

# TE Vwgh Beschluss 2020/3/19 Ra 2020/08/0035

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.03.2020

## **Index**

Auswertung in Arbeit!

## **Norm**

Auswertung in Arbeit!

## **Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bachler und den Hofrat Dr. Strohmayer als Richter sowie die Hofräatin Dr. Julcher als Richterin, unter Mitwirkung der Schriftführerin Klima, LL.M., über die Revision der E OHG in W, vertreten durch Mag. Dr. Wolfgang Niklaus, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in 1130 Wien, St. Veit-Gasse 8, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Jänner 2020, Zl. W228 2180365-1/14E, betreffend Beitragsnachverrechnung nach dem ASVG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Österreichische Gesundheitskasse), den Beschluss gefasst:

## **Spruch**

Die Revision wird zurückgewiesen.

## **Begründung**

1 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

2 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. 3 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. 4 Zum bisherigen Verfahrensgang wird auf das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2015, 2012/08/0309, verwiesen. Daraus ergibt sich, dass die Wiener Gebietskrankenkasse (die Rechtsvorgängerin der belangten Behörde) auf Grund einer am 23. August 2005 durchgeführten gemeinsamen Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA) mit Beitragsvorschreibung vom 13. September 2006 Sozialversicherungsbeiträge für den Zeitraum von 1. Jänner 2000 bis 31. Dezember 2004 nachgefordert hat. Die revisionswerbende Partei hat am 30. Oktober 2005 und 11. Jänner 2006 die Erlassung eines Bescheides iSd § 410 Abs. 1 Z 7 ASVG beantragt. Der damals im Devolutionsweg zuständig gewordene

Landeshauptmann von Wien hat die revisionswerbende Partei mit Bescheid vom 2. Oktober 2008 verpflichtet, für näher genannte Zeiten (diese liegen zwischen 1. August 2000 und 31. Dezember 2004) und näher genannte Dienstnehmer Beiträge, Sonderbeiträge und Umlagen in der Gesamthöhe von EUR 5.573,39 an die Wiener Gebietskrankenkasse zu entrichten. Begründend führte der Landeshauptmann aus, bei der Entfernungszulage nach Punkt VIII/2. bis 4. des Kollektivvertrages handle es sich um eine Aufwandsentschädigung, die als Abgeltung für jene Mehrkosten gedacht sei, welche insbesondere dadurch anfielen, dass Mahlzeiten auswärts eingenommen werden müssten. Sie gebühre nur dann, wenn eine Abwesenheit vom ständigen Betrieb von mindestens sechs Stunden vorliege. Die Montagezulage in Punkt VIII/5. des Kollektivvertrages unterscheide sich von der Entfernungszulage darin, dass damit ein Entgeltanspruch normiert werde. Eine bestimmte Abwesenheitsdauer vom ständigen Betrieb sei für die Entstehung des Entgeltanspruches nicht erforderlich. Die Montagezulage gebühre somit für jede Arbeitsstunde außerhalb des ständigen Betriebes. Wegzeiten seien dabei nach Punkt VIII/6. und 7. des Kollektivvertrages nicht einzurechnen. Für die von der revisionswerbenden Partei nicht bezahlten Montagezulagen bzw. zu Unrecht als beitragsfreie Entfernungszulagen (§ 26 EStG 1988 iVm § 49 Abs. 3 ASVG) ausbezahlt Entgelte seien Beiträge nachzuverrechnen. Es sei von einer fünfjährigen Verjährungsfrist auszugehen, da die revisionswerbende Partei zu Unrecht keine Montagezulage ausbezahlt und die Entfernungszulagen nicht der Beitragspflicht unterzogen habe. Die Beitragsprüfung stelle eine verjährungsunterbrechende Maßnahme dar. Verjährung der Beiträge für die Jahre 2000 bis 2005 sei noch nicht eingetreten. 5 Die gegen diesen Bescheid erhobene Berufung hat der damals zuständige Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz mit Bescheid vom 12. November 2012 abgewiesen. Er führte begründend aus, den Dienstgeber treffe bezüglich der Entfernungszulage eine qualifizierte Mitwirkungspflicht. Auch in Abgabensachen dürften nur mit einwandfreien Nachweisen belegte Reisekostenentschädigungen als steuerfrei behandelt werden. Die revisionswerbende Partei habe keine Arbeitsaufzeichnungen iSd § 26 AZG geführt. Die vorgelegten, nur teilweise personenbezogen geführten "Arbeitsbestätigungen" hätten lediglich zur Verrechnung mit dem Kunden gedient. Sie seien von der Wiener Gebietskrankenkasse als Arbeitsbehelf (Aufstellung der Entfernung- und Montagezulagen) verwendet worden, um eine Gesamtübersicht zu erhalten und vorenthaltene Montagezulagen bzw. zu Unrecht als Entfernungszulagen behandelte Entgelte herauszufinden. Der Versicherungsträger dürfe von seinem Recht auf Schätzung im Sinne des § 42 Abs. 3 ASVG Gebrauch machen. Ihn treffe keine Verpflichtung, zum Zweck der Rekonstruktion von Aufzeichnungen, die vom Dienstgeber rechtswidriger Weise nicht geführt worden seien, ein Ermittlungsverfahren durchzuführen. In der Anlage zu dem Bescheid seien alle Entgeltbestandteile getrennt nach Entfernung- und Montagezulage, alten und neuen Beitragsgrundlagen, Beitragsgruppe und nachverrechneten Beiträgen aufgelistet.

6 Die revisionswerbende Partei erob gegen diesen Bescheid Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Mit dem bereits genannten Erkenntnis vom 28. Jänner 2015, 2012/08/0309, hat der Verwaltungsgerichtshof den Nachverrechnungsbescheid vom 12. November 2012 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben. Eine Schätzung setze nach § 42 Abs. 3 ASVG voraus, dass fest stehe, dass eine konkrete Person als Dienstnehmer tätig gewesen sei. Die Behörde habe die Ausübung ihres Ermessens bei der Schätzung zu begründen und die Schätzungsmethode, die der Schätzung zu Grunde gelegten Sachverhaltsannahmen und die Ableitung der Schätzungsergebnisse darzulegen. Die revisionswerbende Partei habe zu Recht die mangelnde Nachvollziehbarkeit der Nachverrechnung gerügt. Der genannte Arbeitsbehelf entfalte für sich alleine keine Aussagekraft. Die Tabelle enthalte über 70 Seiten eine unübersichtliche Aufstellung von Zahlen, die die von den Dienstnehmern geleisteten Montagestunden darstellen sollten. Die Behörde hätte feststellen müssen, wie viele Montagestunden die betreffenden Dienstnehmer geleistet hätten und hinsichtlich wie vieler es zu einer Nachverrechnung komme. Zu den Entfernungszulagen wäre festzustellen gewesen, bei welchen die Abwesenheit vom Betriebsstandort unter sechs Stunden betragen habe. Es stehe nicht fest, welcher Stundensatz auf die im Arbeitsbehelf ausgewiesenen Montagestunden angewendet worden sei. Es fehle an der Darstellung des Zusammenhangs zwischen der ersten und der zweiten Tabelle (dem Arbeitsbehelf und der Anlage zum Bescheid). Sollte der belangte Bundesminister die Anzahl der auswärts geleisteten Arbeitsstunden sowie eventuell den Stundensatz im Wege einer Schätzung nach § 42 Abs. 3 ASVG ermittelt haben, wäre dies entsprechend zu begründen gewesen. 7 Im fortgesetzten Verfahren sprach das nunmehr zuständig gewordene Bundesverwaltungsgericht mit "Erkenntnis" vom 9. Oktober 2017 aus, die Wiener Gebietskrankenkasse sei verpflichtet, einen "versäumten Bescheid unter Zugrundelegung der im gegenständlichen Erkenntnis festgelegten Rechtsanschauung des Bundesverwaltungsgerichts gemäß § 28 Abs. 7 VwGVG binnen acht Wochen zu erlassen".

8 Mit Bescheid vom 6. November 2017 hat die Wiener Gebietskrankenkasse die revisionswerbende Partei verpflichtet, für die in der Anlage genannten Dienstnehmer und die dort bezeichneten Zeiten (zwischen 1. August 2000 und 31. Dezember 2004) Beiträge, Sonderbeiträge und Umlagen in der Gesamthöhe von EUR 5.723,28 zu entrichten. Sie stellte fest, dass die revisionswerbende Partei für die in der Anlage genannten Personen in den anlagegegenständlichen Zeiten keine Arbeitszeitaufzeichnungen geführt habe. Es sei der Kollektivvertrag für Arbeiter im eisen- und metallverarbeitenden Gewerbe anzuwenden. Dieser sehe bei ununterbrochener Abwesenheit von mehr als sechs Stunden (für das jeweilige Jahr ziffernmäßig festgestellte) Entfernungszulagen sowie (für das jeweilige Jahr ziffernmäßig festgestellte) Montagezulagen vor. Die revisionswerbende Partei habe laut Lohnkonten als "Entfernungszulage" bezeichnete Entgelte beitragsfrei ausgezahlt und Montagezulagen nicht entrichtet. Die Nachverrechnung werde in Anbetracht des Fehlens von Arbeitszeitaufzeichnungen im Wege der Schätzung iSd § 42 Abs. 3 ASVG vorgenommen. Den zur Erstellung des Arbeitsbehelfs (Erfassung der einzelnen Bestätigungen in Tabellen und Aufstellung von Entfernungs- und Montagezulagen) herangezogenen "Arbeitsbestätigungen" sei nicht immer zu entnehmen, wie viele Arbeitsstunden ein Monteur tatsächlich geleistet habe. Dem Prüforgan seien diese Arbeitsbestätigungen zudem nicht vorgelegen, weil die revisionswerbende Partei das Kopieren von Unterlagen unter Hinweis auf § 42 Abs. 1 ASVG ("...

Einsicht ... zu gewähren...") untersagt habe. Der Arbeitsbehelf

gliedere sich zum Zwecke einer Schätzung der Entfernungszulagen in eine Rubrik "pflichtig" (unter sechs Stunden) und in eine Rubrik "frei" (über sechs Stunden). Für jeden Monatstag sei die ausbezahlte Differenz als beitragspflichtiges Entgelt geschätzt und nachverrechnet worden. Behauptete einzelvertragliche Vereinbarungen, wonach Entfernungszulagen auch bei einer Abwesenheit von weniger als sechs Stunden gezahlt würden, seien nicht maßgeblich. Auch die - nicht erst ab der sechsten Abwesenheitsstunde gebührenden - Montagezulagen seien unter Verwendung des Arbeitsbehelfs dahin geschätzt worden, dass sie für alle Stunden im Außendienst - also sowohl für die Stunden "pflichtig" als auch für die Stunden "frei" - in den bezeichneten Höhen gebührten. Nach dem Ausfallsprinzip seien Montagestunden auch für Nichtleistungszeiten (Urlaub, Feiertage) sowie als Sonderzahlungsbestandteile nach einem näher dargestellten Durchschnitt anteilig nachverrechnet worden. Fiktive Wegzeiten seien nicht berücksichtigt worden. Insgesamt seien der genannten Anlage zu Folge EUR 5.852,02 (allgemeine Beitragsgrundlage EUR 5.741,91; Sonderzahlungen EUR 110,11) vorzuschreiben. Für die darin enthaltenen EUR 128,74 an Wohnbauförderungsbeiträgen sei die Wiener Gebietskrankenkasse nicht zuständig, woraus sich der im Spruch genannte Betrag von EUR 5.723,28 ergebe.

9 Die revisionswerbende Partei erhob gegen diesen Bescheid Beschwerde.

10 Mit dem in Revision gezogenen Erkenntnis hat das Bundesverwaltungsgericht die revisionswerbende Partei verpflichtet, für näher genannte Dienstnehmer und Zeiten an die belangte Behörde (im Folgenden: ÖGK) Beiträge, Sonderbeiträge und Umlagen von insgesamt EUR 5.800,-- zu entrichten.

11 Nach einer am 23. August 2005 begonnenen GPLA betreffend die Jahre 2000 bis 2004 seien Anträge vom 30. Oktober 2005 und vom 11. Jänner 2006 auf Erlassung eines Bescheides gemäß § 410 Abs. 1 Z 7 ASVG betreffend die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für den genannten Zeitraum gestellt worden. Seither sei das gegenständliche Verfahren durchgängig anhängig. Die revisionswerbende Partei habe keine Arbeitsaufzeichnungen geführt. Da der Beweis über die streitigen Beitragsforderungen nur mit - näher begründeten - unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen sei, sei eine Schätzung vorzunehmen (§ 42 Abs. 3 ASVG), die nach der freien Überzeugung des Bundesverwaltungsgerichts anhand des kritisch hinterfragten Arbeitsbehelfs der ÖGK vorzunehmen sei, was nach Ausgleich von Fehlberechnungen Beitragsforderungen in Höhe des im Spruch genannten Betrages ergeben würde. Der Lauf der Verjährung sei durch die GPLA unterbrochen und durch das in Gang gesetzte Ermittlungsverfahren bis zum Entscheidungszeitpunkt gehemmt worden.

12 Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG sprach das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.

13 Die revisionswerbende Partei bringt zur Zulässigkeit der Revision vor, das Bundesverwaltungsgericht habe ihrem Verjährungseinwand in Abweichung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht Rechnung getragen. Eine einmal eingetretene Unterbrechung der Verjährung werde nur dann nicht beendet, so lange ein Streit über die

Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen bestehe, wenn sich der Streit in konkreten und in angemessenen Verfahrensschritten dokumentiere. Die Wiener Gebietskrankenkasse sei nach der Beitragsprüfung im Jahr 2005 und der Beitragsvorschreibung vom 13. September 2006 vollkommen untätig geblieben.

14 Dem ist zu erwidern, dass die hier in Anbetracht der Meldepflichtverletzungen der revisionswerbenden Partei zur Anwendung kommende fünfjährige Verjährungsfrist iSd § 68 Abs. 1 dritter Satz ASVG gemäß § 68 Abs. 2 zweiter Satz ASVG sowohl durch die am 23. August 2005 durchgeführte GPLA als auch durch die Beitragsvorschreibung vom 13. September 2006 unterbrochen wurde. Es kommt hier nicht darauf an, ob sich der Streit in konkreten und in angemessenen weiteren unterbrechungsrelevanten Verfahrensschritten dokumentiert hat, denn der Ablauf der nach der letzten Unterbrechung neu zu laufen begonnen habenden Verjährungsfrist wurde durch das während der laufenden Frist eingeleitete Verfahren in Verwaltungssachen bzw. die Verwaltungsgerichtshofverfahren gemäß § 68 Abs. 1 letzter Satz ASVG unabhängig von deren Dauer bis jetzt gehemmt (VwGH 15.10.2014, 2012/08/0220).

15 Des Weiteren bringt die revisionswerbende Partei vor, das Bundesverwaltungsgericht sei nicht zu einer Schätzung iSd § 42 Abs. 3 ASVG berechtigt gewesen, weil die zur Verfügung stehenden Unterlagen für eine Beurteilung ausgereicht hätten. Das Bundesverwaltungsgericht sei seiner Begründungspflicht nicht nachgekommen. Soweit ein Versicherungsträger nicht in der Lage sei, Beitragsverpflichtungen einem konkreten Beschäftigungsverhältnis zuzuordnen, könne dies auch im Schätzungswege nicht substituiert werden.

16 Auch damit zeigt die revisionswerbende Partei keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf. Ob die Voraussetzungen für eine Schätzung iSd § 42 Abs. 3 ASVG vorliegen, ist das Ergebnis einen im Einzelfall vorzunehmenden Beurteilung. Das Bundesverwaltungsgericht hat in Anbetracht dessen, dass die revisionswerbende Partei keine Arbeitszeitaufzeichnungen geführt und auch sonst keinen substantiellen Mitwirkungsbeitrag geleistet hat, in jedenfalls nicht unvertretbarer Weise das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Schätzung bejaht. Die Beitragsvorschreibungen beziehen sich auf namentlich genannte Dienstnehmer (vgl. VwGH 19.10.2005, 2002/08/0273), deren Pflichtversicherung nicht bestritten wird. Auf die in der Zulassungsbegründung ebenfalls angesprochene Bindungswirkung des Erkenntnisses vom 9. Oktober 2017 kommt es nicht an, weil nicht ersichtlich ist, dass die Entscheidung ohne Annahme einer Bindungswirkung anders lauten müsste.

17 In der Revision werden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

18 Im Hinblick darauf konnte von der Erteilung eines Mängelbehebungsauftrages wegen der fehlenden Unterfertigung der Revision durch einen Rechtsanwalt (vgl. § 23 Abs. 1 VwGG, wonach Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vor dem Verwaltungsgerichtshof nur in Abgaben- und Abgabenstrafsachen zur Vertretung berechtigt sind) abgesehen werden (vgl. VwGH 24.11.2010, 2010/08/0225).

Wien, am 19. März 2020

#### **Schlagworte**

Auswertung in Arbeit!

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

ECLI:AT:VWGH:2020:RA2020080035.L00

#### **Im RIS seit**

27.04.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

27.04.2020

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