchschnitt der letzten 13 voll gearbeiteten Wochen unter Ausscheidung nur ausnahmsweise geleisteter Arbeiten zu berechnen. Hat der Arbeitnehmer nach Antritt des Arbeitsverhältnisses noch keine 13 Wochen voll gearbeitet, so ist das Entgelt nach dem Durchschnitt der seit Antritt des Arbeitsverhältnisses voll gearbeiteten Zeiten zu berechnen.
3. (4) Absatz 4, Durch Kollektivvertrag im Sinne des § 18 Abs. 4 Arbeitsverfassungsgesetz, BGBl. Nr. 22/1974, kann geregelt werden, welche Leistungen des Arbeitgebers als Entgelt anzusehen sind. Die Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Entgeltes kann durch Kollektivvertrag abweichend von Abs. 2 und 3 geregelt werden. Durch Kollektivvertrag im Sinne des Paragraph 18, Absatz 4, Arbeitsverfassungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 22 aus 1974,, kann geregelt werden, welche Leistungen des Arbeitgebers als Entgelt anzusehen sind. Die Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Entgeltes kann durch Kollektivvertrag abweichend von Absatz 2 und 3 geregelt werden.
4. (5) Absatz 5, Der Arbeitnehmer, der während der Feiertagsruhe beschäftigt wird, hat außer dem Entgelt nach Abs. 1 Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt, es sei denn, es wird Zeitausgleich im Sinne des § 7 Abs. 6 vereinbart. "Der Arbeitnehmer, der während der Feiertagsruhe beschäftigt wird, hat außer dem Entgelt nach Absatz eins, Anspruch auf das für die geleistete Arbeit gebührende Entgelt, es sei denn, es wird Zeitausgleich im Sinne des Paragraph 7, Absatz 6, vereinbart."

2. Die Beschwerde bringt vor, aus den für ihre Dienstnehmer geltenden Dienstplänen sei abzuleiten, dass sich durch einen Feiertag, der auf einen Werktag falle, an dem bei einer 5-Tage-Woche gearbeitet werden müsste, bei gleichbleibendem Entgelt (also ohne Entgeltkürzung) die Dienstverpflichtung jedes Dienstnehmers um eine Tagesarbeitszeit verkürze. Damit sei gewährleistet, dass sämtliche Dienstnehmer in den Genuss des Zeitguthabens

dieses Feiertages kämen. Dienstnehmer, die sodann an einem Feiertag Dienst verrichteten, erhielten die Nachtdienstzulagen bzw. die Sonn- und Feiertagszulagen für Feiertagsarbeit. Sie erhielten also, obwohl sie im Durchrechnungszeitraum keine Mehrstundenleistung im Vergleich zu jenen Dienstnehmern erbrächten, die nicht am Feiertag gearbeitet hätten, ein erhöhtes Entgelt. Diese Vorgangsweise entspräche § 9 ARG. 2. Die Beschwerde bringt vor, aus den für ihre Dienstnehmer geltenden Dienstplänen sei abzuleiten, dass sich durch einen Feiertag, der auf einen Werktag falle, an dem bei einer 5-Tage-Woche gearbeitet werden müsste, bei gleichbleibendem Entgelt (also ohne Entgeltkürzung) die Dienstverpflichtung jedes Dienstnehmers um eine Tagesarbeitszeit verkürze. Damit sei gewährleistet, dass sämtliche Dienstnehmer in den Genuss des Zeitguthabens dieses Feiertages kämen. Dienstnehmer, die sodann an einem Feiertag Dienst verrichteten, erhielten die Nachtdienstzulagen bzw. die Sonn- und Feiertagszulagen für Feiertagsarbeit. Sie erhielten also, obwohl sie im Durchrechnungszeitraum keine Mehrstundenleistung im Vergleich zu jenen Dienstnehmern erbrächten, die nicht am Feiertag gearbeitet hätten, ein erhöhtes Entgelt. Diese Vorgangsweise entspräche Paragraph 9, ARG.

3. Arbeitnehmer, die an einem Feiertag arbeiten, erhalten, so wie jene, die nicht arbeiten, zunächst gemäß § 9 Abs. 1 bis 4 ARG weiterhin das zu zahlende Entgelt als Feiertagsentgelt und überdies gemäß § 9 Abs. 5 ARG das Feiertagsarbeitsentgelt. Die Ermittlung des Feiertagsentgelts (Ausfallsentgelts) erfolgt gemäß § 9 Abs. 2 ARG nach dem "Ausfallsprinzip", wonach der Arbeitnehmer während dieser Nichtarbeitszeiten einkommensmäßig so gestellt werden soll, als hätte er die ausgefallene Arbeit tatsächlich erbracht. Er soll daher weder einen wirtschaftlichen Nachteil erleiden noch auch einen wirtschaftlichen Vorteil erringen. Das Ausfallsprinzip gilt sowohl für "Zeitlöhne" (nach Wochen, Monaten oder längeren Zeiträumen bemessene Entgelte, vgl. § 3 Abs. 1 EFZG und § 6 Abs. 2 UrlG) als auch für leistungsbezogene Entgelte (vgl. § 3 Abs. 2 EFZG und § 6 Abs. 3 UrlG) wie zB Überstundenzuschläge, Nachtdienstzulagen, Provisionen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 5. März 1991, Slg. Nr. 13.397/A, vom 23. April 2003, ZI. 98/08/0287, und vom 13. Mai 2009, ZI.2006/08/0226, mwN). 3. Arbeitnehmer, die an einem Feiertag arbeiten, erhalten, so wie jene, die nicht arbeiten, zunächst gemäß Paragraph 9, Absatz eins, bis 4 ARG weiterhin das zu zahlende Entgelt als Feiertagsentgelt und überdies gemäß Paragraph 9, Absatz 5, ARG das Feiertagsarbeitsentgelt. Die Ermittlung des Feiertagsentgelts (Ausfallsentgelts) erfolgt gemäß Paragraph 9, Absatz 2, ARG nach dem "Ausfallsprinzip", wonach der Arbeitnehmer während dieser Nichtarbeitszeiten einkommensmäßig so gestellt werden soll, als hätte er die ausgefallene Arbeit tatsächlich erbracht. Er soll daher weder einen wirtschaftlichen Nachteil erleiden noch auch einen wirtschaftlichen Vorteil erringen. Das Ausfallsprinzip gilt sowohl für "Zeitlöhne" (nach Wochen, Monaten oder längeren Zeiträumen bemessene Entgelte, vergleiche , Paragraph 3, Absatz eins, EFZG und Paragraph 6, Absatz 2, UrlG) als auch für leistungsbezogene Entgelte vergleiche , Paragraph 3, Absatz 2, EFZG und Paragraph 6, Absatz 3, UrlG) wie zB Überstundenzuschläge, Nachtdienstzulagen, Provisionen vergleiche , die hg. Erkenntnisse vom 5. März 1991, Slg. Nr. 13.397/A, vom 23. April 2003, ZI. 98/08/0287, und vom 13. Mai 2009, ZI. 2006/08/0226, mwN).

Dort, wo nach dem typischen Geschehensablauf unzweifelhaft feststeht, welche Arbeiten ein Dienstnehmer erbracht und welches Entgelt ihm hierfür gebührt hätte, bedarf es für die Ermittlung des nach dem Ausfallsprinzips zustehenden Entgelts keiner weiteren Untersuchungen. Das trifft z.B. in der Regel auf Arbeiten zu, für die ein nach Wochen, Monaten oder längeren Zeiträumen bemessenes Entgelt (Zeitlohn) zusteht, aber unter anderem zB auch für Überstunden, für die ein nach kürzeren Zeitabschnitten bemessenes Entgelt gebührt, wenn auf Grund einer im Voraus bestimmten Arbeitszeiteinteilung feststeht, dass sie während der Ausfallszeit (an dem Werktag, auf den der Feiertag fällt) zu erbringen gewesen wären (vgl. das bereits genannte Erkenntnis Slg. Nr. 13.397/A, sowie das vom 19. März 1991, ZI. 85/08/0042; vgl. auch die Urteile des OGH vom 29. Juni 1988, 9 ObA 141/88, vom 28. Juni 1995, 9 ObA 100/95, und vom 26. März 1997, 9 ObA 93/97k; zur Prognostizierbarkeit von Provisionen vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, ZI. 2001/08/0129, sowie das Urteil des OGH vom 13. September 1989, 9 ObA 109/89). Dort, wo nach dem typischen Geschehensablauf unzweifelhaft feststeht, welche Arbeiten ein Dienstnehmer erbracht und welches Entgelt ihm hierfür gebührt hätte, bedarf es für die Ermittlung des nach dem Ausfallsprinzips zustehenden Entgelts keiner weiteren Untersuchungen. Das trifft z.B. in der Regel auf Arbeiten zu, für die ein nach Wochen, Monaten oder längeren Zeiträumen bemessenes Entgelt (Zeitlohn) zusteht, aber unter anderem zB auch für Überstunden, für die ein nach kürzeren Zeitabschnitten bemessenes Entgelt gebührt, wenn auf Grund einer im Voraus bestimmten Arbeitszeiteinteilung feststeht, dass sie während der Ausfallszeit (an dem Werktag, auf den der Feiertag fällt) zu erbringen gewesen wären vergleiche , das bereits genannte Erkenntnis Slg. Nr. 13.397/A, sowie das vom 19. März 1991,

Zl. 85/08/0042; vergleiche , auch die Urteile des OGH vom 29. Juni 1988,9 ObA 141/88, vom 28. Juni 1995, 9 ObA 100/95, und vom 26. März 1997,9 ObA 93/97k; zur Prognostizierbarkeit von Provisionen vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0129, sowie das Urteil des OGH vom 13. September 1989,9 ObA 109/89).

In jenen Fällen, in denen nicht zweifelsfrei im Vorhinein feststeht, welche Arbeiten erbracht worden wären und welches Entgelt hierfür gebührt hätte (zB Überstunden, die mangels einer im Voraus bestimmten Arbeitszeiteinteilung nicht konkret prognostizierbar sind), also subsidiär, sind Arbeitsleistungen dann zu berücksichtigen, wenn sie in den letzten (grundsätzlich) 13 Wochen vor Beginn der Ausfallszeit regelmäßig erbracht worden sind. Ist dies der Fall, unterliegt aber das hierfür gebührende Entgelt Schwankungen, so ist - vorbehaltlich anderer bindender Regelungen (wie dem Kollektivvertrag) - für den genannten Zeitraum ein Durchschnittsentgelt zu berechnen ("Durchschnittsprinzip"). Es ist daher für einen Feiertag das auf einen Tag entfallende durchschnittliche Entgelt (samt Überstundenzuschlägen, Nachtdienstzulagen etc) der letzten dreizehn voll gearbeiteten Wochen zu ermitteln (vgl. nochmals die Erkenntnisse Slg. Nr. 13.397/A und Zl. 85/08/0042, sowie die hg. Erkenntnisse vom 11. Februar 1997, Zl.97/08/0016, und vom 24. November 1992, Zl. 92/08/0151). In jenen Fällen, in denen nicht zweifelsfrei im Vorhinein feststeht, welche Arbeiten erbracht worden wären und welches Entgelt hierfür gebührt hätte (zB Überstunden, die mangels einer im Voraus bestimmten Arbeitszeiteinteilung nicht konkret prognostizierbar sind), also subsidiär, sind Arbeitsleistungen dann zu berücksichtigen, wenn sie in den letzten (grundsätzlich) 13 Wochen vor Beginn der Ausfallszeit regelmäßig erbracht worden sind. Ist dies der Fall, unterliegt aber das hierfür gebührende Entgelt Schwankungen, so ist - vorbehaltlich anderer bindender Regelungen (wie dem Kollektivvertrag) - für den genannten Zeitraum ein Durchschnittsentgelt zu berechnen ("Durchschnittsprinzip"). Es ist daher für einen Feiertag das auf einen Tag entfallende durchschnittliche Entgelt (samt Überstundenzuschlägen, Nachtdienstzulagen etc) der letzten dreizehn voll gearbeiteten Wochen zu ermitteln vergleiche , nochmals die Erkenntnisse Slg. Nr. 13.397/A und Zl. 85/08/0042, sowie die hg. Erkenntnisse vom 11. Februar 1997, Zl. 97/08/0016, und vom 24. November 1992, Zl.92/08/0151).

Für die Ermittlung des nach dem Ausfallsprinzip zustehenden Entgelts anhand eines der Prognose zu Grunde zu legenden Dienstplanes ist aber nicht eine Anordnung bzw. Vereinbarung, an einem bestimmten Feiertag (dennoch) Dienst zu tun bzw. während der Feiertagsruhe beschäftigt zu werden (vgl. § 9 Abs. 5 ARG) maßgebend, sondern in erster Linie eine Arbeitszeiteinteilung, die die zu leistenden Dienste unabhängig von der Lage der Feiertage auf die Arbeitnehmer verteilt (vgl. etwa eine Dienstzeiteinteilung iSd § 6 Abs. 1 NÖ Spitalsärztegesetz 1992, wonach die Ärzte ohne Rücksicht auf die Tageszeit und auf Sonn- und Feiertage regelmäßig zur Dienstleistung einzuteilen sind). Der Arbeitnehmer ist nämlich grundsätzlich "so zu stellen, als wäre kein Feiertag gewesen", wohingegen "Arbeitnehmer, die an diesem Tag sowieso nicht gearbeitet hätten, weil dieser Wochentag für sie ohnehin nach der Arbeitszeiteinteilung frei gewesen wäre", durch den Feiertag keinen Lohnausfall und sie daher auch keinen Anspruch auf Feiertagsentgelt haben (vgl. Resch, Feiertagsentlohnung im Schichtbetrieb, ecolex 2001, 463 ff). Aus einer im Rahmen eines Dienstplanes getroffenen Entscheidung iSd § 9 Abs. 5 ARG, den Arbeitnehmer während der Feiertagsruhe dennoch zu beschäftigen, kann hingegen in der Regel weder abgeleitet werden, dass derjenige, der an diesem Tag nicht eingesetzt wird, kein Feiertagsentgelt erhält (vgl. zur Umgehung des § 9 Abs. 1 ARG durch Dienstplangestaltung das Urteil des OGH vom 3. August 2005, 9 ObA 102/05y), noch, dass ein Dienstnehmer - wie die belangte Behörde annimmt - das doppelte Entgelt für den konkret an diesem Feiertag erbrachten Dienst (samt Überstundenzuschlägen oder Nachtdienstzulagen) beanspruchen könne. Die in § 9 Abs. 5 ARG vorausgesetzte Anordnung oder Vereinbarung, an einem bestimmten Feiertag dennoch zu arbeiten, ist in Bezug auf die Bestimmung des Ausfallsentgelts grundsätzlich neutral und kann nicht die Ausgangsbasis für eine im Hinblick auf das Ausfallsprinzip zu erstellende Prognose bilden, welche Arbeiten der Arbeitnehmer verrichtet hätte, wenn der betreffende Wochentag kein Feiertag gewesen wäre. Für die Ermittlung des nach dem Ausfallsprinzip zustehenden Entgelts anhand eines der Prognose zu Grunde zu legenden Dienstplanes ist aber nicht eine Anordnung bzw. Vereinbarung, an einem bestimmten Feiertag (dennoch) Dienst zu tun bzw. während der Feiertagsruhe beschäftigt zu werden vergleiche , Paragraph 9, Absatz 5, ARG) maßgebend, sondern in erster Linie eine Arbeitszeiteinteilung, die die zu leistenden Dienste unabhängig von der Lage der Feiertage auf die Arbeitnehmer verteilt vergleiche , etwa eine Dienstzeiteinteilung iSd Paragraph 6, Absatz eins, NÖ Spitalsärztegesetz 1992, wonach die Ärzte ohne Rücksicht auf die Tageszeit und auf Sonn- und Feiertage regelmäßig zur Dienstleistung einzuteilen sind). Der Arbeitnehmer ist nämlich grundsätzlich "so zu stellen, als wäre kein Feiertag gewesen", wohingegen "Arbeitnehmer, die an diesem Tag sowieso nicht gearbeitet hätten, weil dieser Wochentag für sie ohnehin nach der Arbeitszeiteinteilung frei gewesen wäre", durch den Feiertag keinen Lohnausfall und sie daher auch keinen Anspruch auf Feiertagsentgelt haben vergleiche , Resch, Feiertagsentlohnung im Schichtbetrieb, ecolex 2001, 463 ff).

Aus einer im Rahmen eines Dienstplanes getroffenen Entscheidung iSd Paragraph 9, Absatz 5, ARG, den Arbeitnehmer während der Feiertagsruhe dennoch zu beschäftigen, kann hingegen in der Regel weder abgeleitet werden, dass derjenige, der an diesem Tag nicht eingesetzt wird, kein Feiertagsentgelt erhält vergleiche , zur Umgehung des Paragraph 9, Absatz eins, ARG durch Dienstplangestaltung das Urteil des OGH vom 3. August 2005, 9 ObA 102/05y), noch, dass ein Dienstnehmer - wie die belangte Behörde annimmt - das doppelte Entgelt für den konkret an diesem Feiertag erbrachten Dienst (samt Überstundenzuschlägen oder Nachtdienstzulagen) beanspruchen könne. Die in Paragraph 9, Absatz 5, ARG vorausgesetzte Anordnung oder Vereinbarung, an einem bestimmten Feiertag dennoch zu arbeiten, ist in Bezug auf die Bestimmung des Ausfallsentgelts grundsätzlich neutral und kann nicht die Ausgangsbasis für eine im Hinblick auf das Ausfallsprinzip zu erstellende Prognose bilden, welche Arbeiten der Arbeitnehmer verrichtet hätte, wenn der betreffende Wochentag kein Feiertag gewesen wäre.

Die somit entscheidende Frage der Prognostizierbarkeit der von den Dienstnehmern der beschwerdeführenden Partei an Feiertagen zu leistenden Nachtdienste hängt von den für diese offensichtlich erstellten Dienstplänen ab. Über deren Inhalt hat die belangte Behörde auf Grund ihrer rechtlich verfehlten Auffassung, sie seien für die Lösung der Rechtsfrage "weder zielführend noch maßgebend", keine Feststellungen getroffen.

Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 1 Z 1 VwGG aufzuheben. Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß Paragraph 42, Absatz eins, Ziffer eins, VwGG aufzuheben.

Für das fortzusetzende Verfahren ist auf Folgendes hinzuweisen:

Sollte die Arbeitszeiteinteilung für die Dienstnehmer der beschwerdeführenden Partei - nach ihrer dahin zu verstehenden Behauptung - so vorgenommen worden sein, dass die in den Durchrechnungszeiträumen gelegenen Feiertage auf die von den Dienstnehmern durchschnittlich zu erbringenden Arbeitszeiten angerechnet worden sind, so würde dies - vorbehaltlich der Beurteilung weiterer festzustellender Details der Dienstpläne - grundsätzlich keine Bedenken in die Richtung einer unzulässigen Umgehung der in § 9 ARG festgelegten Zielsetzungen erwecken (vgl. nochmals das Urteil des OGH vom 3. August 2005, 9 ObA 102/05y). Sollte der Dienstplan für die Dienstnehmer der beschwerdeführenden Partei gerade im Hinblick auf die Feiertage iSd § 9 Abs. 5 ARG festlegen, welche Dienstnehmer während der Feiertagsruhe im Nachtdienst beschäftigt werden, dann ist ihm nicht zu entnehmen, dass an einem konkreten Feiertag dann, wenn er kein Feiertag wäre, Nachtdienste zu leisten oder nicht zu leisten wären. In Ermangelung einer sonstigen Festlegung (und damit einer Prognostizierbarkeit) von Nachtdiensten an bestimmten Wochentagen unabhängig von der Lage der Feiertage wäre das Feiertagsentgelt nach der oben dargelegten Rechtsprechung grundsätzlich anhand des Durchschnitts des in den letzten 13 voll gearbeiteten Wochen zustehenden Entgelts zu berechnen. Teil dieses Entgelts sind insbesondere die Zulagen für die vom jeweiligen Dienstnehmer durchschnittlich geleisteten Nachtdienste, die in seinem Feiertagsentgelt anteilig zu berücksichtigen wären (vgl. für die Berechnung des Anteils an durchschnittlich geleisteten Überstunden in einer solchen Situation nochmals das Erkenntnis Slg. Nr. 13.397/A). In einem solchen Fall würde § 9 Abs. 1 bis 4 ARG nicht entsprochen, wenn sich - wie die beschwerdeführende Partei vorbringt - bei einem Feiertag, der auf einen Werktag fällt, die Dienstverpflichtung jedes Dienstnehmers lediglich "bei gleichbleibendem Entgelt (also ohne

Sollte die Arbeitszeiteinteilung für die Dienstnehmer der beschwerdeführenden Partei - nach ihrer dahin zu verstehenden Behauptung - so vorgenommen worden sein, dass die in den Durchrechnungszeiträumen gelegenen Feiertage auf die von den Dienstnehmern durchschnittlich zu erbringenden Arbeitszeiten angerechnet worden sind, so würde dies - vorbehaltlich der Beurteilung weiterer festzustellender Details der Dienstpläne - grundsätzlich keine Bedenken in die Richtung einer unzulässigen Umgehung der in Paragraph 9, ARG festgelegten Zielsetzungen erwecken vergleiche , nochmals das Urteil des OGH vom 3. August 2005, 9 ObA 102/05y). Sollte der Dienstplan für die Dienstnehmer der beschwerdeführenden Partei gerade im Hinblick auf die Feiertage iSd Paragraph 9, Absatz 5, ARG festlegen, welche Dienstnehmer während der Feiertagsruhe im Nachtdienst beschäftigt werden, dann ist ihm nicht zu entnehmen, dass an einem konkreten Feiertag dann, wenn er kein Feiertag wäre, Nachtdienste zu leisten oder nicht zu leisten wären. In Ermangelung einer sonstigen Festlegung (und damit einer Prognostizierbarkeit) von Nachtdiensten an bestimmten Wochentagen unabhängig von der Lage der Feiertage wäre das Feiertagsentgelt nach der oben dargelegten Rechtsprechung grundsätzlich anhand des Durchschnitts des in den letzten 13 voll gearbeiteten Wochen zustehenden Entgelts zu berechnen. Teil dieses Entgelts sind insbesondere die Zulagen für die vom jeweiligen Dienstnehmer durchschnittlich geleisteten Nachtdienste, die in seinem Feiertagsentgelt anteilig zu berücksichtigen wären vergleiche , für die Berechnung des

Anteils an durchschnittlich geleisteten Überstunden in einer solchen Situation nochmals das Erkenntnis Slg. Nr. 13.397/A). In einem solchen Fall würde Paragraph 9, Absatz eins bis 4 ARG nicht entsprochen, wenn sich - wie die beschwerdeführende Partei vorbringt - bei einem Feiertag, der auf einen Werktag fällt, die Dienstverpflichtung jedes Dienstnehmers lediglich "bei gleichbleibendem Entgelt (also ohne

Entgeltkürzung) ... um eine Tagesarbeitszeit verkürzt", weil mit

einer solchen Abrechnung insbesondere die anteiligen Nachtdienstzulagen nicht berücksichtigt würden.

Die Zuerkennung von Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VerordnungBGBI II Nr 455/2008. Ein Ersatz für Eingabengebühren war wegen der sachlichen Abgabefreiheit (vgl. § 110 ASVG) nicht zuzusprechen. Die Zuerkennung von Aufwandsersatz beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 455 aus 2008,. Ein Ersatz für Eingabengebühren war wegen der sachlichen Abgabefreiheit vergleiche , Paragraph 110, ASVG) nicht zuzusprechen.

Wien, am 14. Februar 2013

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2013:2011080074.X00

Im RIS seit

19.03.2013

Zuletzt aktualisiert am

05.10.2017

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at