

TE Bvg Erkenntnis 2019/4/11 L510 2005890-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.04.2019

Entscheidungsdatum

11.04.2019

Norm

ASVG §410

ASVG §44

ASVG §49

B-VG Art133 Abs4

Spruch

L510 2005890-1/37E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. INDERLIETH als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch Dr. Erich Greger & Dr. Günther Auer, gegen den Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse vom 14.10.2013, GZ: XXXX , nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG i.d.g.F. mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass der Spruch zu lauten hat:

Die XXXX wird im Sinne des§ 35 Abs 1 ASVG verpflichtet, die von der Salzburger Gebietskrankenkasse nachverrechneten Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Euro 25.832,04, sowie einen Beitragszuschlag gem. §113 Abs 1 ASVG in der Höhe von Euro 5.338,26 und Verzugszinsen gem. § 59 Abs 1 ASVG in der Höhe von Euro 4.445,38, sohin einen Gesamtbetrag von EUR 35.615,68, an die Salzburger Gebietskrankenkasse zu entrichten.

Da die ursprünglich errechneten Beiträge bereits entrichtet wurden, ergibt sich ein Guthaben von insgesamt Euro 1.810,61.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang

1. Mit Bescheid der Salzburger Gebietskrankenkasse (GKK) vom 24.04.2008 wurde die beschwerdeführende Partei (bP),

XXXX, verpflichtet, die "mit Beitragsvorschreibung vom 08.08.2007 nachverrechneten Sozialversicherungsbeiträge in Höhe € 27.383,02 samt Verzugszinsen/Beitragszuschlag in Höhe von € 5.338,26 sowie Verzugszinsen gemäß § 59 Abs 1 ASVG in Höhe von € 1.069,10, sohin einen Gesamtbeitrag in der Höhe von € 33.790,38" zu entrichten.

Die Verpflichtung werde unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der §§ 30, 33, 34, 35 Abs 1, 42, 44 Abs 1, 49 Abs 1, 54, 58 Abs 1 und 2, 59, 68 sowie 113 ASVG sowie § 6 BMVG ausgesprochen und nehme Bezug auf die Beitragsvorschreibung vom 08.08.2007, die einen integrierten Bestandteil des Bescheids bilde.

Begründend führte die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse im Wesentlichen aus, dass im Zuge der Durchführung einer gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben festgestellt worden sei, dass die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge bezüglich 14 näher genannter Dienstnehmer im Prüfungszeitraum 1. Jänner 2003 bis 31. Dezember 2005 nicht in der richtigen Höhe durchgeführt worden sei.

Bei diesen Dienstnehmern handle es sich um LKW-Fahrer. Die von der bP als Dienstgeberin vorgelegten Tachografenscheiben sowie Reisekostenabrechnungen seien zur Feststellung der Einsatzzeiten herangezogen worden. Die Tachografenscheiben seien teilweise "nicht den Vorschriften entsprechend geführt" worden und nicht vollständig gewesen. Es sei nur zwischen Fahrzeit und Ruhezeit unterschieden worden, sodass eine genaue Ermittlung der tatsächlichen Gesamteinsatzzeit anhand der Tachografenscheiben nicht in vollem Umfang möglich gewesen sei. Nach den von der erstinstanzlichen Behörde durchgeführten Ermittlungen seien die Fahrer der bP laut Reisekostenabrechnung sehr viel unterwegs gewesen, wobei für diese Einsatzzeiten jedoch kaum Überstunden abgerechnet worden seien. Die bP habe pro Monat pauschal 173 Arbeitsstunden zuzüglich 65 Überstunden mit 50% Zuschlag in Ansatz gebracht. Auf Basis der vorhandenen Unterlagen sei festgestellt worden, dass die durch die bP abgerechneten Stunden nicht mit der tatsächlichen Stundenzahl übereinstimmen würden. Die durchschnittliche Einsatzzeit unter Berücksichtigung aller beim Dienstgeber beschäftigten Fahrer sei um ca. 21% über der abgerechneten Stundenanzahl gelegen.

Für den Dienstnehmer XXXX (K.S.) seien weitestgehend lückenlose Arbeitszeitaufzeichnungen vorgelegen, eine "Einlesung der Tachoscheiben" für den Zeitraum Jänner bis Dezember 2005 habe ergeben, dass dessen Einsatzzeiten als Fahrer um 17,38% über den von der Dienstgeberin abgerechneten Stunden gelegen seien. Andere ausgewertete Arbeitszeitaufzeichnungen hätten sogar eine "Unterentlohnung" von 21,5% ergeben. Als Durchschnittssatz für die Erhöhung seien sodann nur 17% herangezogen worden, um etwaige Schwankungen in den Jahren 2003 und 2004 zu berücksichtigen. Der Nachverrechnungsbetrag ergebe sich aus der Feststellung der tatsächlichen Stundenanzahl abzüglich der abgerechneten Stundenanzahl auf Basis der Daten des Dienstnehmers K.S. Betreffend den als Fahrer tätigen Geschäftsführer der bP sei eine Hinzurechnung des nicht verrechneten Feiertagsentgeltes erfolgt. Darüber hinaus sei festgestellt worden, dass während der Urlaubsabwesenheiten einzelner Dienstnehmer sowie an Feiertagen der Lohn in der üblichen Höhe, jedoch ohne Hinzurechnung der durchschnittlichen Überstundenentlohnung bzw. des Feiertagsentgeltes ausbezahlt worden sei.

In der dem Bescheid angeschlossenen Beitragsvorschreibung vom 08.08.2007 wurden die 14 Dienstnehmer und die jeweils auf sie entfallenden nachzuverrechnenden Sozialversicherungsbeiträge in den Jahren 2003 bis 2005 tabellarisch angeführt.

2. In ihrem gegen diesen Bescheid erhobenen Einspruch vom 16.05.2008 führte die bP aus, es sei weder dem Bescheid noch der Beitragsvorschreibung zu entnehmen, nach welcher Berechnungsmethode die GKK zu den in der Beitragsvorschreibung angeführten Beträgen gelange. Es sei dem "objektiven Betrachter" auch nicht möglich festzustellen, ob tatsächlich für sämtliche Dienstnehmer die Nachverrechnung dergestalt durchgeführt worden sei, dass pauschal von 17% Mehrstunden im Verhältnis zu den zur Abrechnung gelangten Stunden ausgegangen worden sei. Unzutreffend sei auch die Feststellung an sich, dass die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden sämtlicher Dienstnehmer für den gesamten Prüfungszeitraum um 17% über den tatsächlich abgerechneten Arbeitsstunden gelegen wären. Es sei nicht nachvollziehbar, an welchen Tagen die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse welche Mehrarbeitszeiten angenommen habe. Beiträge für das Jahr 2003 seien zudem gemäß § 68 ASVG verjährt, weil die Voraussetzungen für eine Verlängerung der Verjährungsfrist nicht vorlägen.

3. Mit Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg vom 04.02.2010, ZI

XXXX, wurde der Einspruch der bP abgewiesen. Die LH führte begründend aus, die bP sei bereits im Rahmen der Beitragsprüfung gemäß § 42 Abs 1 ASVG zur vollständigen Vorlage aller Tachografenblätter und

Reisekostenabrechnungen für alle 14 Fahrer für den gesamten dreijährigen Prüfungszeitraum aufgefordert worden. Die bP sei dieser Aufforderung jedoch in ausreichender Form lediglich betreffend den Dienstnehmer K.S. und hier wiederum nur für das Jahr 2005 nachgekommen. Zudem seien die Tachografenscheiben bzw. das jeweils verwendete Aufzeichnungsgerät nur bedingt ordnungsgemäß verwendet worden. Die für den Dienstnehmer K.S. nur für das Jahr 2005 zur Verfügung gestandenen Tachografenscheiben seien durch Vergrößerung präzise ausgewertet worden. Diese Einsatzzeiten seien betreffend alle 14 Dienstnehmer für den gesamten Prüfungszeitraum 1. Jänner 2003 bis 31. Dezember 2005 als repräsentativ anzusehen. Dies mit der Maßgabe, dass für den ebenso als Fahrer tätigen Geschäftsführer der bP, XXXX, (W.B.), ein diesem gebührendes Feiertagsentgelt nicht zur Verrechnung gelangt sei. Ebenso sei während der Urlaubsabwesenheit einzelner Fahrer sowie an Feiertagen das Entgelt ohne Hinzurechnung der durchschnittlichen Überstundenentlohnung bzw. des Feiertagsausgleichs ausbezahlt worden. Die Dienstnehmer hätten die ihnen von der bP zur Verfügung gestellten Fahrzeuge auch nicht bzw. nicht in einem für die gegenständliche Beitragsnachverrechnung relevanten Umfang für private Zwecke genutzt.

Beweiswürdigend führte die LH aus, die bP habe der Tatsache nicht widersprochen, dass lediglich hinsichtlich des Dienstnehmers K.S. Tachografenscheiben und Reisekostenabrechnungen vorgelegt worden seien. Die bP habe auch nicht dem Umstand widersprochen, dass diese Tachografenscheiben bzw. Tachografen von den Fahrern nur bedingt ordnungsgemäß bedient worden seien. Die Forderung der bP, es seien alle Tachografenscheiben zu prüfen gewesen, entbinde diese nicht von der Verpflichtung zur vollständigen Vorlage, was nicht geschehen sei.

Hinsichtlich des Antrags der bP auf Vernehmung aller 14 Dienstnehmer als Zeugen sei kein klarer Beweiszweck formuliert worden. Ein solcher könnte nur darin gesehen werden, für den gesamten dreijährigen Prüfungszeitraum eine möglichst lückenlose Ermittlung der tatsächlichen Einsatzzeiten durchzuführen. Dieses Beweisvorhaben könnte aber gestützt auf die Grundsätze der allgemeinen Lebenserfahrung durch die beantragten Vernehmungen nicht einmal annähernd erreicht werden. Zumal davon ausgegangen werden müsse, dass für 13 der 14 Fahrer überhaupt keine einschlägigen Aufzeichnungen mehr zur Verfügung stünden, wäre es lebensfremd anzunehmen, dass jeder der Fahrer im Jahr 2010 eine präzise - sogar tageweise Erinnerung - über die von ihm tatsächlich erbrachten Einsatzzeiten während der Jahre 2003 bis 2005 habe.

In rechtlicher Hinsicht führte die LH aus, § 42 Abs 3 ASVG ermögliche subsidiär die Möglichkeit der Beitragsschätzung. Die bP habe die von ihr beschäftigten Personen bei Bedarf in der sowohl rechtlich als auch technisch korrekten Verwendung der in den Fahrzeugen vorhandenen Aufzeichnungsgeräte zu unterweisen und dies auch zu kontrollieren. Die bP habe für die Ablieferung und vollständige sowie ausreichend lange Aufbewahrung der Tachografenblätter Sorge zu tragen, um diese gegebenenfalls unter anderem im Rahmen einer Prüfung der Gebietskrankenkasse vorlegen zu können. Dies sei im vorliegenden Fall nicht erfolgt.

Der abschließende Prüfbericht enthalte unter anderem dienstgeberbezogene "Feststellungsübersichten" über die Arten des laufenden Entgeltbezugs und die ermittelten Entgeltdifferenzen während des gesamten Prüfungszeitraums. Die der bP nachweislich zugestellte Beitragsnachverrechnung vom 08.08.2007 spiegle schließlich das Ergebnis der Prüfung wieder. Die Beitragsvorschreibung wie auch die Begründung des erstinstanzlichen Bescheids enthielten "umfassende Erörterungen zur Zuordenbarkeit und Nachvollziehbarkeit der ausgewiesenen Einzelbeträge bzw. -beiträge bis hin zur abschließenden Errechnung des Beitragsnachverrechnungsbetrages und des Beitragszuschlages". So sei der Beitragsvorschreibung im Detail der veranschlagte Monatslohn auf Tagesbasis bei Angabe der tatsächlichen Beschäftigungstage zu entnehmen ("Verrechnungszeitraumschlüssel VZT - Kurzbezeichnung: T") und es sei dazu zu Zwecken der Differenzermittlung unter der Kurzbezeichnung "22" die Höhe des in diesem Zusammenhang nicht bzw. nicht in richtiger Höhe gemeldeten und verrechneten beitragspflichtigen Arbeitsverdienstes ersichtlich. Der Nachverrechnungsbetrag basiere hierbei im Ergebnis auf der Feststellung der tatsächlichen Stundenzahl abzüglich der abgerechneten Stundenzahl auf Basis der Daten des Dienstnehmers K.S.

In der Begründung eines Bescheids seien gemäß § 60 AVG die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Es könne aber nicht "Aufgabe einer Bescheidbegründung" sein, Rechenschritte in einer Bescheidbegründung bis ins letzte Detail nachvollziehbar darzustellen.

Hinsichtlich der geltend gemachten Verjährung nach § 68 ASVG sei davon auszugehen, dass die bP als Dienstgeberin unrichtige Angaben über die bei ihr beschäftigten Personen bzw. über deren jeweiliges Entgelt gemacht habe. Die Feststellungsverjährung habe sich daher gemäß § 68 Abs. 1 3. Satz ASVG von drei auf fünf Jahre verlängert.

4. Gegen diesen Bescheid wurde Beschwerde beim VwGH erhoben. Der Bescheid der LH wurde wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften durch den VwGH mit Erkenntnis vom 14.01.2013, Zl. 2010/08/0069, aufgehoben.

Der VwGH stellte im Wesentlichen fest, dass der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden könne, wenn sie die von der bP vorgelegten Tachografenscheiben für die Ermittlung der Arbeitszeiten des K.S. im Jahr 2005 und für die - mangels weiterer vorgelegter Unterlagen - darauf basierende Schätzung der Arbeitszeiten und Beitragsgrundlagen aller 14 Dienstnehmer in den Jahren 2003 bis 2005 herangezogen hat.

Da die bP unrichtige Angaben über das Entgelt der Dienstnehmer gemacht hat und sie diese Unrichtigkeit erkennen hätte müssen, ist die belangte Behörde auch zutreffend von der auf fünf Jahre verlängerten Verjährungsfrist des § 68 Abs 1 ASVG ausgegangen, weshalb die verfahrensgegenständlichen Beiträge der Jahre 2003 bis 2005 im Zeitpunkt der Beitragsvorschreibung am 7. August 2007 nicht verjährt waren.

Die Begründung eines Bescheides, mit dem Beiträge nachverrechnet werden, ist einer nachprüfenden Rechtskontrolle nur zugänglich, wenn der Bescheid darlegt, wie sich die Höhe des vorgeschriebenen Beitrages errechnet (vgl zu Beiträgen zum Wohlfahrtsfonds der Ärztekammern etwa das hg Erkenntnis vom 16. Dezember 2004, Zl 2003/11/0312). Im Fall einer Schätzung hat die Begründung daher unter anderem die Schätzungsmethode, die der Schätzung zu Grunde gelegten Sachverhaltsannahmen und die Ableitung der Schätzungsergebnisse darzulegen (vgl das hg Erkenntnis vom 27. April 2011, Zl 2007/08/0126). Um die Rechtsverfolgung durch die Partei und die nachprüfende Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof zu ermöglichen, sind daher auch die Ausgangswerte anzugeben, zu denen - wie im vorliegenden Fall im Schätzungswege pauschal prozentmäßige "Zuschläge" berechnet werden.

Im Beschwerdefall hat die bP bereits in ihrem Einspruch gegen den erstinstanzlichen Bescheid Einwendungen gegen die Nachvollziehbarkeit und rechnerische Richtigkeit der Beitragsnachverrechnung vorgebracht. Die belangte Behörde verweist diesbezüglich in ihrer Bescheidbegründung im Wesentlichen auf die - von der erstinstanzlichen Behörde zum Bestandteil ihres Bescheids erklärte - Beitragsnachverrechnung vom 08.08.2007, die das Ergebnis der GPLA-Prüfung "in abschließender und nachvollziehbarer Form" wiederspiegle. Sowohl die Beitragsvorschreibung als auch die Begründung des erstinstanzlichen Bescheides würden "umfassende Erörterungen zur Zuordenbarkeit und Nachvollziehbarkeit der ausgewiesenen Einzelbeträge bzw. -beiträge bis hin zur abschließenden Errechnung des Beitragsnachverrechnungsbetrages und des Beitragszuschlages" enthalten. Der Beitragsvorschreibung sei im Detail dienstgeberbezogen der veranschlagte Monatslohn auf Tagesbasis bei Angabe der tatsächlichen Beschäftigungstage zu entnehmen und es sei dazu zu Zwecken der Differenzermittlung die Höhe des in diesem Zusammenhang nicht bzw. nicht in richtiger Höhe gemeldeten und verrechneten beitragspflichtigen Arbeitsverdienstes ersichtlich. Der Nachverrechnungsbetrag basiere hierbei im Ergebnis auf der Feststellung der tatsächlichen Stundenzahl abzüglich der abgerechneten Stundenzahl auf Basis der Daten des Dienstnehmers K.S.

Dazu ist festzuhalten, dass die - zum Bestandteil des erstinstanzlichen Bescheids erklärte - Beitragsvorschreibung zwar (ua) die betroffenen Dienstnehmer, die Nachverrechnungszeiträume und die nachverrechneten Beiträge tabellarisch ausweist, in der Spalte "ALLGEM. BGGRDLG/SZ" allerdings offensichtlich nur die Differenz der geschätzten zu den gemeldeten Beitragsgrundlagen angibt. Die tatsächlich gemeldeten Beitragsgrundlagen sind weder dem erstinstanzlichen Bescheid noch dem angefochtenen Einspruchsbescheid zu entnehmen.

Selbst wenn man - auch wenn dies aus der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht eindeutig hervorgeht - aufgrund der im Verwaltungsakt enthaltenen Unterlagen (insbesondere der Berechnungen aufgrund der Auswertung der Tachografenscheiben des Dienstnehmers K.S.) davon ausgeht, dass mit der vorgenommenen Schätzung pauschal die gemeldeten Beitragsgrundlagen um 17% angehoben wurden (und nicht, wie offenbar die bP meint, eine um 17% längere Arbeitszeit angenommen wurde), so lassen sich die schließlich nachverrechneten Beiträge - auch unter Zugrundelegung der gesetzlich festgelegten Beitragssätze (welche allerdings wiederum abhängig vom Ausgangswert sein können, vgl etwa § 2a Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz oder die Höchstbeitragsgrundlage nach § 45 ASVG) - schon mangels Angabe der ursprünglich gemeldeten Beitragsgrundlage rechnerisch nicht nachvollziehen und damit auch vom Verwaltungsgerichtshof nicht auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen.

5. Mit Bescheid der LH vom 01.10.2013, Zahl: XXXX, wurde infolge des Erkenntnisses des VwGH der Bescheid der GKK vom 24.04.2008 behoben und die Angelegenheit zur Ergänzung der Ermittlungen und zur Erlassung eines neuen Bescheides an die GKK zurückverwiesen.

6. Mit Bescheid der GKK vom 14.10.2013, GZ: XXXX, wurde die bP als Dienstgeberin verpflichtet, die mit Beitragsvorschreibung vom 08.08.2007 nachverrechneten Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von € 27.383,02, sowie einen Beitragszuschlag gem. § 113 Abs. 1 ASVG in der Höhe von € 5.338,26 und Verzugszinsen gem. § 59 Abs. 1 ASVG in der Höhe von € 4.705,01, sohin einen Gesamtbetrag in Höhe von €

37.426,29 zu entrichten.

Die Verpflichtung werde unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der §§ 30, 33, 34, 35 Abs 1, 42 Abs 3, 44 Abs 1, 45, 49 Abs 1 und 2, 54, 58 Abs 1 und 2 ASVG und § 6 des Betrieblichen Mitarbeitervorsorgegesetzes (BMSVG) ausgesprochen und nehme Bezug auf die Beitragsvorschreibungen vom 08.08.2007, den Prüfbericht vom 10.07.2007, der in Anlage 1 bezeichneten jährlichen Beitragsgrundlagen der Dienstnehmer vor und nach der GPLA-Prüfung, sowie auf den Bescheid der Landeshauptfrau von Salzburg, vom 04.02.2010, GZ: XXXX, dem Erkenntnis des VwGH vom 14.01.2013 (GZ: 2010/08/0069) und des Bescheides des Landeshauptmannes vom 01.10.2013, GZ: XXXX, welche jeweils einen integrierten Bestandteil dieses Bescheids darstellen würden.

Die GKK traf im Wesentlichen folgende Feststellungen:

"...Im Zuge der GPLA verlangte das Prüforgan der Salzburger Gebietskrankenkasse von der Dienstgeberin Tachoscheiben, welche die Arbeitszeit der angemeldeten Kraftfahrer nachvollziehbar bestätigen. Die Dienstgeberin konnte jedoch nur monatsweise für folgende Dienstnehmer Tachoscheiben vorlegen:

XXXX Juni und Juli 2005

XXXX Jänner 2005

XXXX März und April 2005

XXXX Februar, Juni und Juli 2005

Lediglich für den Dienstnehmer XXXX konnten die Tachoscheiben für das Kalenderjahr 2005, allerdings nicht vollständig, vorgelegt werden. Die Tachoscheiben des Dienstnehmers XXXX wurden von der Dienstgeberin als "repräsentative Arbeitszeitaufzeichnungen" für alle Dienstnehmer bezeichnet und vom Prüforgan in Form einer Excel Tabelle tageweise ausgearbeitet. Bei den anderen Dienstnehmern wurde aus verwaltungsökonomischen Gründen lediglich das prozentuelle Ergebnis der Auswertung für die vorgelegten Monate in einer Excel Tabelle erfasst. Festzuhalten ist, dass XXXX (im Vgl zu den anderen vorgelegten Unterlagen) jener Dienstnehmer mit der geringsten Anzahl von Überstunden war. Bei der Lohnabrechnung des Dienstnehmers XXXX wurde der kollektivvertragliche (Monats-)Mindestlohn zuzüglich Überstunden durchschnittlich um 17,38% unterschritten. Die restlichen Dienstnehmer hatten eine Unterschreitung des kollektivvertraglichen Mindestlohnes zuzüglich der Überstunden zum tatsächlich verrechneten Entgelt von 18,76% bis 27,85 %.

Bei der Durchsicht der vorgelegten Tachographenscheiben der genannten Dienstnehmer, ist dem Prüforgan insbesondere aufgefallen, dass von den Fahrern lediglich Fahrt- und Ruhezeit aufgezeichnet wurden. Sonstige Arbeits- (wie zBsp Ladezeiten) oder Wartezeiten wurden nicht aufgezeichnet. Es ist daher evident, dass die Tachoscheiben von den Fahrern nicht vorschriftsgemäß geführt wurden.

Dennoch wurden vom Prüforgan auch diese Tachographenscheiben zur Feststellung der Arbeitszeit herangezogen, da zumindest anhand des Fahrzeitbeginns und dem Ende der Fahrzeit die Einsatzzeiten festgestellt werden konnten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass etwaige Lade- und Entladezeiten vor dem aufgezeichneten Beginn der Fahrzeit, oder nach dem aufgezeichneten Ende der Fahrzeit, nicht als Einsatzzeit gewertet wurden, da diese wie erwähnt nicht auf den Tachoscheiben ersichtlich und somit nicht feststellbar waren. Dies gilt ebenso für diverse andere Tätigkeiten wie die Kontrolle der Ladung oder die Administration diverser Frachtpapiere (Frachtbrief, Lieferscheine, Ausfuhr- und Einfuhrbescheinigungen).

Als tägliche Arbeitszeit wurde der Zeitraum vom Beginn der aufgezeichneten Einsatzzeit bis zum Ende der aufgezeichneten Einsatzzeit abzüglich Arbeitszeitunterbrechungen herangezogen. Arbeitszeitunterbrechungen die eine Stunde überstiegen, wurden als Ruhezeiten berücksichtigt. Fahrzeitunterbrechungen unter einer Stunde wurden

unter Berücksichtigung einer Kulanz von einigen Minuten nicht als Arbeitszeitunterbrechungen anerkannt. Aus der vom Prüforgan in einer Excel Tabelle erfassten Tachoscheibenauswertung ist ersichtlich, dass das Prüforgan tägliche Fahrzeitunterbrechungen als Ruhezeiten von einer bis zu sechs Stunden anerkannte. Dies obwohl weder Ladetätigkeiten noch sonstige Arbeits- oder Bereitschaftszeiten aufgezeichnet wurden.

Die daraus resultierende tägliche Arbeitszeit wurde in eine Normalarbeitszeit von acht Stunden und Überstunden getrennt. Je nach Ende der Einsatzzeit, fielen Überstunden mit einem Zuschlag von 50% oder 100% an. Anhand des kollektivvertraglichen (Stunden-)Mindestlohnes multipliziert mit der Normalarbeitszeit, den Überstunden und den jeweiligen Überstundenzuschlägen, wurde die monatliche Bemessungsgrundlage zur Sozialversicherung ermittelt.

Beim Dienstnehmer XXXX ergab sich bei der Unterschreitung des kollektivvertraglichen (Monats-)Mindestlohnes (inklusive Überstunden) eine Differenz von 13,67 % bis 26,18 %. Im Jahresdurchschnitt wurde der kollektivvertragliche (Monats-)Mindestlohn (inklusive Überstunden) um 17,38 % unterschritten. Letztlich wurden vom Prüforgan für die Erhöhung der Löhne 17 % herangezogen. Dies deshalb, damit etwaige Schwankungen in den Kalenderjahren 2003 und 2004 berücksichtigt werden.

Aufgrund der jährlichen Erhöhung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne und der Berücksichtigung der Betriebszugehörigkeit beim Anspruchslohn wurden vom Prüforgan die jährlichen Bemessungsgrundlagen der Dienstnehmer, gemäß Anlage 1, um 17 % erhöht.

Festgestellt wird daher, dass von der Dienstgeberin die Unterlagen zur Feststellung der Arbeitszeit nur sehr spärlich vorgelegt wurden. Lediglich vom Dienstnehmer XXXX wurden nachvollziehbare Tachoscheiben über ein Kalenderjahr vorgelegt. Dieser Dienstnehmer wurde vom Dienstgeber selber und von der steuerlichen Vertretung, Dr. XXXX, als "repräsentative Aufzeichnung" über die Arbeitszeit bezeichnet.

Weiters ist zu erwähnen, dass die vom Prüforgan durchgeführte Berechnung eine für die Dienstgeberin günstigere Variante darstellt, zumal berücksichtigt werden muss, dass die Tachoscheiben des Dienstnehmers XXXX mit der geringsten Überstundenanzahl herangezogen wurden und diverse Vorarbeiten nicht in die Auswertung mit eingeflossen sind. Weiters wurden etwaige Schwankungen in den Kalenderjahren 2003 und 2004 mit einer Abrundung des Prozentsatzes von 17,38 auf 17 % berücksichtigt. Ebenso wurden die Tachoscheiben auf Basis des Kollektivvertrages für Arbeiter im Güterbeförderungsgewerbe und der darin enthaltenen Ruhezeitenregelung ausgewertet, sodass Fahrzeitunterbrechungen über einer Stunde als Ruhezeit bewertet wurden und etwaig anfallende Ladezeiten über einer Stunde nicht in die errechnete Arbeitszeit mit einflossen.

[2.2.] Feiertagsentgelt

Bei der Durchsicht der Lohnkonten wurde weiters festgestellt, dass beim Dienstnehmer XXXX die Überstunden beim Feiertagsentgelt nicht verrechnet wurden. Vom Prüforgan wurde daher eine Nachverrechnung des Ausfallentgeltes entsprechend den festgestellten Überstunden (17 %ige Erhöhung der Bemessungsgrundlage) durchgeführt."

Beweiswürdigend legte die GKK im Wesentlichen folgend dar:

"...Zur Feststellung der Arbeitszeit wurden vom Prüforgan Tachoscheiben der Dienstnehmer XXXX, XXXX, XXXX, XXXX und XXXX herangezogen. Wie erwähnt wurden die Tachoscheiben für die Dienstnehmer XXXX, XXXX, XXXX und XXXX nur monatsweise vorgelegt. Lediglich vom Dienstnehmer XXXX wurden die Tachoscheiben für ein Jahr durchgehend, nämlich für das gesamte Kalenderjahr 2005, vorgelegt. Zur Ermittlung der Arbeitszeit wurden jene Tachoscheiben herangezogen, welche die geringste Erhöhung der Bemessungsgrundlage herbeiführten und vom Dienstgeber selbst als repräsentative Arbeitszeitaufzeichnungen dargestellt wurden, nämlich jene von XXXX. Vom Prüforgan wurde diese Vorgehensweise einerseits aufgrund der Vorlage der Tachoscheiben durch den Dienstgeber selbst, sowie um der dadurch gegebenen Möglichkeit die in der Praxis gelebte Arbeitszeit, im speziellen bei der gegenständlich zu prüfenden Dienstgeberin, annähernd genau festzustellen. Weiters ist zu erwähnen, dass die vorgelegten Tachoscheiben des Dienstnehmers XXXX verglichen mit seinen Reisekosten ein nachvollziehbares Gesamtbild ergaben und von der Dienstgeberin selbst, XXXX als repräsentatives Beispiel bezeichnet wurde.

Dabei muss erwähnt werden, dass etwaige Ladezeiten, insbesondere die Kontrolle der Ladung, bzw. sonstige Tätigkeiten wie die Administration von Transportpapieren vor und nach der Einsatzzeit (Beginn und Ende der Fahrzeit) laut Tachoscheiben nicht berücksichtigt wurden und somit zu keiner Erhöhung der festgestellten Arbeitszeit führten. Um eine realitätsnahe Rekonstruierung der täglichen, wöchentlichen und monatlichen Arbeitszeit festzustellen, wurde

von der Salzburger Gebietskrankenkasse daher anhand der Regelungen im Kollektivvertrag für Arbeiter im Güterbeförderungsgewerbe zwischen Pausen und Ruhezeiten unterschieden. Dabei wurden einstündige Arbeitszeitunterbrechungen als Ruhezeiten anerkannt, obwohl es den allgemeinen Lebenserfahrungen entspricht, dass im Transportgewerbe fast täglich Ladezeiten anfallen und diese oftmals länger als eine Stunde dauern.

Von der Salzburger Gebietskrankenkasse wurden sowohl die vom Dienstgeber vorgelegten Unterlagen (Tachoscheiben der Dienstnehmer), als auch in der Praxis vorkommenden und im Kollektivvertrag für Arbeiter im Güterbeförderungsgewerbe normierten verpflichtenden Ruhezeiten zur Feststellung der Arbeitszeit herangezogen.

Selbst wenn, wie die Dienstgeberin im ersten Verfahren ausführte, dass die Dienstnehmer den LKW teilweise für Heimfahrten nutzten, obliegt zum einen die Aufzeichnung darüber der Dienstgeberin und zum anderen ist zu erwähnen, dass Heimfahrten im Transportgewerbe aufgrund der möglichen verkürzten Wegstrecken am darauffolgenden Arbeitstag sich oftmals auch vorteilhaft für die Dienstgeberin auswirken. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die Dienstgeberin über den Prüfzeitraum ihren Firmensitz in XXXX und der zur Berechnung herangezogenen Dienstnehmer XXXX seinen Wohnsitz im 3,8 Kilometer (<http://www.herold.at/routenplaner>) entfernten XXXX hatte. Es kann daher nicht zu erheblichen Ausdehnungen der Einsatzzeiten gekommen sein.

Das nicht korrekt errechnete Feiertagsentgelt für den Dienstnehmer XXXX wurde anhand der von der Dienstgeberin vorgelegten Lohnkonten ermittelt."

Rechtlich legte die GKK unter Zitierung der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen im Wesentlichen folgend dar:

"...§ 42 Abs 3 ASVG ermächtigt den Versicherungsträger bei Fehlen aller maßgeblichen Aufzeichnungen, nicht nur die Daten anderer Beschäftigungsverhältnisse beim selben Dienstgeber heranzuziehen, sondern ihren Ermittlungen auch Fremd vergleiche zugrunde zu legen. Von welcher der beiden Möglichkeiten der Versicherungsträger Gebrauch macht, liegt in seinem Ermessen (so auch ausdrücklich in taxlex 2009, 250; VwGH 16.04.1991, 90/08/0156).

Im gegenständlichen Fall wurden von der Salzburger Gebietskrankenkasse sowohl Aufzeichnungen der Dienstgeberin (Tachoscheiben und Reiskosten) als auch gesetzliche Mindestnormen hinsichtlich der Einsatz-, Pausen- und Ruhezeiten zur Feststellung der Arbeitszeit und in der Folge des Anspruchslohnes herangezogen. Es wurde daher auf die individuellen Gegebenheiten der Dienstgeberin im ausreichenden und von der Dienstgeberin selbst ermöglichten Maße eingegangen.

§ 42 Abs 3 ASVG enthält keine Reihenfolge der Vorgehensweise. Reichen die Bücher, Aufzeichnungen, Unterlagen etc, die der Arbeitgeber im Zuge der Prüfung dem Prüforgan vorlegt, objektiverweise nicht aus, um Sachverhalte (Versicherungsverhältnisse) und/oder Abrechnungen auf ihre Richtigkeit hin überprüfen zu können, so ist das Prüforgan berechtigt, diese Fragen anhand anderer Ermittlungen zu klären. Dies wurde durch die Heranziehung der Reisekosten des repräsentativen Dienstnehmers XXXX im Vergleich mit den Tachoscheiben erreicht. Vom Prüforgan konnte schon aus diesem Grund die Einsatzzeit des Dienstnehmers nachvollzogen werden.

Eine Verpflichtung, vor einer Schätzung jedenfalls sämtliche Dienstnehmer über die geleisteten Arbeitszeiten zu befragen, besteht nach Ansicht des VwGH deshalb nicht, weil die Behörden keine Verpflichtung trifft, zum Zweck der Rekonstruktion von

Aufzeichnungen, die vom Dienstgeber rechtswidriger Weise nicht geführt wurden, ein Ermittlungsverfahren durchzuführen. Das Gesetz erlaubt nach Ansicht des VwGH vielmehr, bei Fehlen solcher Unterlagen sogleich mit Schätzung vorzugehen. (VwGH 21. 6. 2000, 95/08/0050 = SVSlg 44.959 = ARD 5156/8/2000)

Eine Fehltoleranz - im Ergebnis (nicht im Verfahren und Denkvorgang) muss aus der Schätzung immanent angenommen werden (VwGH 21.05.1980, 0779/79, 25.02.2004, 2003/13/0147). Es liegt im Wesen einer Schätzung, dass eine Beweisführung für ein bestimmtes Ergebnis nicht möglich ist (VwGH 30.11.1989, 88/13/0177; 8.04.1992, 90/13/0045). Weiters ist zu erwähnen, dass die Fehlerquote zu Gunsten der Dienstgeberin ausgelegt wurde, indem die Tachoscheiben des Dienstnehmers XXXX zur Beurteilung der Arbeitszeit und nicht jene, lediglich für einzelne Monate vorgelegten Tachoscheiben der Dienstnehmer XXXX , XXXX , XXXX und XXXX , herangezogen wurden, welche eine längere Arbeitszeit ergaben. Ebenso wurde der Dienstnehmer XXXX als "repräsentativer Fall" von der Dienstgeberin zur Beurteilung der Arbeitszeit vorgelegt.

Gern. Art V des Kollektivvertrages für Arbeiter im Güterbeförderungsgewerbe beträgt die wöchentlichen Normalarbeitszeit 40 Stunden. Überstunden liegen gern. Art VI des genannten Kollektivvertrages vor, wenn die

Grenzen der wöchentlichen Arbeitszeit oder die tägliche Arbeitszeit überschritten werden. Der Überstundengrundlohn beträgt ein 173tel vom Monatslohn. Für jede geleistete Überstunde gebührt ein Zuschlag von 50 %. Werden Überstunden in der Zeit von 20:00 bis 05:00 Uhr geleistet, gebührt ein Zuschlag von 100 %.

Gem. Art Vla idF bis zum 10.04.2007 hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine durchgehende Ruhezeit von mindestens 11 Stunden täglich. Diese Ruhezeit kann dreimal wöchentlich auf 9 Stunden verkürzt werden, insofern bis zum Ende der Folgewoche eine zusätzliche Ruhepause in der Höhe der Verkürzung gewährt wird. Wird eine Ruhezeit von mindestens 12 Stunden konsumiert, kann diese in zwei bis drei Abschnitte aufgeteilt werden, wenn ein Abschnitt mindestens acht Stunden beträgt und die weiteren mindestens eine Stunde betragen. Als Einsatzzeit gilt die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit einschließlich aller Pausen. Bei Teilung der täglichen Ruhezeit, beginnt eine neue Einsatzzeit nach Ablauf der gesamten Ruhezeit.

Vom Prüforgan wurden bei der Auswertung der Tachoscheiben Arbeitszeiten, welche acht Stunden täglich überschritten als Überstunden, je nach zeitlicher Lagerung mit 50 oder 100 %igen Zuschlag, berücksichtigt. Arbeitszeitunterbrechungen welche eine Stunde überschritten, wurden als Ruhezeiten anerkannt und von der Arbeitszeit in Abzug gebracht. Im Jahresdurchschnitt ergab sich dadurch eine Unterschreitung des kollektivvertraglichen Mindestlohnes von 17,38 %. Um etwaige Schwankungen der Jahre 2003 und 2004 auszugleichen, wurde der Prozentsatz auf 17 reduziert.

Gern. Art. 13 der EUA/O 3821/85 sorgen der Unternehmer und die Fahrer für das ordnungsgemäße Funktionieren und die richtige Verwendung des Kontrollgerätes.

Gern. Art. 15 der VO sind die Fahrer verpflichtet, sonstige Arbeitszeiten, Bereitschaftszeiten, Arbeitsunterbrechungen und die Tagesruhezeiten je nach Art des Kontrollgerätes lesbar einzutragen.

Der Dienstgeberin obliegt jedenfalls, ihre Dienstnehmer zur rechtskonformen Bedienung und Verwendung des Aufzeichnungsgerätes und der rechtskonformen Bedienung und Verwendung der einzelnen Tachographenscheiben aufzufordern und bei Bedarf darin zu unterweisen. Diese Unterweisungspflicht gilt auch bei Lenkern, die ihre Dienste oft fern vom Sitz des Arbeitgebers leisten. So ist der Arbeitgeber nach ständiger Rechtsprechung des VwGH für die Einhaltung aller Arbeitszeitvorschriften verantwortlich und strafbar (Schrank, ZAS 2006/120ff).

Von den Fahrern wurde lediglich die Fahrt- und Ruhezeit auf den Tachographenscheiben eingetragen, sodass etwaige Lade- und Bereitschaftszeiten nicht berücksichtigt wurden und sich dies bei der Auswertung der Tachoscheiben vorteilhaft für die Dienstgeberin auswirkte. Aus diesem Grund war die Vorgehensweise der Salzburger Gebietskrankenkasse, die Arbeitszeiten anhand der vorgelegten Unterlagen teilweise zu schätzen, rechtskonform.

Gern. § 9 Abs 1 ARG behält der Arbeitnehmer für die infolge eines Feiertages ausgefallene Arbeit seinen Anspruch auf Entgelt. Gern. Abs 2 leg. cit. Gebührt dem Arbeitnehmer jenes Entgelt, das er erhalten hätte, wenn die Arbeit nicht aus den im Abs 1 genannten Gründen ausgefallen worden wäre.

Aus diesem Grund wurden die Überstunden für den Dienstnehmer XXXX im Zuge der 17 %igen Erhöhung der Bemessungsgrundlage auch an den Feiertagen nachverrechnet..."

7. Die bP erhab mit Schriftsatz ihrer Vertretung vom 14.11.2013 fristgerecht Beschwerde.

Im Wesentlichen wurde dargelegt, dass die bP hinsichtlich sämtlicher Dienstnehmer alle bezughabenden Tachografenscheiben hätte vorlegen können, wäre dies nur vom Prüforgan gewünscht worden. Das Prüforgan habe es jedoch nicht für erforderlich gehalten, die in Form der Tachografenscheiben geführten Arbeitszeitaufzeichnungen hinsichtlich der Dienstnehmer vom Dienstgeber zu verlangen und auszuwerten. Vielmehr seien letztendlich nur jene des Dienstnehmers XXXX herangezogen worden, ohne dass die Voraussetzungen nach § 42 Abs 3 ASVG vorgelegen wären. Die Aufzeichnungen seien von den Dienstnehmern auch ordnungsgemäß geführt worden. Die Darstellung der Unterschreitung der Mindestentlohnung um 17 % beim Dienstnehmer XXXX sei in keiner Weise nachvollziehbar. Es seien sämtliche Unterlagen vorgelegt worden und ergebe sich rechnerisch lediglich eine Unterschreitung (bei diesem einzelnen Dienstnehmer) von 8,5 %. Hinsichtlich der übrigen Dienstnehmer seien sämtliche Unterlagen zur Verfügung gestanden und sei das Prüforgan nicht bereit gewesen diese einzusehen und habe rechtswidrig eine nicht nachvollziehbare und nicht rechnerisch überprüfbare, unbegründete Schätzung vorgenommen. Dem angefochtenen Bescheid sei auch nicht zu entnehmen, wie viele Arbeitsstunden herangezogen wurden, welche davon Überstunden mit 50 %-igem Zuschlag seien und wie viele Überstunden mit 100 %-igem Zuschlag angesetzt worden seien. Aus

welchem Grund beispielsweise die Bemessungsgrundlage für die Dienstnehmer XXXX einer Schätzung unterzogen wurden, sei überhaupt nicht nachvollziehbar, zumal das Prüforgan hinsichtlich dieser Dienstnehmer keinerlei Unterlagen angefordert habe. Diese Unterlagen hätten vollständig zur Verfügung gestellt werden können, jedoch sei das Prüforgan nicht bereit gewesen, sich damit auseinanderzusetzen. Die bP habe lediglich deshalb nicht mehr Tachografenscheiben zur Verfügung gestellt, weil dies seitens der Salzburger Gebietskrankenkasse abgelehnt worden sei. Zu den eingesehenen Tachografenscheiben, aus welchen die Behörde die zusätzlichen Beitragsgrundlagen ableite, habe die bP bereits im Rahmen der GPLA-Prüfung vorgebracht, dass die Fahrer die Fahrzeuge auch für private Zwecke verwendet hätten. Die Behörde habe sich jedoch mit diesem Vorbringen nicht auseinandergesetzt. Zum Thema Richtigkeit der Tachografenscheiben wurden 13 verfahrensgegenständliche Dienstnehmer der bP als Zeugen zur Einvernahme beantragt. Dem objektiven Betrachter sei es nicht möglich, die im Spruch enthaltenen Beträge einer Überprüfung auf inhaltliche und rechnerische Richtigkeit zu unterziehen. Es sei auch in keiner Weise nachvollziehbar, für welchen Zeitraum Verzugszinsen berechnet wurden und wie sich der Beitragszuschlag ergebe.

8. Mit Schreiben vom 13.03.2014 brachte die GKK beim BVwG eine Beschwerdevorlage ein, worin sie festhielt, dass der Spruch des Bescheides vom 14.10.2013 dahingehend abzuändern sei, als dieser nunmehr zu lauten habe, dass die bP als Dienstgeberin verpflichtet sei, die mit Beitragsvorschreibung vom 08.08.2007 nachverrechneten Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von € 27.383,02, sowie Verzugszinsen gem. § 59 Abs. 1 ASVG in der Höhe von € 5.338,26 (ab Fälligkeit der Beiträge bis 17.09.2007) und € 4.705,01 (vom 18.09.2007 bis 28.02.2010), sohin einen Gesamtbetrag in Höhe von €

37.426,29 zu entrichten.

9. Mit Schreiben der Vertretung der bP vom 23.03.2015 an das BVwG wurde um Mitteilung hinsichtlich dem Zeitpunkt der Erledigung der Angelegenheit ersucht. Seitens des BVwG wurde der Vertretung der bP mit Schreiben vom 07.04.2015 die Beschwerdevorlage der GKK zu Gehör gebracht. Mit Schreiben des BVwG vom 18.05.2015 wurden der Vertretung der bP zudem die Beitragsvorschreibung und der Prüfbericht zu Gehör gebracht, da diesbezüglich mangelndes Parteiengehör beanstandet wurde.

Da die bP in der Beschwerde darlegte, dass sie nur aus dem Grund nicht mehr Tachografenscheiben im Verfahren vorgelegt habe, da dies seitens des Prüforganes der GKK abgelehnt worden sei, erfolgte zudem die Aufforderung zur Vorlage sämtlicher Tachografenscheiben aller Bezug habender Dienstnehmer. Einem Antrag auf Fristerstreckung wurde durch das BVwG nachgekommen. Mit Schreiben der Vertretung der bP vom 11.06.2015 erfolgte die Urkundenvorlage in Form eines Konvolutes an Tachografenscheiben.

10. Mit Schreiben des BVwG vom 09.07.2015 an die GKK wurden diese Urkunden zur Stellungnahme vorgelegt. Am 05.08.2015 wurde durch die GKK mitgeteilt, dass das ursprüngliche Prüforgan mittlerweile verstorben ist und ergänzende Unterlagen wie Frachtbriefe, Reisekostenaufzeichnungen, Urlaubs- und Krankenkarteien und Lohnkonten für weitere Berechnungen erforderlich seien.

11. Die Vertretung der P wurde mit Schreiben vom 28.08.2015 durch das BVwG aufgefordert, derartige Unterlagen vorzulegen und wurde die Möglichkeit zur Stellungnahme ermöglicht. Mit Schreiben der Vertretung der bP vom 17.09.2015 wurde mitgeteilt, dass die beantragten Urkunden nicht mehr zur Verfügung stehen. Diese seien jedoch im Rahmen der Prüfung zur Verfügung gestellt worden, seien zumindest teilweise kopiert worden und müssten sich im Prüfungsakt befinden.

12. Am 18.11.2015 wurde erstmals vor dem BVwG eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Die GKK wurde aufgefordert, auf Grundlage der im Verfahren nunmehr vorgelegten Tachografenscheiben eine Neuberechnung durchzuführen und entsprechend der Judikatur des VwGH die vorgeschriebenen Beiträge rechnerisch nachvollziehbar darzulegen.

13. Mit 29.10.2018 wurde dem BVwG die Neuberechnung der GKK im Rahmen einer Stellungnahme vorgelegt.

14. Mit Schreiben vom 06.11.2018 wurde die Neuberechnung der bP zu Gehör gebracht. Mit 04.12.2018 wurde eine Stellungnahme der bP eingebbracht.

Mit 02.01.2019 brachte die GKK ihrerseits eine Stellungnahme zu diesem Schriftsatz ein.

15. Am 13.03.2019 wurde vor dem BVwG eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, in welcher die Neuberechnung der Prüfergebnisse mit den Parteien erörtert wurde. Da die Unterlagen in Bezug auf die Auswertung

der Tachografenscheiben im Detail bis zur Verhandlung nicht auflagen, wurde der GKK aufgetragen, diese Unterlagen binnen 1 Woche dem BVwG vorzulegen. Da die vorgeschriebenen Verzugszinsen noch nicht an die Neuberechnung angepasst waren, wurde der GKK aufgetragen, diese Berechnung binnen 2 Wochen dem BVwG vorzulegen.

Die Unterlagen wurden binnen den gesetzten Fristen dem BVwG vorgelegt und der bP mit Schreiben vom 02.04.2019 zu Gehör gebracht.

Mit Schreiben vom 09.04.2019 gab die bP eine Stellungnahme zu diesen Unterlagen ab.

Im Wesentlichen wurde dargelegt, dass die Arbeitszeitauswertung hinsichtlich XXXX nicht mit den Tachografenblättern übereinstimme. Entsprechend den Bestimmungen des anzuwendenden Kollektivvertrages für das Güterbeförderungsgewerbe 2004 seien jene Teile der Einsatzzeit die nicht Arbeitszeit seien von der Zahlregelung der Ziffer 16 ausgenommen und damit bestehe für diese Zeiten kein Entgeltanspruch. Durch die GKK sei dies nicht so ausgewertet worden, sondern sämtliche Arbeitszeiten gewertet worden, sodass eine deutlich höhere wöchentliche Arbeitszeit errechnet worden sei, als diese von XXXX tatsächlich geleistet worden sei. Darüber hinaus seien auch die Fahrten von zu Hause zum Arbeitsort als Arbeitszeit gewertet worden, obwohl es sich hierbei um keine Arbeitszeit handle. Selbiges gelte auch für XXXX und XXXX.

Unter Berücksichtigung der Bestimmungen des Kollektivvertrages sowie der Fahrten von zu Hause weg und nach Hause jeweils zum bzw. vom Arbeitsplatz, hätten sich keine Überstunden ergeben, sodass die Nachverrechnung nicht berechtigt sei. Wie sich im Rahmen der Einvernahme ergeben habe, sei dem Prüforgan die Bestimmung des Kollektivvertrages auch nicht bekannt gewesen. Die in dessen Einvernahme behauptete Regelung, dass die Ruhezeit mittels einer Urkunde zusätzlich zur Tachografenscheibe nachgewiesen werden müsse und diese Urkunde noch einmal der Unterschrift des Dienstnehmers bedürfe, finde in der Rechtsordnung keine Deckung.

Die vorgeschriebenen Verzugszinsen würden sich in der vorgeschriebenen Höhe nicht errechnen.

Der Anspruch auf einen Beitragsszuschlag sei nicht berechtigt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die XXXX ist ein Transportunternehmen, welches im Firmenbuch unter der Nr. XXXX eingetragen ist. Gesellschafter Geschäftsführer der Gesellschaft ist XXXX, geboren am XXXX.

1.2. Im Rahmen der für den Zeitraum 01.01.2003 - 31.12.2005 durchgeföhrten GPLA Prüfung wurden Melde- und Beitragssdifferenzen aufgrund nicht abgerechneter Überstunden und des Feiertagsentgeltes von Dienstnehmern der bP festgestellt, weshalb es zu einer Nachverrechnung der GKK kam. Strittig war gegenständlich das wahre Ausmaß der verfahrensgegenständlichen Einsatzzeiten der LKW-Fahrer. Es wurden im Verfahren seitens der bP nur unzureichende Tachografenscheiben bzw. sonstige Beweismittel vorgelegt, weshalb die Nachverrechnung seitens der GKK unter Zugrundelegung der vorhandenen Daten auf einer Schätzung beruhte.

Im ersten Rechtsgang führte der VwGH bereits aus, dass die seitens der GKK vorgenommene Schätzung nicht zu beanstanden ist. Die Entscheidung wurde jedoch dennoch behoben, da es an der Nachvollziehbarkeit der rechnerischen Richtigkeit der Beitragssnachverrechnung mangelte.

Im zweiten Rechtsgang (vor dem BVwG) brachte die bP erstmals vor, dass sie sämtliche Tachografenscheiben für das Verfahren vorlegen könne und dem Prüfer bereits vorgelegt habe. Dieser habe jedoch die Annahme verweigert. Da vor diesem Hintergrund eine Schätzung im gegenständlichen Rechtsgang nicht zulässig gewesen wäre, erfolgte die Aufforderung seitens des BVwG an die bP zur Vorlage sämtlicher Tachografenscheiben. Die bP legte daraufhin ein Konvolut an Tachografenscheiben vor, welche vom GPLA Prüfer ausgewertet werden mussten.

Vorgelegt wurden Tachografenscheiben betreffend nachfolgende Dienstnehmer:

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

XXXX

Die Tachografenscheiben wurden jedoch abermals nur lückenhaft vorgelegt, weshalb die neuerliche Berechnung nur aufgrund einer erweiterten Schätzung vorgenommen werden konnte.

1.3. Die Neuberechnung der Prüfergebnisse stellt sich unter Anlage 1 - Neuberechnung wie folgt dar:

Bild kann nicht dargestellt werden

Tabelle kann nicht abgebildet werden

Bild kann nicht dargestellt werden

Zur Vorberechnung ergibt sich zugunsten der bP ein Guthaben aus der SV von Euro 1.541,31 und der MV von Euro 9,67, gesamt somit Euro 1.550,98.

1.4. Die im Verfahren vorgeschriebenen Verzugszinsen verringerten sich aufgrund der Neuberechnung der Prüfergebnisse von Euro 4.705,01 auf Euro 4.445,38. Es entsteht somit ein Guthaben von Euro 259,63.

2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch den Inhalt des vorliegenden Verwaltungsverfahrensaktes der GKK und der Durchführung einer mündlichen Verhandlung, wodurch der maßgebliche Sachverhalt feststeht.

2.1. Die Feststellungen zu 1.1. ergeben sich aus dem Firmenbuchauszug, diese wurden im Verfahren auch nicht bestritten.

2.2. Die Feststellungen zu 1.2. ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere aus der Neuberechnung im Rahmen der Stellungnahme vom 29.10.2018.

Dass die Tachografenscheiben nur lückenhaft vorgelegt wurden, wurde selbst durch die bP in der Verhandlung am 13.03.2019 nicht mehr bestritten.

2.3. Die Daten- und Rechentabellen der Neuberechnung der Prüfergebnisse unter der Bezeichnung Anlage 1 in der Stellungnahme vom 29.10.2018 wurde im Zuge der mündlichen Verhandlung mit den Parteien erörtert. Es blieben im Verfahren keine Fragen zu den Listen an sich offen.

Das Guthaben resultiert daraus, dass die bP die durch die GKK errechneten Beträge bereits entrichtet hat, wie sich aus Seite 3 der Stellungnahme der GKK vom 27.03.2019 ergibt.

2.4. Die Neuberechnung der Verzugszinsen ist in der Stellungnahme der GKK vom 27.03.2019 ersichtlich.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 6 BVerfG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gegenständlich liegt gem. § 414 Abs. 2 ASVG iVm § 410 Abs. 1 ASVG Einzelrichterzuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBI. I 2013/33 i.d.F. BGBI. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBI. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBI. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBI. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A) Nachverrechnung

1. Gemäß § 44 Abs 1 Z 1 ASVG ist Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge (allgemeine Beitragsgrundlage) für Pflichtversicherte, sofern im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, der im Beitragszeitraum gebührende, auf Cent gerundete Arbeitsverdienst mit Ausnahme allfälliger Sonderzahlungen nach § 49 Abs 2 ASVG. Als Arbeitsverdienst in diesem Sinne gilt bei den pflichtversicherten Dienstnehmern das Entgelt im Sinne des § 49 Abs 1, 3, 4 und 6 ASVG.

Gemäß § 49 Abs 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst- (Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

§ 42 ASVG idF BGBI Nr 411/1996 lautet (auszugsweise):

"§ 42. (1) Auf Anfrage des Versicherungsträgers haben

1. die Dienstgeber,
2. Personen, die Geld- bzw. Sachbezüge gemäß § 49 Abs. 1 und 2 leisten oder geleistet haben, unabhängig davon, ob der Empfänger als Dienstnehmer tätig war oder nicht,
3. sonstige meldepflichtige Personen und Stellen (§ 36),
4. im Fall einer Bevollmächtigung nach § 35 Abs. 3 oder § 36 Abs. 2 auch die Bevollmächtigten,

längstens binnen 14 Tagen wahrheitsgemäß Auskunft über alle für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Umstände zu erteilen. Weiters haben sie den gehörig ausgewiesenen Bediensteten der Versicherungsträger während der Betriebszeit Einsicht in alle Geschäftsbücher und Belege sowie sonstigen Aufzeichnungen zu gewähren, die für das Versicherungsverhältnis von Bedeutung sind. Die Versicherungsträger sind überdies ermächtigt, den Dienstgebern alle Informationen über die bei ihnen beschäftigten oder beschäftigt gewesenen Dienstnehmer zu erteilen, soweit die Dienstgeber diese Informationen für die Erfüllung der Verpflichtungen benötigen, die ihnen in sozialversicherungs- und arbeitsrechtlicher Hinsicht aus dem Beschäftigungsverhältnis der bei ihnen beschäftigten oder beschäftigt gewesenen Dienstnehmer erwachsen.

(2) [...]

(3) Reichen die zur Verfügung stehenden Unterlagen für die Beurteilung der für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Umstände nicht aus, so ist der

Versicherungsträger berechtigt, diese Umstände aufgrund anderer Ermittlungen oder unter Heranziehung von Daten anderer Versicherungsverhältnisse bei demselben Dienstgeber sowie von Daten gleichartiger oder ähnlicher Betriebe festzustellen. Der Versicherungsträger kann insbesondere die Höhe von Trinkgeldern, wenn solche in gleichartigen oder ähnlichen Betrieben üblich sind, anhand von Schätzwerten ermitteln.

(4) [...]"

Eine Schätzung nach § 42 Abs 3 ASVG setzt voraus, dass feststeht, dass eine konkrete Person als Dienstnehmer tätig gewesen ist (vgl VwGH vom 19. Oktober 2005, ZI 2002/08/0273), wobei insbesondere auch die Beitragszeiträume relevant sind (vgl VwGH vom 21. September 1993, ZI 92/08/0064). Die Behörde trifft keine Verpflichtung, zum Zweck der Rekonstruktion von Aufzeichnungen, die vom Dienstgeber rechtswidrigerweise nicht geführt worden sind, ein Ermittlungsverfahren durchzuführen (vgl VwGH vom 21. Juni 2000, ZI 95/08/0050). Dies entbindet die Behörde aber nicht davon, die Ausübung ihres Ermessens bei der Schätzung zu begründen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob und welche anderen Unterlagen betreffend die an die Dienstnehmer geleisteten Zahlungen vom geprüften Dienstgeber zur Verfügung gestellt wurden und ob diese Unterlagen insoweit ausreichend sind, dass eine darauf gestützte vergleichsweise Schätzung der Wirklichkeit näher kommt als die Heranziehung von Fremddaten (vgl VwGH vom 12. Mai 1992, ZI 89/08/0103).

2. Die bP macht ursprünglich geltend, dass sämtliche Tachografenscheiben sämtlicher Fahrer für den gesamten Prüfungszeitraum hätten ausgewertet werden müssen. Gegenständlich wurde der bP die Möglichkeit eingeräumt, sämtliche Tachografenscheiben vorzulegen, jedoch wurden diese wiederum nur lückenhaft vorgelegt. Dies wurde letztlich auch in der Verhandlung seitens der bP nicht mehr bestritten.

Es waren somit gegenständlich die Voraussetzungen für eine Schätzung nach§ 42 Abs 3 ASVG als erfüllt anzusehen.

Für den Dienstnehmer K.S. liegen in Bezug auf das Jahr 2005 weitgehend lückenlose Aufzeichnungen vor. Anhand dieses Dienstnehmers war somit eine Schätzung der Arbeitszeiten - und darauf aufbauend der Beitragsgrundlagen - im Verhältnis zu den anderen Dienstnehmern möglich.

Bereits im ersten Rechtsgang stellte der VwGH in Bezug auf K.S. fest, dass sich die vorgenommene Auswertung der Tachografenscheiben im Verwaltungsakt findet und die Arbeitszeit des K.S. während sämtlicher Arbeitstage im Kalenderjahr 2005 erkennen lässt. Anhand dieser Aufstellung unter Anwendung des kollektivvertraglichen Stundenlohnes und unter Zugrundelegung der tatsächlichen Arbeitszeiten wurden die anzuwendenden Beitragsgrundlagen errechnet und dabei Meldedifferenzen festgestellt. Der Behörde kann daher nicht entgegengetreten werden, wenn sie die von der bP vorgelegten Tachografenscheiben für die Ermittlung der Arbeitszeiten des K.S. im Jahr 2005 und für die - mangels weiterer vorgelegter Unterlagen - darauf basierende Schätzung der Arbeitszeiten und Beitragsgrundlagen aller 14 Dienstnehmer in den Jahren 2003 bis 2005 herangezogen hat.

Abweichend zum damaligen Rechtsgang legte die bP gegenständlich dar, dass die Arbeitszeiten des K.S. nicht repräsentativ für die übrigen beschäftigten LKW-Fahrer wären, da diese völlig unterschiedliche Touren zurückgelegt und vor allem auch an unterschiedlichen Orten gewohnt hätten, welche sie jeweils nach der Arbeit angefahren seien. Auch ein Vergleich zwischen den Jahren 2005, 2004 und 2003 sei nicht zulässig, zumal die Arbeitszeiten in den früheren Jahren aufgrund mangelnder Auslastung deutlich kürzer gewesen seien.

Diesbezüglich ist festzustellen, dass für den Fall, dass die Dienstnehmer tatsächlich die LKW der bP in einem signifikanten Ausmaß für private Zwecke nutzten, es an der bP gelegen wäre, ein entsprechendes Erfassungssystem zu führen, das klar die Dienstzeiten und privaten Fahrzeiten der Fahrer unterscheidet und so die Überprüfung der Arbeitszeiten ermöglicht. Wie auch in der Verhandlung dargelegt, führte die bP jedoch nie ein Aufzeichnungssystem, aus dem eine Trennung der privaten und beruflichen Verwendung der LKW durch die Fahrer hervorgeinge. Zudem besteht keine Verpflichtung, vor einer Schätzung jedenfalls auch die Dienstnehmer über die geleisteten Arbeitszeiten zu befragen, da die Behörde bzw. das Gericht keine Verpflichtung trifft, zum Zwecke der Rekonstruktion von Aufzeichnungen, die vom Dienstgeber rechtswidrigerweise nicht geführt wurden, ein Ermittlungsverfahren durchzuführen (vgl. VwGH vom 21. Juni 2000, ZI 95/08/0050). Zwischen dem Wohnort von K.S. und dem Firmensitz der bP liegt eine Wegstrecke, welche etwa in 5 Minuten mit dem Kfz zurückzulegen ist, was im Verfahren auch nicht bestritten wurde. Somit kann von einer

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at