

Nr. 5681 – 60. Jahrgang – 12. Mai 2006

Neue Vorschriften

- ➔ Elektro-/Elektronikindustrie – KV-Erhöhung ab 1. 5. 2006

Experten-Forum

- ➔ Whistleblowing-Hotlines: Mitarbeiter „verpfeifen“ zulässig?

Arbeitsrecht

- ➔ Ungerechtfertigte Entlassung nach Delegation eines Arbeitsauftrages
- ➔ Entlassung eines Busfahrers durch Disziplinarkommission

Lohnsteuer und Abgaben

- ➔ Abgabenverfahren – neue Erlässe des BMF
- ➔ Einrichtung der Steuer- und Zollkoordination doch verfassungskonformer Auslegung zugänglich

Ein Unternehmen der
Systema-Unternehmensgruppe

ecosys
INFORMATIONSTECHNOLOGIE

Fischergasse 22
A-4400 Steyr
Tel. + 43 (0)7252/42288-0
Fax + 43 (0)7252/42288-9900
info@ecosys.at
www.ecosys.at

E-COMAND

drive your business



Neue Vorschriften / Arbeitsrecht

Elektro-/Elektronikindustrie – KV-Erhöhung ab 1. 5. 2006

➤ Rückwirkend mit **1. 5. 2006** werden die kollektivvertraglichen Mindestlöhne/-gehälter und die Lehrlingsentschädigungen um **2,8 %** erhöht; die Ist-Löhne/-Gehälter steigen um **2,6 %**.

Weiters wird neuerlich eine **Verteiloption** vorgesehen: Die **Lohn-/Gehaltssumme** ist um insgesamt **2,9 %** zu erhöhen, die **individuellen Lohn-/Gehaltserhöhungen** können unterschiedlich festgelegt werden, müssen aber **mindestens 2,4 %** betragen.

Im Rahmenrecht wurde ua die **etappenweise Einführung** einer einwöchigen **Bildungsfreistellung** vereinbart; rückwirkend ab 1. 5. 2006 stehen den Beschäftigten zwei Tage bezahlte Bildungsfreistellung zu. (www.metaller.at)

(5681/1/2006 ●)

Persönliche Schutzausrüstungen

➤ Kundmachung des BMWA betreffend das Verzeichnis der harmonisierten **Normen** für die **Sicherheit** von **Persönlichen Schutzausrüstungen**, mit der va die Neufassung des Anhangs 5

IMPRESSUM

Herausgeber, Eigentümer, Verleger

LexisNexis Verlag ARD Orac GmbH & Co KG, 1030 Wien, Marxergasse 25,
Geschäftsführung Mag. Peter Davies, MBA
Tel. 01/534 52-0, Fax 01/534 52-141
E-Mail verlag@lexisnexus.at, Internet www.lexisnexus.at

Redaktionsteam

Mag. Birgit Bleyer, LL.M. (Bl)
Mag. Wolfgang Kolmasch (Kol)
Mag. Sabine Kriwanek (Kri)
Mag. Manfred Lindmayr (Li)
Mag. Birgit Müller (BM)
Mag. Bettina Sabara (BS)
Mag. Sabine Sadlo (Sa)
Mag. Karin Uher (Uh)

Fragekasten

Mag. Karin Uher, Mag. Bettina Sabara, Mag. Maria Sablatnig
Tel. 01/533 09 34, E-Mail fragekasten@lexisnexus.at, Tonband 01/534 52-1823

Content Management

Mag. Barbara Tuma (Tu), E-Mail redaktion@lexisnexus.at

Anzeigenleitung - Kurt Rothleitner

Tel. 01/534 52-1115, E-Mail anzeigen@lexisnexus.at

Abonnementverwaltung - Violeta Vasic

Tel. 01/534 52-1005, E-Mail rechnungswesen@lexisnexus.at

Gestaltung, Cover - Robert Schlenz, Philipp Stöhr

Druck - Ferdinand Berger & Söhne GesmbH, 3580 Horn, Wiener Straße 80.

Ohne Gewähr. Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck nur mit vorheriger Zustimmung des Verlages und mit Quellenangabe gestattet; das ausschließliche Werknutzungsrecht umfasst auch das Kopieren sowie die Einspeicherung und Ausgabe in Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Erfolgt ein Monat vor Jahreschluss keine Abbestellung zum Jahresende, läuft das Abonnement wieder für ein Jahr automatisch weiter. - Die Zeitschrift erscheint zweimal pro Woche. - Jahresbezugspreis 2006: € 510,- (inkl. 10% MwSt) inkl. Versandkosten - (Änderungen vorbehalten) - Abgabe nur im Jahresabonnement vom Verlag direkt; zahlbar im Voraus.

Ihr ARD wird mit Rücksicht auf unsere Lebensgrundlagen auf in Österreich hergestelltem, chlorfrei gebleichtem Papier gedruckt.

 LexisNexis®
ARD Orac

der PSA-Sicherheitsverordnung (PSASV) mit Stand 19. 4. 2006 kundgemacht wird. BGBl II 2006/185, ausgegeben am 9. 5. 2006. (5681/2/2006 ●)

OÖ GKK – Änderung der Krankenordnung

➤ **2. Änderung der Krankenordnung 2004 der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse ab 12. 5. 2006** va betreffend e-card (Ausstellung bei Mehrfachversicherung, Kostenersatz bei Fehlerhaftigkeit, Kartensperre etc) und Europäische Krankenversicherungskarte. Amtl Verlautbarung Nr 56/2006 vom 6. 5. 2006. (www.avsv.at)

(5681/3/2006 ●)

Entlassung wegen nicht gemeldeter Nebentätigkeit

➤ **§ 7, § 27 Z 1 AngG** – Im vorliegenden Fall war der Arbeitnehmer dienstvertraglich verpflichtet, dem Arbeitgeber **jede beabsichtigte Nebentätigkeit zu melden**, und konnte dieser die Nebentätigkeit bei entgegenstehenden Interessen untersagen. Eine über die Bestimmung des § 7 AngG hinausgehende dienstvertragliche **Beschränkung von Nebenbetätigungen** kann **keine Erweiterung des Entlassungstatbestandes** des § 27 Z 3 AngG bewirken. Auch den Tatbestand der Vertrauensunwürdigkeit nach § 27 Z 1 AngG wird ein Verstoß gegen ein derart weit gefasstes vertragliches Verbot idR nur unter besonderen Umständen erfüllen. Die Mitteilungspflicht muss aber zumindest so weit als wirksam vereinbart beurteilt werden, als durch eine Nebentätigkeit der **begründete Anschein eines Interessenkonflikts** mit der Tätigkeit des Arbeitnehmers für den Arbeitgeber entstehen kann.

Hat nun ein **Kommerzkundenbetreuer** einer Bank, dem die Aufgabe oblag, die für die Bonitätsbeurteilung der Kreditwerber erforderlichen Grundlagen zu sammeln und dem Kreditsachbearbeiter weiterzuleiten, entgegen der in seinem Dienstvertrag enthaltenen Klausel seinem Arbeitgeber eine gemeinsame **Gesellschaftsbeteiligung mit einem** von ihm betreuten **Kreditkunden verschwiegen**, ist dieses Verhalten geeignet, das Vertrauen des Arbeitgebers in den Arbeitnehmer auch unter Anlegung objektiver Maßstäbe derart zu erschüttern, dass dem Arbeitgeber die **Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zumutbar** ist. Dies insbesondere dann, wenn dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber schon einmal die Beteiligung an einer Gesellschaft untersagt worden war. Die **Entlassung** war somit **berechtigt**. OGH 25. 1. 2006, 9 ObA 7/06d.

(5681/4/2006 ●)

 LexisNexis®
ARD Orac

Lindmayr
**Die Entlassung
Ein Ratgeber für die Praxis**

Wien 2002, 152 Seiten, € 22,-
Best.Nr. 98.02.00, ISBN 3-7007-2278-8
Bestellungen unter Tel. Nr. 01/53 452-0
Fax DW 141 oder bestellung@lexisnexus.at

Buch-Tipp

Hintergrund und Einleitung

Bisherige Entscheidungen: McDonalds & CEAC, Walmart

Whistleblowing-Hotlines: Mitarbeiter „verpfeifen“ zulässig?

Dr. Rainer Knyrim/Dr. Barbara Kurz/Mag. Viktoria Haidinger

Dr. Rainer Knyrim und Dr. Barbara Kurz, LL.M. sind Rechtsanwälte und Partner von Preslmayr Rechtsanwälte in Wien; Mag. Viktoria Haidinger, LL.M. ist Mitarbeiterin der Wirtschaftskammer Österreich

➤ US-amerikanische Konzerne sind gezwungen, „**Verpfeif**“-Hotlines (Whistleblowing-Hotlines) bei ihren europäischen Tochtergesellschaften einzurichten, damit **Unregelmäßigkeiten** im Bereich der **Buchhaltung** und Bilanzierung (**anonym**) von Kollegen sofort **direkt bei der Konzernleitung „angezeigt“** werden können. In diesem Beitrag werden die Kriterien für eine **datenschutzrechts- und arbeitsrechtskonforme Implementierung** solcher Hotlines vorgestellt.

Der **Sarbanes Oxley Act (SOX)** wurde im Jahre 2002 im Zuge der **Bilanzfälschungsskandale** (Stichwort: Enron) vom US-amerikanischen Kongress verabschiedet. Dieser verlangt unter anderem von in den Vereinigten Staaten börsennotierten Unternehmen sowie in bestimmten Fällen von deren ausländischen Tochterunternehmen die **Einrichtung interner Kontrollmaßnahmen**. Hierzu gehört auch der Schutz von Mitarbeitern vor Vergeltungsmaßnahmen, wenn diese ein Anzeigesystem zur Meldung von Unregelmäßigkeiten nutzen.

Diese so genannten **Whistleblowing-Hotlines** werfen in arbeits- und datenschutzrechtlicher Hinsicht schwerwiegende Probleme auf. Die Unternehmen befinden sich regelrecht in einer „Zwickmühle“: Wahren sie das europäische Datenschutzrecht, setzen sie sich der Gefahr von Sanktionen durch die US-Behörden aus; im umgekehrten Fall drohen datenschutzrechtliche Konsequenzen.

Dass dieses Thema über kurz oder lang Justiz- und Verwaltungsbehörden beschäftigen würde, war absehbar. Es begann im Mai 2005 mit zwei (im Wesentlichen gleich lautenden) Entscheidungen der französischen Datenschutzbehörde CNIL. Kurz danach folgte ein Urteil des Arbeitsgerichtes Wuppertal in Deutschland, das von der zweiten Instanz bestätigt wurde. Einen vorläufigen Höhepunkt fand die Entwicklung Anfang Februar 2006 mit der Veröffentlichung eines Working Papers der Art 29 Datenschutz-Arbeitsgruppe, einem unabhängigen europäischen Beratungsgremium nach der Datenschutzrichtlinie, das laufend Arbeitspapiere zum Datenschutzrecht publiziert.

Mitte 2005 entschied die **französische Datenschutzbehörde CNIL** über zwei Genehmigungsanträge, einer davon von McDonalds Frankreich. Beide Unternehmen hatten um Genehmigung ihrer Whistleblowing-Hotlines angesucht. Diese Systeme – vorgeschrieben durch die jeweilige Konzernspitze aufgrund des SOX – sollten es allen Mitarbeitern des Konzerns ermöglichen, dem für die Wirtschaftsprüfung zuständigen Überwachungskomitee Unregelmäßigkeiten in der Buchhaltung anzuzeigen. Die Hotline sollte ferner zur Meldung vermuteter Verletzungen der Unternehmensrichtlinien oder Rechtsvorschriften an die Konzernleitung dienen. Die Anonymität des Anzeigenden wurde garantiert. Jeder in Verdacht geratene Mitarbeiter sollte ehestmöglich von den Vorwürfen in Kenntnis gesetzt werden.

Die CNIL **wies** die **Anträge** aus folgenden Gründen **ab**:

- Die **Gefahr von Verleumdungen** sei durch die Möglichkeit zur anonymen Anzeige **zu groß**.
- Das System sei **unverhältnismäßig zu den angestrebten Zielen** und zu den Risiken verleumderischer Anzeigen und der Stigmatisierung von Mitarbeitern, die Gegenstand eines „Ethic Alert“ gewesen waren. Als gelinderes Mittel zur Einhaltung gesetzlicher Vorschriften und Unternehmensrichtlinien wurden entsprechende Informations- und Trainingsveranstaltungen vorgeschlagen sowie auf die traditionellen Instrumente verwiesen (Wirtschaftsprüfung, Arbeitsgerichte).

Guideline der CNIL, Working Paper 117 der Art 29 Datenschutz-Arbeitsgruppe

- Dass der in Verdacht geratene Mitarbeiter **nicht sofort informiert** würde, verstoße insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeit der Speicherung strafrechtlich relevanter Daten gegen den Grundsatz der Datenverarbeitung nach Treu und Glauben.

Etwa zur gleichen Zeit kam es in einem in **Deutschland** anhängigen Gerichtsverfahren zur Entscheidung. Dort war der Betriebsrat von Walmart vor das Arbeitsgericht gezogen, weil das Unternehmen ohne Zustimmung der Belegschaftsvertretung Verhaltensrichtlinien eingeführt hatte. Diese untersagten nämlich nicht nur Liebesbeziehungen zwischen den Mitarbeitern, sondern sahen zudem eine Telefonhotline vor, bei der die Mitarbeiter anonym Verstöße gegen den Verhaltenskodex melden konnten (und auch sollten). Grund hierfür waren wiederum Vorgaben aus den Vereinigten Staaten im Zusammenhang mit dem SOX.

Das Arbeitsgericht Wuppertal entschied, dass diese Maßnahmen wegen der Anzeigepflicht mitbestimmungspflichtig iSd § 87 Abs 1 Nr 1 des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes sind. Darüber hinaus stellte das Arbeitsgericht fest, dass das Betreiben einer anonymen Telefonhotline, bei der Arbeitnehmer Verstöße von Kollegen gegen den Verhaltenskodex melden sollen, **als technische Überwachungseinrichtung mitbestimmungspflichtig** nach § 87 Abs 1 Nr 6 des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes sei. Im Übrigen sei auch die Regelung des Verhaltenskodex, wonach es Arbeitnehmern untersagt ist, miteinander auszugehen oder eine Liebesbeziehung zu haben, mitbestimmungspflichtig. Das Landesarbeitsgericht Düsseldorf bestätigte im November 2005 diese Entscheidung. Sie ist derzeit **noch nicht rechtskräftig**, weil das Verfahren auf Betreiben von Walmart beim Bundesarbeitsgericht als letzte Instanz anhängig ist.

Die deutschen Behörden haben sich nicht mit der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit solcher Hotlines auseinander gesetzt, sondern nur geprüft, ob der Betriebsrat Mitspracherechte hat.

Im November 2005 folgte eine Richtlinie der CNIL unter dem Titel „Guideline for the implementation of Whistleblowing-Systems“, die einen Beitrag zur Rechtssicherheit nicht nur in Frankreich geleistet hat. Dieses Dokument wird wohl auch anderen **Datenschutzbehörden als Vorbild** dienen. Die Ergebnisse wurden im Wesentlichen von der Art 29 Datenschutz-Arbeitsgruppe übernommen, die am 1. 2. 2006 ihr Working Paper 117 (WP 117) veröffentlichte. Mit ihrer „Opinion 1/2006 on the application of EU data protection rules to international Whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal counting controls, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime“ legt die Arbeitsgruppe ein zwar **rechtlich unverbindliches** Papier vor; da sich die Arbeitsgruppe aber aus den Datenschutzbeauftragten der 25 Mitgliedstaaten zusammensetzt, kann bei ihren Veröffentlichungen davon ausgegangen werden, dass ihre Ansichten von allen europäischen Datenschutzbehörden beachtet werden.

Ein Grund für den dringenden Bedarf der Stellungnahme war im Hinblick auf Arbeitnehmerrechte die Entscheidung des **US Court of Appeals** for the First Circuit vom 5. 1. 2006 in der Rechtssache Carnero/Boston Scientific. Das Gericht hielt fest, dass nur einigen Bestimmungen des SOX extraterritoriale Wirkung zukomme, und sprach aus, dass die Bestimmungen zum Schutz von Whistleblowern auf das Hoheitsgebiet der Vereinigten Staaten beschränkt seien, was aus der Vermutung, dass US-Gesetze im Zweifel keine Geltung außerhalb der USA haben dürfen, abgeleitet wurde. Im Ergebnis heißt dies: **Die Verpflichtung zur Einrichtung von Whistleblowing-Hotlines gilt im Ausland, aber die im SOX vorgesehenen Schutzmechanismen nicht.**

Das Arbeitspapier der Arbeitsgruppe beschränkt sich formell auf die Anwendung des EU Datenschutzrechtes in Bezug auf interne Whistleblowing-Systeme in den Bereichen Bilanzierung, interne Buchhaltungskontrolle, Wirtschaftsprüfung sowie den Kampf gegen Bestechungs-, Bank- und Finanzkriminalität.

Folgende grundsätzliche Anforderungen werden vom Arbeitspapier an Whistleblowing-Systeme gestellt:

- Whistleblowing-Systeme haben subsidiären Charakter und sind kein Ersatz für traditionelle interne Kontrollsysteme.

Rechtsgrundlage für die Datenverwendung

Grundsätze der Datenverwendung und Interessenabwägung

- EU-Datenschutzrecht ist auf Whistleblowing-Systeme durchgehend anwendbar und die Einhaltung der Vorschriften ist zwingend.

Die Arbeitsgruppe kritisiert, dass die bestehenden Vorschriften über Whistleblowing auf den spezifischen **Schutz des Anzeigers** (des Whistleblowers) abstellen, die **Rechte der in Verdacht geratenen Person** aber vollkommen außer Acht lassen. Letzteres könne im Lichte des europäischen Datenschutzrechtes nicht akzeptiert werden, denn die verdächtige Person läuft in höchstem Maße Gefahr, stigmatisiert und schikaniert zu werden.

Eine Prüfung von Whistleblowing-Systemen zeigt folgende **Problemkreise** auf:

- Rechtsgrundlage von Whistleblowing-Systemen,
- Anwendung der Grundsätze der Datenverwendung sowie des Verhältnismäßigkeitsprinzips,
- Informationspflichten,
- Rechte der verdächtigen Person,
- Datensicherheitsmaßnahmen,
- Verwaltung des internen Whistleblowing-Systems,
- Angelegenheiten des internationalen Datentransfers,
- Meldung und Vorabkontrolle.

Grundlegendes Prinzip des EU-Datenschutzrechtes ist die **Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage für die Datenverwendung**. Im gegebenen Zusammenhang kommen die Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen sowie die „Generalklausel“, also sonstige überwiegende berechnigte Interessen des Auftraggebers oder einer dritten Person, in Betracht.

Die Einrichtung eines Whistleblowing-Systems zur **Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen** könnte beispielsweise im Bankensektor – wo interne Kontrollmechanismen in letzter Zeit gestärkt wurden – argumentiert werden. Ein Anhaltspunkt findet sich auch in der OECD Anti-Korruptionskonvention vom 17. 12. 1997, die Maßnahmen zur Bekämpfung der Korruption vorsieht. Eine **ausländische Rechtsvorschrift** ist jedoch an sich **keine „gesetzliche Verpflichtung“** iSd Datenschutz-RL, sodass die Whistleblowing-Bestimmungen des SOX als adäquate Rechtsgrundlage ausscheiden.

Auf der Suche nach „**sonstigen**“ **überwiegenden berechtigten Interessen** eines Auftraggebers oder eines Dritten wird zunächst von der Arbeitsgruppe geprüft, ob die in letzter Zeit auch in der EU und der OECD verstärkt in Mode gekommenen „Good Corporate Governance Principles“ in Betracht zu ziehen sind. Diese – so die Arbeitsgruppe – anerkennen die grundsätzliche Notwendigkeit spezieller Verfahren zur Anzeige von rechtswidrigen Buchhaltungs- und Wirtschaftsprüfungspraktiken an die Geschäftsführung oder Wirtschaftsprüfer. Besondere Beachtung wurde der Sicherheit am internationalen Finanzmarkt im Allgemeinen und im Speziellen der Vorbeugung von Veruntreuung und Fehlverhalten im Zusammenhang mit Bilanzierung, internen Controllingmaßnahmen, Wirtschaftsprüfung und Berichtswesen, ebenso wie dem Kampf gegen Korruption, Bank- und Finanzkriminalität sowie Insiderhandel, geschenkt. In diesen Bereichen können Whistleblowing-Systeme im überwiegenden berechtigten Interesse der Auftraggeber liegen.

Laut Arbeitspapier ist die einzelne Maßnahme, also die Implementierung eines Whistleblowing Systems, einer **Verhältnismäßigkeitsprüfung** („balance of interest test“) zu unterziehen, um einen fairen Interessenausgleich zwischen den berechtigten Interessen des Auftraggebers und den Grundrechten der Betroffenen herzustellen. Hierbei ist nach der Arbeitsgruppe zu berücksichtigen:

- Verhältnismäßigkeit,
- Subsidiarität,
- Schwere des in Rede stehenden Deliktes,
- Konsequenzen für die Betroffenen,
- Angemessene Datensicherheitsmaßnahmen.

Informationspflichten und Betroffenenrechte

Nach europäischem Datenschutzrecht muss die Datenverwendung nach Treu und Glauben erfolgen, also sich ua nach dem Erforderlichkeits-, Wesentlichkeits- und Zweckbindungsprinzip richten. Darüber hinaus ist die Datenintegrität und -sicherheit sicherzustellen; nicht mehr benötigte Daten sind zu löschen.

Aus diesen Prinzipien leitet die Arbeitsgruppe folgende Schlüsse im Hinblick auf Whistleblowing-Systeme ab:

- Der **anzeigeberechtigte Personenkreis** muss **zahlenmäßig beschränkt und ex ante definiert** sein.
- Gleiches gilt für jene Personen, die angezeigt werden können.
- Der Anzeiger muss zumindest bestimmbar sein, es darf **keine anonymen Anzeigen** geben.
- **Verhältnismäßigkeit** und **Datenintegrität** sind in jedem Einzelfall zu wahren.
- Die **Aufbewahrungsdauer** ist zu beschränken (zwei Monate nach Abschluss der Ermittlungen werden vorgeschlagen, sofern es keine weiteren Konsequenzen gab).
- Informationspflichten und **Betroffenenrechte** sind zu beachten.

Im Anschluss an diese Ausführungen weist die Arbeitsgruppe auf die Informationspflichten sowie auf die Betroffenenrechte hin, wobei im Zusammenhang mit Letzteren insbesondere darauf eingegangen wird, dass **dem Angezeigten keine Auskunft über die Identität des Anzeigers zu erteilen** ist. Es wird auch auf die Möglichkeit hingewiesen, ein Auskunftsbegehren vorerst unbeantwortet zu lassen, sofern der Ermittlungszweck gefährdet würde, wenn auch betont wird, dass diese Regel sehr restriktiv zu handhaben ist.

Datensicherheitsmaßnahmen

Besonderes Augenmerk ist auf die Datensicherheitsmaßnahmen zu richten, vor allem dann, wenn die Daten bei einem externen Serviceprovider ausgelagert sind. Die Vertraulichkeit der Anzeigen ist auch im Hinblick auf die Gefahr einer Verleumdungsklage des Angezeigten gegen den Anzeiger zu beachten.

Sonstiges

Grundsätzlich sollen die **Ermittlungen in Unternehmen mit Sitz in der EU in der EU** stattfinden, und nur in seltenen Ausnahmefällen soll es zulässig sein, dass die Berichte das Gebiet der EU verlassen. Ein solcher Ausnahmefall könnte gegeben sein, wenn eine Person der höchsten Managementebene einer anderen Konzerngesellschaft betroffen ist.

Die Arbeitsgruppe betont auch die Voraussetzungen für den Datentransfer in Staaten ohne angemessenes Datenschutzniveau. Folgende Instrumente können ein solches Niveau gewährleisten:

- Safe Harbour Zertifikat (betrifft nur US-amerikanische Unternehmen)
- Standardvertragsklauseln
- (Genehmigte) Binding Corporate Rules.

Melde- und Genehmigungspflicht bei DVR/DSK

Ebenso wird auf die mögliche Notwendigkeit einer **Meldung an die Datenschutzbehörden** hingewiesen (im Regelfall werden Whistleblowing-Systeme der Vorabkontrolle unterliegen, weil strafrechtlich relevante Daten verarbeitet werden). Für Österreich bedeutet dies die allfällige Pflicht zur Meldung des Whistleblowing-Systems beim **Datenverarbeitungsregister** bzw zur Vorabgenehmigung durch die **Datenschutzkommission**.

Anzeigepflicht im Arbeitsrecht

Es gibt **keine ausdrückliche gesetzliche Regelung, wann** ein Arbeitnehmer – allenfalls bei sonstiger Entlassung – verpflichtet ist, seinem Arbeitgeber **Pflichtverstöße von Arbeitskollegen zu melden**.

Eine derartige Anzeigepflicht kann sich allenfalls aus der Arbeitspflicht selbst ergeben, vor allem dann, wenn der Arbeitnehmer eine (**Vorgesetzten-)**Position innehat, in der er die Aufsicht und Kontrolle über andere Arbeitnehmer ausübt, oder eine besondere Vertrauensstellung genießt.

Arbeitsverfassungsgesetz

Eine Anzeigepflicht könnte auch auf die **allgemeine Treuepflicht** des Arbeitnehmers gestützt werden, insbesondere wenn der mögliche drohende Schaden für den Arbeitgeber groß ist und sich bei Meldung des Fehlverhaltens noch abwenden lässt. In der Literatur wird dazu aber betont, dass kein „Spitzelwesen“ oder Klima des Misstrauens im Betrieb entstehen soll.

Schließlich kann sich eine Anzeigepflicht auch aus einer **individuellen oder kollektiven Vereinbarung** ergeben (zB Betriebsvereinbarung). Allerdings wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass derartige Vereinbarungen keine undifferenzierte Anzeigepflicht für jeden Arbeitnehmer und bezüglich jeder Art von Pflichtverletzung auferlegen dürfen (*Grillberger*, ZAS 1986, 50). Eine undifferenzierte, zu allgemeine oder umfassende Anordnung von Anzeigepflichten kann im Hinblick auf § 879 ABGB bedenklich sein.

Soweit überblickbar hat sich der OGH erst einmal mit dem Thema der Anzeigepflicht von Pflichtverletzungen eines Arbeitskollegen auseinander gesetzt: Eine Pflicht zur Mitteilung von Fehlverhalten wurde aufgrund einer **Betriebsvereinbarung** bejaht (OGH 25. 9. 1984, 4 Ob 83/83). Auch das OLG Wien hatte erst einen derartigen Fall zu beurteilen, wobei hier die Anzeigepflicht des Arbeitnehmers, gestützt auf die Treuepflicht und die besondere Vertrauensstellung und **Aufsichtsfunktion** des Arbeitnehmers, bejaht wurde (OLG Wien 29. 10. 2003, 7 Ra 148/03s, [ARD 5481/6/2004](#)).

Nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bedarf die Einführung von **Kontrollmaßnahmen** und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren, notwendigerweise der **Zustimmung des Betriebsrates**. Unter Kontrollmaßnahmen werden üblicherweise alle zur Überwachung von Arbeitnehmern geeigneten menschlichen Verhaltensweisen und technischen Vorrichtungen verstanden. Gemeint ist die systematische Überwachung von Eigenschaften, Handlungen oder des allgemeinen (Fehl-)Verhaltens von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber selbst, einen Vertreter oder eine beauftragte dritte Person. Jede vom Arbeitgeber veranlasste Regelung, die vorgibt, wann und wie Arbeitnehmer überprüft werden, fällt unter die Definition einer Kontrollmaßnahme. Entscheidend ist auch nicht die vom Betriebsinhaber verfolgte subjektive Absicht, Arbeitnehmer zu kontrollieren, sondern der objektive Zweck der Einrichtung. Weiters ist nicht entscheidend, ob die Kontrollmaßnahme tatsächlich eingesetzt wird, allein die Möglichkeit einer jederzeitigen Kontrolle reicht aus. Dass **Whistleblowing-Hotlines** die Voraussetzungen einer **Kontrollmaßnahme** erfüllen (zB Kontrolle durch Arbeitskollegen), kann nicht ernsthaft in Frage gestellt werden.

Es ist auch davon auszugehen, dass die „Verpfeif“-Hotlines die **Menschenwürde** iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG **berühren**, weshalb idR **zwingend** eine **Betriebsvereinbarung** abzuschließen ist.

In der Judikatur wurden Überwachungssysteme, die eine permanente, unter Umständen sogar geheime Kontrolle ermöglichen, häufig als exzessive Überwachungsformen qualifiziert (zB Video- bzw Fernsehkameras, die nicht ausschließlich der Früherkennung bzw Abwehr von Gefahren, sondern der Kontrolle der Arbeitnehmer dienen; Einwegglasscheiben; Mikrofone, die Gespräche am Arbeitsplatz aufzeichnen, etc). Vor allem durch die übersteigende Intensität der Kontrolle, also dadurch, dass die Kontrolle jenes Maß überschreitet, das für Arbeitsverhältnisse typisch und auch geboten ist, werden Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer gefährdet und die Menschenwürde der Arbeitnehmer tangiert. Whistleblowing-Hotlines nach dem US-amerikanischen Konzept ermöglichen ein oft **anonymes, undifferenziertes, permanentes Anschwärzen von Arbeitskollegen**. Dass dadurch eine Überwachung der Arbeitnehmer stattfindet, die das **übliche Ausmaß überschreitet**, und Mitarbeiter unter dem Gefühl der ständigen Kontrolle stehen, liegt nahe. Derartige Maßnahmen sollten daher **nur mit Zustimmung des Betriebsrates** zulässig sein.

Zusammenfassung

Wie oben dargestellt sollte aber auch im Rahmen einer **Betriebsvereinbarung keine undifferenzierte, zu generelle Anzeigepflicht** angeordnet werden: Wird nicht danach unterschieden, welche Arbeitnehmer welche Art von Dienstvergehen zu melden haben, könnte eine derartige Vereinbarung **sittenwidrig** sein.

Existiert **kein Betriebsrat**, so ist für die Einführung von Kontrollmaßnahmen die **Zustimmung jedes einzelnen Mitarbeiters** nach § 10 AVRAG einzuholen.

Zu beachten ist, dass (Betriebs-)Vereinbarungen in diesen Angelegenheiten **nicht erzwungen** werden können. Verweigert daher der Betriebsrat/der Mitarbeiter seine Zustimmung, kann die Maßnahme nicht implementiert werden.

Im Zweifel – also sofern schriftlich nichts anderes vereinbart wurde – können Betriebsvereinbarungen nach § 96 ArbVG **jederzeit schriftlich gekündigt** werden. Eine Nachwirkung nach Beendigung ist ausgeschlossen (§ 96 Abs 2 zweiter Satz iVm § 32 Abs 3 zweiter Satz ArbVG). Gleiches gilt im Übrigen für § 10 AVRAG.

Freilich sollte man bedenken, dass Mitarbeiter in **höheren Führungspositionen** (zB die Mitglieder der Organe juristischer Personen; leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zusteht) häufig **nicht** unter den **Arbeitnehmerbegriff** des § 36 ArbVG fallen. Je nach Betroffenenkreis des Kontrollsystems könnte eine Betriebsvereinbarung daher entbehrlich sein.

Nach den bisher ergangenen Entscheidungen und Empfehlungen können für die Implementierung von Whistleblowing-Systemen in europäischen Unternehmen folgende Richtlinien formuliert werden:

- Whistleblowing-Systeme sind als **Ergänzung** zu den normalen Berichtslinien zu sehen und müssen in diesem Sinne implementiert werden (**Subsidiaritätsprinzip**).
- Als **datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage** für eine Datenübermittlung ist der SOX nicht geeignet, weil es sich bei diesem um eine ausländische Rechtsvorschrift handelt. Es kommen daher nur sonstige überwiegende berechnigte Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten in Betracht. Solche überwiegende berechnigte Interessen können in Anlehnung an die europäischen Initiativen von „Good Corporate Governance Principles“ angenommen werden (Anti-Korruptions Konvention der OECD, Bilanzrichtigkeit, interne Buchhaltungskontrolle, Wirtschaftsprüfung sowie der Kampf gegen Bestechungs-, Banken- und Finanzkriminalität).
- Die Verwendung des Whistleblowing-Systems durch die Mitarbeiter darf **ausschließlich auf freiwilliger Basis** erfolgen.
- Jene Personen, gegen die sich eine Anzeige richten kann und die zur Anzeige berechnigt sind, müssen **ex ante bestimmt definiert und zahlenmäßig möglichst begrenzt** sein.
- Anzeigen sollen **nicht anonym** erstattet werden können. Die Identität des Anzeigers ist aber zu schützen, zB durch Geheimhaltung des Namens des Anzeigers.
- Der Arbeitgeber hat alle Mitarbeiter und einen vorhandenen Betriebsrat vom System ausreichend zu **informieren**. Die verdächtige Person ist unverzüglich über die Vorwürfe zu informieren, wenn der Ermittlungszweck nicht (mehr) gefährdet wird.
- Der (dem österreichischen DSG 2000 in dieser ausdrücklichen Form nicht bekannte) Grundsatz der **Datensparsamkeit** ist zu beachten, allerdings müssen die zur Beurteilung der Vorwürfe notwendigen Daten in die Berichte aufgenommen werden.
- Nur ein ex ante definierter, kleiner und geschulter Personenkreis darf **Zugriff** auf die Anzeigen haben.
- Die Daten bzw Berichte müssen **möglichst bald gelöscht** werden, wenn sie nicht mehr benötigt werden.

- Verhältnismäßigkeit und Datensicherheit (**Vertraulichkeit**) sind in jedem Einzelfall zu wahren. Werden externe Dienstleister zur Datenverwendung herangezogen, ist entsprechend Vorsorge zu treffen.
- Das Whistleblowing-System muss klar definiert und organisiert sein, insbesondere im Hinblick auf Datensicherheitsmaßnahmen.
- Wird gegen Personen in einem Unternehmen mit Sitz in der **EU** ermittelt, so müssen diese Ermittlungen eben hier stattfinden. **Berichte** dürfen grundsätzlich das **Unternehmen nicht verlassen**. Ausnahmefälle sind aber denkbar.
- Die formellen Bestimmungen des Datenschutzrechtes sind einzuhalten, also insbesondere **Melde- und Genehmigungspflichten**.
- Die Notwendigkeit einer **Betriebsvereinbarung** nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bzw der **Zustimmung des Mitarbeiters** nach § 10 AVRAG ist jedenfalls zu prüfen, wobei eine Anzeigepflicht von Pflichtverletzungen von Arbeitskollegen auch im Rahmen derartiger Vereinbarungen nicht in einer undifferenzierten Weise festgelegt werden sollte.

► **Kontaktadresse:**

Preslmayr Rechtsanwälte OEG

Dr. Karl Lueger Ring 12
A-1010 Wien

Tel: +43 (1) 533 16 95

Fax: +43 (1) 535 56 86

Mail: knyrim@preslmayr.at; kurz@preslmayr.at

Web: <http://www.preslmayr.at/datenschutz.htm>



(5681/5/2006 ●)

Ungerechtfertigte Entlassung nach Delegation eines Arbeitsauftrages

► **§ 27 Z 1 und Z 4 AngG** – Hat ein Arbeitnehmer einen gelegentlich für Hilfstätigkeiten herangezogenen **Pensionisten ersucht**, an seiner Stelle **abgelaufene Ware** im dafür vorgesehenen Kübel **zu entsorgen**, musste er grundsätzlich nicht damit rechnen, dass dieser die Ware **an sich nehmen** werde, anstatt sie ordnungsgemäß zu entsorgen. Der Vorwurf, der Arbeitnehmer habe gegen eine **Dienstanweisung verstoßen**, weil er verdorbene Ware „**an Filialmitarbeiter abgegeben**“ und nicht entsorgt habe, trifft daher nicht zu, weshalb das Vorliegen eines **Entlassungsgrundes** zu **verneinen** ist. OGH 16. 12. 2005, 9 ObA 173/05i.

(5681/6/2006 ●)

Entlassung wegen falscher Dienstreiseabrechnung

► **§ 27 Z 1 AngG** – Verrechnet ein Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber **Reisekosten** für tatsächlich **nicht getätigte Dienstreisen**, ohne dass eine entsprechende Vereinbarung zwischen den Streitparteien getroffen wurde, verwirklicht eine solche Vorgangsweise zweifelsohne den **Entlassungsstatbestand** der **Untreue** nach § 27 Z 1 erster Tatbestand AngG. Dies würde auch

bei Zugrundelegung eines **freien Dienstverhältnisses** einen Grund zur vorzeitigen Beendigung des Vertrages darstellen. OLG Wien 30. 1. 2006, 8 Ra 105/05b. (Revision unzulässig)

(5681/7/2006 ●)

Entlassung wegen dauernder Arbeitsunfähigkeit

► **§ 27 Z 2 AngG** – Ist ein Angestellter **unfähig**, die versprochenen oder die den Umständen nach angemessenen **Dienste zu leisten**, berechtigt dies den Arbeitgeber gemäß § 27 Z 2 AngG zur **Entlassung**. Es muss sich dabei um eine **dauernde**, nicht bloß vorübergehende **Dienstunfähigkeit** handeln, die von so langer Dauer ist, dass dem Arbeitgeber nach den Umständen des Falles eine Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann.

Der Entlassungsgrund der Dienstunfähigkeit ist ein **verschuldens-unabhängiger Entlassungsgrund**, dessen Erfüllung nach objektiven Gesichtspunkten zu prüfen ist. Er ist nach dem Zeitpunkt des Ausspruches der Entlassung und des damals dem Arbeitgeber vorliegenden oder allenfalls einzuholenden Wissensstandes zu beurteilen. Hat sich der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Entlassung, die unmittelbar nach der Bestätigung der weiteren Dienstunfähigkeit durch den behandelnden Psychiater ausgesprochen wurde, bereits **rund 8 Monate** fast durchgehend **im Krankenstand befunden** und war ein **absehbares Ende** dieses Zustandes in der ärztli-

chen Bestätigung **nicht angegeben**, konnte der Arbeitgeber nach objektiven Gesichtspunkten davon ausgehen, dass es sich bei der Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers um eine **nicht bloß vorübergehende Dienstunfähigkeit** handelt. Die Entlassung nach § 27 Z 2 AngG erfolgte damit berechtigt. OLG Wien 21. 11. 2005, 8 Ra 137/05h. (Revision unzulässig)

(5681/8/2006 ●)

Entlassung eines Busfahrers durch Disziplinarkommission

► § 82 GewO, § 102 ArbVG, § 35d, § 41 VBO der Stadt Klagenfurt – Die aufgrund einer **Disziplinarordnung** ausgesprochene **Entlassung** eines bei den Stadtwerken beschäftigten **Buslenkers**, der behauptete, aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage zu sein, seine Tätigkeit auszuüben, und – ohne ärztliche Bestätigung – dem **Dienst fernblieb**, am **selben Tag** aber bei einem **privaten Busunternehmen als Buslenker** tätig war, ist aus dem Grund der **Vertrauensunwürdigkeit** **berechtigt**. Trotz ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Unwirksamkeit kann eine **Disziplinarordnung** nämlich **einzelvertraglich vereinbart** werden und die **Entscheidung** über eine Entlassung einem Dritten – der **Disziplinarkommission** – übertragen werden.

OGH 22. 2. 2006, 9 ObA 50/05a

Sachverhalt: Ein seit 1991 bei den Verkehrsbetrieben beschäftigter und ab 1. 1. 1998 **unkündbar gestellter Autobuslenker**, der der als Vertragsschablone geltenden VBO der Stadt Klagenfurt unterlag, beging **ab Mai 1998 etliche „Verfehlungen“**, wie zB Unhöflichkeiten gegenüber Kollegen und Vorgesetzten, das Nichteinschalten der Zielortanzeige am Autobusdisplay, Nichteinhalten der Kleiderordnung oder das Parken des Busses entgegen der vorgeschriebenen Fahrtrichtung. Nach einer **betriebsärztlichen Untersuchung** wurde dem Busfahrer im Sommer 1999 aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur und seines Aggressionspotenzials als **Alternativarbeitsplatz** eine Stelle als **LKW-Fahrer beim E-Werk angeboten** und ihm die „Anordnung“ erteilt, sich dort zur Arbeit einzufinden. Der Fahrer meldete sich daraufhin **krank**.

Am **11. 4. 2000** sollte er wieder nach dem Willen des Arbeitgebers seinen **Dienst im E-Werk antreten**. Er behauptete – ohne ärztliche Bestätigung –, **aus gesundheitlichen Gründen** dazu **nicht in der Lage** zu sein. Am **selben Tag** war er aber als **Buslenker** bei einem **Privatunternehmen** tätig. Aus diesem Grund wurde ein Disziplinarverfahren eingeleitet, der Arbeitnehmer hierüber am **21. 4. 2000** verständigt und zugleich vom Dienst **suspendiert**. Am **9. 5. 2001** wurde über den Arbeitnehmer die **Disziplinarstrafe der Entlassung** verhängt. Der dagegen erhobenen **Berufung** wurde von der Disziplinarkommission am 17. 9. 2001 nicht Folge gegeben. Mit Schreiben vom **28. 9. 2001** wurde der **Fahrer** von seiner **Entlassung** **verständigt**.

Mit der vorliegenden Klage begehrte der Arbeitnehmer die **Feststellung**, dass sein **Dienstverhältnis** über den 28. 9. 2001 hinaus **weiter aufrecht** fortbestehe.

Übertragung des Entlassungsrechts an Dritte zulässig

Der OGH hat bereits zum Verhältnis einer aus Gründen des Betriebsverfassungsrechts teilunwirksamen Disziplinarordnung zum Entlassungsrecht des Arbeitgebers umfassend Stellung genommen (vgl OGH 17. 3. 2005, 8 ObA 12/04d, [ARD 5621/12/2005](#)).

Nach der bisherigen Judikatur sind **Kündigungen und Entlassungen nicht** als **Disziplinarmaßnahme** iSd § 102 ArbVG anzusehen und können damit auch nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung nach § 96 Abs 1 Z 1 ArbVG sein. Ist aber eine Entlassung schon aus diesem Grunde keine gesetzliche Disziplinarmaßnahme, kann es dahingestellt bleiben, ob eine solche Disziplinarordnung überhaupt hätte vereinbart werden können.

Von der betriebsverfassungsrechtlichen Unwirksamkeit ist die **einzelvertragliche „Restgültigkeit“** zu unterscheiden. Mit der Vereinbarung eines bestimmten Verfahrens unterwerfen sich beide Teile des Arbeitsvertrages der Entscheidung eines „Dritten“, die so weit nicht als sittenwidrig iSd § 879 ABGB anzusehen ist, als nicht in den zweiseitig zwingenden „Kernbereich“ der vorzeitigen Auflösung eingegriffen wird.

Es ist daher grundsätzlich **zulässig**, das **Entlassungsrecht** mit einem weiten Ermessen einem dafür auch verantwortlichen „Dritten“ – der „**Disziplinarkommission**“ – zu **übertragen**. Die **Überprüfung** der auf einem solchen „Disziplinarerkenntnis“ beruhenden Entlassung durch das **Gericht**, insbesondere hinsichtlich des Vorliegens von Entlassungsgründen, ist aber **stets möglich**.

Entlassung berechtigt und rechtzeitig

Im vorliegenden Fall zeigt sich, dass die auf dem „Disziplinarerkenntnis“ beruhende **Entlassung** schon aufgrund des Vorfalls vom 11. 4. 2000 **berechtigt** und – wegen der vertraglich eingegangenen Verpflichtung des Arbeitgebers zur Einhaltung des Disziplinarverfahrens – auch **rechtzeitig** war.

Es mag zutreffen, dass der Arbeitgeber die als Vertragsschablone geltenden Formgebote für eine wirksame Versetzung nicht eingehalten hatte und mangels Verbleibs des Arbeitnehmers an derselben Dienststelle auch keine „Verwendungsänderung“ vorlag. Es mag auch sein, dass eine befristete „Dienstzuteilung“ iSd § 35d VBO weder geplant war, noch zum Ausdruck gekommen ist, zumal auch der Arbeitgeber selbst von einem „Angebot einer probeweisen Verwendungsänderung“ sprach. Dies alles kann aber das Verhalten des Arbeitnehmers nicht rechtfertigen, unter offensichtlichem **Vorschützen einer Krankheit überhaupt nicht zum Dienst** (auch nicht zum Busbahnhof) zu erscheinen und stattdessen für einen **anderen Unternehmer** – offensichtlich arbeitsfähig – als Buslenker zu arbeiten. Damit hat sich der Arbeitnehmer jedenfalls eines Verstoßes gegen die Dienstpflichten schuldig gemacht, der ihn des **Vertrauens** des Dienstgebers **unwürdig** erscheinen lässt.

Dieser **Anlassfall** weist auch die erforderliche **Mindestintensität** auf, um mit den früheren – für sich allein genommen verfristeten – Verfehlungen, die unschwer unter die Entlassungsgründe des § 41 lit b, lit c oder lit d VBO zu subsumieren sind, in Verbindung gebracht und in die Beurteilung des Gesamtverhaltens einbezogen werden zu können.

Die Entlassung erweist sich daher als berechtigt. Da der Arbeitgeber **unverzüglich** nach dem **letzten Vorfall** die **Disziplinarkommission** eingeschaltet und den Arbeitnehmer sowohl von der Einleitung als auch von der Entscheidung dieses Gremiums **verständigt** und sodann die Entlassung ausgesprochen hat, liegt **keine Verspätung** vor.

(5681/9/2006 ●)

Abgabenverfahren – neue Erlässe des BMF

1. Verspätungszuschlag (§ 135 BAO)

Der neue Erlass stellt im Wesentlichen eine **Aktualisierung** der „**Ermessensrichtlinien**“ zum Verspätungszuschlag des BMF vom 20. 5. 1981, 05 1601/2-IV/5/80, AÖF 1981/183, ARD 3322/2/81, dar, die mit dem neuen Erlass aufgehoben werden. Behandelt werden insbesondere die Voraussetzungen für die **Festsetzung** von Verspätungszuschlägen, die Kriterien für die **Ermessensübung** und der **Rechtsschutz**. Anpassungsbedarf ergab sich ua aufgrund neuerer Rechtsprechung und nunmehriger elektronischer Erklärungsspflichten. BMF 10. 4. 2006, BMF-010103/0030-VI/2006.

2. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 308 BAO)

In einem einheitlichen Erlass stellt nunmehr das BMF klar, wann eine für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand **unschädliche**, nur **leichte Fahrlässigkeit** an der Versäumung einer Frist vorliegt. Behandelt werden weiters die **Zuständigkeit** und die **Rechtsfolgen** der Bewilligung der Wiedereinsetzung. Ältere Vorgängererlässe zur Wiedereinsetzung werden aufgehoben. BMF 3. 3. 2006, BMF-010103/0019-VI/2006.

3. Anzeigepflichten nach § 120 und § 139 BAO

Durch das AbgÄG 2005, BGBl I 2005/161, ARD 5647/7/2006, wurde § 120 Abs 3 BAO angefügt, wonach die **Beseitigung** einer im vorläufigen Bescheid genannten **Ungewissheit** und der **Eintritt** eines im Bescheid angeführten **rückwirkenden Ereignisses** dem für die Erhebung der betreffenden Abgabe zuständigen Finanzamt **anzuzeigen** sind. Dieser neue Erlass beschäftigt sich insbesondere mit dieser Anzeigepflicht sowie mit der Anzeigepflicht bei **Erkennen der Unrichtigkeit** eingereichter **Abgabenerklärungen**. BMF 9. 3. 2006, BMF-010103/0020-VI/2006.

4. Richtlinien zum Grundsatz von Treu und Glauben

Die neuen Richtlinien stellen ausführlicher als ihr Vorgängererlass (BMF 26. 1. 1995, 05 0301/2-IV/5/94, AÖF 1995/70, ARD 4631/41/95) die Rechtsansicht des BMF zum Grundsatz von **Treu und Glauben** dar; der Vorgängererlass wird mit dem neuen Erlass aufgehoben. Behandelt werden insbesondere das Vertrauen auf **Auskünfte und Erlässe**, die **Nachsicht** wegen **sachlicher Unbilligkeit**, Treu und Glauben als Kriterium für **Ermessensübung** (insbesondere bei Haftung, Gesamtschuld und bei Aufhebung gemäß § 299 BAO) sowie die Verordnung betreffend Unbilligkeit der Einhebung iSd § 236 BAO, BGBl II 2005/435, ARD 5647/8/2006. BMF 6. 4. 2006, BMF-010103/0023-VI/2006.

► Die Volltexte dieser Erlässe finden Sie unter Eingabe der jeweiligen Geschäftszahl in der Datenbank Findok im Internet (unter <https://findok.bmf.gv.at> oder auf der Homepage des BMF unter Steuern – Findok).

(5681/10/2006 ●)

Einrichtung der Steuer- und Zollkoordination doch verfassungskonformer Auslegung zugänglich

► **§ 2 AVOG, BGBl II 2004/168** – Eine Dekonzentration eines Bundesministeriums der Art, dass **einzelne** seiner **Organisationseinheiten außerhalb** des Gebietes der Bundeshauptstadt **Wien** eingerichtet werden, ist mit Art 5 Abs 1 B-VG **unvereinbar**. Die in § 2 AVOG verwendete Formulierung: „... besondere Organisationseinheiten ... mit regionalem Wirkungsbereich“ ist in **verfassungskonformer Auslegung** daher dahin gehend zu verstehen, dass es sich dabei um Organisationseinheiten des Bundesministeriums für Finanzen handelt, die **in Wien eingerichtet** sind, deren **Wirkungsbereich** sich jedoch auf **regional abgegrenzte** Teile des Bundesgebietes erstreckt.

Auch der Wortlaut der **Verordnung BGBl II 2004/168** lässt eine **verfassungs- und gesetzeskonforme Auslegung** dahin gehend zu, dass damit nicht die Einrichtung von (besonderen) Organisationseinheiten des BMF außerhalb Wiens normiert wird.

VfGH 3. 3. 2006, G 105/05, V 79/05

Zum Prüfungsbeschluss VfGH 24. 6. 2005, B 218/05, vgl ARD 5616/13/2005

Die in Prüfung gezogene Bestimmung des § 2 AVOG idF BGBl I 2004/72 lautet:

„Besondere Organisationseinheiten

§ 2. Der Bundesminister für Finanzen kann mit Verordnung **besondere Organisationseinheiten** in organisatorisch zweckmäßiger, einer einfachen und kostensparenden Vollziehung wie auch den Bedürfnissen einer bürgernahen Verwaltung dienenden Weise **mit bundesweitem und/oder regionalem Wirkungsbereich** einrichten. **Deren Organe werden** bei der Erfüllung der Aufgaben dieser Organisationseinheiten **als Organe des Bundesministeriums für Finanzen tätig**.“

§ 3 der auf Grund des § 2 iVm § 17a Abs 1 AVOG erlassenen **Verordnung** des BMF zur **Einrichtung der Steuer- und Zollkoordination**, BGBl II 2004/168, ARD 5492/6/2004, lautet:

„§ 3. Die Steuer- und Zollkoordination gliedert sich in Abteilungen. Die Aufteilung der Aufgaben auf die einzelnen Abteilungen ist in der vom Bundesminister für Finanzen zu erlassenden Geschäftseinteilung festzusetzen.“

Die genannte **Geschäftseinteilung** sieht die **Unterteilung** der Steuer- und Zollkoordination in die „**Regionen**“ Wien, Ost, Mitte, Süd und West vor. Für jede der genannten „Regionen“ ist **ua** eine **Personalabteilung** der Steuer- und Zollkoordination eingerichtet. Als **Standorte** dieser Abteilungen werden in der Geschäftseinteilung **Wien** (Regionen Wien und Ost), **Linz** (Region Mitte), **Graz** (Region Süd) und **Feldkirch** (Region West) festgelegt. Die weiteren (Fach-)Abteilungen und Fachbereiche der Steuer- und Zollkoordination sind mit Sitz in den genannten Städten sowie an den Standorten **Klagenfurt**, **Salzburg** und **Innsbruck** eingerichtet.

Lohnsteuer und Abgaben

Einrichtung von Organisationseinheiten eines Bundesministeriums nur in Wien

Gemäß Art 5 Abs 1 B-VG ist der **Sitz der obersten Organe des Bundes**, zu denen insbesondere die Bundesminister zählen (vgl. va Art 19 Abs 1 B-VG und Art 69 Abs 1 B-VG), die **Bundeshauptstadt Wien**. Damit wird der Ort der Einrichtung des obersten Organes und nicht etwa der Ort des Tätigwerdens des jeweiligen Amtsträgers geregelt.

In Verbindung mit Art 77 B-VG, demzufolge die Bundesministerien als die (bundesverfassungsgesetzlich einzig zulässigen) Hilfsorgane der Bundesminister vorgesehen sind, ist aus dieser Regelung des Art 5 Abs 1 B-VG weiters abzuleiten, dass **auch die Bundesministerien in Wien einzurichten** sind: Die Bundesministerien sind Dienststellen der (Bundes-)Verwaltung. Für eine solche Dienststelle, die als Hilfsorgan des jeweiligen Bundesministers, also eines individuellen (obersten) Verwaltungsorganes fungiert, bedeutet die aus Art 5 Abs 1 iVm Art 77 B-VG folgende Anordnung daher, dass auch diese dem obersten Organ zugeordnete **Dienststelle der Bundesverwaltung in Wien**, also auf dem Territorium der Bundeshauptstadt Wien, **einzurichten** ist. Ausgehend davon ist eine Dekonzentration eines Bundesministeriums der Art, dass **einzelne seiner Organisationseinheiten außerhalb** des Gebietes der Bundeshauptstadt **Wien** eingerichtet werden, mit Art 5 Abs 1 B-VG **unvereinbar**.

§ 2 AVOG – verfassungskonforme Auslegung

Auch unter Zugrundelegung dieses Verständnisses des Art 5 Abs 1 B-VG ist § 2 AVOG aber einer **verfassungskonformen Auslegung zugänglich**:

Vorausgeschickt wird, dass – wie sich vor allem aus dem mit dem Bundesgesetz BGBl I 2004/72 angefügten zweiten Satz des § 2 AVOG ergibt – die **Steuer- und Zollkoordination** Teil (eine Organisationseinheit) des Bundesministeriums für Finanzen ist; sie ist also **weder** eine diesem Bundesministerium (in Hinblick auf Art 77 Abs 1 B-VG unzulässige) „**nebeneordnete**“ Dienststelle, **noch** ein (in Hinblick auf Art 77 Abs 1

zulässiges) dem BMF bzw dem von ihm geleiteten Bundesministerium „**unterstelltes Amt**“.

Demgemäß stellt § 2 AVOG also eine **Regelung der inneren Organisation** des Bundesministeriums für Finanzen dar. Vom Wortlaut des § 2 AVOG ausgehend – aus den Materialien und insbesondere iVm § 11 Abs 1 Z 7 Bundes-PersonalvertretungsG mag sich anderes ergeben – **ermächtigt** diese Bestimmung weiters **nicht** dazu, die dort vorgesehenen **Organisationseinheiten** dieses Bundesministeriums **außerhalb** des Territoriums der Bundeshauptstadt **Wien einzurichten**; auch die in § 2 AVOG verwendete Formulierung: „... besondere Organisationseinheiten ... mit regionalem Wirkungsbereich“ ist nämlich in verfassungskonformer Auslegung dahin gehend zu verstehen, dass es sich dabei um Organisationseinheiten des Bundesministeriums für Finanzen handelt, die in **Wien eingerichtet** sind, deren **Wirkungsbereich** sich jedoch auf **regional abgegrenzte** Teile des Bundesgebietes erstreckt.

Auf dem Boden dieser Überlegungen bestehen folglich gegen § 2 AVOG unter dem Aspekt des Art 5 B-VG **keine verfassungsrechtlichen Bedenken**. § 2 AVOG ist daher nicht als verfassungswidrig aufzuheben.

Verordnung zur Einrichtung der Steuer- und Zollkoordination – verfassungskonforme Auslegung

Was nun die in Prüfung gezogene bzw vom VwGH angefochtene Verordnung BGBl II 2004/168, [ARD 5492/6/2004](#), anlangt, so ergibt sich – erneut vor dem Hintergrund dieser verfassungskonformen Deutung des § 2 AVOG – Folgendes:

Auch der Wortlaut dieser Verordnung lässt eine **verfassungs- und gesetzeskonforme Auslegung** dahin gehend zu, dass damit **nicht** die **Einrichtung** von (besonderen) **Organisationseinheiten** des Bundesministeriums für Finanzen **außerhalb Wiens** normiert wird. Auch die Verordnung BGBl II 2004/168, [ARD 5492/6/2004](#), ist daher nicht als gesetzwidrig aufzuheben.

(5681/11/2006 ●)