

# TE Bvwg Beschluss 2019/12/4 W209 2215220-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.12.2019

## Entscheidungsdatum

04.12.2019

## Norm

ASVG §410

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §28 Abs3 Satz 2

## Spruch

W209 2215220-1/2E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Einzelrichter in der Beschwerdesache des XXXX , XXXX , XXXX , gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse vom 22.01.2019, GZ: VA-VR 18301258/19-Mag.Gr, betreffend die Verpflichtung zur Nachentrichtung von Beiträgen, Sonderbeiträgen und Umlagen sowie Beiträgen nach dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG) in Gesamthöhe von € 5.869,40 beschlossen:

A)

Der angefochtene Bescheid wird gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG behoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverweisen.

B)

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. Mit angefochtenem Bescheid vom 22.01.2019 verpflichtete die belangte Behörde (im Folgenden WGKK) den Beschwerdeführer als Dienstgeber im Sinne des § 35 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG), an die Wiener Gebietskrankenkasse Beiträge, Sonderbeiträge und Umlagen sowie Beiträge nach dem BMSVG in Gesamthöhe von € 5.869,40 für die in der Anlage zu diesem Bescheid angeführten Dienstnehmer und die dort bezeichneten Zeiträume zu entrichten.

Begründend führte die WGKK aus, dass beim Beschwerdeführer für den Prüfzeitraum von 01.01.2009 bis 31.12.2013

eine Gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA) stattgefunden habe. Mit GPLA 04/2016 sei dem Beschwerdeführer ein Beitragsnachtrag in der Höhe von € 11.607,18 vorgeschrieben worden. Mit Schreiben vom 20.04.2016 (ON 1) habe der Beschwerdeführer, vertreten durch die Consultatio Revision und Treuhand Steuerberatung GmbH & Co KG, um Ausstellung eines Bescheides zur GPLA 2009-2013 ersucht, damit das Rechtsmittel der Berufung erhoben werden könne. Gleichzeitig sei um Aussetzung der vorgeschriebenen Beiträge sowie der Verzugszinsen ersucht worden.

Mit Email vom 12.05.2016 habe die WGKK um Bekanntgabe ersucht, ob sämtliche im Zuge der GPLA getätigten Feststellungen strittig seien oder ob die Bescheidausstellung nur im Zusammenhang mit der Nachverrechnung von Trinkgeldern gewünscht werde. Die steuerliche Vertretung des Dienstgebers habe mit Email vom 17.05.2016 geantwortet, dass um Bescheidausstellung nur im Zusammenhang mit der Nachverrechnung von Trinkgeldern ersucht werde (ON 7).

Zu dieser GPLA seien seitens des Prüfdienstes der WGKK folgende Feststellungen im Zusammenhang mit der Nachverrechnung von Trinkgeldern getroffen worden (ON 4): Taxilenker und Mietwagenfahrer würden den üblichen Lebenserfahrungen nach Trinkgeld erhalten. Da keine Aufzeichnungen darüber vorlägen, erfolge die Nachverrechnung dieses Entgeltes Dritter in geschätzter Höhe (durchschnittlich € 2,50 pro Arbeitstag bei Vollbeschäftigung) im Bereich der Sozialversicherung und des BMSG. Es werde festgehalten, dass es sich hier nicht um eine Trinkgeldpauschale, sondern um ein geschätztes Entgelt Dritter in Anlehnung an festgesetzte Trinkgeldpauschalen in anderen Bundesländern handle.

Diesbezüglich führe die Prüferin im Erhebungsbericht vom 17.05.2016 (ON 7) weiter aus, dass beim Dienstgeber sowohl Taxilenker als auch Mietwagenfahrer beschäftigt seien und gewesen seien. Der Dienstgeber habe im Zuge der GPLA behauptet, dass die Dienstnehmer von den Kunden keine Trinkgelder erhalten würden. Die Dienstnehmer seien jedoch vom Dienstgeber dazu nicht befragt worden und es seien auch keine Aufzeichnungen dazu geführt worden. Weiters habe der Dienstgeber angegeben, dass er hauptsächlich russische Kunden habe und die Fahrten nicht direkt beim Fahrer bezahlt werden würden. Diesem werde lediglich ein Voucher ausgehändigt. Für Russen sei es angeblich nicht üblich, Trinkgeld zu geben. Folgende Personen seien als Taxilenker angemeldet worden (die restlichen dann als Mietwagenlenker): XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX (zu diesem Dienstnehmer liege der Aktenvermerk BP-18301258/Isch vom 21.12.2015 vor, der nach dem mit ihm geführten Telefonat seitens der Prüferin angefertigt worden sei. Herr XXXX habe angegeben, dass er Trinkgeld erhalten habe). Es seien jedoch im Zuge der GPLA nur für die vollversicherten Dienstnehmer Trinkgeld nachverrechnet worden, weil den geringfügig Beschäftigten großteils nicht einmal eine Arbeitszeit zugeordnet habe werden können. Weder auf den Dienstzetteln noch auf den Anmeldungen sei eine Arbeitszeit angeführt worden. Der Dienstgeber habe auch in einem persönlichen Gespräch gemeint, man könne alle Dienstnehmer befragen. Sie würden angeben, dass sie kein Trinkgeld erhalten hätten. Daher seien nur ausgetretene Dienstnehmer vorgeladen worden, diese seien jedoch nicht erschienen ( XXXX , XXXX ). XXXX habe angerufen (siehe Aktenvermerk). Da die Aussagen, dass nie Trinkgeld gegeben werde, weder glaubhaft seien noch den üblichen Lebenserfahrungen entsprechen, sei die Festsetzung in geschätztem Ausmaß (€ 2,50 pro Tag für einen vollbeschäftigten Versicherten, für Teilzeitbeschäftigte aliquot) erfolgt. Dies entspreche bei durchschnittlich 22 Arbeitstagen bei Vollbeschäftigung einer monatlichen Beitragsgrundlage von € 55,-. In den Bundesländern Salzburg, Oberösterreich, Steiermark und Tirol gebe es Vereinbarungen zu Trinkgeldpauschalen, wobei in Salzburg und Oberösterreich bargeldlose Führen davon ausgenommen seien, in der Steiermark und in Tirol jedoch nicht. Außerdem könne bei Taxifahrern nicht von bargeldlosen Führen ausgegangen werden (siehe auch Umsatzaufzeichnungen von XXXX ). Es würden von sämtlichen Anbietern für z.B. Flughafentransfers Mietwagenlenker beschäftigt werden, die z. B. auch von der Beitragsprüferin selbst in Anspruch genommen würden. Sie buche üblicherweise übers Internet und bezahle im Zuge dessen mit Kreditkarte. Trotzdem erhalte der Fahrer am Flughafen Trinkgeld, wenn er die Koffer auslade. Man könne auch russischen Fahrgästen nicht prinzipiell das Geben von Trinkgeld absprechen. Außerdem seien entsprechende Aufzeichnungen zu führen und habe Herr XXXX bestätigt, Trinkgeld erhalten zu haben. Die vorgelegten Dienstzettel und Arbeitszeitaufzeichnungen seien sehr umfangreich und könnten, falls benötigt, elektronisch zur Verfügung gestellt werden. Die Verlautbarungen zu den Trinkgeldpauschalen in den Bundesländern würden beiliegen. Ebenso eine entsprechende Ausführung der WGKK im DGservice März 2016.

Laut Aktenvermerk BP-18301258/Isch des Prüfdienstes der WGKK vom 21.12.2015 (ON 7) habe sich Herr XXXX an diesem Tag aufgrund der schriftlichen Vorladung für den 23.12.2015 telefonisch gemeldet. Er habe sich nach dem

Grund der Vorladung erkundigt und angegeben, dass er sich eigentlich gar nicht mehr erinnern könne, von wann bis wann er dort beschäftigt gewesen sei und dass er auch keinerlei Aufzeichnungen, Dienstvertrag, Lohnabrechnungen, etc. hätte. Die Beitragsprüferin der WGKK, Frau XXXX, habe ihm daraufhin An- und Abmeldedatum mitgeteilt. Herr XXXX habe dann gemeint, dass er sich erinnern könne, dass er nur geringfügig beschäftigt gewesen sei, weil der Dienstgeber kein freies Fahrzeug gehabt habe. Es sei ein monatlicher Fixlohn vereinbart worden, der nach seiner Erinnerung wahrscheinlich zwischen € 270,- und € 350,- betragen haben müsste. Wahrscheinlich habe er so zwischen 7 und 8 Stunden wöchentlich gearbeitet. Eigentlich sei er immer auf Abruf gewesen. Wenn ein Auto frei gewesen sei, sei er angerufen worden und er habe eben dann ein paar Stunden fahren können, bis er das Auto wieder an einen anderen Fahrer übergeben habe müssen. Den Lohn habe er monatlich im Nachhinein bar auf die Hand erhalten. Er sei als Taxifahrer und nicht als Mietwagenfahrer tätig gewesen. Trinkgeld habe er natürlich von den Kunden erhalten.

Mit Schreiben der WGKK vom 27.02.2017 (ON 9) sei der Dienstgeber über sein Recht auf Akteneinsicht informiert und ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt worden. Am 16.03.2017 sei dieser vereinbarungsgemäß in der WGKK erschienen und habe Einsicht in den Verwaltungsakt genommen. Mit Email vom 24.04.2017 habe der Dienstgeber eine auf den 21.04.2017 datierte Stellungnahme (ON 12) zum Erhebungsbericht der WGKK vom 17.05.2016 übermittelt. Diese diene der Erklärung, warum aus seiner Sicht die Festsetzung einer Trinkgeldpauschale im gegenständlichen Fall nicht richtig sei. Er habe dazu zusammengefasst (und soweit relevant) ausgeführt, dass das Taxigewerbe im Vergleich zum Kerngeschäft (Mietwagengewerbe) nur geringfügig ausgeübt werde und nicht von wirtschaftlicher Bedeutung für das Unternehmen sei. Taxilenker seien im Zeitraum vom 24.03.2005 bis 19.04.2017 nur 1. XXXX (Vollzeitbeschäftigt im Zeitraum 2005-2010 und gleichzeitig als gewerberechtlicher Geschäftsführer der Firma tätig), 2. XXXX (Vollzeitbeschäftigt; im Zeitraum 2011-2013 sei das Auto meistens mit Aufträgen von der Mietwagenabteilung und nicht als Taxi eingesetzt worden. Als Beweis könnten hier die Umsatzdaten sowie Aufzeichnungen herangezogen werden.) und 3. XXXX (kurzfristig als Taxilenker beschäftigt) gewesen. Die Feststellung im Erhebungsbericht, dass XXXX, XXXX und XXXX als Taxilenker beschäftigt gewesen seien, sei nicht korrekt. Diese Personen seien als Mietwagenlenker beschäftigt gewesen, was von diesen bestätigt werden könne.

Grundlage für das Mietwagengewerbe sei die LBO in Wien. Darin sei folgende Definition für das Mietwagengewerbe zu lesen: "... Das Mietwagengewerbe mit PKW umfasst die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Personenkraftwagen (maximal 9 Sitzplätze inklusive Lenkerplatz) unter Beistellung des Lenkers auf Grund besonderer Aufträge (Bestellungen)..." Die Firma "XXXX" sei als Unternehmen tätig, das nur auf Vorbestellung von diversen Reisebüros in Wien arbeite und deren Kunden - russischsprachige Touristen aus den GUS Ländern - Fahrleistungen diverser Art anbiete. Wichtigstes Merkmal sei dabei, dass hauptsächlich das B2B Segment und somit keine Einzelkunden, sondern nur gewerbliche Reisebüros bedient würden. Dazu würden folgende Leistungen zählen: Transfers von/nach Flughafen Wien, Tours in Wien und Umgebung, Überlandtransfers von Wien nach diverse Orte in Österreich (Graz, Salzburg, Innsbruck, etc.) und Begleitungen bei Konferenzen, Messen und Kongressen.

In den Jahren 2009 bis 2013 sei der Umsatz aufgrund der guten wirtschaftlichen Situation in Russland und der Qualität ihrer Leistungen kontinuierlich um 30-40 % pro Jahr gestiegen, jedoch nach 2013 um fast 50 % zurückgegangen. Wirtschaftlich bedeutend für die Firma seien nicht die Flughafentransfers, sondern die Tours und die Begleitungen, die einen höheren Mehrwert und Wirtschaftlichkeit aufweisen würden. Da die Abrechnungen der Fahrten immer per Rechnung mit den Auftraggebern (Reisebüros) gemacht worden seien, seien die obigen Daten nachweisbar und überprüfbar. Ihre Leistungen - wie in den Arbeitsaufzeichnungen sichtbar - seien mit bestimmter Dauer je nach Leistung eingetragen. Diese Dauer diene als interner Orientierungswert, zeige aber die wirtschaftliche Wichtigkeit einer Leistung. In diesem Sinne sei klar, warum das Taxigewerbe im Jahr 2012-2013 aufgelassen und in das Mietwagengewerbe investiert worden sei. Die Annahme im Erhebungsbericht der WGKK, dass die Firma als "Flughafentaxi" oder "Flughafenmietwagen/Flughafenlimoservice" tätig sei, sei insoweit nicht korrekt, als die Flughafentransfers nicht das Kerngeschäft der Firma darstellen würden. Flughafentransfers hätten für die Firma "XXXX" nur eine geringe wirtschaftliche Bedeutung und würden nur ca. 25 % des gesamten Umsatzes der Firma im Jahr ausmachen und nur auf Vorbestellung von Reisebüros angeboten werden. Inländische Kunden würden nicht befördert werden. Das bedeute, dass das angenommene typisch österreichische Kundenprofil hier keine Anwendung finde, sondern auf das Profil eines osteuropäischen Touristen abzustellen sei. Anreisen seien meistens im Zeitraum 10:00-12:00 (Flüge aus Russland, Ukraine - SU2184, SU6603, PS845), Abreisen üblicherweise entweder 08:00-10:00 oder am Nachmittag (16:00-18:00). Meistens seien dies Flüge nach Russland oder Ukraine (PS846, SUI 85, SU2357, etc.).

Im Vergleich dazu gelte bei einem Unternehmen, das hauptsächlich Flughafentransfers im Raum Wien anbiete, Folgendes: das übliche Firmenprofil stelle eine Taxitätigkeit zum Fixpreis und auf Vorbestellung dar. Viele Unternehmen würden im Internet Ihre Tätigkeit bewerben, wobei sich 95 % als "Flughafentaxi" positionieren und unter diesem Suchbegriff bei einer Google Suche gefunden würden. Zielgruppen dieser Unternehmen seien meist Kunden aus Wien und Umgebung. Das Profil dieser Firmen beinhalte nur Transfers von bzw. zum Flughafen und relativ selten auch Überlandtransfers. Es würden weder Touren, Begleitungen, noch ähnliche Leistungen angeboten werden, besonders in einer Fremdsprache wie Russisch. Personal werde meistens geringfügig oder Teilzeit angemeldet und das Preisniveau der Transfers liege zwischen 23,- bis 27,- Euro. Kerngeschäft seien Flughafentransfers, die bis zu 90% des Umsatzes bilden würden. Die Arbeitszeiten der Fahrer liege im Zeitrahmen zwischen 3:00-9:00 und dann zwischen 16:00-23:00 Uhr. Die Verrechnung der Leistungen erfolge meist bar oder bargeldlos mittels einer Kredit- oder Bankomatkarte. Es werde meist erwartet, dass der Kunde als Dankeschön für die frühere Abholung (3:00 - 06:00) oder das spätere Warten am Flughafen (23:00 - 02:00) einen kleinen Betrag leiste. Daher wäre eine allgemeine Schätzung auf Basis Mietwagenfirma in Sinne eines Flughafentaxis bzw. Flughafentransfers unvollkommen und nicht korrekt.

Die Kunden der Firma "XXXX" hingegen seien hauptsächlich in Wien tätige Reisebüros. Diesen Reisebüros würden die erwähnten Leistungen angeboten und diese würden diese Leistungen wiederum weiter an die Endkunden aus den GUS Ländern - entweder als Teil einer Pauschalreise oder einzeln zu FIT Preisen - verkaufen. Die Firma habe auf einen direkten Zugang des GUS Marktes verzichtet, da dies sehr kostenintensiv und mit einigen Risiken (Forderungsausfälle usw.) verbunden sei. Deswegen sei die Variante, mit Vermittlern aus Österreich zu arbeiten, gewählt worden. D.h. die Firma agiere als Lieferant von Transportleistungen an Reisebüros, die selbst Pauschalpakete machen und weiter an den GUS-Kunden verkaufen würden. Dadurch werde das Zahlungsausfallsrisiko minimiert, da die Firma immer einen Ansprechpartner in Österreich hätte. Diese Variante habe als Folge, die Verrechnung mit Vouchern oder Lieferscheine zu verzeichnen. Als Kunden der Firma könnten folgende Firmen im Raum Wien genannt werden: XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX, XXXX u. v.m. Die Zahl der aktiven Kunden (mit einem Umsatz von mehr als EUR 1.000,- im Monat) habe zwischen 12-20 variiert. Allgemein konzentriere sich die Firma in der Vergangenheit als auch heute auf die sog. B2B Kunden, was bedeute, dass nur Gewerbetreibende und nicht Einzelkunden Kunden seien. Generell seien keine Aktivitäten im Bereich B2C unternommen worden. Es sei keine Webpräsenz aufgebaut, keine Flyers verteilt oder sonstige Marketingkanäle genutzt worden, um direkte Kunden zu akquirieren. Die Verrechnung mit ihren Kunden (B2B - Reisebüros) erfolge ausschließlich über Vouchers oder Gutscheine, die sie von deren Kunden (den Touristen) bekommen würden. Die Touristen könnten mit diesen Vouchern eine Leistung beanspruchen und würden der Firma die Möglichkeit bieten zu beweisen, dass eine Leistung erfüllt worden sei.

Der Tourist als Kunde eines Reisebüros bekomme einen Voucher erst, wenn er die bestellte Leistung bezahlt habe. Das bedeute, dass etwaige Zahlungen von Leistungen in den GUS Ländern (Herkunftsland der Touristen) und nicht in Österreich getätigt würden. Da der Kunde zu einer Leistung über eine lange Kette von Mittelsmännern (Reisebüro in Österreich, Reisebüro in einem GUS Land - je nach Land kann die Kette bis zu 4 Mittelsmänner haben) komme, sei es so, dass die Leistungen sehr oft mit einer Marge von bis zu 300 % gekauft bzw. verkauft würden. Dadurch, dass der Preis schon zu hoch sei, falle kein Trinkgeld an. Beim Kauf einer Reise in den GUS-Staaten bekomme der Tourist Vouchers von dem Reisebüro (oft mit eigener Beschriftung und Brand), wodurch das Gefühl erweckt werde, dass alle Leistungserbringer zu einer Firma gehören würden. Auch dies führe dazu, dass keine Trinkgelder gegeben würden. Die Umsatzdaten für die Periode 2011 bis 2012 würden eine deutliche Steigerung von fast 40 % des Umsatzes und einen gleichbleibenden Umsatz in der Periode 2012-2013 zeigen. In diesem Zeitraum seien die Firmen XXXX und XXXX als Kunden gewonnen worden. Diese Firmen seien insoweit interessant gewesen, als diese ein sehr großes Volumen an sogenannten Pauschaltouristen gebracht hätten. Dieses Volumen habe es erlaubt, den Fuhrpark optimal zu nutzen und auszubauen. Das Kundenprofil dieser Pauschaltouristen sei jedoch durch folgende Merkmale gekennzeichnet, welche die Kunden nicht dazu animieren würde Trinkgelder zu geben: Billige Touren (nicht zahlungskräftige Kunden), meistens 3-Stern Hotels in Wien, Gruppentransfers bei An- und Abreise; ständige Begleitung von Firmenvertretern - Guides/Begleitpersonen der Firmen; meist schlechtes Service/Organisation der Leistungen seitens der Firmen. Die aufgezählten Umstände würden dazu führen, dass es sehr unwahrscheinlich sei, dass die Mietwagenfahrer Trinkgelder erhalten würden. Dies erkläre auch die hohe Fluktuation des Personals: viele seien mit großen Erwartungen gekommen, da die Russen als "spendierfreudig" bekannt seien, was sich jedoch meistens als reine Fiktion herausgestellt habe. Das Kundenprofil des durchschnittlichen Touristen aus Russland sei wie folgt: aus der Mittelschicht stammend, Buchung im 3-Sterne bis 3-Sterne plus Hotel, gekaufte Pauschalreise in einem GUS Reisebüro,

mit genauem Budget und der fehlenden Bereitschaft zusätzliche Leistungen zu konsumieren oder Ausgaben zu machen. Zusammenfassend sei daher zu sagen, dass das Kerngeschäft nicht die Flughafentransfers, sondern Tours & Begleitungen darstelle. Dadurch sei die Annahme und der Vergleich mit einem herkömmlichen Unternehmen nicht korrekt und irreführend. Fahrten würden ausschließlich unbar auf Basis von Vouchern und Verrechnungsschecks abgerechnet werden. Außerdem zeige das Leistungsempfängerprofil, dass Trinkgeld unwahrscheinlich sei.

Zur historischen Entwicklung von Trinkgeldpauschalen habe der Dienstgeber zusammengefasst (und soweit relevant) wie folgt ausgeführt: Derzeit würden nur in vier Bundesländern, nämlich in Tirol, Salzburg, Oberösterreich und der Steiermark, Trinkgeldpauschalen für Lohnfuhrwerksgewerbe existieren. Erstmals seien Trinkgeldpauschalen im Land Tirol im Jahr 2001 mit dem Ziel eingeführt worden, die Bargeldbewegungen im Sinne Entgelt Dritter zwischen Reisenden (Touristen) und Fahrern in stark frequentierten Tourismusregionen zu erfassen. Betreffend die Schlussbesprechung März 2016 bzw. den Erhebungsbericht Mai 2016 habe der Dienstgeber Folgendes vorgebracht: Weder beim Vorgespräch im Februar 2016 noch bei der Schlussbesprechung im März 2016 sei er von der Prüferin darüber informiert worden, wie sie zu den Werten für die Festsetzung gekommen sei. Es sei unklar über "...meine Lebenserfahrung..." und "...ich habe das Recht so zu entscheiden..." gesprochen worden, eine Begründung dieser Werte fehle jedoch bis dato. Wieder sei im Erhebungsbericht Mai 2016 ein Tagessatz von € 2,50 für 22 Arbeitstage herangezogen worden, wobei auch die Begründung oder Erklärung darüber, wie diese Werte entstanden sind, wieder fehle. Außerdem würden einige widersprüchliche Passagen im Erhebungsbericht Fragen aufwerfen. Die Prüferin deute an, dass ein Unterschied zwischen Entgelten Dritter und einer Trinkgeldpauschale bestünden, erkläre jedoch nicht, warum das so sei. Auf der Homepage der Österreichischen Sozialversicherung finde sich die Formulierung, wonach unter Entgelt von Dritten u.a. Trinkgelder, Trinkgeldpauschalen etc. zu verstehen seien und Sonderzahlungen ebenfalls als Entgelt gelten würden. Da das Entgelt Dritter im kausalen Zusammenhang mit Trinkgeld oder einer Trinkgeldpauschale stehe, werde es auch als solches interpretiert und verstanden. Es sei unklar, mit welcher Begründung eine Trennung dieser Begrifflichkeiten gemacht und was damit bezweckt werde.

Aus den Verlautbarungen der STGKK, OÖGKK, SGKK und TGKK ergebe sich, dass die Pauschalierung in folgender Höhe gelte: nämlich für den Kalendermonat, wobei dieser einheitlich mit 30 Tagen anzunehmen sei.

Im gegenständlichen Fall würde das bedeuten wie folgt:  $€ 2,50 \times 30 \text{ Tage} = € 75$ . Da die Prüferin sich "...an festgesetzte Trinkgeldpauschalen in anderen Bundesländern..." anlehne, seien auch diese Werte im gegenständlichen Fall relevant. Um ein korrektes Ergebnis für den Tagessatz zu erhalten, müsse man daher den Pauschalierungsbetrag durch den Faktor 30 dividieren. Wende man diese Methode auf die Pauschalierungen der Bundesländer an, ergebe dies einen durchschnittlichen Tagessatz von € 1,88 pro Tag, bei 22 Arbeitstagen € 41,25. Dabei sei anzumerken, dass die Werte je nach Bundesland stark (um bis zu 40 %) variieren würden. Durch die Anwendung der Gaussischen Normalverteilung könnten diese Werte nochmals korrigiert werden, sodass die Ergebnisse mathematisch korrekt seien. Im Ergebnis solle ein durchschnittlicher Tagessatz daher € 1,72, die Trinkgeldpauschale bei 22 Arbeitstagen € 37,84 betragen. Hingegen werde im gegenständlichen Fall der Tagessatz mit € 2,50 und das berechnete Entgelt Dritter mit € 55,00 festgestellt. Zu den Schätzungsmethoden habe der Dienstgeber einen Auszug aus einem Steuerrechtsbuch angeführt, wonach der Behörde die Wahl der Schätzmethode grundsätzlich freistehe; sie aber jene Methode zu wählen habe, die im Einzelfall am geeignetsten erscheine. Das Schätzungsverfahren müsse einwandfrei durchgeführt werden, die zum Schätzungsergebnis führenden Gedankengänge müssten schlüssig und folgerichtig sein und das Ergebnis, das in der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen bestehe, müsse mit der Lebenserfahrung im Einklang stehen. Das gewählte Verfahren müsse stets auf das Ziel gerichtet sein, diejenigen Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln, die die größte Wahrscheinlichkeit für sich hätten. Die von der Prüferin angenommenen Werte würden im Verhältnis zu den üblichen bei einer Pauschalierung angewendeten Werte, eine Abweichung von fast 45 % darstellen. Solche Abweichungen seien weder begründet noch korrekt. Da gegenständlich die Aufzeichnungen über Trinkgelder fehlen würden und diese nicht zweifelsfrei festgestellt werden könnten, könne der Versicherungsträger (WGKK) gemäß § 42 Abs. 3 letzter Satz ASVG anhand von Schätzwerten die Beitragsgrundlage festlegen. Dies jedoch nur, wenn Trinkgelder in gleichartigen oder ähnlichen Betrieben üblich seien. Die wichtigsten Parameter einer korrekten Schätzung seien daher wie folgt: 1.) Es sei jene Methode zu wählen die im Einzelfall am geeignetsten erscheine: Konkret sei ein Tagessatz von € 2,50 per Arbeitstag gewählt worden. Diese Summe sei weder begründet worden noch könne diese gerechtfertigt werden. Es werde mit Arbeitstagen gerechnet, obwohl die Verlautbarungen der STGKK, OÖGKK, SGKK und TGKK vom

Kalendermonat sprächen und die Berechnungen in Bezug auf einen Kalendermonat gemacht werden sollten. Diese Methode führe daher zu einem falschen Ergebnis. 2.) Die Schätzung müsse im Vergleich zu Ergebnissen gleichartiger oder ähnlicher

Betrieben stehen: Die Firma " XXXX " werde fälschlich als reines Flughafentransferunternehmen eingestuft, das Taxigewerbe werde als Hauptgewerbe angenommen und die Fahrer würden fälschlich als Taxifahrer eingestuft werden. Um ein konkretes und korrektes Ergebnis zu erhalten, müsse der Vergleich zwischen den direkten Mitbewerbern der Firma durchgeführt werden. Dies seien XXXX GmbH, XXXX , XXXX , XXXX GmbH, XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX , XXXX GmbH, XXXX , XXXX oder XXXX GmbH, XXXX , XXXX , XXXX . 3.) Die Gedankengänge müssten schlüssig und folgerichtig sein: Zunächst sei anzumerken, dass im Bereich der WGKK keine amtliche Verlautbarung gemäß § 42 Abs. 3 ASVG bestehe, welche Trinkgeldpauschalen für Lenker von Taxis, Mietwägen und Autobussen festsetze. Es würden solche bloß für Tirol, Salzburg, Oberösterreich und die Steiermark existieren. Auffallend sei, dass die darin pauschalierten Trinkgelder deutlich geringer im absoluten Wert seien als im gegenständlichen Fall. Insofern bestehe hier ein deutliches Missverhältnis, müssten die Beträge im gegenständlichen Fall (2009 bis 2013) bei der zwingenden Berücksichtigung der Inflation wohl unter den aktuell verlautbarten, pauschalierten Beträgen liegen. Insofern sei in keiner Weise nachvollziehbar, wie die WGKK zu den €

2,50 pro Tag gelangen habe können. Beispielsweise habe die OÖGKK in ihrer Verlautbarung Nr. 51 aus dem Jahr 2009 die Höhe der Trinkgeldpauschale für Lenker von Taxis und Mietwagen mit € 60,00 für den Kalendermonat festgelegt, was erheblich unter der verfahrensgegenständlichen Schätzung liege. Darüber hinaus sei auch anzumerken, dass alle genannten Verlautbarungen zufolge Abwesenheiten von Dienstnehmern (Krankheit, Urlaub) entsprechend zu berücksichtigen seien, was die festgesetzten Pauschalbeträge nochmals reduziere. 4.) Das Ergebnis, das in der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen bestehe, müsse mit der Lebenserfahrung im Einklang stehen: Die Anlehnung an die Verlautbarungen müsse korrekt und dürfe nicht diskriminierend sein. Es sei davon auszugehen, dass jede Verlautbarung im zeitlichen Aspekt besser, informativer, detaillierter und konkreter als diejenige zuvor sei. Die im Erhebungsbericht zitierten Anlehnungen an die Lebenserfahrungen der Prüferin könne jedenfalls nicht akzeptiert werden, da dies zu einer unkorrekten Verallgemeinerung der Tatsachen führe.

Zu den Ausführungen des Dienstgebers in seiner Stellungnahme vom 21.04.2017 habe die Prüferin der WGKK vorgebracht, dass eine GPLA-Prüfung aufgrund der im Zuge der Prüfung vorgelegten bzw. gespeicherten Unterlagen erfolge (ON 15). Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, ihre Feststellungen im Erhebungsbericht, drei der angeführten Dienstnehmer seien als Taxilenker beschäftigt worden, seien nicht korrekt, habe sie ausgeführt, dass sie im Erhebungsbericht nicht angeführt habe, dass diese Dienstnehmer als Taxilenker beschäftigt, sondern dass diese als Taxilenker angemeldet gewesen seien. Diese Informationen seien den Anmeldungen und den Lohnkonten entnommen worden. Allerdings sei dies für die Feststellung, ob Trinkgelder tatsächlich geflossen seien oder nicht, nicht relevant, da sowohl Taxi- als auch Mietwagenlenker üblicherweise bzw. nach allgemeiner Lebenserfahrung Trinkgelder erhalten würden, wenn auch nicht regelmäßig und nicht von allen Fahrgästen. Die Behauptung, dass osteuropäische bzw. russische Fahrgäste sowie Fahrgäste, die den Fahrpreis bereits vorab an ein Reisebüro bezahlt hätten, kein Trinkgeld geben würden, wäre eine diskriminierende und nicht nachweisbare Behauptung und könne lediglich als Schutzbehauptung gewertet werden. Zum Vorbringen, dass die Leistungsempfänger meist Touristen seien, die von ihrem Reisebüro einen Voucher erhalten hätten und daher nicht direkt bezahlen werden würden, könne die Prüferin aus eigener Lebenserfahrung sagen, dass die Fahrer von den Touristen meistens Trinkgeld erhalten würden, wenn diese mit ihnen zufrieden gewesen seien. Von dieser Geste der Freundlichkeit und Zufriedenheit könnten osteuropäische Touristen nicht ausgeschlossen werden. Den Arbeitszeit- und Leistungsaufzeichnungen sei zu entnehmen, dass im Prüfzeitraum zumeist bloß 1 bis 3 Personen befördert worden seien und die Beförderung von größeren Gruppen eher die Ausnahme gewesen sei. Zur Schätzgrundlage führte die Prüferin aus, dass einerseits im Erhebungsbericht vom 17.05.2016 bereits ausgeführt worden sei, dass es in vier Bundesländern Vereinbarungen zu Trinkgeldpauschalen gebe. Herr XXXX habe die Inhalte in seiner Stellungnahme bereits zusammengefasst. Somit seien in Tirol € 50,-, in der Steiermark €

45,-, in Oberösterreich € 60,- und in Salzburg € 70,- pro Monat vorgesehen. Dies ergebe einen Schnitt von monatlich € 56,25 (und nicht wie von Herrn XXXX angegeben € 41,25). Es seien von der Prüfung für vollbeschäftigte Dienstnehmer € 55,- monatlich, für Teilzeitbeschäftigte aliquot und für geringfügig Beschäftigte gar nicht nachverrechnet worden. Dies entspreche sowohl dem Durchschnitt dieser Trinkgeldvereinbarungen, als auch der Schätzung, dass pro Arbeitstag im

Durchschnitt € 2,50 Trinkgeld zwischen Dienstnehmer und Fahrgast bei Vollbeschäftigung geflossen seien. Eine Schätzung im Vergleich mit gleichartigen oder ähnlichen Betrieben sei nicht angezeigt, da die Lohnverrechnung gleichartiger Betriebe einerseits nicht zur Verfügung stehe und es andererseits bereits in einem vergleichbaren Betrieb (Name könne hier aus Datenschutzgründen nicht angeführt werden) zu einer Nachverrechnung von Trinkgeldern im Zuge der GPLA gekommen sei, nachdem dort mehrere Dienstnehmer niederschriftlich den Erhalt von Trinkgeldern bestätigt hätten. Die Durchführung einer GPLA bei den von Herrn XXXX angeführten Unternehmen wäre anzudenken, sollte dort tatsächlich keine Trinkgeldverrechnung vorliegen. Ohne Prüfungs- oder Erhebungsauftrag könnten die Unternehmen jedoch nicht angehalten werden, Lohnunterlagen vorzulegen.

Es erscheine daher im vorliegenden Fall eine Schätzungsmethode nach den Trinkgeldvereinbarungen in den Bundesländern am geeignetsten. Die darin angeführten Beträge würden in zwei Bundesländern darunter und in zwei Bundesländern darüber, im Schnitt mit € 56,25 sogar über dem geschätzten Betrag von monatlich € 55,- liegen, wobei auch das Preisniveau von Wien zu berücksichtigen sei.

Mit ergänzendem Erhebungsbericht vom 21.09.2018 (ON 17) habe die Prüferin zudem ausgeführt, dass der Dienstgeber am 13.09.2018 telefonisch bekannt gegeben habe, dass er mit einer Reduzierung des Trinkgeldes auf den von ihm berechneten Wert von monatlich € 37,84 nicht einverstanden sei und jedenfalls die Ausstellung eines Bescheides wünsche. Allerdings sei der o.a. Wert offenbar unter Anwendung mathematischer Korrekturen (Gaussische Normalverteilung) ermittelt worden. Bilde man den Durchschnittswert der im Zuge der Prüfung existierenden und daher herangezogenen Vereinbarungen zum Trinkgeldpauschale in den Bundesländern Tirol, Steiermark, Oberösterreich und Salzburg, ergebe sich ein Durchschnittswert von €

56,25 für 30 Tage. Im Zuge der GPLA sei ein monatlicher Betrag (für 30 SV-Tage) in der Höhe von € 55,- vorgeschrieben worden (Teilzeitbeschäftigte aliquot). Aufgrund der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) sei es nicht möglich auszuführen, welche gleichartigen oder ähnlichen Betriebe bei der gegenständlichen Schätzung herangezogen worden seien. Lohnunterlagen anderer Dienstgeber stünden im Zuge einer GPLA nicht zur Verfügung und könnten daher auch nicht herangezogen werden und seien daher nicht herangezogen worden. Auch sei eine Auskunftserteilung an den zu prüfenden Dienstgeber dahingehend nicht zulässig. Wie der Dienstgeber richtig ausführe, sei jene Schätzmethode zu wählen, die im Einzelfall am geeignetsten erscheine. Demgemäß sei aufgrund der vorhandenen Trinkgeldpauschalierungen in den Bundesländern geschätzt worden.

Mit Email vom 11.10.2018 habe der Beschwerdeführer erneut eine Stellungnahme übermittelt (ON 18) und betreffend die Schätzungsmethode vorgebracht, warum aus seiner Sicht die Anwendung der Verordnungen und die festgesetzte Pauschale unrichtig sei. Im neuerlichen Erhebungsbericht werde deutlich festgestellt und angegeben, dass die Schätzungsmethode nach den schon existierenden Trinkgeldvereinbarungen in den Bundesländern am geeignetsten sei. Anzumerken sei jedoch, dass während des geprüften Zeitraums so eine Vereinbarung für Pauschalierungen für den Raum Wien seitens der WGKK nicht erlassen worden sei. Wie schon in der ersten Stellungnahme festgestellt, seien die Verlautbarungen in den Bundesländern Tirol, Steiermark, Oberösterreich und Salzburg mit der Zeit und im Einklang mit der gesammelten Lebenserfahrung (diverse Klagen, WKO Interventionen, usw.) immer weiter präzisiert und vervollständigt worden. Ein wichtiger Bestandteil dieser Verlautbarungen sei der Paragraph, wo die Ausnahmen dieser Pauschalierung aufgelistet seien. Bei der Verlautbarung 2009 - Oberösterreich - Paragraph III und in 2014 - Salzburg - Paragraph IV nenne der Gesetzgeber die Ausnahmen konkret und sei dies bereits seitens des Dienstgebers vorgebracht worden. Wenn sich die Prüfung auf die geltenden Feststellungen stütze und die als "...geeignetste Methode zur Schätzung..."

zitieren, müsse sie auch die Ausnahmen berücksichtigen, da diese einen unzertrennlichen Teil der Feststellungen darstelle und nicht selektiv jene Teile der Feststellungen, die für sie vorteilhaft wären, nehmen und mit deren Hilfe eine These aufbauen dürfe. Dies würde nämlich zu einer Rechtsunsicherheit führen und sei diskriminierend für die betroffene Partei. Aus diesen Gründen halte der Dienstgeber eine Stützung auf die oben genannten Feststellungen für nicht korrekt und könnten sie daher nicht von ihm akzeptiert werden. Da die Anlehnung an die bereits verlautbarten Verordnungen daher nicht möglich sei, scheine es am geeignetsten, die Trinkgeldpauschale unternehmensbezogen neu zu ermitteln. Zur Ermittlung einer neuen Bezugsgröße, die im gegenständlichen Fall als Bemessungsgrundlage dienen könne, wäre am geeignetsten, die vom VwGH akzeptierte Methode anzunehmen. Demnach müsse diese Größe unter der Annahme einer Mehrzahl von Variablen ermittelt werden. Die Behauptung der Prüferin, die Schätzung stehe im Einklang mit der Lebenserfahrung, sei strittig, da die Lebenserfahrung für den Dienstgeber als Partei aus den schon

erlassenen Feststellungen folgendes zeige: (2) Die Ausnahme von dieser Pauschalierung gilt auch für folgende Dienstleistungen: - Schibusverkehr im Gelegenheitsverkehr (exklusive Personenbeförderung von und zu Flughäfen). Unbare Beförderungsleistungen, wie Dienstleistungen die auf Basis von Gutscheinen, Verrechnungsschecks oder ähnlichem abgerechnet werden...". Die neuerlich vorgeschlagene Größe (€ 55,- monatlich, bei Teilzeit aliquot) erfolge einerseits in Anlehnung an die existierenden Verordnungen, was jedoch explizit falsch und unkorrekt sei, andererseits werde ein laufendes Verfahren zitiert, ohne dazu nähere Information zu geben. Die Anlehnung an ein anderes Unternehmen sei nur dann objektiv, wenn dieses Unternehmen in allen Punkten mit jenem des Dienstgebers vergleichbar sei. Die bloße Ausübung des Mietwagengewerbes als solches sei nicht ausreichend. Der Vergleich zwischen den Unternehmen sollte vielmehr einen hohen Überschneidungsgrad in der Tätigkeit, dem Firmenprofil, dem Profil und der Art der Abrechnung mit den Kunden (B2B oder B2C), dem Fuhrpark und nicht zuletzt auch dem Zielmarkt haben. Die Feststellung, Mietwagenlenker hätten dort niederschriftlich den Erhalt von Trinkgeldern bestätigt, könne als Schutzbehauptung gewertet werden, da der Dienstgeber über andere Merkmale absichtlich (wie dem Bericht zu entnehmen sei) nicht informiert worden sei. Es sei auch zu bemerken, dass es an einer Begründung des angegebenen Betrags fehle, wie es bei einer Schätzung zu erwarten sei. Die bloße Begründung, der Betrag stütze sich auf die "üblichen Lebensumstände" sowie auf "eigene Lebenserfahrungen" sei leider nicht ausreichend für eine korrekte Schätzung. Es sei in diesem Fall ein hoher Grad an Subjektivität seitens der Prüferin zu verzeichnen. Die Prüferin sei weder als Mietwagenlenkerin in einem Mietwagenbetrieb mit Schwerpunkt auf den GUS Markt tätig noch habe diese osteuropäische Wurzeln oder sei als GUS Touristin unterwegs. Die Stützung auf die "üblichen Lebensumstände" möge in Falle eines österreichischen Touristen oder Kunden genügend sein, da die Prüferin als solche in ihrem privaten Leben agieren könne. Es sei aber für eine Schätzung unzureichend und diskriminierend gegenüber verschiedenen Nationalitäten und deren Lebensstil. Die Prüferin ziehe den wichtigen Schluss, dass es an statistischen Daten fehle, die eine korrekte und einwandfreie Schätzung ermöglichen würden. Ein weiterer Fehler bei der Bestimmung der Größe sei, dass die zeitliche Entwicklung des Wertes nicht berücksichtigt worden sei. Es hätte eine Korrektur mit den jeweiligen Inflationsraten stattfinden müssen.

Ausgehend davon traf die WGKK sodann die Feststellung, dass für die in der Anlage des Bescheides angeführten Personen keine Aufzeichnungen für geleistete Trinkgelder geführt worden seien, obwohl diese für ihre Dienste von Dritten Trinkgelder erhalten hätten. Im Rahmen einer Schätzung sei seitens der WGKK ein Trinkgeldbezug durch Fahrgäste pro Person und pro Arbeitstag bei Vollbeschäftigung von € 2,50 angenommen worden, woraus sich der zur Nachentrichtung vorgeschriebene Betrag ergebe.

Wie dem Sacherhalt zu entnehmen sei, habe die Prüferin der WGKK sowohl die Schätzungsmethode als auch die daraus ableitbaren Schätzungsergebnisse mathematisch nachvollziehbar dargestellt: Bilde man den Durchschnitt aller im Zuge der GPLA existierenden Trinkgeldpauschalen, ergebe sich ein Mittelwert von € 56,25 für den Kalendermonat bei Vollbeschäftigung. Im Zuge der GPLA wurde ein monatlicher Betrag in der Höhe von € 55,00 für Vollbeschäftigte, für Teilzeitbeschäftigte aliquot, für geringfügig Beschäftigte gar nicht nachverrechnet. Dem Vorbringen des Beschwerdeführers, der Betrag von € 55,00 wäre zuerst durch den Faktor 30 zu dividieren und dann mit 22 Arbeitstagen zu multiplizieren gewesen, sei nicht zu folgen gewesen, zumal dieser Berechnungsmethode die Annahme zugrunde liege, dass jeder Kalendertag auch ein Arbeitstag sei. Das sei gegenständlich nicht der Fall und werde dieser Umstand auch vom Dienstgeber selbst nicht vorgebracht. Wenn der Dienstgeber diesbezüglich auf die Verlautbarungen zu den Trinkgeldpauschalen in den Bundesländern verweise, wo es heiße, dass der Kalendermonat einheitlich mit 30 Tagen anzunehmen sei, sei daraus nicht der Schluss zu ziehen, dass die pauschalierte Trinkgeldfestsetzung durch 30 zu dividieren sei um einen Tagessatz zu erhalten. Vielmehr werde dadurch zum Ausdruck gebracht, dass auch bei jenen Kalendermonaten, die weniger oder mehr als 30 Kalendertage haben, einheitlich bei Vollbeschäftigung der in der Verlautbarung genannte Betrag anzunehmen sei.

Die WGKK habe dem Dienstgeber auch die Grundlagen, auf denen die Schätzung erfolgt sei, im Rahmen eines Parteiengehörs gemäß § 45 Abs. 3 AVG zugänglich gemacht und sei auf von diesem substantiiert vorgetragene relevante Behauptungen eingegangen (vgl. VwGH 2003/08/0185). Zur Vermeidung von Wiederholungen werde diesbezüglich auf die Erhebungsberichte vom 17.05.2016 (ON 7), vom 20.06.2017 (ON 15) und vom 21.09.2018 (ON 17) verwiesen. Insbesondere sei bereits mehrmals dargelegt worden, dass eine Festsetzung eines Trinkgeldpauschales für das Lohnfuhrwerkgewerbe im Sinne des § 44 Abs. 3 ASVG (welche im Übrigen sowohl für Lenker von Taxi- als auch Mietwagenfahrer gelte) seitens der WGKK nicht verlautbart worden sei und auch die bestehenden Verlautbarungen in



den anderen Bundesländern explizit nicht angewendet worden seien. Die Höhe der Trinkgelder sei vielmehr anhand von Schätzwerten ermittelt worden (§ 42 Abs. 3 ASVG), wobei die in den festgesetzten Trinkgeldpauschalen in den Bundesländern genannten Beträge lediglich als Schätzungsgrundlage herangezogen worden seien. Schon aus diesem Grund habe dem Vorbringen des Dienstgebers, zwei von vier Verlautbarungen (und zwar die zeitlich jüngsten) würden Ausnahmen für unbare Beförderungsleistungen enthalten und müsste dies daher auch gegenständlich berücksichtigt werden, nicht gefolgt werden können. Außerdem irre der Dienstgeber, wenn er meine, die jeweils jüngste sei auch die "beste" Verlautbarung und allein daraus ergäbe sich eine Verpflichtung zur Anwendung derselben. Die Anwendung einer Trinkgeldpauschale wäre lediglich dann angezeigt, wenn eine solche seitens der WGKK für den Raum Wien verlaubar worden wäre. Dass dies für den spruchgegenständlichen Zeitraum nicht der Fall sei, werde auch seitens des Dienstgebers nicht bestritten.

Richtig sei zwar, dass bei der Ermittlung der Höhe der Trinkgelder unter Heranziehung jener in gleichgelagerten oder ähnlichen Betrieben, die Namen jener Betriebe, die zum Vergleich herangezogen wurden, bekannt zu geben seien, damit die Partei in die Lage versetzt werde, zur Frage, ob bzw. inwieweit eine Gleichartigkeit der herangezogenen Betriebe tatsächlich festgestellt werden könne, Stellung nehmen zu können (Zl. 0904/64). Gegenständlich sei eine solche Schätzungsmethode mangels Vorliegens entsprechender Unterlagen bzw. aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht angezeigt gewesen und auch tatsächlich nicht erfolgt (vgl. ON 15 und ON 17). Dementsprechend sei auf die diesbezüglichen Ausführungen des Dienstgebers nicht näher einzugehen. Auch das Vorbringen des Dienstgebers, das Unternehmen sei vorwiegend im Mietwagen- und nicht im Taxigewerbe tätig, gehe ins Leere, da dies für die Feststellung, ob Trinkgeld tatsächlich geflossen ist, irrelevant sei. Sowohl Mietwagen- als auch Taxilenker würden üblicherweise Trinkgeld erhalten, wenn auch nicht regelmäßig und nicht von allen Fahrgästen. Welche Nationalität die Fahrgäste haben, sei demnach nicht von Belang. Eben sowenig die Annahme, dass die Fahrgäste nicht in bar, sondern mit einem Voucher bezahlen werden würden.

2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde, die er damit begründete, dass die Vorschreibung der nachzuentrichtenden Beiträge auf der Annahme beruhe, dass die vorgenannten Dienstnehmer pro Person und Arbeitstag € 2,50 an Trinkgeld bezogen hätten. Der Wert von € 2,50 beruhe auf einer "Schätzung", die Angestellte der Beschwerdegegnerin vorgenommen hätten. Grundlagen dieser Schätzung würden nicht angesprochen werden, sondern im Wesentlichen auf amtliche Verlautbarungen zur Trinkgeldpauschale für andere Bundesländer verwiesen. Der Beschwerdewerber sei im Bereich Personenbeförderung tätig. Im Prüfungszeitraum (2009 bis 2013) seien durchschnittlich im Jahr 3 Taxifahrer (einer davon Vollzeit und 2 Teilzeit bzw. geringfügig) und 7 bis 11 Mietwagenlenker (je nach Bedarf und Saison Voll- oder Teilzeit beschäftigt bzw. geringfügig tätig) beschäftigt gewesen. Kunden des Beschwerdewerbers seien hauptsächlich in Österreich ansässige Reisebüros, die als incomer (Empfang von Touristen aus dem Ausland) arbeiten würden. Es gehe um von diesen Kunden vorbestellte Fahrten (Transfers zum Flughafen, Stadtrundfahrten, etc.). Der Zahlungsverkehr im Bereich Mietwagen werde ausschließlich bargeldlos auf der Grundlage von Vouchern abgewickelt. Die Zahlungen werden von den Reisebüros monatlich aufgrund von Sammelrechnungen erbracht. Es werde also von den Fahrgästen (die vom jeweiligen Reisebüro betreut werden) mit den Fahrern kein wie auch immer gearteter Zahlungsverkehr abgewickelt. Die Schätzung nach § 42 Abs. 3 ASVG werde von der Beschwerdegegnerin auf einen mathematischen Mittelwert aktueller Trinkgeldpauschalen für das Lohnfuhrwerksgewerbe (Tirol, Steiermark, Oberösterreich und Salzburg) gestützt. Dabei werde aber übergangen, dass die Regelung zum Trinkgeldpauschale der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse und der Salzburger Gebietskrankenkasse jeweils unbare Beförderungsleistungen, die "auf Basis von Gutscheinen, Verrechnungsschecks oder ähnlichem abgerechnet werden" ausnehmen (Abschnitt IV Abs. 2 der amtlichen Verlautbarung der Salzburger Gebietskrankenkasse und § 4 Abs. 2 der amtlichen Verlautbarungen der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse). Diese Ausnahmen würden dem Umstand Rechnung tragen, dass im Mietwagengewerbe, wo die Abrechnungen mit den Reisebüros und nicht zwischen den Fahrern und den Fahrgästen erfolgen, kein bzw. allenfalls nur vereinzelt ein Trinkgeld bezahlt werde. Gemäß § 42 Abs. 3 ASVG sei der Versicherungsträger berechtigt, in Fällen, in denen die zur Verfügung stehenden Unterlagen für die Beurteilung der für das Versicherungsverhältnis maßgebenden Umstände nicht ausreichen, diese Umstände aufgrund anderer Ermittlungen oder unter Heranziehung von Daten anderer Versicherungsverhältnisse bei demselben Dienstgeber sowie von Daten gleichartiger oder ähnlicher Betriebe festzustellen. Dabei seien jedoch die von der Rechtsprechung zu § 184 BAO herausgebildeten Grundsätze anzuwenden, wonach bei einer vorgenommenen Schätzung die herangezogenen Grundlagen in einem einwandfreien Verfahren ermittelt werden müssen. Dabei ist auf vom Abgabepflichtigen substantiiert vorgetragene, relevante

Behauptungen einzugehen. Auch die Schätzungsergebnisse unterlägen der Pflicht zur Begründung, die u.a. die Schätzungsmethode, die der Schätzung zugrunde gelegten Sachverhaltsannahmen und die Ableitung der Schätzungsergebnisse darzulegen habe (VwGH 07.09.2005, 2003/08/0185). Das bloße Heranziehen eines Durchschnittswertes von amtlichen Verlautbarungen zum Trinkgeldpauschale unter Vernachlässigung der anzuwendenden Ausnahmebestimmungen erfülle die vom VwGH verlangten Voraussetzungen der Ermittlung von Grundlagen in einem einwandfreien Verfahren unter Beachtung der vom Abgabepflichtigen vorgetragenen Argumente in keiner Weise. Es sei wiederholt im Zuge der GPLA seitens der Beschwerdewerberin u.a. darauf verwiesen worden, dass es hier um einen unbaren Zahlungsverkehr gehe, der Fahrpreis relativ hoch sei (wodurch einen allenfalls im Einzelfall gegebene Neigung, dem Fahrer Trinkgeld zu geben, zusätzlich erheblich gesenkt werde), die Fahrgäste aus dem GUS-Staaten seien und diese im für sie sehr teuren Ausland nicht spendierfreudig auftreten würden, der Tagessatz von € 2,50 für 22 Arbeitstage monatlich die Tage des Fernbleibens von der Arbeit (Krankstände, Urlaub, Pflegefreistellungen, etc.) nicht berücksichtige, wobei für diese Tage jedenfalls kein Trinkgeld bezahlt worden sei, die Daten ähnlicher Betriebe, die der Beschwerdegegnerin vorliegen müssten, herangezogen hätten werden können, bei Taxis die Trinkgeldsituation völlig anders zu bewerten sei, weil hier überwiegend eine Barzahlung von Fahrgästen an den Lenker erfolge (und daher die bereits angesprochenen Ausnahmen für den Bereich des unbaren Zahlungsverkehrs in den amtlichen Verlautbarungen für Oberösterreich und Salzburg zum Trinkgeldpauschale geregelt worden seien) und der Wert von € 2,50 täglich bzw. € 55,-- monatlich für den Prüfungszeitraum 2009 bis 2019 mittels Bescheid vom 22.01.2019 festgesetzt und dabei die Inflation bzw. der VPI in keiner Weise berücksichtigt worden sei. Diese Argumente seien zum Teil im behaupteten Bescheid zwar angeführt worden, aber ohne nachvollziehbare Begründung mit Ausführungen wie "irrelevant", "nicht von Belang", etc. abgetan worden. Es bleibe somit nicht nachvollziehbar, dass hier ein "einwandfreies Verfahren unter Beachtung der vom Abgabepflichtigen vorgetragenen Argumente" durchgeführt worden sei. Trinkgeld werde für gewöhnlich anlässlich der Abrechnung mit dem Fahrer gegeben, in dem auf Retourgeld zur Gänze oder zum Teil verzichtet wird oder dem Fahrer ein Teil des Retourgelds überreicht wird. Falls der Transport bereits bezahlt wurde (per Voucher), müsste also der Fahrgast gesondert Bargeld beschaffen, um dem Fahrer ein Trinkgeld (mit dem keinerlei Zahlungsverkehr vorgenommen wird) zu überreichen. Dies sei dementsprechend ein Ausnahmefall, wobei dies umso mehr anzunehmen sei, wenn vom einzelnen Fahrgast ein relativ hoher Preis für einen Voucher bezahlt werden müsse und Fahrgäste aus den GUS-Staaten befördert werden, die den Preis als besonders teuer empfinden, weil sie ein wesentlich niedrigeres Preisniveau als in Österreich gewöhnt seien. Der Umstand, dass auch im unbaren Bereich vereinzelt ein Trinkgeld anfallen könne, sei etwa auch bei Installateuren, Bodenlegern, Elektrikern und sonstigen in Privathaushalten tätigen Handwerkern gegeben. In diesen Fällen werde kein Trinkgeld angesetzt, weil aufgrund des geringen Ausmaßes kein Anlass (zutreffender Weise) hierzu gesehen werde. Dem Umstand, dass im unbaren Bereich kein nennenswertes Trinkgeld anfalle, würden die Regelungen zum Trinkgeldpauschale für Oberösterreich und Salzburg dementsprechend Rechnung tragen, indem sie (wie schon ausgeführt) unbare Beförderungsleistungen zur Gänze von der Trinkgeldpauschale ausnehmen. Es sei daher in keiner Weise nachvollziehbar, dass die Beschwerdegegnerin diesen Aspekt lediglich mit den Worten "nicht von Belang" (Seite 18 des bekämpften Bescheides) vom Tisch wische. Daraus erfolge klar, dass entgegen der Judikatur des VwGH die vom Abgabepflichtigen vorgebrachten Argumente ohne Begründung nicht beachtet worden seien.

Wenn man von einem Tagsatz ausgehe, so könne dieser nur auf die tatsächlichen Arbeitstage angewendet werden. Die Annahme von 22 Arbeitstagen pro Monat bzw.  $€ 2,50 \times 22 = € 55,00/\text{Monat}$  vernachlässige den Anspruch jedes Arbeitnehmers auf 5 Wochen Urlaub jährlich sowie eine durchschnittliche Anzahl von 13,52 Krankenstandstagen (so z.B. für das Jahr 2011 - siehe Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger die Österreichische Sozialversicherung in Zahlen, 30. Ausgabe: März 2013). Weiters wären Absenzen für Pflegefreistellungen und sonstiges (z.B. unentschuldigtes Fernbleiben) zumindest im Schnitt zu berücksichtigen gewesen, wodurch eine Reduktion des Monatssatzes eintreten würde. Wie bereits ausgeführt, sei die Trinkgeldsituation im Taxigewerbe gänzlich anders wie im Mietwagengewerbe, wo eine unbare Honorierung erfolge. Innerhalb des Prüfungszeitraums von 2009 bis 2013 seien folgende Umsätze in den beiden Bereichen erzielt worden:

Mietwagen-Umsatz in Euro/Jahr:

2009

2010

2012

2013

€ 239.441

€ 299.164,00

€ 387.000,00

€ 556.850,00

€ 513.483,00

Taxi-Umsatz in Euro/Jahr:

2009

2010

2012

2013

€ 25.000,00

€ 19.450,00

€ 21.463,00

€ 16.729,00

€ 8.834,00

Daraus ergebe sich, dass der Taxiumsatz

nur von geringer Relevanz sei bzw. für den Betrieb die mit Vouchern abgerechneten Mietwagen relevant seien.

Wiederholt werde auf die "Lebenserfahrung" (z.B. Erhebungsbericht für die Erhebung vom 6.5. bis 17.5.2016) verwiesen, aus der sich ein Tagsatz von € 2,50 an Trinkgeld ergeben solle. Dabei werde aber nicht angeführt, welche Person aus welcher Lebenserfahrung schöpfe und wie diese Lebenserfahrung gewonnen worden sei. Offenkundig gehe es hier um eine Lebenserfahrung einzelner (im Bescheid nicht genannter und somit dem Beschwerdeführer unbekannter) Angestellter der Beschwerdegegnerin. Dabei werde aber nicht angegeben, wie bzw. durch welche Beobachtungen diese Personen die hier relevante Lebenserfahrung angeblich erzielt hätten (Beweis: XXXX , A XXXX - ehemaliger Mitarbeiter von Fa. XXXX (größter Auftraggeber im Zeitraum 2007 - 2013) - XXXX , p.A. der Beschwerdewerberin). Der Wert von € 2,50/Arbeitstag bzw. € 55,00/Monat werde für den Prüfungszeitraum 2009 bis 2013 mittels Bescheid vom 22.01.2019 festgesetzt. Dabei werde nicht erörtert, inwieweit hier die Entwicklung des VPI berücksichtigt werde. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Wert von € 55,-- monatlich für 2019 zutreffend sein solle, so könne dies nicht für 2009 bis 2013 gelten, weil bei einem niedrigeren Preisniveau logischerweise auch geringere Trinkgelder gegeben werden. Obwohl der Beschwerdegegnerin Werte vergleichbarer Unternehmen vorliegen müssten, sei darauf nie eingegangen worden. Der VwGH habe darauf hingewiesen, dass ein ordnungsgemäßes Schätzungsverfahren nach § 42 Abs. 3 ASVG unter Heranziehung von Daten gleichartiger oder ähnlicher Betriebe durchzuführen sei (VwGH 07.09.2005, 2003/08/0185). Dem sei ohne nachvollziehbarer Begründung nicht entsprochen worden.

3. Am 27.02.2019 einlangend legte die WGKK die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

Gemäß § 414 Abs. 1 ASVG kann gegen Bescheide der Versicherungsträger in Verwaltungssachen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erhoben werden.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch einen Senat vorgesehen ist. Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet in

Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 ASVG das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag einer Partei durch einen Senat; dies gilt auch für Verfahren, in denen die zitierten Angelegenheiten als Vorfragen zu beurteilen sind. Im vorliegenden Fall liegt keine Angelegenheit vor, die auf Antrag eine Senatszuständigkeit unter Beteiligung fachkundiger Laienrichter begründet. Demnach hat die Entscheidung mittels Einzelrichters zu erfolgen.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF 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 § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit es nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid zu überprüfen.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn 1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Gemäß § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhaltes unterlassen hat. Die Behörde ist hierbei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Wie der Verwaltungsgerichtshof u.a. in seinem Erkenntnis vom 26.06.2014, Ro 2014/03/0063, zur Auslegung des § 28 Abs. 3 zweiter Satz VwGVG ausgeführt hat, kommt eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen insbesondere dann in Betracht, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt hat oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben.

Die WGKK stützte die Vorschreibung nachzuentrichtender Beiträge auf § 42 Abs. 3 letzter Satz ASVG, wonach der Versicherungsträger die Höhe von Trinkgeldern, wenn solche in gleichartigen oder ähnlichen Betrieben üblich sind, anhand von Schätzwerten ermitteln kann.

Wie dem klaren Gesetzeswortlaut zu entnehmen ist, setzt diese verfahrensrechtliche Ermächtigung voraus,

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