

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/8/13 G308 2013112-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.08.2020

## Entscheidungsdatum

13.08.2020

## Norm

ASVG §410

ASVG §44

ASVG §49

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

G308 2013112-1/27E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin MMag. Angelika PENNITZ als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX (vormals: XXXX ) vertreten durch: RA Mag. Doris BRAUN, in 8010 Graz, gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse ÖGK (vormals: Steiermärkische Gebietskrankenkasse) vom 08.05.2014, Zl. XXXX , nach Durchführung von mündlichen Verhandlungen am 07.01.2020 und 28.01.2020 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid vom 08.05.2014, Zl. XXXX , sprach die Steiermärkische Gebietskrankenkasse (in der Folge: belangte Behörde) gemäß § 410 Abs. 1 Z 7 iVm. §§ 44 Abs. 1, 49 Abs. 1 und Abs. 2 und 54 Abs. 1 ASVG aus, dass die XXXX GmbH (in weiterer Folge: Beschwerdeführerin oder kurz BF) wegen der im Zuge der bei ihr stattgefundenen Beitragsprüfung festgestellten Meldedifferenzen verpflichtet sei, die in der Beitragsabrechnung vom 26.08.2013 und im dazugehörigen

Prüfbericht zur Dienstgeberkontonummer XXXX ausgewiesenen allgemeinen Beiträge, Nebenumlagen, Sonderbeiträge und Zuschläge sowie Verzugszinsen in Höhe von insgesamt EUR 30.971,72 (davon EUR 24.633,07 an anteiligen Beiträgen und EUR 6.338,65 an anteiligen Verzugszinsen) nachzuentrichten. Zur Beitragsabrechnung sowie dem dazugehörigen Prüfbericht sprach die belangte Behörde aus, dass diese einen integrierenden Bescheidbestandteil bilden würden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die rechtzeitig bei der belangten Behörde eingelangte Beschwerde vom 06.06.2014.

Mit Erkenntnis des BVwG vom 05.03.2018 zu Zahl G308 2013112-1/10E wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Mit Erkenntnis des VwGH vom 08.08.2018, Ra 2018/08/0043 wurde das oben genannte Erkenntnis des BVwG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Am 07.01.2020 und 28.01.2020 fanden beim Bundesverwaltungsgericht mündliche Verhandlungen statt.

Die Verkündung der Entscheidung entfiel gemäß § 29 Abs. 3 VwGVG.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Am Standort XXXX wird ein Pflegeheim sowie eine Krankenanstalt betrieben. Beide gehören zur XXXX GmbH.

Beim XXXX handelt es sich um eine Pflegeeinrichtung für Menschen, die der Pflege bedürfen. Es werden Personen versorgt, die ständiger Pflege aber bloß fallweiser ärztlicher Betreuung bedürfen.

Während es sich bei der Klinik XXXX um eine nach dem Steiermärkischen Krankenanstaltengesetz bewilligte Krankenanstalt handelt, liegt der Tätigkeitsschwerpunkt des nach dem Steiermärkischen Pflegeheimgesetz bewilligten Pflegeheims XXXX im Bereich der Erbringung von Pflege- und Betreuungsleistungen.

Das Pflegeheim verfügt über 82 Heimplätze und beschäftigt 42 Dienstnehmer. Es gibt keinen angestellten Arzt. Die für Pflegeheime gesetzlich vorgeschriebenen Visiten wurden zumindest einmal wöchentlich durchgeführt.

Sollte ein Bewohner erkranken, wird die ärztliche Betreuung über das Pflegeheim organisiert. Es besteht dabei das Prinzip der freien Arztwahl. Die Heimbewohner können also einen vom Pflegeheim vorgeschlagenen Arzt wählen, oder auch ihren eigenen Hausarzt mitbringen. Diese Ärzte führen dann einen Hausbesuch durch. Die erbrachten ärztlichen Leistungen dieser externen Ärzte werden über die e-card der Heimbewohner abgerechnet, so dass die Kosten dieser ärztlichen Leistungen von der gesetzlichen Krankenversicherung getragen werden.

Bereits in seinem Beschluss vom 09.05.2007 hat der OGH festgestellt, dass der Kollektivvertrag für die Dienstnehmer der Privatkrankenanstalten Österreichs lediglich auf Dienstnehmer Anwendung findet, die bei Mitgliedern des Verbandes der Privatkrankenanstalten Österreichs beschäftigt sind, die Einrichtungen betreiben, in denen (a) besondere Pflegeleistungen erbracht werden, und (b) der Tätigkeitsschwerpunkt der Leistungen in der ärztlichen Betreuung liegt.

In ihrer Beschwerde vom 06.06.2014 zu XXXX hat die BF die Beitragsnachforderung der belangten Behörde für die sogenannten Neu-Arbeitsverhältnisse, das sind Dienstverhältnisse, die nach dem Inkrafttreten der BAGS-Satzung (= 01.05.2006) begründet wurden, ausdrücklich anerkannt.

Die Beschäftigten der BF haben keine Optionserklärung zur Anwendung des BAGS-KV abgegeben, sie wurden von der BF nicht über die Anwendung des BAGS-KV informiert, erhielten weder die Information über die fiktive Einstufung, noch über die Ist-Vergleichssumme und die KV-Vergleichssumme.

Die bekämpfte GPLA-Prüfungen betreffen die Zeiträume 01.01.2006 bis 31.12.2011. Zu diesem Zeitpunkt war der Feststellungsbeschluss des OGH vom 09.05.2007 bereits allgemein bekannt.

Die BF ist ihrer Erkundigungspflicht nicht nachgekommen.

2. Beweiswürdigung:

Der oben dargestellte Verfahrensgang, wie auch der festgestellte Sachverhalt ergeben sich aus dem diesbezüglich unbedenklichen und unzweifelhaften Akteninhalt der vorgelegten Verwaltungsakten des Landeshauptmannes der Steiermark und dem Gerichtsakt des Bundesverwaltungsgerichtes sowie aus den am 07.01.2020 und 28.01.2020

stattgefundenen öffentlichen mündlichen Verhandlungen. Im Zuge dessen wurden eine Vertreterin der BF und die von der BF nominierten Zeugen zum Sachverhalt vernommen sowie die Beweismittel und der vorliegende Akteninhalt mit der rechtsfreundlichen Vertreterin und einer Vertreterin der belangten Behörde erörtert.

Die Feststellungen zu Organisation, Leitung und Zweck der Betriebe der BF ergeben sich aus den Feststellungen im Bescheid und der mündlichen Verhandlung.

Sofern die BF vorbringt, dass sie bis 2012 überzeugt gewesen sei, dass der BAGS-KV für sie nicht anwendbar sei, wird ausgeführt, dass dies nicht nachvollziehbar erscheint.

Der BF ist entgegen zu halten, dass sich der OGH bereits im Jahr 2007 mit dem Kollektivvertrag für die Privatkrankenanstalten Österreichs befasste.

In den Jahren 2008 - 2011 ergingen einige Entscheidungen sowohl des Landesgerichts für Zivilrechtssachen XXXX als Arbeits- und Sozialgericht als auch des Oberlandesgerichts XXXX als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen. Die Entscheidungen in 1. Instanz gelangten zu dem Ergebnis, dass die ärztlichen Kontakte in den jeweiligen Pflegeheimen zu gering sind, als dass von einem Tätigkeitsschwerpunkt in der ärztlichen Betreuung und Behandlung gesprochen werden kann. Auch das OLG XXXX bestätigte diese Ansicht und sprach aus, dass auf die Dienstverhältnisse nicht der PKA-KV, sondern der gesatzte BAGS-KV anzuwenden ist (dabei handelte es sich um ein Pflegeheim mit psychiatrischem Schwerpunkt). Die Klagebegehren der Dienstnehmer wurden vom OLG XXXX nur deshalb abgewiesen, weil die jeweiligen Optierungserklärungen der Dienstnehmer fehlten.

Entgegen der Darstellung der BF trafen somit auch alle Arbeitsgerichte die Feststellung, dass der Tätigkeitsschwerpunkt in den Pflegeheimen nicht in der ärztlichen Betreuung liegt.

Es ist nicht nachvollziehbar, dass diese arbeitsgerichtlichen Entscheidungen für die BF nicht genug Anlass gaben, die BAGS-Satzung anzuwenden.

Weiters ist darauf zu verweisen, dass mit Urteil des OGH vom 29.03.2012, 9 ObA 70/11a, eine höchstgerichtliche Entscheidung zur genannten Thematik erging.

Im Jahr 2010 schloss der zum damaligen Zeitpunkt größte private steirische Heimbetreiber, einen arbeitsrechtlichen Vergleich nicht nur mit jenen Dienstnehmern, die geklagt hatten, sondern für alle Beschäftigten ab. In der Folge wurden auch alle Beitragsnachforderungsverfahren mit der Kasse beendet. Auch dieser Vergleich des damals größten privaten Pflegeheimbetreibers im Jahr 2010 hätte einen ernsthaften Anlass für weitergehende Überlegungen durch die BF liefern müssen.

In einem Artikel der Zeitschrift ZAK wird ausgeführt, dass erwartet wird, dass nach diesem Vergleich mit dem größten privaten Heimbetreiber der Steiermark weitere Heime ihren Widerstand aufgeben und ebenfalls den BAGS-KV anwenden. In den anderen Bundesländern sei der BAGS-KV bereits seit Jahren Normalität. Nur die steirischen Heimbetreiber hätten versucht, auf den für sie günstigeren Krankenanstalten-Kollektivvertrag auszuweichen.

Soweit die BF und die Zeugen einwenden, dass es sich bei der Zeitschrift ZAK um keine Fachzeitschrift handelt, ist auszuführen, dass es sich bei dieser Zeitschrift, wie die BF zutreffend bemerkt, um das MitgliederMagazin der steirischen Arbeiterkammer handelt. Nichtsdestotrotz wird in der Rubrik „Recht“ über die Auffassung der AK informiert. Für das erkennende Gericht ist der Artikel in der ZAK ein Indiz dafür, dass in Fachkreisen über dieses arbeitsrechtliche Thema diskutiert wurde. Die BF als Pflegeheimbetreiberin ist ein Teil dieses Fachkreises. Der von der belangten Behörde vorgelegte Artikel der Zeitschrift „Weekend Magazin“ mit der Schlagzeile in der Rubrik „Brisant“: „PFLEGESYSTEM VOR DEM AUS?“ entstammt ebenfalls keiner Fachzeitschrift, belegt aber, dass in den allgemein zugänglichen steirischen Medien über den BAGS-KV berichtet wurde.

Die BF ist seit 21.12.2005 ordentliches Mitglied beim Verband der Privatkrankenanstalten (siehe Anfragebeantwortung vom 29.03.2010 an die belangte Behörde). Die BF konnte in diesem Zusammenhang nicht plausibel darlegen, warum sie erst sechs Jahre nach Erteilung der Betriebsbewilligung für das gegenständliche Pflegeheim dem Verband beigetreten ist. Desweiteren wurde die BF mit Schreiben des Verbandes Steirischer Alten- und Betreuungsheime vom 03.05.2006 darauf hingewiesen, dass seit 1. Mai jeder steirische Pflegeheimbetreiber Mitglied eines Kollektivvertrages sein muss, bzw. dass jene Einrichtungen, die sich bis zum 30. April für keinen anderen Kollektivvertrag entschieden haben, aufgrund der Satzung des BAGS automatisch Mitglieder des BAGS-KV sind. Somit sind für das erkennende Gericht die Ausführungen der belangten Behörde nachvollziehbar, wenn diese von einem „Fluchtverhalten“ vor dem

BAGS-KV spricht.

Das erkennende Gericht schließt sich den Argumenten der belangten Behörde an und kommt zum Schluss, dass sich die BF spätestens in der ersten Jahreshälfte 2007 der Problematik „Anwendung des BAGS-KV“ bewusst gewesen sein musste.

Dass die BF ihrer Erkundigungspflicht (Nachfrage bei der belangten Behörde) nicht nachgekommen ist, ist unstrittig.

Insgesamt ergeben die vorliegenden Tatsachen und Beweise ein Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet das bisherige Ermittlungsverfahren als hinreichend, um den maßgeblichen Sachverhalt festzustellen. Aus den angeführten Gründen konnte der dem Bundesverwaltungsgericht vorliegende Akteninhalt dem gegenständlichen Erkenntnis im Rahmen der freien Beweiswürdigung zugrunde gelegt werden.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchteil A) Abweisung der Beschwerden:

3.1. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung des VwGH zu Zl. 2013/08/0224 vom 06.10.2015, mit der auf das vom 27.11.2014 ergangene Erkenntnis zu Zl. 2013/08/0291 verwiesen wurde, ergehen folgende Ausführungen:

Gegenständlich ist strittig, ob die seitens der belangten Behörde festgestellten Differenzen und die damit vorgeschriebene Nachrichtung zu Recht erfolgt ist.

Die belangte Behörde begründete ihre Bescheide im Wesentlichen damit, dass die im Pflegebereich Beschäftigten der BF dem BAGS-KV unterliegen, jedoch nach dem Kollektivvertrag für Privatkrankeanstalten abgerechnet wurden.

Gemäß § 44 Abs. 1 ASVG ist Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge der im Beitragszeitraum gebührende, auf volle Cent gerundete Arbeitsverdienst, welche nach Z 1 bei den pflichtversicherten Dienstnehmern das Entgelt im Sinne des § 49 Abs. 1 ASVG ist.

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.

Sonderzahlungen sind gemäß § 49 Abs. 2 ASVG Bezüge im Sinne des Abs. 1, die in größeren Zeiträumen als den Beitragszeiträumen gewährt werden, wie z.B. ein 13. oder 14. Monatsbezug, Weihnachts- oder Urlaubsgeld, Gewinnanteile oder Bilanzgeld. Sie sind als Entgelt nur nach Maßgabe der Bestimmungen des § 54 und der sonstigen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, in denen die Sonderzahlungen ausdrücklich erfasst werden, zu berücksichtigen.

Von den auf Cent gerundeten Sonderzahlungen sind gemäß § 54 Abs. 1 ASVG Sonderbeiträge in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung mit dem gleichen Hundertsatz wie für sonstige Bezüge zu entrichten.

Geht der Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis hervor und ist dessen wirtschaftlicher Wert dazu bestimmt, die Dienstleistungen des Arbeitnehmers zu entgelten, so kommt es auf den Rechtsgrund dieses Anspruches, also darauf, ob der Geld- oder Sachbezug in Erfüllung des Arbeitsvertrages oder aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes wegen eines Bruches des Vertrages gebührt, nicht an (VwGH vom 19.01.1989, Zl. 87/08/0274; zur Urlaubsentschädigung vgl. VwGH vom 03.07.2002, Zl. 98/08/0397; zur Kündigungsentschädigung vgl. VwGH vom 20.05.1987, Zl. 83/08/0174; vgl. demgegenüber zu Schadenersatzleistungen, die nicht Ersatzleistungen für entgehenden Arbeitslohn sind, Mazal, Zur Beitrags- und Lohnsteuerpflicht von Schadenersatzleistungen, RdW 1984, 279 f).

3.2. Die BF beruft sich auf ihre Mitgliedschaft bei dem am Kollektivvertrag für Privatkrankeanstalten beteiligten Verband der Privatkrankeanstalten Österreichs und damit darauf, dass ein Kollektivvertrag nach § 18 Abs. 3 Z 4 ArbVG nur dann zur Satzung erklärt werden darf, wenn die von der Satzung zu erfassenden Arbeitsverhältnisse nicht schon durch einen Kollektivvertrag erfasst sind (bzw. dass Kollektivverträge nach § 19 Abs. 2 ArbVG für ihren Geltungsbereich eine bestehende Satzung außer Kraft setzen).

Der Kollektivvertrag für Privatkrankeanstalten Österreichs findet aber lediglich auf Dienstnehmer Anwendung, die bei Mitgliedern des Verbands der Privatkrankeanstalten Österreichs beschäftigt sind, welche Einrichtungen betreiben, in denen besondere Pflegeleistungen erbracht werden und bei denen der Tätigkeitsschwerpunkt der Leistungen in der ärztlichen Betreuung liegt.

Dies ist bei dem gegenständlichen Pflegeheim nicht der Fall. Im vorliegenden Beschwerdefall handelt es sich nicht um eine Krankenanstalt (vgl. zum Krankenanstalten-Begriff § 1 KAKuG). Die zentrale Funktion des Pflegeheims liegt in der Pflege und Betreuung pflegebedürftiger Personen. Eine fallweise ärztliche Betreuung reicht nicht aus, um einen dahingehenden Tätigkeitsschwerpunkt zu begründen. Die Anwendung des Kollektivvertrags für Privatkrankenanstalten scheidet somit an der fehlenden Kollektivvertragsfähigkeit des Verbandes der Privatkrankenanstalten Österreichs in Bezug auf das Arbeitsverhältnis der Parteien (vgl. OGH vom 29.03.2012, 9 ObA 70/11a, unter Hinweis auf OGH 9 ObA 114/06).

Für die Betriebsqualifikation ist es belanglos, ob die verwaltungsmäßige Leitung mehr oder weniger zentral, das heißt außerhalb des Betriebes, durchgeführt wird. Den Betrieb kennzeichnet die organisatorische Zusammenfassung von Betriebsvorgängen zu einem in sich geschlossenen Arbeitsverfahren, die auf Dauer berechnete Vereinigung von Arbeitskräften zur Erzielung bestimmter Arbeitsergebnisse. Zur Frage, wann die im Gesetz geforderte „organisatorische Einheit“ gegeben ist, wurde in der Rechtsprechung ausgeführt, dass diese Einheit in dreifacher Weise zum Ausdruck kommen müsse, nämlich in der Einheit des Betriebsinhabers, in der Einheit des Betriebszweckes und in der Einheit der Organisation. Unter dem Betriebszweck ist der unmittelbare, insbesondere der technische Zweck ohne Rücksicht auf den kaufmännischen Erfolg oder die kaufmännische oder unternehmerische Absicht zu verstehen. Es ist dies der Zweck, der letzten Endes in der Erzielung von Arbeitsergebnissen zum Ausdruck komme (vgl. Lindmayr, Handbuch der Arbeitsverfassung, 8. Auflage, Rz 143).

Wie oben festgestellt, handelt es sich bei der Klinik Eggenberg um eine Krankenanstalt bei der der Tätigkeitsschwerpunkt in der Leistung ärztlicher Betreuung liegt und beim XXXX um ein Pflegeheim, das auf die Erbringung von Pflege- und Betreuungsleistungen ausgerichtet ist. Das Vorbringen der BF, dass es sich um einen Mischbetrieb handle und der Aufgabenbereich der Krankenanstalt jenen des Pflegeheims überwiege, scheidet somit, selbst bei einheitlicher Organisation und Leitung, an dem fehlenden gemeinsamen Betriebszweck sowie den hierfür erforderlichen (landes)rechtlichen Bewilligungen.

3.3. In der Beschwerde wurde auch vorgebracht, dass die BF als gewinnorientiertes Unternehmen nicht in den fachlichen Geltungsbereich des BAGS-KV falle.

Die vorstehende Überlegung der BF bildet keinen stichhaltigen Einwand gegen die Gesetzmäßigkeit der Satzungserklärung. Richtig ist, dass die Satzungserklärung nach § 18 Abs. 3 Z 3 ArbVG auch davon abhängt, dass die von der Satzung zu erfassenden Arbeitsverhältnisse im Verhältnis zu jenen, die dem Kollektivvertrag unterliegen, „im Wesentlichen gleichartig“ sind. Dabei geht es vor allem um die inhaltliche Gestaltung der Arbeitsverhältnisse, insbesondere die Art der gegenseitig zu erbringenden Leistungen. Bei Ausweitung auf verwandte Branchen können auch die typischen Arbeitsbedingungen eine Rolle spielen. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Betriebe und ihre Größe könnte eventuell dann von Bedeutung sein, wenn sich diese Aspekte auf die Arbeitsweise (z.B. Maschineneinsatz) auswirken (vgl. Reissner in ZellKomm<sup>2</sup> § 18 ArbVG Rz 14 ua). Übertriebene Anforderungen an die Gleichartigkeit sind aber nicht zu stellen; sie muss nach § 18 Abs. 3 Z 3 ArbVG „im Wesentlichen“ bestehen. Ob die Pflegeleistungen von einem Profit- oder Non-Profit-Pflegeheim angeboten werden, spielt hier keine Rolle. Dieser Aspekt weckt keine Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit der Satzungserklärung in Bezug auf die Gleichartigkeit der Arbeitsverhältnisse (vgl. VfSlg 13.880 ua; vgl. OGH vom 29.03.2012, 9 ObA 70/11a).

3.4. Dass die gegenständlichen Dienstverhältnisse mangels Mitgliedschaft der BF bei der Berufsvereinigung von Arbeitgebern für Gesundheits- und Sozialberufe (BAGS) nicht unmittelbar dem BAGS-KV unterliegen, ist ebenso wenig strittig wie der Umstand, dass der BAGS-KV vom 17.12.2003, Stand 01.01.2006, mit Verordnung des Bundeseinigungsamts beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit vom 24.04.2006, Zl. 84/BEA/2006-11, zur Satzung erklärt wurde und dass es in der Folge bezüglich weiterer Fassungen des BAGS-KV zu weiteren Satzungserklärungen durch das Bundeseinigungsamt kam.

In Art. I der Satzungserklärung wurde der fachliche Geltungsbereich der Satzung insbesondere dahin geregelt, dass sie mit bestimmten, hier nicht wesentlichen Ausnahmen, für Anbieter sozialer oder gesundheitlicher Dienste präventiver, betreuender oder rehabilitativer Art für Personen, die entsprechender Hilfe oder Betreuung bedürfen, gilt.

In Art II der Satzungserklärung wurde der BAGS-KV als Inhalt der Satzung festgelegt.

§ 41 Z 2/B BAGS-KV lautet in der durch die Satzungserklärung modifizierten Form wie folgt:

„Für Arbeitnehmerinnen, deren Arbeitsverhältnis vor dem In-Kraft-Treten der Satzung begründet wurde, gilt dieser

Kollektivvertrag mit Ausnahme der Bestimmungen des § 8 Abs. 3 lit d, e: Vergütung der Nachtarbeitsbereitschaft, § 9 Abs. 1 und 2: Nachtarbeits-Zuschlag/Pauschale, § 10 Abs. 6 und 7: Überstundenzuschläge/Mehrarbeitsvergütung, § 13 Abs. 1: Rufbereitschaft, § 26: Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration, § 28: Verwendungsgruppen, § 29: Gehaltstabelle, § 30: allgemeine Entgeltregelungen, § 31: Zulagen und Zuschläge und § 32: Anrechnung von Vordienstzeiten für Gehalt. Jede Arbeitnehmerin hat einmalig, einseitig das Recht, sich innerhalb von sechs Monaten nach In-Kraft-Treten der Satzung zu entscheiden, ob sie auch in die oben angeführten Bestimmungen dieses KV optiert oder in ihren bisherigen Entgeltbestimmungen verbleibt. Gibt die Arbeitnehmerin keine Optierungserklärung ab, so verbleibt sie in ihren bisherigen Entgeltbestimmungen.

Danach ist ein Wechsel in die Entgeltbestimmungen des KV nur im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber möglich.

Mit der Optierung treten alle bisherigen vertraglichen Vereinbarungen über Entgelte, Zulagen, Zuschläge und Aufwandsentschädigungen außer Kraft, sofern sie nicht in einer echten Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs. 1 ArbVG geregelt sind. Bisherige Zusatzurlaubsregelungen bleiben erhalten und gelten als Vorgriff auf die Urlaubsregelungen nach den Bestimmungen des § 16 dieses KV.

Dies bedeutet, dass der nach diesem KV geregelte erhöhte Urlaubsanspruch um 2 Werktage nach 10-jähriger Betriebszugehörigkeit, um 4 Werktage nach 15-jähriger Betriebszugehörigkeit bzw. um 6 Werktage nach 20-jähriger Betriebszugehörigkeit auf diesen Zusatzurlaub angerechnet wird. Nicht anzurechnen sind Urlaubsregelungen nach dem NSCHG oder analogen Regelungen im stationären Bereich. Auf den gesetzlich vorgesehenen Anspruch auf 36 Werktage nach 25 Dienstjahren erfolgt hinsichtlich der bisherigen Zusatzurlaubsregelungen keine Anrechnung mehr.

Nach In-Kraft-Treten der Satzung sind günstigere Vereinbarungen weiterhin abschließbar.

Als Grundlage für die Optierungsentscheidung sind alle Arbeitnehmerinnen fiktiv in die Verwendungsgruppen und Gehaltsstufen nach den Bestimmungen dieses KV einzustufen; unabhängig von der bestehenden Ist-Entlohnung.

Zum Vergleich der bestehenden Ist-Entgelte mit den in diesem KV festgelegten Entgelten werden eine Ist-Vergleichssumme und eine KV-Vergleichssumme gebildet. In diese Vergleichssummen sind all jene betrieblichen, regelmäßigen Entgeltbestandteile einzurechnen, die für Zeiten der Normalarbeitszeit gewährt werden.

Ausgenommen davon sind Sonn-, Feiertags- und Nachtdienstzulagen.

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, der Arbeitnehmerin binnen vier Monaten nach In-Kraft-Treten der Satzung über die fiktive Einstufung, über die Ist-Vergleichssumme und KV-Vergleichssumme eine schriftliche Information auszuhändigen.

Bei Arbeitnehmerinnen, die sich dafür entscheiden, in ihren bisherigen Entgeltbedingungen zu verbleiben, erfolgt die jährliche Gehaltsanpassung dieser Entgeltbedingungen entsprechend der vereinbarten Ist-Lohn-/Gehaltserhöhung.

Der zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der Satzung bezahlte Ist-Lohn/-gehalt (das sind all jene betrieblichen, regelmäßigen Entgeltbestandteile, die für Zeiten der Normalarbeitszeit gewährt werden) gilt als Mindestlohn.

Für Arbeitnehmerinnen, die sich für den Übertritt entscheiden, gelten folgende Bestimmungen:

Liegt die Ist-Vergleichssumme über der KV-Vergleichssumme, erfolgt die jährliche Gehaltsanpassung entsprechend der vereinbarten Ist-Lohn-/Gehaltserhöhung.

Liegt die Ist-Vergleichssumme unter der KV-Vergleichssumme, so ist der so ermittelte Differenzbetrag als Abzugsbetrag vom jeweiligen KV-Gehalt innerhalb von 10 Jahren (bis zum Jahresende 2014) abzubauen. Für Kindergartenhelferinnen ist die Differenz innerhalb von 15 Jahren (bis zum Jahresende 2019) abzubauen. Dies hat jährlich in gleich hohen monatlichen Beträgen zu erfolgen. Monatliche Differenzbeträge bis zu einer Höhe von EUR 5,- sind im ersten Jahr anzugleichen."

3.5. In Anbetracht dessen, dass vorliegend die Dienstnehmer keine Optierungserklärung abgegeben haben, bleibt bei der Ermittlung des Anspruchslohnes iSd § 49 Abs. 1 ASVG zwar für eine unmittelbare Anwendung der Entgeltbestimmungen des gesetzten BAGS-KV kein Raum, jedoch sind auch Schadenersatzpflichten, die sich auf die Lohngestaltung beziehen, zu berücksichtigen.

Die BF führt dazu aus, dass sie an der unrichtigen KV-Einstufung kein Verschulden treffe, zumal auf zahlreiche Lehr- und Judikaturmeinungen verwiesen werden könne, die die ehemalige Rechtsansicht der BF stützen würden. Es ist

grundsätzlich davon auszugehen, dass sich ein Meldepflichtiger alle zur Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtungen notwendigen Kenntnisse verschaffen muss und den Mangel im Falle einer darauf zurückzuführenden Meldepflichtverletzung als Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt zu vertreten hat. Den Meldepflichtigen trifft aber keine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung für die richtige Gesetzeskenntnis; erforderlich ist vielmehr eine Vorwerfbarkeit der Rechtsunkenntnis (VwGH vom 27.07.2001, Zl. 2001/08/0069 mwN). Der BAGS-KV und die darin enthaltenen Übergangsbestimmungen traten mit 01.05.2006 in Kraft.

Den Feststellungen, dass die Beschäftigten der BF keine Optionserklärung zur Anwendung des BAGS-KV abgegeben haben, sie von der BF nicht über die Anwendung des BAGS KV informiert wurden, weder die Information über die fiktive Einstufung, noch über die Ist-Vergleichssumme und die KV-Vergleichssumme erhielten, trat die BF nicht substantiiert entgegen.

Die BF hat ihre durch § 41 des gesatzten BAGS-KV konkretisierte Informationspflicht verletzt, weil sie den DienstnehmerInnen keine Vergleichsberechnungen aushändigte und ihnen somit keine Grundlage für die Optierungsentscheidung zur Verfügung gestellt hat und ist für die Pflichtverletzung nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Erwägungen haftbar.

Der VwGH führt in seiner ständigen Rechtsprechung zu § 68 Abs. 1 ASVG (siehe vom 17.10.2012, Zl. 2011/08/0002 oder zuletzt vom 15.07.2019, Ra 2019/08/0107) aus, dass bei der Beurteilung der Frage, ob ein Dienstgeber die Unrichtigkeit seiner Angaben bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen müssen, davon auszugehen ist, dass sich ein Meldepflichtiger alle zur Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtung notwendigen Kenntnisse verschaffen muss und den Mangel im Falle einer darauf zurückzuführenden Meldepflichtverletzung als Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt zu vertreten hat. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Meldepflichtiger, der nicht über die genannten Kenntnisse verfügt, nicht schon deshalb exkulpiert ist, weil er sich mit der strittigen Frage ohnedies, wenn auch nur aufgrund seiner eingeschränkten Kenntnisse, auseinandergesetzt hat und dementsprechend vorgegangen ist. Ihn trifft vielmehr eine Erkundigungspflicht, sofern er seine - objektiv unrichtige - Rechtsauffassung nicht etwa auf höchstgerichtliche (und erst später geänderte) Rechtsprechung oder - bei Fehlen einer solchen - auf eine ständige Verwaltungsübung zu stützen vermag. Insbesondere geht die Erkundigungspflicht dahin, sich über die Vertretbarkeit seiner Rechtsauffassung bei der Behörde und/oder einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugten Person oder Stelle Gewissheit zu verschaffen.

Im hier vorliegenden Fall handelt es sich zweifelsohne um eine Rechtsfrage, die nicht in den Wissensstand eines „normalen“ Meldepflichtigen fällt. Die BF hat sich auch zugestandenermaßen mit der Rechtsfrage auseinandergesetzt.

Allerdings hat bis zum 29.03.2012 keine höchstgerichtliche Rechtsprechung in dieser Angelegenheit existiert. Die ständige Verwaltungsübung der belangten Behörde ging eindeutig in Richtung Anwendung der BAGS-Satzung. Die BF konnte ihre unrichtige Rechtsauffassung also weder auf höchstgerichtliche Rechtsprechung noch auf eine ständige Verwaltungsübung stützen.

Die BF hätte also die oben angeführte Erkundigungspflicht getroffen. Eine derartige Erkundigung hat die BF aber weder behauptet noch bewiesen. Damit hat die BF aber die gehörige Sorgfalt außer Acht gelassen, weshalb ihr ein Verschulden bei der Nichtaushändigung der Vergleichsberechnung anzulasten ist.

Die darüber hinaus erforderliche Kausalität ist ebenfalls gegeben, da die betroffenen Dienstnehmer bei ordnungsgemäßer Aushändigung der Vergleichsberechnung voraussichtlich in den gesatzten BAGS-KV optiert hätten, da der BAGS-KV höhere Lohnsätze vorsieht als der Privatkrankenanstalten-Kollektivvertrag.

Die BF hat nicht bestritten, dass die Entgeltsbedingungen im Anwendungsbereich des BAGS-KV für jeden der Dienstnehmer günstiger waren als die ohne eine Optierung geltenden bisherigen Entgeltsbedingungen, und sie hat auch nicht behauptet, es lägen besondere Umstände vor, die einzelne Dienstnehmer aus nachvollziehbaren Gründen veranlasst haben würden, trotz dieser entgeltmäßigen Besserstellung von einer Optierung Abstand zu nehmen.

Die BF ist für die Pflichtverletzung nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Erwägungen haftbar. Es wäre nach dem § 1298 ABGB Sache der BF gewesen, ihr mangelndes Verschulden an der Verletzung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht darzutun. Der erlittene Schaden ist mit jenen Entgeltdifferenzen gleichzusetzen, die die Dienstnehmer infolge der unterbliebenen Optierungserklärungen versäumten (vgl. OGH 29.03.2012, 9 ObA 70/11a; vgl. VwGH vom 27.11.2014, Zl. 2013/08/0291).

Die belangte Behörde hat daher die der Höhe nach nicht bestrittenen Entgeltdifferenzen gemäß § 44 Abs. 1 Z 1 iVm § 49 Abs. 1 und § 54 ASVG zu Recht der Berechnung der Beitragshöhe zu Grunde gelegt.

Aus den genannten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchteil B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 (VwGG), BGBl. Nr. 10/1985 idgF, hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision gegen die gegenständliche Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hervorgekommen.

#### **Schlagworte**

Beitragsnachverrechnung Erkundigungspflicht Kollektivvertrag Krankenanstalt Pflegeheim Pflichtverletzung Satzung

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

ECLI:AT:BVWG:2020:G308.2013112.1.00

#### **Im RIS seit**

19.11.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

19.11.2020

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

© 2024 JUSLINE

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

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