

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/2/20 97/08/0521

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.02.2002

## **Index**

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
60/03 Kollektives Arbeitsrecht;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## **Norm**

ArbVG §18 Abs2;  
ArbVG §18 Abs3;  
ArbVG §18 Abs4;  
ARG 1984 §9 Abs3;  
ARG 1984 §9 Abs4;  
ARG 1984 §9;  
ASVG §44 Abs1;  
ASVG §49 Abs1;  
ASVG §49 Abs2;  
B-VG Art7 Abs1;  
KollIV Angestellte Versicherungsunternehmen Außendienst §4 Abs2 Z2;  
UrlaubsG 1976 §6 Abs4;

## **Beachte**

Serie (erledigt im gleichen Sinn):2002/08/0113 E 3. Juli 2002

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Köller und Dr. Moritz als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der W Versicherung AG, Landesdirektion V in F, vertreten durch Dr. Herwig Kubac, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Kantgasse 3, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Vorarlberg vom 7. August 1997, Zl. IVb-69-15/1997, betreffend Beitragsnachverrechnung, (mitbeteiligte Partei: Vorarlberger Gebietskrankenkasse, 6850 Dornbirn, Jahngasse 4) zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen) hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen von EUR 908,-

- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen; das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## **Begründung**

Mit Bescheid vom 29. Jänner 1997 verrechnete die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse der Beschwerdeführerin gemäß § 51 iVm § 44 Abs. 1 und § 49 Abs. 1 ASVG und § 2 AMPFG die in zwei (Teile des Bescheides bildenden) Beilagen (Beitragsnachverrechnungen vom 28. Jänner 1997) angeführten allgemeinen Beiträge für näher bezeichnete Dienstnehmer und Zeiträume sowie gemäß § 59 Abs. 1 ASVG iVm der VO BGBI. Nr. 612/82 die in den Beilagen näher angeführten Verzugszinsen.

In der Begründung führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse insbesondere aus, dass gemäß § 4 Abs. 2 Z 2 des Kollektivvertrages für Angestellte der Versicherungsunternehmen-Außendienst das Feiertagsentgelt (gemeint: der Ausgleich des Provisionsentgangs durch Feiertage) der Außendienstmitarbeiter von der Beschwerdeführerin (ergänze:

gemäß § 4 Abs. 2 Z 2 letzter Satz des Kollektivvertrages mit dem Ende November oder Anfang Dezember fälligen Monatsbezug) ausbezahlt und im Auszahlungsmonat bei der Beitragsgrundlage des laufenden Bezugs berücksichtigt sowie Beiträge (ergänze:

dementsprechend zT begrenzt durch die Erreichung der Höchstbeitragsgrundlage) abgerechnet worden seien. Gemäß § 9 Arbeitsruhegesetz werde jedoch der Anspruch des Dienstnehmers auf Feiertagsentgelt mit Vorliegen jedes einzelnen Feiertages, der auf einen Arbeitstag fällt, erworben. Das Feiertagsentgelt sei deshalb gemäß § 9 Arbeitsruhegesetz in Verbindung mit § 44 Abs. 1 ASVG der Beitragsgrundlage jenes Beitragszeitraums zuzuordnen, in den der Feiertag fällt. Durch den Zeitpunkt der Fälligkeit gemäß des § 4 Abs. 2 Z 2 letzter Satz des Kollektivvertrages werde das Entstehen des Anspruches nicht verschoben, gemäß § 44 Abs. 1 ASVG sei der im Beitragszeitraum gebührende Arbeitsverdienst maßgebend. Das vom Dienstgeber errechnete Feiertagsentgelt sei anlässlich der Beitragsprüfung der Höhe nach nicht verändert worden.

Zur Erläuterung der Beitragsnachverrechnungen führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse zudem ein Rechenbeispiel an, aus dem sich ergibt, dass das in einem Jahr erhaltene Feiertagsentgelt zunächst durch die Anzahl der angefallenen Feiertage dividiert wurde und sodann anteilig und unter Berücksichtigung der jeweiligen Höchstbeitragsgrundlage im jeweiligen Monat, in dem der Feiertag angefallen war, abgerechnet wurde.

In dem gegen diesen Bescheid erhobenen Einspruch machte die Beschwerdeführerin unter anderem geltend, dass die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse die gegenständliche Nachverrechnung mit einer rechtwidrigen Auslegung der Bestimmungen des § 44 Abs. 1 ASVG iVm § 9 Arbeitsruhegesetz begründe. Richtigerweise seien die Feiertagsentgelte gemäß § 4 Abs. 2 Z 2 des Kollektivvertrages für Angestellte des Außendienstes der Versicherungsunternehmen im Dezember ausbezahlt und auch in diesem Monat bei der Beitragsgrundlage berücksichtigt worden. In dieser Bestimmung des Kollektivvertrages sei in Form einer lex specialis bestimmt, welche Leistungen als Feiertagsentgelt anzusehen seien, nämlich ein dort näher geregelter Durchschnittssatz der letzten 12 Monate, bezogen auf angefallene Feiertage.

Mit Schreiben vom 5. Mai 1997 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass sie aus verfahrensökonomischen Gründen die Beitragsnachverrechnungen der Höhe nach anerkenne.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde dem Einspruch der Beschwerdeführerin keine Folge und bestätigte den bekämpften Bescheid. Sie ging dabei vom bereits festgestellten Sachverhalt aus und ergänzte diesen durch die Einvernahme von Josef G., Abteilungsleiter in der Abteilung Buchhaltung und Personalverrechnung der Beschwerdeführerin. Josef G. gab in seiner Einvernahme unter anderem an, dass durch die Bestimmung des § 4 Abs. 2 Z 2 des Kollektivvertrages für Angestellte der Versicherungsunternehmen-Außendienst sowohl der Berechnungs- als auch der Auszahlungsmodus des Provisionsverdienstentgangs für Feiertage geregelt sei. Da nach dieser Bestimmung als Bemessungsgrundlage der letztvorangegangenen 12 Monate einheitlich die Zeit vom 1. Mai des Vorjahres bis 30. April des laufenden Jahres angenommen werden könne, könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Provisionsverdienstentgang für Feiertage bereits vor dem 30. April ausbezahlt werden solle. Mit dem Dezembergehalt, der im Vorhinein bezahlt werde, würden die Provisionsentgänge für die Feiertagsruhe eines Kalenderjahres ausbezahlt;

dies bedeute, dass auch der Provisionsentgang für die Feiertage des Dezembers im Vorhinein ausbezahlt würde. Trete beispielsweise jemand vor dem 31.12. aus, erhalte er für die in diesem Kalenderjahr bis zum Austritt angefallenen Feiertage den entsprechenden Provisionsentgang. Es sei daher an der Auffassung festzuhalten, dass mit der Bestimmung von § 4 Abs. 2 Z 2 des Kollektivvertrages auch gleichzeitig jener Zeitpunkt bestimmt werde, in welchem der Anspruch auf Ersatz des Provisionsentganges für die Feiertagsruhe eines Kalenderjahres entstehe, nämlich zum Zeitpunkt der Auszahlung des mit Ende November oder Anfang Dezember fälligen Monatsbezuges.

In der Begründung dieses Bescheides führte die belangte Behörde u.a. Folgendes aus:

"(Es ist auszuführen), dass § 9 Abs. 1 (Arbeitsruhegesetz) in Verbindung mit dem diese Bestimmung konkretisierenden Abs. 2 (VwGH vom 5.3.1991, Zl. 88/08/0239 = RdW1992, 86) die Entstehung des Anspruches auf Entgelt für die infolge eines Feiertages oder der Ersatzruhe ausgefallene Arbeit regelt. Dies ist eine zwingende Bestimmung, die gemäß § 9 Abs. 4 leg. cit. nicht durch einen Kollektivvertrag im Sinne des § 18 Abs. 4 des Arbeitsverfassungsgesetzes geändert werden kann, da Abs. 4 leg. cit. einem Kollektivvertrag nur Regelungen betreffend die Höhe des Entgeltes überlässt. Auf den Zeitpunkt des Entstehens des Entgeltanspruches für Feiertage und Ersatzruhe kann somit durch einen Kollektivvertrag im Sinne von § 18 Abs. 4 des Arbeitsverfassungsgesetzes nicht Einfluss genommen werden bzw. wird dieser Zeitpunkt durch den in diesem Verfahren anzuwendenden Kollektivvertrag auch nicht verändert. Es ist davon auszugehen, dass der Anspruch auf Entgelt für Feiertage in jenem Monat entsteht, in welchem der Feiertag auch tatsächlich angefallen ist. Diese Ausführungen widersprechen auch § 4 Abs. 2 Z 2 letzter Satz des Kollektivvertrages für Angestellte des Außendienstes der Versicherungsunternehmen nicht, wonach der Ausgleich des Provisionsentganges für die Feiertagsruhe eines Kalenderjahres mit dem Ende November oder Anfang Dezember fälligen Monatsbezug auszubezahlen ist. Diese Bestimmung bezieht sich lediglich auf den Auszahlungszeitpunkt, nicht jedoch wird durch diese Bestimmung der Zeitpunkt des Entstehens des Anspruches auf Feiertagsentgelt geregelt bzw. entgegen den obigen Ausführungen verändert.

Würde man der Rechtsauffassung der (Beschwerdeführerin) folgen und daran festhalten, dass der Anspruch auf Feiertagsentgelt mit der Auszahlung des mit dem Ende November oder Anfang Dezember fälligen Monatsbezuges entsteht, so würde für einen Dienstnehmer, der vor diesem Auszahlungszeitpunkt aus dem Dienstverhältnis ausscheidet, ein Entgeltanspruch für Feiertage nicht entstehen. Demgegenüber wird jedoch - dieser Rechtsauffassung der (Beschwerdeführerin) offensichtlich widersprechend - nach den Angaben des Abteilungsleiters der Abteilung Buchhaltung und Personalverrechnung, Josef G., bei Austritt eines Dienstnehmers aus dem Dienstverhältnis vor Auszahlung des mit dem Ende November oder Anfang Dezember fälligen Monatsbezug das Feiertagsentgelt entsprechend der tatsächlichen Beschäftigungsdauer berechnet.

Das in § 9 Abs. 1 bis 3 des Arbeitsruhegesetzes oder vergleichbar auch in § 6 Abs. 1 bis 4 des Urlaubsgesetzes normierte Entgeltfortzahlungsrecht ist dem Ausfallsprinzip verpflichtet, dh dem Grundsatz, es solle der Arbeitnehmer während der Ausfallszeit einkommensmäßig so gestellt werden, als hätte er die ausgefallene Arbeit tatsächlich erbracht, und er solle demnach durch die Ausfallszeit weder einen wirtschaftlichen Nachteil erleiden noch einen wirtschaftlichen Vorteil erringen (VwGH vom 5.3.1991, 88/08/0239 = ZfVB 1992/1030). Würde man nun der Rechtsauffassung der (Beschwerdeführerin) Folge leisten, so würde der Dienstnehmer durch die Zuordnung des Feiertagsentgeltes für das gesamte Kalenderjahr auf die Beitragsgrundlage des mit Ende November oder Anfang Dezember fälligen Monatsbezug insofern einen Nachteil erleiden, als der die Höchstbeitragsgrundlage überschreitende Teil des Feiertagsentgeltes bei der Pensionsbemessung nicht berücksichtigt werden könnte.

§ 44 Abs. 1 ASVG spricht davon, dass bei der Bemessung der allgemeinen Beiträge der im Beitragszeitraum gebührende Arbeitsverdienst heranzuziehen ist. Maßgeblich ist somit jener Arbeitsverdienst, auf den der Arbeitnehmer im Beitragszeitraum nach den arbeitsrechtlichen und lohngestaltenden Bestimmungen einen Anspruch hat, und nicht der allenfalls geringere tatsächlich erzielte (vereinbarte) Arbeitsverdienst, wohl aber ein etwa vereinbarter höherer Verdienst als der gebührende (vgl. VwGH vom 5.6.1957, Zl. 1613/55). Diese Bestimmung stellt somit auf den Anspruchslohn ab (VwGH 18.6.1982, Zl. 81/08/0191). Die (belangte Behörde) geht daher - wie bereits oben ausgeführt - in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der (mitbeteiligten) Gebietskrankenkasse davon aus, dass der Entgeltanspruch für Feiertage - unabhängig von dessen Auszahlung - in dem Monat entsteht, in dem der Feiertag ist. Das Feiertagsentgelt ist deshalb gemäß § 9 des Arbeitsruhegesetzes iVm § 44 Abs. 1 ASVG der Beitragsgrundlage jenes Beitragszeitraumes zuzuordnen, in den der jeweilige Feiertag fällt."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Rechtswidrigkeit des Inhaltes geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse - eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin bekämpft den angefochtenen Bescheid vor allem mit der Begründung, dass die gemäß § 9 Abs. 4 ARG durch Kollektivvertrag näher zu regelnden Feiertagsentgelte aufgrund ihrer im Kollektivvertrag geregelten Auszahlung mit dem Ende November oder Anfang Dezember fälligen Monatsbezug Sonderzahlungen gemäß § 49 Abs. 2 ASVG seien, die in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt würden und daher der Regelung des § 54 ASVG unterlägen. Für eine Zuordnung dieser Entgelte in den Monat, in den der Feiertag tatsächlich fällt, fehle jede Rechtsgrundlage.

Damit ist die Beschwerdeführerin im Ergebnis im Recht:

Gemäß § 44 Abs. 1 erster Satz 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 volle Schilling gerundete Arbeitsverdienst mit Ausnahme allfälliger Sonderzahlungen nach § 49 Abs. 2. Als Arbeitsverdienst in diesem Sinn gilt nach der Z. 1 des zweiten Satzes des § 44 Abs. 1 leg. cit. bei den pflichtversicherten Dienstnehmern das Entgelt im Sinne des § 49 Abs. 1, 3, 4 und 6. Unter dem Entgelt pflichtversicherter Dienstnehmer sind nach § 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. Nach § 49 Abs. 2 ASVG sind Sonderzahlungen, die sind Bezüge im Sinne des Abs. 1, die in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt werden, wie z. B. ein 13. oder 14. Monatsbezug, Weihnachts- oder Urlaubsgeld, Gewinnanteile oder Bilanzgeld, als Entgelt nur nach Maßgabe der Bestimmungen des § 54 und der sonstigen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, in denen die Sonderzahlungen ausdrücklich erfasst werden, zu berücksichtigen.

Da § 49 Abs. 2 ASVG auf § 49 Abs. 1 leg. cit. verweist, sind trotz der Wendung "gewährt werden" unter Sonderzahlungen nicht nur solche Geld- und Sachbezüge zu verstehen, die dem pflichtversicherten Dienstnehmer in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen tatsächlich "zukommen", sondern - unabhängig von ihrer Benennung - entweder Geld- und Sachbezüge, auf die er aus dem Dienstverhältnis "in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen" Anspruch hat, ohne Rücksicht darauf, ob sie ihm überhaupt oder in der gebührenden Höhe zukommen, oder die er darüber hinaus in diesen "Zeiträumen" auf Grund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält. Die Frage nach dem Anspruch auf Entgelt- oder Sachbezug ist nach zivilrechtlichen (arbeitsrechtlichen) Gesichtspunkten zu beantworten (vgl. das Erkenntnis vom 30. Jänner 1986, Zl. 85/08/0147, mit weiteren Judikaturhinweisen).

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine in diesem Sinne freiwillig oder verpflichtend gewährte Zuwendung "in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt" wird, kommt es nach ständiger (sich insofern auf die im § 49 Abs. 2 ASVG aufgezählten Beispiele und die Entstehungsgeschichte dieser Norm stützender) Rechtsprechung aber weiters darauf an, ob diese (verpflichtenden oder freiwilligen) Zuwendungen im Sinne des § 49 Abs. 1 ASVG mit einer gewissen Regelmäßigkeit in bestimmten, über die Beitragszeiträume hinausreichenden Zeitabschnitten wiederkehren (vgl. die Erkenntnisse vom 4. Juni 1958, Slg. Nr. 4693/A, und vom 27. April 1960, Zl. 2669/59), wobei die Regelmäßigkeit der wiederkehrenden Leistungen im Wesentlichen aus der Dienstgeberzusage oder dem tatsächlichen Ablauf der Ereignisse zu beurteilen ist (vgl. die Erkenntnisse vom 11. Mai 1960, Slg. Nr. 5295/A, vom 20. Dezember 1961, Zl. 1958, 1959/58, vom 10. April 1962, Zl. 1316/61, vom 9. Mai 1962, Zl. 2092/61, vom 30. Jänner 1986, Zl. 85/08/0147, und vom 22. Mai 1990, Zl. 89/08/0227).

Für die Abgrenzung zwischen dem Entgelt nach § 49 Abs. 1 ASVG und den Sonderzahlungen nach § 49 Abs. 2 leg. cit. ist somit entscheidend, ob Bezüge im Sinne des Abs. 1 "in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt" werden.

Die für die Entstehung des Anspruches auf Ausgleich des Provisionsentgangs während der Feiertagsruhe maßgebliche Bestimmung des Arbeitsruhegesetzes (ARG) lautet:

## "Entgelt für Feiertage und Ersatzruhe

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

(2) Dem Arbeitnehmer gebührt jenes Entgelt, das er erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht aus den im Abs. 1 genannten Gründen ausgefallen wäre.

(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.

(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. (...)"

Die hier maßgebliche Bestimmung des Kollektivvertrages für Angestellte des Außendienstes der Versicherungsunternehmen vom 21. August 1951 (im Folgenden als Kollektivvertrag bezeichnet) lautet:

### "§ 4

Urlaub, Feiertagsruhe, Krankheit; Ausgleich des Provisionsentganges während des Urlaubes, der Feiertagsruhe und im Krankheitsfall

(1) Hinsichtlich der Dauer des Erholungsurlaubes sowie der Dauer der Entgeltzahlung während der Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unglücksfall gelten die Bestimmungen des Angestelltengesetzes (Ergänzung seit 1. April 1991:) und des Urlaubsgesetzes(...)

(2) Für die Berechnung des während der Dauer des Urlaubes, der Feiertagsruhe und während der durch Krankheit oder Unglücksfall verursachten Dienstverhinderung gebührenden Entgeltes gelten folgende Grundsätze:

1. Der Angestellte behält den Anspruch auf das Gehalt gemäß Abs. 1.

2. Zum Ausgleich des Provisionsentganges während des Urlaubes, der Feiertagsruhe und im Krankheitsfall erhalten Angestellte für jeden Werktag, auf den entweder ein Urlaubstag oder ein gesetzlicher Feiertag oder eine Dienstverhinderung infolge Krankheit gemäß Abs. 1 fällt: 1/300 der Abschlussprovision, die im Laufe der letzten 12 Monate durch selbstständige Vermittlung von Lebens-, Kranken- und Sachversicherungen verdient wurde, und zwar einschließlich des im Bemessungszeitraum tatsächlich bezahlten Provisionsausgleiches im Urlaubs-, Feiertags- oder Krankheitsfalle; wenn jedoch die Erfassung der Abschlussprovision in der Unfall- und Schadenversicherung besonders schwierig oder unmöglich ist, erhält der Angestellte für jeden Werktag, auf den entweder ein Urlaubstag oder ein gesetzlicher Feiertag oder eine Dienstverhinderung infolge Krankheit gemäß Abs. 1 fällt, 1 1/2 % des auf die Unfall- und Schadenversicherung entfallenden auf Lohnkonto verrechneten durchschnittlichen Monatsbezuges (Gehalt, Abschluss- und Folgeprovisionen) der letzten 12 Monate; nach dem 5. Dienstjahr verringert sich dieser Satz von 1 1/2 auf 1 1/4 %. Als Bemessungsgrundlage der letztvorangegangenen 12 Monate kann einheitlich die Zeit vom 1. Mai des Vorjahres bis 30. April des laufenden Jahres angenommen werden; im Krankheitsfalle ist dieser Bemessungszeitraum vom letztvorangegangenen Monatsersten zurückzurechnen. Der Ausgleich des Provisionsentganges für die Feiertagsruhe eines Kalenderjahres ist mit dem Ende November oder Anfang Dezember fälligen Monatsbezug auszuzahlen."

Aus § 9 ARG ergibt sich zunächst, dass auch ein Angestellter, der leistungsbezogene Entgelte (wie z.B. Provisionen) bezieht, seinen Anspruch auf dieses Entgelt an Feiertagen behält. Dabei soll der Arbeitnehmer während dieser arbeitsfreien Zeit so gestellt werden, als hätte er die ausgefallene Arbeit (also z. B. die Akquisition neuer Versicherungsverträge) tatsächlich erbracht, und daher weder einen wirtschaftlichen Nachteil noch Vorteil erfahren (vgl. das Erkenntnis vom 5. März 1991, Slg. Nr. 13.397/A).

Wegen der Schwierigkeit der fiktiven Ermittlung des Entgeltes bei Leistungslöhnen (z.B. Abschlussprovisionen) zieht das Gesetz - wie auch die inhaltsgleiche Regelung des § 6 Abs. 4 Urlaubsgesetz zeigt - die Errechnung eines Durchschnittsbetrages einer weitgehend spekulativen Einzelfallberechnung vor, da der dem ausgefallenen Entgelt eher entspricht, weil die Entgeltentwicklung in einem hinsichtlich der jeweiligen Entgeltform repräsentativen Zeitraum

berücksichtigt wird (so auch das oben zitierte Erkenntnis vom 5. März 1991). Dem trägt § 9 Abs. 4 ARG auch insofern Rechnung, als sowohl die Frage, welche Leistungen des Arbeitgebers als Entgelt anzusehen sind (dies nur durch Generalkollektivvertrag iS des § 18 Abs. 4 ArbVG) als auch die vorgeschlagene Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Entgeltes gemäß Abs. 2 und 3 leg. cit. abweichend durch (jeden) Kollektivvertrag geregelt werden können und so die Berechnungsart den jeweiligen branchentypischen Verhältnissen angepasst werden kann.

§ 4 Abs. 2 Z 2 Kollektivvertrag sieht demgemäß für den Ausgleich des Provisionsentgangs während des Urlaubs, der Feiertagsruhe und im Krankheitsfall zwei Berechnungsmethoden vor:

primär besteht pro Werktag Anspruch auf 1/300 der Abschlussprovision, die im Laufe der letzten 12 Monate durch selbstständige Vermittlung von Lebens-, Kranken- und Sachversicherungen verdient wurde, einschließlich des im Bemessungszeitraum tatsächlich bezahlten Provisionsausgleichs. Die zweite Berechnungsmethode kommt nach dem Kollektivvertrag nur zur Anwendung, wenn die Erfassung der Abschlussprovision in der Unfall- und Schadenversicherung besonders schwierig oder unmöglich ist; sie steht im Beschwerdefall nicht zur Debatte.

Zu beiden Berechnungsmethoden sieht der Kollektivvertrag eine Ermächtigung vor, dass - außer im Krankheitsfall - als Bemessungsgrundlage anstelle der (jeweils) letzten 12 Monate "einheitlich die Zeit vom 1. Mai des Vorjahres bis 30. April des laufenden Jahres angenommen werden" kann.

Schließlich regelt der Kollektivvertrag auch ausdrücklich die Fälligkeit der für die Feiertagsruhe eines Kalenderjahres für Provisionsentgang gebührenden Ausgleichszahlung mit dem Ende November oder Anfang Dezember fälligen Monatsbezug (für die Auszahlung des Urlaubsentgeltes gilt demgegenüber gemäß § 4 Abs. 1 des Kollektivvertrages die Regelung des § 6 Abs. 6 Urlaubsgesetz, die normiert, dass die Auszahlung bei Antritt des Urlaubs für die ganze Urlaubsdauer im Voraus zu erfolgen hat).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seiner umfangreichen Rechtsprechung zur Zurechnung von Umsatzprovisionen und Umsatzbeteiligungsprämien zum Entgelt nach § 49 Abs. 1 oder zu den Sonderzahlungen nach § 49 Abs. 2 ASVG zum Problem des Zeitpunktes der Gewährung ausgesprochen hat, gilt die tatsächliche Auszahlung nur bei solchen Bezügen als Gewährung, die nicht vermöge eines Anspruchs des Dienstnehmers, sondern darüber hinaus gezahlt werden. Besteht aber ein Anspruch auf Umsatzprovisionen oder Umsatzbeteiligungsprämien, so sind diese nicht erst mit der Auszahlung oder ihrer Fälligkeit, sondern schon mit dem Entstehen des jeweiligen Anspruches als gewährt anzusehen. Umsatzprovisionen entstehen im Allgemeinen ihrer Wesensart nach mit der Tätigung von Umsätzen. Ist das Entstehen des Anspruchs auf eine Umsatzprovision aber nicht allein von laufenden Umsätzen, sondern darüber hinaus noch von der Erfüllung weiterer Bedingungen abhängig, so entsteht der Anspruch erst mit der Erfüllung dieser Bedingungen. Auch bei Umsatzbeteiligungsprämien, bei denen nach den getroffenen Vereinbarungen der Umsatz einer bestimmten Periode bloß als Bemessungsgrundlage zur Bestimmung ihrer Höhe heranzuziehen ist, kann nicht ohne Weiteres gesagt werden, dass der Anspruch auf die Leistung schon mit jedem einzelnen Umsatz entsteht. Den Umsätzen kommt in diesen Fällen nur mittelbar als Maß für die Höhe der Prämie Bedeutung zu (vgl. vor allem das Erkenntnis vom 6. März 1986, Zl. 85/08/0076, mit weiteren Judikaturhinweisen, sowie die Erkenntnisse vom 21. April 1986, Zl. 84/08/0140, vom 14. August 1986, Zl. 85/08/0138, vom 22. September 1988, Zl. 85/08/0082, und vom 22. Mai 1990, Zl. 89/08/0227). Umsatzprovisionen, die jährlich im Nachhinein abgerechnet werden, werden dadurch nicht zu Bezügen, die in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt werden (Sonderzahlungen - vgl. die Erkenntnisse vom 25. April 1961, Zl. 2069/57, vom 20. März 1964, Zl. 785/63, und vom 2. Februar 1966, Zl. 779/65).

Überträgt man dies auf den hier zu beurteilenden Fall der Ausfallszahlungen im Zusammenhang mit der Feiertagsruhe, liegt dann regelmäßiges Entgelt vor, wenn der Anspruch dem Grund und der Höhe nach von nichts Anderem als davon abhängt, ob die Beschäftigung infolge Vorliegens eines Feiertages im Beitragszeitraum "ausgefallen" (§ 9 Abs. 1 ARG) ist und zu diesem Zeitpunkt auch alle für die Ermittlung der Höhe des Anspruchs erforderlichen Bedingungen eingetreten sind. Dies wäre nach der oben wiedergegebenen kollektivvertraglichen Bestimmung dann der Fall, wenn sich die Höhe des Anspruchs nach dem § 4 Abs. 2 Z. 2 erster Satz KollIV, dh nach dem Durchschnitt der Provisionen der letzten 12 Monate (ergänze: vor dem Monat, in welchem die Arbeit durch Feiertag ausgefallen ist) bestimmt. Daran vermöchte auch die Fälligkeitsanordnung des § 4 Abs. 2 Z. 2 letzter Satz KollIV - entgegen der Beschwerdeauffassung - allein nichts zu ändern.

Wird hingegen als Bemessungsgrundlage nach der Ermächtigung im vorletzten Satz des § 4 Abs. 2 Z. 2 KollIV ein einheitlicher Zeitraum vom 1. Mai bis zum 30. April des laufenden Jahres herangezogen, hängt die Höhe des

Entgeltanspruchs von Umständen (nämlich der Höhe von Provisionszahlungen) ab, die erst dann feststehen, wenn der Monat April des laufenden Jahres verstrichen ist. Steht die Höhe des Anspruchs für jene Feiertage, die vor dem 30. April eines Kalenderjahres liegen, erst nach dem 30. April dieses Jahres fest, können die einzelnen auf § 9 Abs. 1 ARG iVm § 4 KollV beruhenden Ansprüche nicht jenen Monaten, in denen Feiertage angefallen sind (also zB für den Monat Jänner ) zugeordnet werden. Es ist nämlich gedanklich ausgeschlossen, dass der Anspruch auf ein Entgelt im Jänner "behalten" wird, der Anspruch auf jene Provision, welche hiefür die Bemessungsgrundlage bildet, hingegen erst im April erworben wird. Der belangten Behörde und der mitbeteiligten Partei ist zwar darin Recht zu geben, dass der Anspruch auf Feiertagsentgelt im Zweifel wohl grundsätzlich im Zeitpunkt der Entgeltfälligkeit des betreffenden Beitragszeitraumes entsteht, wie sich aus dem im Gesetz angeordneten "Behalten des Entgeltanspruchs" ergibt. Dies vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass es Entgeltteile gibt, die sich aus Gründen, die in ihrer Berechnung liegen, erst zu einem späteren Zeitpunkt ermitteln lassen, sodass in diesen Fällen - sieht man vom Sonderproblem der vereinbarten besonderen Fälligkeit ab - der Anspruchserwerb dem Grunde nach und der Höhe nach nicht gleichzeitig eintritt. Aus ähnlichen Gründen kam die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch bei der Beurteilung von Umsatzprovisionen und Provisionen, deren Höhe von der Bilanzierung abhängt (vgl. die auch in der Gegenschrift der belangten Behörde zitierten Erkenntnisse vom 6. März 1986, Zl. 85/08/0076, einerseits und vom 19. Juni 1986, Zl. 85/08/0190, andererseits), zu unterschiedlichen Ergebnissen in der Beurteilung als laufendes Entgelt oder als Sonderzahlung.

Nun kann es aber keinen Unterschied machen, ob das Ausmaß einer Provision von einem Berechnungsvorgang abhängt, der erst nach Erstellung der Bilanz möglich ist oder ob (hier: im Kollektivvertrag) ein bestimmter Berechnungsstichtag oder ein bestimmter Berechnungszeitraum angeordnet ist. Es ist auch nach der Systematik der Bestimmungen über die Beitragsentrichtung im ASVG ausgeschlossen, von einer Beitragspflicht auszugehen, wenn und solange sich die Beitragsgrundlage (noch) nicht ermitteln lässt und daher auch eine Zahlung des betreffenden Entgeltteils auch theoretisch (und abgesehen von der besonderen Fälligkeitsanordnung des KollV) noch gar nicht möglich wäre.

Man könnte nun im vorliegenden Fall - je nachdem welchen Feiertag in welcher Lage des Jahres man untersucht - unter Zugrundlegung der oben dargestellten Rechtsprechung zu unterschiedlichen Beurteilungen gelangen: hinsichtlich jener Feiertage, die nach Ablauf des Monats April liegen, könnte man im Hinblick darauf, dass zu diesen Zeitpunkten die Berechnungsgrundlagen bereits vorliegen, die Feiertagsentgelte den jeweiligen Monaten mit einem Feiertag zuordnen. Ein Auslegungsergebnis, welches einen Teil der Ausgleichszahlung für Feiertagsruhe als laufendes Entgelt, einen anderen Teil hingegen als Sonderzahlung behandelt, kann den vertragsschließenden Parteien des Kollektivvertrages aber schon deshalb nicht zugesonnen werden, weil gerade im systematischen Zusammenhang dieser Bestimmung des Kollektivvertrages auch auf die "Schwierigkeit" der Erfassung bestimmter Provisionen Bezug genommen und damit zum Ausdruck gebracht wird, dass auf die Praktikabilität der Regelung und auf die Vermeidung unnötigen Verrechnungsaufwandes in der täglichen Büropraxis der kollektivvertragsangehörigen Arbeitgeber besonders Bedacht genommen werden sollte. In einer Konstellation wie der hier gegebenen kommt daher ausnahmsweise der Fälligkeitsbestimmung des letzten Satzes des § 4 Abs. 2 Z. 2 KollV eine für die rechtliche Qualifikation einer Zahlung ausschlaggebende Bedeutung zu: Auch wenn diese Bestimmung für sich allein noch nicht die Qualifikation einer Zahlung als Sonderzahlung nach sich zieht, vermag sie doch im Zusammenhang mit der nach dem Kollektivvertrag zulässigen, auf der Grundlage der Provisionsbezüge im Zeitraum von Mai bis April des laufenden Jahres beruhenden Berechnungsmethode zu erweisen, dass der strittige Anspruch auf Ausgleichszahlung nach dem Willen der Partner des Kollektivvertrages einer Sonderzahlung mit jährlich wiederkehrender Fälligkeit entspricht.

Dem gegenüber geht die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides davon aus, dass§ 9 Abs. 1 ARG "eine zwingende Bestimmung" sei, sodass "auf den Zeitpunkt des Entstehens des Entgeltanspruches für Feiertage und Ersatzruhe ... durch Kollektivvertrag nicht Einfluss genommen" werden könne. Dieser Auffassung vermag der erkennende Senat in dieser Allgemeinheit nicht beizupflichten: Soweit das Gesetz - ohne zwingend eine monatliche Fälligkeit der Ausgleichszahlung selbst festzulegen - ausdrücklich abweichende Berechnungsarten zur Ermittlung der Höhe des fortzuzahlenden Entgelts zulässt, und zwar ausdrücklich auch solche, die von der Durchschnittsberechnung des § 9 Abs. 3 ARG abweichen, kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass je nach der vom

Kollektivvertrag vorgesehenen Berechnungsart der Anspruch zu unterschiedlichen Zeitpunkten entsteht. Insbesondere schließt es das Gesetz nicht aus, durch Kollektivvertrag einen Berechnungszeitraum vorzusehen, der von den im Gesetz genannten 13 Wochen abweicht und der auch zeitlich nicht jeweils dem betreffenden Feiertag vorangeht.

Die Anwendung eines solchen vom Gesetz zugelassenen, abweichenden Bemessungszeitraums kann aber dazu führen, dass der Anspruch auf die (anteilige) Ausgleichszahlung nicht als jeweils bereits mit Ablauf des jeweiligen Beitragszeitraums erworben anzusehen ist. Die Kollektivvertragsermächtigung des § 9 Abs. 4 zweiter Satz ARG will offenkundig eine Bedachtnahme auf Branchenbesonderheiten ermöglichen. Es trifft also nicht zu, dass zwingendes Recht der Gültigkeit der hier maßgebenden kollektivvertraglichen Norm entgegenstünde. Das Gesetz ermächtigt die Parteien des Kollektivvertrages aber dadurch nicht zu schrankenloser Willkür: Würde die Ermächtigung des Gesetzes überschritten oder von ihr nicht im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht, so wäre die in Rede stehende Bestimmung eines Kollektivvertrages als nichtig zu beurteilen und käme daher nicht zur Anwendung.

Nun kann aber gerade bei Provisionen nicht immer gesagt werden, dass sie mit einiger Regelmäßigkeit erworben werden. Wenn daher die Parteien des Kollektivvertrages zur Vermeidung von unerwünschten Verzerrungen den Durchschnitt eines einheitlichen Zeitraumes von 12 Monaten für alle Feiertage eines Kalenderjahres als Berechnungsgrundlage der Ausgleichszahlung gewählt haben, so kann nicht gesagt werden, dass die Regelung - vor dem Hintergrund der Zweckbestimmung der gesetzlichen Ermächtigung - unsachlich wäre oder dass die Ermächtigung des § 9 Abs. 4 KollIV damit überschritten worden wäre.

Die belangte Behörde hat - auf dem Boden ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung § 9 ARG lege zwingend fest, dass es sich bei der Ausgleichszahlung nach § 4 KollIV um laufendes Entgelt handle - keine Feststellungen darüber getroffen, welche Berechnungsart für die hier strittigen Ausgleichszahlungen tatsächlich angewendet worden ist. Diese für die endgültige Beurteilung wesentlichen Feststellungen wird die belangte Behörde im fortgesetzten Verfahren daher nachzuholen haben.

Der Bescheid war daher gem. § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VerordnungBGBl. II Nr. 501/2001. Das auf den Ersatz von Stempelgebühren gerichtete Mehrbegehren war im Hinblick auf die auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestehende sachliche Gebührenbefreiung gem. § 110 ASVG abzuweisen.

Wien, am 20. Februar 2002

#### **Schlagworte**

Entgelt Begriff Anspruchslohn Entgelt Begriff Provision Entgelt Begriff Dienstverhinderung

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:1997080521.X00

#### **Im RIS seit**

24.06.2002

#### **Zuletzt aktualisiert am**

01.10.2013

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)