

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/10/11 L510 2005507-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.10.2018

## Entscheidungsdatum

11.10.2018

## Norm

ArbVG §3

ASVG §410

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs5

## Spruch

L510 2005507-1/2E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag.INDERLIETH als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX, vertreten durch die Pressl Endl Heinrich Bamberger Rechtsanwälte GmbH, gegen den Bescheid der XXXX Gebietskrankenkasse vom 04.03.2013, Kto.Nr.: XXXX, GZ: XXXX, zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 5 VwGVG i.d.G.F. stattgegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.

B)

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

## Text

BEGRÜNDUNG:

### I. Verfahrensgang

1. Anlässlich einer für den Zeitraum 01.01.2003 bis 31.12.2006 erfolgten und per 18.12.2007 abgeschlossenen Sozialversicherungsprüfung gem. § 41 a ASVG bei der Beschwerdeführerin (folgend auch kurz "BF") erließ die XXXX Gebietskrankenkasse am 30.04.2008 einen Bescheid (Kto.Nr.: XXXX, GZ.: XXXX) mit dem sie die BF verpflichtete, die mit Beitragsvorschreibung vom 08.02.2008 nachverrechneten Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von € 6.526,61 sowie den Beitragszuschlag gem. § 113 (1) Z 3 ASVG in der Höhe von € 1.067,96, sohin einen Gesamtbetrag von € 7.594,57 an die XXXX Gebietskrankenkasse zu entrichten. Die Verpflichtung wurde unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der §§ 30, 34, 35 (1), 44 (1), 49

(1) und (2), 54, 58 (1) und (2), 68 und 113 (1) ASVG i.d.j.g.F., § 3 ArbVG sowie lit. G der Gehaltsordnung des Kollektivvertrages für Handelsangestellte in Österreich in den ab 01.01.2003, 01.01.2004, 01.01.2005 und 01.01.2006 geltenden Fassungen ausgesprochen.

Mit 04.11.2008 erließ die XXXX Gebietskrankenkasse (anlässlich der für den Zeitraum 01.01.2007 bis 31.12.2007 erfolgten und per 05.02.2008 abgeschlossenen Sozialversicherungserhebung gem. § 42 (1) ASVG bei der BF) einen weiteren Bescheid (Kto.Nr.: XXXX, GZ.: XXXX) mit der sie die BF verpflichtete, die mit Beitragsvorschreibung vom 05.02.2008 nachverrechneten Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von € 1.902,12 sowie Verzugszinsen gem. § 59 (1) ASVG in der Höhe von € 58,20, sohin einen Gesamtbetrag von € 1.960,32 an die XXXX Gebietskrankenkasse zu entrichten. Die Verpflichtung wurde unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der §§ 30, 34, 35 (1), 44 (1), 49

(1) und (2), 54, 58 (1) und (2), 59 (1) und 68 ASVG i.d.j.g.F., § 3 ArbVG sowie lit. G der Gehaltsordnung des Kollektivvertrages für Handelsangestellte in Österreich in der ab 01.01.2007 geltenden Fassung ausgesprochen.

2. Die gegen diese Bescheide fristgerecht eingebrachten Einsprüche der BF wurden mit Bescheid der Landeshauptfrau von XXXX vom 23.07.2009, Zahl: XXXX, gemäß den §§ 413 Abs. 1 Ziff.1 iVm den §§ 33 Abs. 1, 34 Abs. 1, 35 Abs. 1, 44 Abs. 1, 49 Abs. 1 und Abs. 2, 54 Abs. 1, 58 Abs. 1 und Abs. 2, 68 Abs. 1 und Abs. 2, 113 Abs. 1 Ziff. 3, 539 und 539a Abs. 1 bis Abs. 4 ASVG sowie § ArbVG sowie lit. G der Gehaltsordnung des Kollektivvertrages für Handelsangestellte in Österreich in den Fassungen ab 01.01.2003, 01.01.2004, 01.01.2005, 01.01.2006 und 01.01.2007 als unbegründet abgewiesen.

3. Mit Schriftsatz vom 07.09.2009 erhob die BF gegen diesen Bescheid Bescheidbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof. Gleichzeitig wurde Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gestellt.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes von 16.12.2009 wurde dem Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, gemäß § 30 Abs. 2 VwGG nicht stattgegeben.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17.10.2012, Zl.:

2009/08/0206-14, wurde der angefochtene Bescheid der Landeshauptfrau von XXXX vom 23.07.2009 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Vom Verwaltungsgerichtshof wurde dabei erwogen:

"1. Die beschwerdeführende Partei macht geltend, die "Aufsaugungsklausel" sei zulässig, weil sich die Vereinbarung jedenfalls als günstiger erweise, als wäre der Arbeitnehmer nur zum Mindestlohn beschäftigt worden und hätte jährlich einen Anspruch auf eine Erhöhung des Mindestlohnes laut Kollektivvertrag gehabt. Zumindest wäre die Aufsaugungsklausel drei Jahre lang (somit für die Jahre 2003, 2004 und 2005) wirksam gewesen, sodass aber auch in den Jahren 2005 und 2006 lediglich geringere Erhöhungen des Anspruchslohnes zu berücksichtigen gewesen wären. Bei den getroffenen Vereinbarungen handle es sich auch um keinen Verzicht auf alle zukünftigen Ist-Lohnerhöhungen; der Verzicht sei auf den Zeitraum der schlechten Vermögens- und Ertragslage der beschwerdeführenden Partei beschränkt gewesen. Damit sei auch die erforderliche Bestimmbarkeit der Dauer des Vorwegverzichtes gegeben gewesen. Darüber hinaus sei für jedes Jahr separat im Zuge einer Besprechung die Ertragslage und die Möglichkeit einer Lohnerhöhung gemeinsam erörtert worden. Für die Jahre 2003 bis 2006 sei in den entsprechenden Jahresbesprechungen aufgrund der schlechten Vermögens- und Ertragslage auf eine Ist-Lohnerhöhung verzichtet worden; dies jeweils nur für ein Jahr. Ein derartiger Verzicht auf die nächste anstehende kollektivvertragliche Ist-Lohnerhöhung sei jedenfalls zulässig.

Als Verfahrensmangel rügt die beschwerdeführende Partei, die belangte Behörde hätte das Ermittlungsverfahren amtswegig durch die Einvernahme der Dienstnehmer B, P, S und Y ergänzen müssen. Erst mit der Durchführung der Befragung der Dienstnehmer wäre die belangte Behörde in der Lage gewesen, den genauen Inhalt und das exakte Zustandekommen der mündlich getroffenen Vereinbarungen, mit denen auf bestimmte Ist-Lohnerhöhungen verzichtet worden sei, zu beurteilen und festzustellen. Hätte die belangte Behörde die Ermittlungstätigkeit durchgeführt, hätte sie auch festgestellt, dass aufgrund der nunmehr wieder verbesserten Vermögens- und Ertragslage der beschwerdeführenden Partei mit 1. Jänner 2009 die Gehälter der Mitarbeiter entsprechend angepasst worden seien. Auch rügt die beschwerdeführende Partei, die belangte Behörde führe nicht aus, ob sie die Angaben der beschwerdeführenden Partei bzw. ihrer Mitarbeiter in der Bestätigung vom 17. Jänner 2008 für glaubwürdig erachtet oder nicht.

2. 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.

Unter Entgelt sind gemäß § 49 Abs. 1 ASVG die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

3. Für die Bemessung der Beiträge ist nicht lediglich das tatsächlich gezahlte Entgelt (Geld- und Sachbezüge) maßgebend, sondern, wenn es das tatsächlich bezahlte Entgelt übersteigt, jenes Entgelt, auf dessen Bezahlung bei Fälligkeit des Beitrages ein Rechtsanspruch bestand. Ob ein Anspruch auf einen Geld- oder Sachbezug besteht, ist nach zivilrechtlichen (arbeitsrechtlichen) Grundsätzen zu beurteilen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Erkenntnis vom 16. Juni 2004, Zl. 2001/08/0028, VwSlg. 16.382 A/2004, mwN).

Gemäß § 3 Abs. 1 ArbVG können die Bestimmungen in Kollektivverträgen, soweit sie die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regeln, durch Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden. Sondervereinbarungen sind, sofern sie der Kollektivvertrag nicht ausschließt, nur gültig, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger sind oder Angelegenheiten betreffen, die im Kollektivvertrag nicht geregelt sind.

Nach § 3 Abs. 2 ArbVG sind bei der Prüfung, ob eine Sondervereinbarung im Sinne des Abs. 1 leg.cit. günstiger ist als der Kollektivvertrag, jene Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen.

4. Im Verfahren ist nicht strittig, dass die hier zu beurteilenden Dienstnehmer (im gesamten Zeitraum) überkollektivvertraglich entlohnt wurden. Der auf die Dienstverhältnisse anwendbare Kollektivvertrag sah im Streitzeitraum eine Erhöhung dieses Ist-Lohnes durch Aufrechterhaltung der Überzahlungen vor, die die beschwerdeführende Partei nicht durchführte, die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aber ihrer Beitragsvorschrift zu Grunde legte.

Bei einer schlichten Ist-Lohnklausel ist davon auszugehen, dass diese mit Inkrafttreten des Kollektivvertrages eine Erhöhung des Ist-Lohnes zwingend bewirkt, die Aufrechterhaltung des neuen Lohnansatzes ist aber nicht zwingend vorgesehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0129, mwN). Die Erhöhung des Ist-Lohnes ist demnach - bis zum kollektivvertraglichen Mindestlohn - abdingbar (vgl. auch Reissner in Zeller Kommentar<sup>2</sup>, § 2 ArbVG Rz 58 ff).

Ein hinsichtlich des Ausmaßes unbestimmter "Vorausverzicht" auf Ist-Lohnerhöhungen ist aber unwirksam (vgl. das hg. Erkenntnis vom 4. August 2004, Zl. 2001/08/0145, mwN). Hingegen ist es aber zulässig, dass bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages vereinbart wird, dass der überkollektivvertragliche Entlohnungsteil auf allfällige gesetzliche und oder kollektivvertragliche Erhöhungen angerechnet werden soll, weil eine solche Lohnvereinbarung in Wahrheit eine vom Arbeitgeber bei Vertragsabschluss freiwillig vorweg gewährte Lohnerhöhung ist, die sich stufenweise in den gesetzlichen Mindestlohn einschleifen soll. Da der sozialpolitische Zweck der Ist-Lohnerhöhung darin besteht, dem Arbeitnehmer die Kaufkraft des individuell vereinbarten Lohnes zu sichern, sind der privatautonomen Vereinbarung einer Anrechnungsklausel aber zeitliche Grenzen gesetzt (vgl. OGH vom 18. Mai 1999, 8 ObA 173/98v). Darüber hinaus ist auch eine "Verschlechterungsvereinbarung", nämlich die Herabsetzung des Lohnes (sofern der geänderte Vertragsinhalt den durch Gesetz, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung zwingend normierten Mindestanforderungen entspricht) nicht jedenfalls rechtswidrig. Entscheidend ist dabei, ob es sich um einen Verzicht auf bereits erworbene Ansprüche oder um eine ausdrücklich nur die Rechtsstellung für die Zukunft teilweise verschlechternde einvernehmliche Vertragsänderung handelt. Eine einvernehmliche Lohnherabsetzung nach der durch den Kollektivvertrag bewirkten Ist-Lohnerhöhung (oder in Kenntnis der bevorstehenden Ist-Lohnerhöhung) in Form der Aufrechterhaltung der an einem bestimmten Stichtag bestehenden Überzahlung für die Zukunft widerspricht nicht (jedenfalls) zwingenden Normen des Arbeitsrechts, sofern der Lohn auch unter Berücksichtigung der Verschlechterungsvereinbarung im überkollektivvertraglichen Bereich verbleibt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 28. April 1992, Zl. 87/08/0121, mwN).

Im hier vorliegenden Fall behauptete die beschwerdeführende Partei - unter Vorlage einer (wenn auch erst im Zuge

der Prüfung durch die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstellten) Urkunde -, sie habe sich mit ihren Dienstnehmern darauf geeignet, dass (kollektivvertragliche) Überzahlungen Vorwegnahmen sowie Anrechnungen für eine zukünftige kollektivvertragliche Lohnerhöhung darstellen könnten, insbesondere dann, wenn die Ertragslage der beschwerdeführenden Partei weitere Gehaltserhöhungen nicht mehr zulasse. Eine derartige "Vereinbarung" ist allerdings lediglich als bloße Absichtserklärung zu beurteilen; konkrete Rechtswirkungen im Sinne einer "Aufsaugungsklausel" kann diese Absichtserklärung nicht bewirken.

Die beschwerdeführende Partei behauptet allerdings - wiederum gestützt auf die erwähnte Urkunde - weiter, die Bezüge der Dienstnehmer seien mit vollem Einverständnis der Dienstnehmer unverändert belassen worden; die Dienstnehmer hätten auf eine kollektivvertragliche Anpassung der Ist-Löhne verzichtet; in diesem Zusammenhang hätten jährlich gemeinsame Besprechungen stattgefunden.

Eine Vereinbarung darüber, dass eine schon feststehende Ist-Lohnerhöhung für bestehende Dienstverträge nicht durchgeführt wird, wäre aber nach dem oben Gesagten nicht jedenfalls unzulässig. Ob derartige (jährliche) Vereinbarungen aber wirksam getroffen wurden, wurde von der belangten Behörde in Verkennung der Rechtslage nicht untersucht.

5. Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben."

4. Mit Ersatzbescheid der Landeshauptfrau von XXXX vom 21.11.2012, Zahl XXXX wurden die Bescheide der XXXX Gebietskrankenkasse vom 30.04.2008, GZ.: XXXX, und vom 04.11.2008, GZ.: XXXX, jeweils Kto.Nr.: XXXX, gemäß der §§ 44 Abs. 1 Ziff. 1, 49 Abs. 1 und Abs. 2, 413 Abs. 1 Ziff. 1 und 417a allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), § 3 Abs. 1 und Abs. 2 ArbVG sowie § 63 Abs. 1 Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) in den maßgeblichen Fassungen behoben und die Angelegenheit zur Ergänzung der Begründung und der Ermittlungen und zur Erlassung eines neuen Bescheides an die XXXXGKK zurückverwiesen.

Begründend wurde darin ausgeführt, dass wenn der dem Landeshauptmann bzw. dem Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales vorliegende entscheidungsrelevante Sachverhalt mangelhaft erhoben wurde und aus diesem Grund umfangreiche Ermittlungen notwendig seien oder die Begründung des angefochtenen Bescheides in wesentlichen Punkten unvollständig seien, so könne der Landeshauptmann bzw. das Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales den angefochtenen Bescheid gemäß § 417a ASVG beheben und die Angelegenheit zur Ergänzung der Ermittlungen oder der Begründung und zur Erlassung eines neuen Bescheides an den Versicherungsträger oder den Landeshauptmann zurückverweisen.

Die Bestimmungen in Kollektivverträgen könnten, soweit sie die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regelten, gemäß § 3 Abs. 1 ArbVG durch Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden. Sondervereinbarungen seien, sofern sie der Kollektivvertrag nicht ausschließe, nur gültig, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger seien oder Angelegenheiten beträfen, die im Kollektivvertrag nicht geregelt seien.

Bei der Prüfung, ob Sondervereinbarungen im Sinne des Abs. 1 günstiger seien als der Kollektivvertrag, seien gemäß § 3 Abs. 2 ArbVG jene Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stünden.

Wenn der Verwaltungsgerichtshof einer Beschwerde gemäß Art. 131 B-VG stattgegeben habe, seien die Verwaltungsbehörden gemäß § 63 Abs. 1 VwGG verpflichtet, in dem betreffenden Fall mit den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Nach Aufhebung des zit. Bescheides der Landeshauptfrau von XXXX vom 23.07.2009 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sei die Einspruchsbehörde verpflichtet, mit den ihr zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Zustand herzustellen. Dies habe regelmäßig in der Form eines Ersatzbescheides zu erfolgen.

Der VwGH gebe im Zuge seiner Erwägungen (Pkt. 1.) einleitend die maßgeblichen Argumentationsansätze der Einspruchswerberin zur sog. "Aufsaugungsklausel" wieder. Ebenso verweise der VwGH auf die verfahrensrechtliche Rüge der Einspruchswerberin hin, wonach im Rechtsmittelverfahren eine Ergänzung des Ermittlungsverfahrens durch

die Einvernahme einschlägiger Dienstnehmer unterblieben sei. Auch seien keine Ausführungen zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit der Inhalte der Bestätigungen vom 17.01.2008 getätigt worden.

Der VwGH hebe hervor, (Pkt. 4.), dass die zu beurteilenden Dienstnehmer während des gesamten Beurteilungszeitraumes überkollektivvertraglich entlohnt worden seien. Der auf die Dienstverhältnisse anwendbare Kollektivvertrag sehe im Streitzeitraum eine Erhöhung des Ist-Lohnes durch Aufrechterhaltung der Überzahlungen vor, die die Einspruchswerberin aber nicht durchgeführt habe, die XXXXGKK aber in ihrer Beitragsvorschreibung zu Grunde gelegt habe.

In weiterer Folge befinde der VwGH, dass ein unbestimmter "Vorausverzicht" auf Ist-Lohnerhöhungen zwar unwirksam sei. Eine bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages - sinngemäß zusammengefasst - "Einschleifregelung" bis zum gesetzlichen Mindestlohn aber zulässig sei. Gleiches gelte im Ergebnis für eine "Verschlechterungsvereinbarung". Entscheidend sei grundsätzlich, ob es sich um einen Verzicht auf bereits erworbene Ansprüche oder um eine ausdrücklich nur für die Zukunft teilweise verschlechternde einvernehmliche Vertragsänderung handle. Die Grenze bilde jedenfalls unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbotes der Verbleib des Einkommens im überkollektivvertraglichen Bereich.

Konkret habe die Einspruchswerberin in Zusammenhang mit der (erst im Zuge der Prüfung durch die XXXXGKK erstellen) Urkunde behauptet, die Bezüge der Dienstnehmer seien mit deren vollem Einverständnis unverändert belassen worden; die Dienstnehmer hätten auf eine kollektivvertragliche Anpassung der Ist-Löhne verzichtet; in diesem Zusammenhang hätten jährliche gemeinsame Besprechungen stattgefunden.

Ob dies - im Sinn des Abschlusses (jährlicher) von vorne herein jedenfalls nicht unzulässigen Vereinbarungen - tatsächlich der Fall gewesen sei (und demnach ein rechtswirksamer und rechtlich zulässiger Verzicht Platz greifen könnte), sei aber - so die finale Rüge des VwGH - im Verwaltungsverfahren nicht untersucht worden.

Die Feststellung diesbezüglicher Sachverhaltselemente bedürfe im Sinn des § 417a ASVG umfangreicher Ermittlungen. Dies naheliegend auch in Form der Durchführung (ergänzender) Vernehmungen. Die Einspruchsbehörde mache daher von dem ihr gemäß § 417a ASVG eröffneten Recht Gebrauch, die angefochtenen Bescheide der XXXXGKK vom 30.04.2008 und vom 04.11.2008 zu beheben und die Angelegenheit zur Ergänzung der Ermittlungen und der Begründung und zur neuerlichen Bescheiderlassung an die XXXXGKK zurückzuverweisen.

5. Mit Bescheid vom 04.03.2013 (Kto.Nr.: XXXX, GZ: XXXX) wurde nunmehr von der XXXX Gebietskrankenkasse ausgeführt, dass im Zuge einer Sozialversicherungsprüfung iSd § 41a ASVG im Betrieb der BF Melde- und Beitragsdifferenzen festgestellt worden seien. Die BF werde als Dienstgeberin im Sinne des § 35 Abs 1 ASVG verpflichtet, die von der XXXX Gebietskrankenkasse mit Beitragsvorschreibung vom 08.02.2008 nachverrechneten Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von € 6.526,61 sowie den Beitragszuschlag in der Höhe von € 1.067,96, weiters die mit Beitragsvorschreibung vom 09.05.2008 nachverrechneten Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von €

1.902,12, sowie den Beitragszuschlag in der Höhe von € 58,20, sohin einen Gesamtbetrag von € 9.554,89 an die XXXX Gebietskrankenkasse 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 ausgesprochen und nehme Bezug auf die Beitragsvorschreibungen vom 08.02.2008 und 09.05.2008 welche einen integrierten Bestandteil dieses Bescheides darstellten.

Nach zusammenfassender Darstellung des Sachverhalts und des bisherigen Verfahrensverlaufs und Zitierung des Wortlauts der mündlichen Vereinbarung, welche mit 17.01.2008 ex post schriftlich festgehalten worden sei, stellte die belangte Behörde ergänzend fest, dass die jährlichen mündlichen, später in der Urkunde schriftlich festgehaltenen, Vereinbarungen über den Verzicht der Aufrechterhaltung der Überzahlung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne, um einen Arbeitsplatzverlust zu vermeiden, nicht wirksam zu Stande gekommen seien, da die Vereinbarung mangels sachlichen Zusammenhangs nicht dem Günstigkeitsprinzip entspreche.

Vergleiche man die unterschiedliche Entlohnung der Dienstnehmer mit dem starren Betrag der Überzahlung, komme man ebenfalls zu dem Schluss, dass die Vereinbarung mangels Günstigkeit keinesfalls dem Günstigkeitsvergleich standhalte. So habe XXXX (Angestellte) über den Zeitraum des Ausfalls der Aufrechterhaltung der Überzahlung einen Bruttobezug von € 2.434,32 und XXXX (Angestellter) einen Bruttobezug von € 2.999,15 erhalten. Die Nichtaufrechterhaltung der Kaufkraft wirke sich daher für XXXX proportional erheblich stärker als für XXXX aus, da die

Aufrechterhaltung der Überzahlung von einem fixen Betrag (Differenz Ist-Lohn zum KV-Lohn) und nicht von einer prozentuellen Erhöhung berechnet werde. Das dafür vorgesehene Äquivalent, der Erhalt des Arbeitsplatzes, habe daher für die einzelnen Arbeitnehmer einen unterschiedlich hohen Wert bzw. Verlust der realen Kaufkraft zur Folge.

Im Rahmen der Beweiswürdigung wurde von der belangten Behörde ausgeführt, dass die Feststellungen auf den Ergebnissen des durchgeführten Ermittlungsverfahrens im Rahmen der GPLA-Prüfungen, der vorgelegten Urkunde der Dienstgeberin vom 17.01.2008, sowie seitens des VwGH und der Landeshauptfrau bereits getroffenen Feststellungen beruhen würden.

Die rechnerisch festgestellten Ergebnisse seien im og. Erkenntnis des VwGH nicht bemängelt worden, da von der beschwerdeführenden Partei diesbezüglich kein Einwand bestanden habe. Die Höhe der Nachverrechnung sei demnach unbestritten.

Hinsichtlich der Urkunde seien von der XXXXGKK im ersten Rechtsgang keine Feststellungen getroffen worden da weder die Echtheit noch die Richtigkeit bestritten werde. Deshalb seien von der XXXXGKK im Ermittlungsverfahren auch keine niederschriftlichen Einvernahmen der Dienstnehmer zu den abgegebenen Erklärungen in der Urkunde durchgeführt worden. Lediglich die verspätete Ausstellung der Urkunde, aufgrund der vorhergehenden GPLA-Prüfung, sei im Bescheid der XXXXGKK vom 30.04.2008 kritisiert worden; die Urkunde für sich werde allerdings als Beweismittel nicht bestritten.

Die jährlichen mündlichen, später in der Urkunde schriftlich festgehaltenen, Vereinbarungen über den Verzicht der Aufrechterhaltung der Überzahlung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne, um einen Arbeitsplatzverlust zu vermeiden, seien jedoch nicht wirksam zu Stande gekommen. Der Verzicht über die Aufrechterhaltung der Überzahlung aufgrund eines drohenden Arbeitsplatzverlustes ergebe sich aus der Urkunde und bedürfe keiner weiteren Einvernahme. Der Hintergrund des geforderten Verzichts sei von der Dienstgeberin nicht bestritten worden.

Es sei zwar gegenständlich der rechtliche Zusammenhang gegeben, da die Dienstnehmer der Einzelvereinbarung und damit dem Verzicht auf die Aufrechterhaltung der Überzahlung mit der Absicht den Arbeitsplatz zu behalten zugestimmt hätten, jedoch fehle es am sachlichen Zusammenhang, da die Intention des Kollektivvertrages die Kaufkraft zu erhalten in keinem Konnex zur Arbeitsplatzsicherung stehe.

Weiters lasse sich aus der Vereinbarung auch keine günstigere Vereinbarung für den einzelnen Arbeitnehmer schließen, da unter anderem die Bewertung der Arbeitsplatzsicherheit für jeden Arbeitnehmer proportional unterschiedlich hoch ausfalle. Die Beurteilung des Günstigkeitsvergleichs stelle eine reine Rechtsfrage dar und werde nachstehend erörtert.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung wurde nach Anführung der relevanten Bestimmungen des ASVG angeführt, dass sich aus § 3 Abs. 1 ArbVG die Rangordnung der Rechtsquellen aus dem Arbeitsrecht ergebe. Ob eine nachrangige Rechtsquelle günstiger als die Übergeordnete sei, richte sich nach dem sogenannten Günstigkeitsvergleich.

§ 3 Abs. 2 ArbVG setze voraus, dass eine von den relativ zwingenden Normen eines Kollektivvertrages abweichende Norm, in diesem Fall eine nachträglich schriftlich abgefasste mündliche Einzelvereinbarung, nur dann durchdringe, wenn bei der Prüfung rechtlich und sachlich zusammenhängende Bestimmungen herangezogen worden seien. Diese Prüfung werde als Günstigkeitsvergleich bezeichnet.

Die Durchführung des Günstigkeitsvergleichs erfolge daher auf zwei Ebenen, einerseits sei festzustellen ob ein sachlicher und rechtlicher Zusammenhang bestehe und andererseits sei zu prüfen, ob Günstigeres vorliege.

Der rechtliche Zusammenhang lasse sich dadurch feststellen, dass die Vertragsparteien eine bestimmte Regelung nur deshalb getroffen hätten, weil eine andere Regelung Inhalt der Vereinbarung sei. Es müsse somit eine subjektive Konnexität vorliegen.

Der sachliche Zusammenhang ergebe sich aufgrund desselben Regelungsinhalts und sozialpolitischen Zwecks, also der objektiven Konnexität innerhalb des vereinbarten Gegenstandes zur übergeordneten Norm. Hierbei seien auch sozialpolitische Zwecke zu berücksichtigen; Kompensationen, die konkreten sozialpolitischen Zwecken der Mindestnorm widersprächen, seien unzulässig.

Es sei daher hinsichtlich des (kollektivvertraglichen) Regelungsgegenstandes zu prüfen, ob dieser dieselbe sozialpolitische Intention wie eine abweichende Vereinbarung verfolge.

Wie die Dienstgeberin in der Bescheidbeschwerde an den VwGH selbst anführe, liege der sozialpolitische Zweck einer Ist-Lohnerhöhung in der Erhaltung der Kaufkraft des individuell vereinbarten Lohnes, ohne darüber mit dem Arbeitgeber verhandeln zu müssen (vgl. OGH, 8 ObA 173/98v). Keinesfalls lasse sich daher eine selbe sozialpolitische Intention mit der getroffenen Einzelvereinbarung erkennen, sondern stehe eine "Absicht den Arbeitsplatzverlust zu vermeiden" völlig konträr zu der "Erhaltung der Kaufkraft" gegenüber, da die Ist-Lohnerhöhung weder der Sicherung noch dem Verlust des Arbeitsplatzes dienen solle (ähnlich OGH 23.05.2001, 9 ObA 224/00g, Arb 12.101 = DRdA 2001, 561 = ecolex 2001/320, 856 wonach eine niedrigere Abfertigungsbemessungsgrundlage gegenüber einem erhöhten Kündigungsschutz und Pension nicht aufgerechnet werden könne, oder e contrario OGH 14.09.1988 Arb 10.729 = DRdA 1989, 308 wonach die Erschwerung der Kündigungsmöglichkeit durch den Arbeitnehmer nicht durch eine völlig andersartige Gegenleistung des Arbeitgebers (jährliche "Weihnachtsgabe") kompensiert werden könne).

Die Prüfung der Günstigkeit (zweite Ebene) erfolge nach herrschender Ansicht unabhängig von der Auffassung des Arbeitsgebers oder Arbeitnehmers sondern vielmehr nach objektiven sozialpolitischen Wertmaßstäben. Als Maßstab für die Beurteilung der Günstigkeit sei jedoch der einzelne Arbeitnehmer und nicht die gesamte Belegschaft heranzuziehen.

In der jährlichen mündlichen Vereinbarung sei laut Feststellungen Folgendes vereinbart worden:

"Um einen Verlust des Arbeitsplatzes zu vermeiden wurden daher mit unserem vollen Einverständnis die Bezüge unverändert belassen worden und von unserer Seite auf eine Anpassung der kollektivvertraglichen Ist-Löhne ausdrücklich verzichtet."

Zu prüfen sei daher, ob sich der Verzicht im Konnex mit der Erhaltung der Arbeitsplätze der Belegschaft für den einzelnen Arbeitnehmer günstiger auswirke. Dies sei zu verneinen, da der Erhalt aller Arbeitsplätze sich für den Einzelnen durch seinen Verzicht auf eine Lohnanpassung nicht günstiger auswirke, zumal bei dem Verzicht auf die individuellen Einkommensverhältnisse der einzelnen Arbeitnehmer nicht Bedacht genommen worden sei, sondern vielmehr pauschal ein Gesamtverzicht zum "Erhalt aller Arbeitsplätze" durchgeführt worden sei.

So habe XXXX (Angestellte) über den Zeitraum des Ausfalls der Aufrechterhaltung der Überzahlung einen Bruttobezug von € 2.434,32 und XXXX (Angestellter) einen Bruttobezug von € 2.999,15 erhalten. Die Nichtaufrechterhaltung der Kaufkraft wirke sich für XXXX proportional erheblich stärker als für XXXX aus, da die Aufrechterhaltung der Überzahlung von einem fixen Betrag (Differenz Ist-Lohn zum KV-Lohn) und nicht von einer prozentuellen Erhöhung berechnet werde. Das dafür vorgesehene Äquivalent, der Erhalt des Arbeitsplatzes, habe daher für die einzelnen Arbeitnehmer einen unterschiedlich hohen Wert bzw. Verlust der realen Kaufkraft zur Folge. Daraus ergebe sich, dass die Vereinbarung, den Erhalt aller Arbeitsplätze durch Verzicht der Aufrechterhaltung der Überzahlung jedes einzelnen Arbeitnehmers, aus der Sicht des einzelnen Arbeitnehmers nicht günstiger auswirke und auch aus objektiver sozialpolitischer Sicht durch die mangelnde Berücksichtigung der Einkommenshöhe der einzelnen Arbeitnehmer (Arbeiter und Angestellte) dem Günstigkeitsvergleich nicht standhalte.

Die jährliche mündliche, später schriftlich verfasste, Vereinbarung halte daher dem Günstigkeitsvergleich nicht stand und sei gem. § 3 ArbVG unwirksam, da sie sich ungünstiger zum relativ zwingenden Kollektivvertrag für Handelsangestellte auswirke.

Es sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

6. Mit Schriftsatz vom 08.04.2013 erhob die BF im Wege der rechtsfreundlichen Vertretung gegen diesen Bescheid Einspruch.

Die BF führte darin im Wesentlichen aus, dass sie durch Umsatz- und Ertragseinbußen - bis ins Jahr 2008 - gezwungen gewesen sei, umfangreiche Einsparungen vorzunehmen. Aufgrund dieser Umsatz- und Ertragseinbußen hätte sie mit den betreffenden Mitarbeitern vereinbart, dass die überkollektivvertragliche Entlohnung sowie die bis zum Jahr 2002 regelmäßig vorgenommenen Gehaltserhöhungen Vorwegnahmen sowie Anrechnungen für eine zukünftige kollektivvertragliche Lohnerhöhung darstellen können; dies für den Fall, dass ihre Ertragslage weiterhin keine Gehaltserhöhungen zulasse. Die Vorwegnahmen seien in weiterer Folge mit den einzelnen Mitarbeitern jeweils für ein Jahr konkret vereinbart worden. Es sei zumindest jährlich eine Besprechung durchgeführt worden, in der den Mitarbeitern der Geschäftsgang dargestellt worden sei. Auf Grundlage dieser Besprechungen hätten die betroffenen Mitarbeiter für die jeweiligen Jahre - jeweils nur ein Jahr betreffend! - auf eine Anpassung der Ist-Löhne verzichtet.

Die betreffenden Mitarbeiter seien erheblich über dem kollektivvertraglichen Mindestlohn entlohnt worden. Dies habe dazu geführt, dass die Mitarbeiter selbst nach mehreren Verzichtserklärungen auf die Ist-Lohnanpassung weit über dem kollektivvertraglichen Mindestlohn verdient hätten.

Die belangte Behörde sei im Zuge einer am 18.12.2007 abgeschlossenen Sozialversicherungsprüfung gemäß § 41a ASVG zu der Auffassung gelangt, dass der von den betreffenden Mitarbeitern abgegebene Vorwegverzicht "undurchschaubar" wäre und einen unzulässigen Pauschalverzicht darstellen würde. Mit Bescheiden vom 30.04.2008 und vom 04.11.2008 sei die BF zur Zahlung der in Rede stehenden Beträge verpflichtet worden.

Die BF habe gegen beide Bescheide fristgerecht Einspruch erhoben. Die Berufungsbehörde habe die Einsprüche mit Bescheid vom 23.07.2009 als unbegründet abgewiesen. Der dagegen erhobenen Bescheidbeschwerde habe der VwGH mit Erkenntnis vom 17.10.2012 stattgegeben. Zusammengefasst habe der VwGH ausgeführt, dass die zwischen der BF und den Mitarbeitern getroffene Vereinbarung - wonach die überkollektivvertragliche Entlohnung Vorwegnahmen sowie Anrechnungen für eine zukünftige kollektivvertragliche Lohnerhöhung darstellen können, wenn die Ertragslage keine Gehaltserhöhungen zulasse - keine konkrete Rechtswirkung im Sinne einer Aufsaugungsklausel bewirken könne. Hingegen habe der VwGH bemängelt, dass es die bel. Behörde in Verkennung der Rechtslage unterlassen habe, zu untersuchen, ob die jährlichen Vereinbarungen wirksam zu Stande gekommen seien.

Nach Aufhebung der Bescheide durch die Berufungsbehörde zur ergänzenden Ermittlung und neuerlichen Bescheiderlassung durch die belangte Behörde habe diese nunmehr festgestellt, dass die jährlich mündlichen Vereinbarungen über den Verzicht der Aufrechterhaltung der Überzahlung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne nicht wirksam zu Stande gekommen wären, da die Vereinbarungen mangels sachlichen Zusammenhangs nicht dem Günstigkeitsvergleich entsprechen würden. Die belangte Behörde führe dazu aus, dass die unterschiedliche Entlohnung der betroffenen Mitarbeiter dazu führen würde, dass die Nichtaufrechterhaltung der Kaufkraft sich für jene Mitarbeiter, die besser verdienen, proportional stärker auswirken würde. Als Äquivalent führe die belangte Behörde den Erhalt des Arbeitsplatzes an, der - aufgrund unterschiedlicher Löhne - für die einzelnen Mitarbeiter einen unterschiedlich hohen Wert bzw. Verlust der Kaufkraft haben würden.

Der VwGH habe im vorangehenden Erkenntnis (Zl. 2009/08/0206) deutlich festgehalten, dass eine Vereinbarung, wonach der überkollektivvertragliche Entlohnungsteil auf kollektivvertragliche Lohnerhöhungen angerechnet werden solle, zulässig sei. Die kollektivvertragliche Überzahlung stelle in diesem Fall eine freiwillig gewährte Lohnerhöhung dar, die sich stufenweise in den gesetzlichen Mindestlohn einschleifen solle. Einer derartigen Anrechnungsvereinbarung sei vor dem Hintergrund, dass der sozialpolitische Zweck darin bestehe, den Arbeitnehmer die Kaufkraft des individuell vereinbarten Lohnes zu sichern, zeitliche Grenzen gesetzt (vgl. OGH 8 ObA 173/98v). Die jährlich vereinbarten Verzicht auf die Anpassung der Ist-Löhne stellten daher keine unzulässigen Vereinbarungen dar.

Gemäß § 3 Abs. 1 ArbVG könnten Bestimmungen in Kollektivverträgen, soweit sie die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regeln, durch Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträge weder aufgehoben noch beschränkt werden. Hingegen seien Sondervereinbarungen, sofern sie der Kollektivvertrag nicht ausschließe, dann gültig, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger seien oder Angelegenheiten betreffen, die im Kollektivvertrag nicht geregelt seien. § 3 Abs. 2 ArbVG normiere, dass bei der Prüfung, ob eine Sondervereinbarung iSd Abs. 1 leg. cit. günstiger sei als der Kollektivvertrag, jene Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen seien, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen.

Vor dem Hintergrund, dass sich der sachliche Zusammenhang aufgrund desselben Regelungsinhalts und sozialpolitischen Zwecks ergebe, gehe die bel. Behörde davon aus, dass eine sozialpolitische Intention zwischen der kollektivvertraglichen Ist-Lohnerhöhung und den jährlichen Vereinbarungen deshalb nicht gegeben wäre, da in der Urkunde vom 17.01.2008 der Halbsatz "um einen Verlust des Arbeitsplatzes zu vermeiden" enthalten sei. Die belangte Behörde gehe des Weiteren davon aus, dass die Vermeidung des Arbeitsplatzverlustes dem sozialpolitischen Zweck der Ist-Lohnerhöhung - nämlich die Erhaltung der Kaufkraft des individuell vereinbarten Lohnes - konträr gegenüberstehen würde.

Dazu sei festzustellen, dass die bel. Behörde die Thematik "Arbeitsplatzverlust" in den Mittelpunkt ihrer Argumentation stelle und dabei übersehe, dass eine vorweggenommene Lohnerhöhung im Sinne einer kollektivvertraglichen Überzahlung per se eine günstigere Regelung für den betreffenden Arbeitnehmer darstelle, da jedenfalls ein Vorteil gegenüber einer kollektivvertraglichen Mindestentlohnung vorliege. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen dem



Erhalt der Kaufkraft und dem Erhalt des Arbeitsplatzes sei ohne Bedeutung, da auch ohne der in der Urkunde enthaltenen Formulierung - "um einen Verlust des Arbeitsplatzes zu vermeiden" - eine günstigere Regelung für den Arbeitnehmer gegeben sei. Die bel. Behörde verkenne, dass sich die Günstigkeit der Regelung auf die erhebliche Überzahlung über den kollektivvertraglichen Mindestlohn beziehe. Es sei jedenfalls nicht nachvollziehbar, dass die bel. Behörde nunmehr einen falschen sachlichen Zusammenhang konstruiere, in dem sie sich auf den "Arbeitsplatzverlust" fokussiere. Die in der Urkunde enthaltenen Feststellungen und Informationen über die allgemein schlechte Geschäftslage - und dem damit verbunden möglichen Arbeitsplatzverlust der betroffenen Mitarbeiter - sei vielmehr als Offenlegung gegenüber dem Mitarbeiter zu verstehen. Keinesfalls könne daraus aber die sozialpolitische Intention - iSd Vermeidung des Arbeitsplatzverlustes - der günstigeren Regelung interpretiert werden. Es liege daher auch keine unzulässige Kompensation vor, die dem konkreten sozialpolitischen Zweck der Mindestnorm widerspreche. Der zentrale Aspekt liege vielmehr darin, dass deshalb eine für den Arbeitnehmer günstigere Regelung vorliege, da der Arbeitnehmer - trotz jährlicher Einschleifung - mehr, als im kollektivvertraglichen Mindestlohn vorgesehen, verdiene.

Die bel. Behörde gehe offenbar davon aus, dass eine jährliche "Gesamtvereinbarung" abgeschlossen worden sei. So schreibe die bel. Behörde beispielsweise auf Seite 10 Abs. 3 des Bescheids "in der jährlich mündlichen Vereinbarung" (Singular!); ebenso auf Seite 11 im fettgedruckten Teil. Tatsächlich hätte die BF mit den betroffenen Mitarbeitern jedoch jährliche Einzelvereinbarungen abgeschlossen. Dies ergebe sich auch aus den Eingaben zu den bezeichneten Bescheiden sowie aus dem hier bezug habenden VwGH-Erkenntnis (Zl. 2009/08/0206), wo es auf Seite 8 beispielsweise heiße: "Ob derartige (jährliche) Vereinbarungen aber wirksam getroffen wurden, wurde von der belangten Behörde in Verkennung der Rechtslage nicht untersucht. (Hervorhebungen durch den Verfasser)"

Vor diesem Hintergrund vermöge die Tatsache, dass die Mitarbeiter unterschiedliche überkollektivvertragliche Gehälter bezogen hätten, an der Günstigkeit der Sonderregelung nichts zu ändern. Es gelte vielmehr zu beurteilen, ob die jährlichen bzw. einzelnen Ist-Lohnerhöhungsverzichte dem Günstigkeitsprinzip entsprechen. Im Sinne der oben ausgeführten Argumentation liege daher für jeden einzelnen eine günstigere Regelung vor, zumal jeder Mitarbeiter über dem kollektivvertraglichen Mindestlohn liege.

Die Tatsache, dass die einzelnen Mitarbeiter - trotz überkollektivvertraglicher Bezahlung - unterschiedlich hoch verdienen würden, führe keinesfalls zu einer Verletzung des Günstigkeitsprinzips. Es sei keineswegs ungewöhnlich, dass die Mitarbeiter eines Unternehmens individuell vereinbarte Löhne beziehen und daher in ihren Gehältern unterschiedlich liegen. Es entspreche auch nicht dem Sinn und Zweck eines Kollektivvertrages die Löhne von Arbeitnehmern zu vereinheitlichen, sondern stehe vielmehr die Absicherung eines Mindestlohns im zentralen Interesse. Es könne dem Arbeitgeber aber nicht zum Nachteil gereichen, wenn er - wie in diesem Fall sogar in sehr hohem Ausmaß - Gehälter über dem kollektivvertraglichen Mindestlohn bezahle; selbst dann, wenn die überkollektivvertragliche Bezahlung für die einzelnen Arbeitnehmer unterschiedlich sei. Selbstverständlich führe auch jede allgemeine - die gesamten Arbeitnehmer betreffende - Lohnerhöhung zu unterschiedlichen Auswirkungen hinsichtlich der Kaufkraft des einzelnen Arbeitnehmers. Wenn die bel. Behörde nunmehr aber die unterschiedliche proportionale Auswirkung eines Lohnverzichts bei ungleicher - wenn auch überkollektivvertraglicher (!) - Entlohnung der Arbeitnehmer als Argument heranziehe, dann übersehe sie, dass damit eine überkollektivvertragliche Bezahlung per se als ungünstig qualifiziert wäre, wenn die Arbeitnehmer nicht einen überkollektivvertraglichen "Einheitslohn" beziehen würden. Die Festsetzung eines "Einheitslohns" als Voraussetzung für die Günstigkeit eines zeitlich beschränkten Lohnerhöhungsverzichts bei überkollektivvertraglicher Bezahlung würde allerdings keine Deckung in den arbeitsrechtlichen Normen finden und dem Prinzip der Vertragsfreiheit diametral entgegenstehen.

7. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 17.04.2013 erfolgte die Vorlage dieses Einspruchs der BF an die damals zuständige Berufungsbehörde samt einer Stellungnahme.

Im Wesentlichen führte die bel. Behörde ergänzend aus, dass die Argumentation, dass die in der Urkunde enthaltenen Informationen über die allgemeine schlechte Geschäftslage und damit einhergehende mögliche Arbeitsplatzverlust der betroffenen Mitarbeiter lediglich als Offenlegung zu verstehen sei, ebenso ins Leere gehe, da die zu Beginn in der Urkunde schriftlich festgehaltene Erklärung der Arbeitnehmer, dass die Gehaltserhöhungen Vorwegnahmen sowie Anrechnungen für eine zukünftige kollektivvertragliche Lohnerhöhung darstellen könnten, insbesondere dann, wenn die Ertragslage der Firma weitere Gehaltserhöhungen nicht mehr zulasse, lediglich eine Absichtserklärung darstelle. Gehe man davon aus, dass es sich bei den letzten zwei Sätzen der Urkunde, die zum Inhalt den Verzicht der Aufrechterhaltung der Überzahlung im Konnex mit dem drohenden Arbeitsplatzverlust und der Kenntnis der

Arbeitnehmer über den schlechten Geschäftsgang lediglich um einen "Offenlegung" handle, wäre der Inhalt der gesamten Vereinbarung als eine Absichtserklärung zu verstehen und demnach lt. VwGH Erkenntnis 2009/08/0206 keine wirksame Vereinbarung.

Ebenso sei die zweite Ebene des Günstigkeitsvergleichs, die günstigere Regelung, nicht gegeben, wozu auf die ausführliche Darstellung im angefochtene Bescheid verwiesen werde. Weiters sei anzumerken, dass die verpflichtend durchzuführende Ist-Lohn-Erhöhung im Kollektivvertrag für Handelsangestellte eine alljährliche, von einem starren Betrag, also keine prozentuelle, Erhöhung sei, welche als "Intuition" den Erhalt der individuellen Kaufkraft zum individuell vereinbarten Lohn beinhalte (VwGH Erkenntnis 2001/08/0129 v. 29.06-2005). Daraus lasse sich schließen, dass der Kollektivvertrag, nicht wie von der Einspruchswerberin irrtümlich angenommen, nicht nur die Absicherung des darin normierten Mindestlohns zum Zweck habe, sondern ebenso die überkollektivvertraglichen Löhne mit dem Ziel der Kaufkrafterhaltung schütze. Der Schutz der kollektivvertraglichen Unabdingbarkeit erfordere, dass die Kriterien des Günstigkeitsvergleichs eben aus der Unabdingbarkeit abgeleitet werden und nicht umgekehrt das Ausmaß des Schutzes der Mindestnormen von der autonomen Wahl irgendeines Wertmaßstabes abhänge (Dr. Klaus Firle, Das Problem der Objektivierung des Günstigkeitsvergleichs im österreichischen und deutschen Arbeitsverfassungsrecht). Es liege daher auch bei der Beurteilung der Günstigkeit nicht "per se" durch die überkollektivvertragliche Entlohnung eine günstigere Regelung im Sinne des Günstigkeitsvergleichs vor. Vielmehr sei die Unabdingbarkeit der Ist-Lohn-Erhöhung das zu beurteilende Kriterium, welches für die Beurteilung der zwei Ebenen des Günstigkeitsvergleichs zu einer autonomen Vereinbarung (welche sich günstiger auswirken sollte) heranzuziehen sei.

Aus den genannten Gründen, insbesondere auch den ausführlichen Darstellungen im angefochtenen Bescheid habe mangels sachlichen Zusammenhangs und keiner günstigeren Regelung in der Vereinbarung die Nachverrechnung der Beiträge zu erfolgen. Es werde der Antrag gestellt, den Einspruch abzuweisen und die Bescheide der bel. Behörde vollinhaltlich zu bestätigen.

8. Mit Schreiben der vormaligen Berufungsbehörde vom 22.04.2013 wurde dieser Vorlagebericht der BF zur Kenntnis gebracht und diese eingeladen binnen einer Frist von 4 Wochen Stellung zu nehmen.

Nach Antrag auf Fristerstreckung nahm die BF mit Schreiben vom 29.05.2013 Stellung. Im Wesentlichen wurde ausgeführt, dass, sofern die belangte Behörde sich ausschließlich darauf beziehe, dass die Urkunde vom 17.01.2008 in keinem Zusammenhang mit der Ist-Lohn-Erhöhung stehen würde, offensichtlich übersehen werde, dass der sozialpolitische Zweck des Erhalts der Kaufkraft der Vermeidung des Arbeitsplatzverlustes nicht diametral entgegenstehe. Im Gegenteil: Zum einen stehe auch die Vermeidung des Arbeitsplatzverlustes in einem direkten Zusammenhang mit dem Erhalt der Kaufkraft, zumal bei Arbeitsplatzverlust die Kaufkraft massiv geschwächt werde. Zum anderen bestehe kein Widerspruch darin, dass die Urkunde vom 17.01.2008 mit dem Erhalt der Kaufkraft in einem sachlichen Zusammenhang stehe, selbst dann, wenn der Halbsatz "um einen Verlust des Arbeitsplatzes zu vermeiden" in der Urkunde enthalten sei. Es sei offensichtlich, dass sich die bel. Behörde ausschließlich auf den vorzitierten Halbsatz beschränke, worin wiederum keine stichhaltige Argumentation dahingehend gesehen werden könne, dass die jährlich mit den Mitarbeitern getroffenen Einzelvereinbarungen nicht dem sozialpolitischen Zweck des Erhalts der Kaufkraft entsprechen würden.

Auch auf der "2. Ebene" des Günstigkeitsvergleichs, nämlich, dass eine günstigere Regelung vorliege, würden die mit den Mitarbeitern getroffenen Einzelvereinbarungen standhalten. Sofern sich die bel. Behörde auf den Erhalt der individuellen Kaufkraft zum individuell vereinbarten Lohn beziehe, sei durch den Abschluss von jährlichen Einzelvereinbarungen das Element des "individuell vereinbarten Lohns" jedenfalls erfüllt. Selbstverständlich sei es Sinn und Zweck eines Kollektivvertrages, einen einheitlichen Mindestlohn zu konstituieren; unabhängig davon, dass es den Arbeitsvertragsparteien freistehe, darüber hinaus individuelle Löhne zu vereinbaren. Wesentlich sei dennoch, dass die mit den Mitarbeitern vereinbarten Löhne im Rahmen des Kollektivvertrages bzw. der jährlichen Ist-Lohn-Erhönungen liegen. Aufgrund der vorliegenden Mindestlohnüberzahlungen seien sie sehr wohl berechtigt, jährliche Ist-Lohn-Erhönungen anrechnen zu lassen, sofern der jeweilige Arbeitnehmer dieser Vereinbarung zustimme. Exakt dies sei gegenständlich der Fall. Die bel. Behörde übersehe, dass es der Vertragsfreiheit der Arbeitsparteien obliege, im Rahmen der kollektivvertraglichen Bestimmungen individuelle Vereinbarungen zu treffen. Die jährlich getroffenen Einzelvereinbarungen mit den Mitarbeitern würden einem Günstigkeitsvergleich daher standhalten, zumal letztlich der kollektivvertragliche Mindestlohn den Einzelvereinbarungen - die im Übrigen weit über dem Mindestlohn liegen - gegenüberzustellen sei.

Verweisend auf das bisherige Vorbringen werde der Antrag wiederholt, die Berufungsbehörde möge dem Einspruch vollinhaltlich stattgeben.

9. Weitere Verfahrensschritte sind dem Verwaltungsakt nicht zu entnehmen. In der Folge erfolgte offenbar die Vorlage an das nunmehr zuständige Bundesverwaltungsgericht.

10. Am 19.03.2014 wurde der Verwaltungsakt beim Bundesverwaltungsgericht ein und erfolgte die Zuteilung zur Gerichtsabteilung L510.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Feststellungen:

Die gegenständlich zu beurteilenden Dienstnehmer wurden im gesamten verfahrensgegenständlichen Zeitraum überkollektivvertraglich entlohnt. Der auf die Dienstverhältnisse anwendbare Kollektivvertrag sah im Streitzeitraum eine Erhöhung dieses Ist-Lohnes durch Aufrechterhaltung der Überzahlungen vor, welche die BF nicht durchführte, die XXXXGKK aber ihrer Beitragsvorschriftung zu Grunde legte.

#### 2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch den Inhalt des vorgelegten Verwaltungsverfahrensaktes der XXXXGKK. Die oben dargelegten Feststellungen sind im Verfahren unbestritten, wie auch bereits der VwGH feststellte.

Zur im Verfahren seitens der BF vorgelegten Urkunde, nach welcher die Bezüge der Dienstnehmer mit vollem Einverständnis der Dienstnehmer unverändert belassen worden seien; die Dienstnehmer hätten auf eine kollektivvertragliche Anpassung der Ist-Löhne verzichtet; in diesem Zusammenhang hätten jährlich gemeinsame Besprechungen stattgefunden, stellte die XXXXGKK im nunmehrigen Rechtsgang fest, dass weder die Echtheit noch die Richtigkeit bestritten werde, weshalb auch keine niederschriftlichen Einvernahmen der Dienstnehmer zu den abgegebenen Erklärungen in der Urkunde durchgeführt worden sind.

Die XXXXGKK geht somit selbst davon aus, dass derartige jährliche Vereinbarungen tatsächlich stattgefunden haben und diese Vereinbarungen somit in der vorgelegten Urkunde richtig protokolliert bzw. nachgewiesen wurden, weshalb dies verfahrensgegenständlich somit zwischen den Verfahrensparteien außer Streit steht.

#### 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß Art. 151 Abs. 5 Z 8 Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. Nr. 1/1930 idgF, (B-VG) werden mit 01.01.2014 die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern, das Bundesvergabeamt und der unabhängige Finanzsenat (im Folgenden: unabhängige Verwaltungsbehörden) aufgelöst; ferner werden die in der Anlage genannten Verwaltungsbehörden (im Folgenden: sonstige unabhängige Verwaltungsbehörden) aufgelöst. Die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezember 2013 bei diesen Behörden anhängigen Verfahren sowie der bei den Aufsichtsbehörden anhängigen Verfahren über Vorstellungen (Art. 119a Abs. 5) geht auf die Verwaltungsgerichte über; dies gilt auch für die bei sonstigen Behörden anhängigen Verfahren, in denen diese Behörden sachlich in Betracht kommende Oberbehörde oder im Instanzenzug übergeordnete Behörde sind, mit Ausnahme von Organen der Gemeinde.

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

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. 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, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. 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)

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.

Unter Entgelt sind gemäß § 49 Abs. 1 ASVG die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer aus dem Dienstverhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienstverhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält.

Für die Bemessung der Beiträge ist nicht lediglich das tatsächlich gezahlte Entgelt (Geld- und Sachbezüge) maßgebend, sondern, wenn es das tatsächlich bezahlte Entgelt übersteigt, jenes Entgelt, auf dessen Bezahlung bei Fälligkeit des Beitrages ein Rechtsanspruch bestand. Ob ein Anspruch auf einen Geld- oder Sachbezug besteht, ist nach zivilrechtlichen (arbeitsrechtlichen) Grundsätzen zu beurteilen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Erkenntnis vom 16. Juni 2004, Zl. 2001/08/0028, VwSlg. 16.382 A/2004, mwN).

Gemäß § 3 Abs. 1 ArbVG können die Bestimmungen in Kollektivverträgen, soweit sie die Rechtsverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regeln, durch Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag weder aufgehoben noch beschränkt werden. Sondervereinbarungen sind, sofern sie der Kollektivvertrag nicht ausschließt, nur gültig, soweit sie für den Arbeitnehmer günstiger sind oder Angelegenheiten betreffen, die im Kollektivvertrag nicht geregelt sind.

Nach § 3 Abs. 2 ArbVG sind bei der Prüfung, ob eine Sondervereinbarung im Sinne des Abs. 1 leg.cit. günstiger ist als der Kollektivvertrag, jene Bestimmungen zusammenzufassen und gegenüberzustellen, die in einem rechtlichen und sachlichen Zusammenhang stehen.

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

1. Bei einer schlichten Ist-Lohnklausel ist davon auszugehen, dass diese mit Inkrafttreten des Kollektivvertrages eine Erhöhung des Ist-Lohnes zwingend bewirkt, die Aufrechterhaltung des neuen Lohnansatzes ist aber nicht zwingend vorgesehen (vgl. VwGH Erkenntnis vom 29. Juni 2005, Zl. 2001/08/0129, mwN). Die Erhöhung des Ist-Lohnes ist demnach - bis zum kollektivvertraglichen Mindestlohn - abdingbar (vgl. auch Reissner in Zeller Kommentar<sup>2</sup>, § 2 ArbVG Rz 58 ff).

Ein hinsichtlich des Ausmaßes unbestimmter "Vorausverzicht" auf Ist-Lohnerhöhungen ist aber unwirksam (vgl. VwGH Erkenntnis vom 4. August 2004, Zl. 2001/08/0145, mwN). Hingegen ist es aber zulässig, dass bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages vereinbart wird, dass der überkollektivvertragliche Entlohnungsteil auf allfällige gesetzliche und oder kollektivvertragliche Erhöhungen angerechnet werden soll, weil eine solche Lohnvereinbarung in Wahrheit eine vom Arbeitgeber bei Vertragsabschluss freiwillig vorweg gewährte Lohnerhöhung ist, die sich stufenweise in den gesetzlichen Mindestlohn einschleifen soll. Da der sozialpolitische Zweck der Ist-Lohnerhöhung darin besteht, dem Arbeitnehmer die Kaufkraft des individuell vereinbarten Lohnes zu sichern, sind der privatautonomen Vereinbarung einer Anrechnungsklausel aber zeitliche Grenzen gesetzt (vgl. OGH vom 18. Mai 1999, 8 ObA 173/98v). Darüber hinaus ist auch eine "Verschlechterungsvereinbarung", nämlich die Herabsetzung des Lohnes (sofern der geänderte Vertragsinhalt den durch Gesetz, Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung zwingend normierten Mindestanforderungen entspricht) nicht jedenfalls rechtswidrig. Entscheidend ist dabei, ob es sich um einen Verzicht auf bereits erworbene Ansprüche oder um eine ausdrücklich nur die Rechtsstellung für die Zukunft teilweise verschlechternde einvernehmliche Vertragsänderung handelt. Eine einvernehmliche Lohnherabsetzung nach der durch den Kollektivvertrag bewirkten Ist-Lohnerhöhung (oder in Kenntnis der bevorstehenden Ist-Lohnerhöhung) in Form der Aufrechterhaltung der an einem bestimmten Stichtag bestehenden Überzahlung für die Zukunft widerspricht nicht (jedenfalls) zwingenden Normen des Arbeitsrechts, sofern der Lohn auch unter Berücksichtigung der Verschlechterungsvereinbarung im überkollektivvertraglichen Bereich verbleibt (vgl. VwGH Erkenntnis vom 28. April 1992, Zl. 87/08/0121, mwN).

Im Verfahren ist nicht strittig, dass die hier zu beurteilenden Dienstnehmer (im gesamten Zeitraum) überkollektivvertraglich entlohnt wurden. Der auf die Dienstverhältnisse anwendbare Kollektivvertrag sah im Streitzeitraum eine Erhöhung dieses Ist-Lohnes durch Aufrechterhaltung der Überzahlungen vor, die die BF nicht durchführte, die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse aber ihrer Beitragsvorschriftung zu Grunde legte.

Im hier vorliegenden Fall behauptete die BF - unter Vorlage einer (wenn auch erst im Zuge der Prüfung durch die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse erstellten) Urkunde -, sie habe sich mit ihren Dienstnehmern darauf geeinigt, dass (kollektivvertragliche) Überzahlungen Vorwegnahmen sowie Anrechnungen für eine zukünftige kollektivvertragliche Lohnerhöhung darstellen könnten, insbesondere dann, wenn die Ertragslage der BF weitere Gehaltserhöhungen nicht mehr zulasse. Wie der VwGH im gegenständlichen Fall bereits dargelegt hat, ist eine derartige "Vereinbarung" allerdings lediglich als bloße Absichtserklärung zu beurteilen; konkrete Rechtswirkungen im Sinne einer "Aufsaugungsklausel" kann diese Absichtserklärung nicht bewirken.

Wie der VwGH weiter darlegte, behauptet die BF allerdings - wiederum gestützt auf die erwähnte Urkunde - weiter, die Bezüge der Dienstnehmer seien mit vollem Einverständnis der Dienstnehmer unverändert belassen worden; die Dienstnehmer hätten auf eine kollektivvertragliche Anpassung der Ist-Löhne verzichtet; in diesem Zusammenhang hätten jährlich gemeinsame Besprechungen stattgefunden. Eine Vereinbarung darüber, dass eine schon feststehende Ist-Lohnerhöhung für bestehende Dienstverträge nicht durchgeführt wird, wäre aber nach dem oben Gesagten nicht jedenfalls unzulässig. Da die XXXXGKK nunmehr selbst davon ausging, dass derartige jährliche Vereinbarungen tatsächlich stattgefunden haben und diese Vereinbarungen somit in der vorgelegten Urkunde richtig protokolliert bzw. nachgewiesen wurden, ist entsprechend der Ausführungen des VwGH in seinem Erkenntnis v. 17.10.2012, Zl. 2009/08/0206, i

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)