




spruch auf Arbeitslosengeld besteht, da bei einem GmbH-Geschäftsführer **Arbeitslosigkeit** nicht schon dann vorliegt, wenn der Anstellungsvertrag aufgelöst wurde, sondern **erst dann, wenn auch das Organisationsverhältnis zur Gesellschaft erloschen** ist.

Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände ging der UFS von einem fortgesetzten Dienstverhältnis aus, sodass **kein steuerbegünstigter Abfertigungsanspruch** besteht.

Provisionen – Fortzahlung bei Dienstfreistellung, Urlaub und Krankenstand

Mag. Judith Morgenstern

In einer Entscheidung hat der OGH die Fortzahlung der bisher durchschnittlich verdienten Provisionen während der Dienstfreistellung dann verneint, wenn der Arbeitnehmer aufgrund betrieblich bedingter Umstände auch ohne Dienstfreistellung keine Provisionen verdient hätte (→  OGH 16. 12. 2008, 8 ObA 75/08z).

Der Arbeitnehmer war bei einem Zeitungsherausgeber beschäftigt und dort im Anzeigenverkauf, und zwar für zwei Zeitungen seines Arbeitgebers, tätig. Für jede vom Arbeitnehmer akquirierte Anzeige erhielt dieser nach Zahlungseingang durch den Kunden eine **anteilige Provision vom Verkaufserlös**. Das Dienstverhältnis endete durch Arbeitgeberkündigung. Kurz vor Zugang der Kündigung an den Arbeitnehmer traf die Muttergesellschaft des Arbeitgebers die Entscheidung, dass jene zwei Zeitschriften, für die der Arbeitnehmer tätig war, **eingestellt** werden. Da mit der Einstellung der beiden Zeitschriften auch der Tätigkeitsbereich des Arbeitnehmers wegfiel, wurde der **Arbeitnehmer für die Dauer der Kündigungsfrist** (zwei Monate) **dienstfrei gestellt**.

Der Arbeitnehmer begehrte nun für die Dauer der Dienstfreistellung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses jene Provisionen, die er bisher durchschnittlich im Anzeigenverkauf ins Verdienen brachte. Die Entscheidung, die Zeitungen einzustellen, liege in der Sphäre des Arbeitgebers, und der Arbeitnehmer sei zur Dienstleistung während der Kündigungsfrist bereit gewesen.

Sachverhalt



Rechtsgrundlage

Gemäß § 1155 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) erhält der Arbeitnehmer das vereinbarte Entgelt auch dann, wenn er **zur Leistung bereit** war und durch Umstände, die **aufseiten des Arbeitgebers** liegen, an der Dienstleistung verhindert worden ist. Wurde der Arbeitnehmer infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Dienstleistung verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.

Entscheidung

Der OGH verweist in seiner Entscheidungsbegründung auf die ständige Rechtsprechung, wonach bei der Ermittlung des gemäß § 1155 ABGB geschuldeten Entgelts von jenen Provisionen auszugehen ist, die der Arbeitnehmer ohne den vom Arbeitgeber zu verantwortenden Hinderungsgrund üblicherweise erzielt hätte (so genanntes **Ausfallprinzip**). Die konsequente Anwendung des Ausfallprinzips müsste jedoch im gegenständlichen Fall dazu führen, dass der Arbeitnehmer durch die Dienstfreistellung keinen Ausfall an Provisionen erlitten habe, da die beiden Zeitschriften **noch vor der Dienstfreistellung** des Arbeitnehmers eingestellt wurden und der Arbeitnehmer somit während der Kündigungsfrist selbst keine Provisionen mehr verdient hätte, wenn er gearbeitet hätte. Auch ohne Dienstfreistellung wäre er nicht in den Genuss von Provisionen gekommen. Das aus § 1155 ABGB ablesbare Ausfallprinzip bedeute nicht, dass der Arbeitnehmer zwangsläufig das zuletzt bezogene (durchschnittliche) Entgelt auch für die Zeit des Unterbleibens der Dienstleistung erhalten muss, wenn er tatsächlich auch bei Verrichtung seiner Tätigkeit keine Provisionen erzielt hätte.

Ist diese Rechtsprechung auch für die Durchschnittsberechnung der Lohnfortzahlung während Urlaub und Krankenstand anzuwenden?

Sowohl für die Berechnung des Urlaubsentgelts nach dem Ausfallprinzip gemäß § 6 Abs 3 Urlaubsgesetz (UrlG) als auch für jene des Entgelts während einer krankheitsbedingten Dienstverhinderung gemäß § 8 Angestelltengesetz (AngG) nach dem so genannten „**Bezugsprinzip**“ ist zu ermitteln, welcher Entgeltanspruch während des Urlaubs bzw Krankenstands entstanden wäre, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung **in dem zu erwarteten Ausmaß** erbracht hätte. Der Arbeitnehmer darf durch die Inanspruchnahme des Urlaubs bzw Krankenstands keinen (entgeltlichen) Nachteil erleiden (vgl zB OGH 6. 4. 1994, 9 ObA 603/93; 29. 6. 1988, 9 ObA 141/88).

Achtung: Insofern wäre die zitierte oberstgerichtliche Entscheidung durchaus auch auf die Entgeltfortzahlung während Urlaub und Krankenstand anzuwenden. Es gibt aber eine **generalkollektivvertragliche Sonderregelung!**





Bezüglich der Entgeltfortzahlung während des Urlaubs besteht jedoch insofern eine gesetzliche bzw kollektivvertragliche Sonderregelung, als § 2 Abs 4 des Generalkollektivvertrages vom 1. 3. 1978 zu § 6 Abs 5 UrlG (der nicht auf einzelne Branchen beschränkt ist, sondern für sämtliche Arbeitsverhältnisse anzuwenden ist) Folgendes vorsieht:

Entgelte in Form von Provisionen sind in das Urlaubsentgelt mit dem Durchschnitt der letzten zwölf Kalendermonate vor Urlaubsantritt einzubeziehen. Von der Einbeziehung **ausgenommen** sind lediglich Provisionen für so genannte „**Direktgeschäfte**“, das sind jene Provisionen, die ein Verkäufer, insbesondere aufgrund eines eingeräumten Gebietsschutzes, auch ohne seine eigene akquisitorische Tätigkeit während des Urlaubs weiterhin erhält. Den „**Direktgeschäften**“ werden auch Ansprüche auf „**Folgeprovisionen**“ gleichgestellt („**Folgeprovisionen**“ werden Arbeitnehmern vor allem im Rahmen der Vermittlung von langfristigen Versicherungsverträgen gewährt und sollen den aufrechten Bestand des Versicherungsvertrags honorieren; auch diese Provisionen erhält der Arbeitnehmer ohne eigene akquisitorische Tätigkeit während des Urlaubs weiter).

Zweck dieser kollektivvertraglichen Pauschalregelung von Provisionen während des Urlaubs ist nach der Rechtsprechung die **Beweiserleichterung** zur **Vermeidung aufwendiger Ermittlungsverfahren**. Mit dieser Regelung soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber in jedem Einzelfall unter Beweis stellen kann, dass der Arbeitnehmer während des Urlaubs keine Verdienstmöglichkeiten gehabt hätte und somit auch nicht in den Genuss der durchschnittlichen Provisionen kommt (OGH 17. 10. 2002, 8 ObA 67/02i).

Auch wenn daher dem Arbeitgeber der Beweis gelingt, dass der Arbeitnehmer im Einzelfall (zB infolge Konsums von nur sehr kurzen Urlauben) während des Urlaubs keine Verkaufsabschlüsse versäumt hätte, gebührt dem Arbeitnehmer während des Urlaubs aufgrund der Regelung im Generalkollektivvertrag die **durchschnittliche Provision der letzten zwölf Kalendermonate vor Urlaubsantritt**. Lediglich Provisionen, die der Arbeitnehmer während des Urlaubs ohnedies weiter erhält, fließen in die Durchschnittsberechnung nicht mit ein.

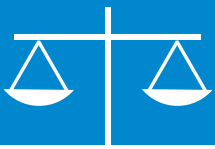
Bei der Entgeltfortzahlung während des Krankenstands gilt zwar für Angestellte von Gesetzes wegen nicht das Ausfallprinzip, sondern das Bezugsprinzip. Nach ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung besteht jedoch kein Anlass, die Entgeltfortzahlung während des Krankenstands anders zu behandeln als während des Urlaubs (OGH 17. 10. 2002, 8 ObA 67/02i). Die Entgeltfortzahlung für Angestellte während

Entgeltfortzahlung während des Urlaubs



Entgeltfortzahlung während des Krankenstands





Zusammenfassung

des Krankenstands hat daher ebenfalls die **durchschnittlichen Provisionen** zu enthalten, die der Arbeitnehmer vor seinem Krankenstand ins Verdienen brachte. Der Zeitraum der Durchschnittsberechnung sind grundsätzlich die **letzten zwölf Kalendermonate**. Ausgenommen sind wiederum Provisionen, die der Arbeitnehmer während des Krankenstands auch ohne seine Tätigkeit weiter erhält.

Es ist daher bei der Durchschnittsberechnung zwischen Dienstfreistellung, Urlaub und Krankenstand zu differenzieren.

Im Fall der **Dienstfreistellung** ist es dem Arbeitgeber möglich, den Beweis dafür zu erbringen, dass der Arbeitnehmer im konkreten Fall die Provisionen auch ohne Dienstfreistellung **nicht** hätte erzielen können.

Im Fall von **Urlaub und Krankenstand** ist für „echte“ Provisionen zwingend eine Durchschnittsberechnung vorgesehen, wobei der Beweis des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer im konkreten Fall keine Provisionen verdient hätte, nicht zulässig ist.

Begriff „Provisionen“ laut Generalkollektivvertrag

Unter **Provisionen** im Sinn des Generalkollektivvertrags sind nur jene zu verstehen, die durch **eigene akquisitorische Tätigkeit des Arbeitnehmers** zustande kommen. Bei Umsatzprovisionen, die sich am Umsatz einer Gruppe (eines Teams) von Arbeitnehmern orientieren, ist meiner Ansicht nach die Durchschnittsberechnung während des Krankenstands und Urlaubs ebenfalls nicht anzustellen, da diese (im Sinn des Teamerfolgs anteiligen) Provisionen dem Arbeitnehmer auch während seines Urlaubs bzw Krankenstands oder auch einer Dienstfreistellung ohnehin zukommen. Lediglich dann, wenn dem Arbeitnehmer der Beweis dafür gelingt, dass er durch seine eigene akquisitorische Tätigkeit einen **wesentlich höheren Teamumsatz** hätte erzielen können, wenn er nicht dienstfrei gestellt worden wäre, ist eine entsprechende Forderung des Arbeitnehmers auf einen (höheren) Provisionsdurchschnitt vorstellbar (oberstgerichtliche Entscheidungen liegen dazu – soweit überblickbar – nicht vor).

Zielerreichungsprämien

Zielerreichungsprämien, die auf ein Jahresziel des Arbeitnehmers abstellen, sind für die Entgeltfortzahlung während des Urlaubs bzw Krankenstands meiner Ansicht nach ebenfalls nicht zu berücksichtigen, da es dem Arbeitnehmer jederzeit möglich ist, während des verbleibenden Jahres die Ziele zu erreichen (zu beachten ist jedoch, dass es sich bei der Zielerreichungsprämie nicht um eine „verdeckte Anwesenheitsprämie“ handeln darf). Wird jedoch ein Arbeitnehmer durch Dienstfreistellung daran gehindert, seine Zielerreichungsprämie zu erreichen, und ergibt



sich zB aus den bis zur Dienstfreistellung erzielten Umsätzen, dass das Jahresziel **ohne Dienstfreistellung** durch den Arbeitgeber erreicht worden wäre, ist wiederum ein Anspruch des Arbeitnehmers auf jene Prämie, die er ohne die Dienstfreistellung erhalten hätte, nach Maßgabe des jeweiligen Einzelfalls möglich (§ 1155 ABGB).

Behinderteneinstellungsgesetz gilt auch für türkische Arbeitnehmer

Mag. Andreas Gerhartl

Die Frage der Reichweite der Geltung des Diskriminierungsverbots für türkische Arbeitnehmer war Gegenstand einer aktuellen VwGH-Entscheidung. Der VwGH kam dabei zu dem Ergebnis, dass auch türkische Arbeitnehmer den Status eines begünstigten Behinderten im Sinn des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG) erlangen können (VwGH 14. 5. 2009, [2006/11/0039](#)).

Ein türkischer Staatsangehöriger beantragte die Feststellung der **Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten** im Sinn des § 14 BEinstG. Dieser Antrag wurde vom Bundessozialamt mit der Begründung abgewiesen, dass der Antragsteller nicht zum Personenkreis zähle, der gemäß § 2 Abs 1 BEinstG als begünstigte Behinderte in Betracht kommt. Diese Bestimmung führt (bloß) österreichische Staatsangehörige, Asylanten und EWR-Bürger als potenziellen Personenkreis an. Der Beschluss Nr 1/80 des – durch das Abkommen einer Assoziation zwischen der EWR und der Türkei errichteten – Assoziationsrates vom 19. 9. 1980 (ARB), insbesondere das darin verankerte **Diskriminierungsverbot**, sei nicht auf das BEinstG anwendbar, da sich diese Bestimmung nur auf das „österreichische Arbeitsrecht“ beziehe.

Allein der Umstand, dass die Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten nicht nur arbeits-, sondern auch sozialrechtliche Vorteile mit sich bringt (zB Förderungsmaßnahmen gem § 6 BEinstG), lässt **keine Schlechterstellung eines türkischen Arbeitnehmers** gegenüber EWR-Bürgern zu. Der Antrag auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten wäre aber abzulehnen, wenn es nach innerstaatlichen oder gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zulässig ist, eine Person mit einer Behinderung von mindestens 50 % gegenüber in vergleichbarem Ausmaß behinderten EWR-Bürgern deshalb schlechter zu stellen, weil sie türkischer Staatsangehöriger ist. Die Beant-

Sachverhalt und Rechtsfrage

Keine Diskriminierung türkischer Staatsangehöriger