

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/7/27 W209 2226366-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.07.2021

## Entscheidungsdatum

27.07.2021

## Norm

ASVG §410

ASVG §44

ASVG §49

ASVG §54

ASVG §58

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W209 2226366-1/27E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Einzelrichter über die Beschwerde der XXXX , XXXX , XXXX , vertreten durch Marschall & Heinz Rechtsanwalts-Kommanditpartnerschaft, Goldschmiedgasse 8, 1010 Wien, gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse, Landesstelle Wien, vom 05.11.2019, GZ: VA-VR/9732624/18-Mag.Ha, betreffend Verpflichtung zur Nachentrichtung von Beiträgen, Sonderbeiträgen, Umlagen und Beiträgen nach dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG) in Gesamthöhe von € 9.965,70 hinsichtlich der Beschäftigung des Dienstnehmers XXXX , VSNR XXXX , in der Zeit von 01.01.2015 bis 31.12.2015 nach am 11.02.2021 und 28.04.2021 durchgeführter mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass der im Spruch des angefochtenen Bescheides genannte Betrag „EUR 2.395,49“ zu lauten hat.

B)

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

**Text**

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit angefochtenem Bescheid vom 05.11.2019 verpflichtete die belangte Behörde (im Folgenden: ÖGK) die XXXX (im Folgenden: Beschwerdeführerin) zur Zahlung von Beiträgen, Sonderbeiträgen, Umlagen und Beiträgen nach dem BMSVG in Gesamthöhe von € 9.965,70 betreffend die Beschäftigung des Dienstnehmers XXXX , VSNR XXXX , (im Folgenden: ZS) in der Zeit von 01.01.2015 bis 31.12.2015.

Begründend wurde ausgeführt, dass bei der Beschwerdeführerin eine gemeinsame Prüfung aller lohnabhängigen Abgaben (GPLA) hinsichtlich der Beitragsjahre 01.01.2015 bis 31.12.2016 durchgeführt worden sei. Von ihrem rechtlichen Vertreter sei am 30.01.2018 ein Antrag auf bescheidmäßige Festsetzung des Beitragsrückstandes für den Beitragszeitraum Jänner 2015 bis Dezember 2015 gestellt worden. Aufgrund der vom oben genannten Dienstnehmer vorgelegten Arbeitsaufzeichnungen seien die Beitragsgrundlage für das Jahr 2015 erhöht und die rückständigen Beiträge nachverrechnet worden. Die tatsächlich ausbezahlten Löhne seien „anhand von sichergestellten Berechnungsprogrammen“ und den Aufzeichnungen des genannten Dienstnehmers ermittelt worden und sei auf diese Weise für erbrachte Arbeitsleistungen im Jahr 2015 ein zusätzlicher Bezug von € 24.415,15 im Zuge der GPLA nachverrechnet worden. Von Seiten des Arbeitgebers hätten keine Arbeitsaufzeichnungen für diesen Zeitraum vorgelegt werden können. Im Zuge der Schlussbesprechung seien die bei der GPLA festgestellten Differenzen (Feststellungen) ausführlich und persönlich mit der Beschwerdeführerin besprochen und dem Dienstgeber bzw. dessen steuerlicher Vertreter das Ergebnis der getroffenen Feststellungen mitgeteilt und die Besprechungsunterlagen übergeben worden.

In den Arbeitszeitaufzeichnungen des genannten Dienstnehmers seien die geleisteten Arbeitsstunden schriftlich festgehalten und der erhaltene Verdienst den einzelnen Arbeitstagen zugeordnet worden. In einer am 22.08.2018 aufgenommenen Niederschrift habe ZS angegeben, dass er ca. 1,5 Jahre für die Beschwerdeführerin gearbeitet habe. Den genauen Zeitraum wisse er nicht mehr. Angestellt habe ihn XXXX (im Folgenden: VJ). Er sei als Kellner tätig gewesen. Als er zu arbeiten begonnen habe, sei ihm gesagt worden, dass die Arbeitszeit 20 Stunden betrage, später jedoch eventuell auf 40 Stunden erhöht werden könne. Wie hoch sein Lohn gewesen sei, könne er nicht genau sagen. Er habe sein Geld am Abend des jeweiligen Tages nach der Abrechnung in bar erhalten. Er habe keine Arbeitszeitaufzeichnungen führen müssen. Er habe die von ihm nachträglich aufgezeichneten und der Gewerkschaft zur Kenntnis gebrachten Arbeitszeiten von Zetteln und sonstigen Informationen übernommen. Auf diesen Zetteln sei immer sein Name, der Betrag, den er erhalten habe, und das Datum gestanden. Diese Zettel seien von VJ geschrieben worden und hätten von niemandem unterschrieben werden müssen. Es habe Wochenpläne gegeben, denen zufolge er 40 Stunden oder mehr arbeiten habe müssen. Er habe auch tatsächlich in diesem Ausmaß gearbeitet und das Geld dafür erhalten. Wieso Kollegen von ihm, die er als Zeugen genannt habe, sich nicht daran erinnern können, dass er 40 Stunden gearbeitet habe, könne er sich nicht erklären.

Am 28.06.2018 sei ein Kollege des ZS, XXXX , (im Folgenden: SN) niederschriftlich befragt worden. Dabei habe dieser bestätigt, dass keine Arbeitsaufzeichnungen geführt werden hätten müssen. Da alle Dienstnehmer in der Nähe gewohnt hätten, seien sie in der arbeitsfreien Zeit nach Hause geschickt worden und erst am Abend wieder in die Arbeit gekommen. Die Öffnungszeiten des Lokals seien von 11 Uhr bis ca. 22 Uhr gewesen. Die Arbeitszeiten seien nicht kontrolliert worden. Manchmal habe das Personal auch über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus arbeiten müssen, wenn das Lokal voll gewesen sei oder eine Veranstaltung stattgefunden habe. Dafür hätten die Mitarbeiter dann ein anderes Mal früher gehen können. Diese Zeiten seien nicht als Überstunden ausbezahlt worden. Der Lohn sei bar auf die Hand ausbezahlt worden. Er könne nicht bezeugen, dass ZS öfters länger arbeiten habe müssen.

Am gleichen Tag sei ein weiterer Kollege des ZS, XXXX , (im Folgenden: GP) niederschriftlich befragt worden. Dabei habe dieser angegeben, seit ca. 1997 bei der Beschwerdeführerin zu arbeiten. Er sei für 40 Stunden angemeldet und als Koch beschäftigt. Die Öffnungszeiten des Lokals seien von 11 Uhr bis ca. 22 Uhr, montags sei Ruhetag. Er habe keine Arbeitszeitaufzeichnungen führen müssen. Die Arbeitszeiten seien untereinander abgesprochen worden. Es sei nie vorgekommen, dass man über die vereinbarte Arbeitszeit hinaus arbeiten habe müssen. Der Arbeitslohn sei bar auf die Hand mit einem Lohnzettel ausbezahlt worden. Er könne nicht bezeugen, dass ZS öfters länger arbeiten habe müssen. Etwaige Überstunden seien üblicherweise im Zeitausgleich abgegolten worden.

Am 02.10.2018 sei der Kollege des ZS, XXXX , (im Folgenden: AL) niederschriftlich befragt worden. Dabei habe dieser angegeben, dass er von September 2003 bis 31.08.2017 bei der Beschwerdeführerin gearbeitet habe. Er sei dort mit 20 Stunden angemeldet gewesen. Er sei von VJ angestellt worden. Er habe Tag und Nacht gearbeitet. Die Öffnungszeiten seien wie folgt gewesen: Um 15 Uhr sei aufgesperrt worden. Der Frühdienst habe um 14.00 beginnen müssen. Die Mitarbeiter seien oft bis 23 Uhr bzw. Mitternacht im Lokal gewesen. Er sei ebenfalls als Kellner tätig gewesen. Seine Bezahlung sei auf Basis einer prozentuellen Umsatzbeteiligung erfolgt. Er glaube, dass VJ Arbeitsaufzeichnungen geführt habe. Diese habe immer im größten Arbeitsstress um eine Unterschrift für diese Aufzeichnungen ersucht. Meist sei jedoch von den Mitarbeitern nichts unterschrieben worden. Er selbst habe jeden Tag aufgeschrieben, wie viele Stunden er gearbeitet habe und wie viel ihm bezahlt worden sei. Er habe die Umsätze fotografiert, die teilweise „schwarz“ ausbezahlt worden seien. Es habe auch Wochenpläne gegeben. Der Lohn sei täglich bar auf die Hand ausbezahlt worden. Es sei auch vorgekommen, dass er länger arbeiten habe müssen. Im Falle von Veranstaltungen seien die Öffnungszeiten nicht eingehalten worden. Das Personal habe dann länger bleiben müssen und zwar so lange, bis die Gäste gegangen seien. In den 14 Jahren habe es immer fix drei Wochen Betriebsurlaub gegeben, welche niemals bezahlt worden seien. Es habe kein Urlaubs- und kein Weihnachtsgeld gegeben. Diese Sonderzahlungen seien angeblich in dem Prozentsatz des Umsatzes miteingerechnet gewesen. Er könne bezeugen, dass ZS mehr gearbeitet habe. Er könne dies insofern bezeugen, als er seine persönlichen Unterlagen vorlegen könne. Er selbst habe in der Vergangenheit bei der Gewerkschaft/Arbeiterkammer vorgesprochen, seine Ansprüche dann aber nicht geltend gemacht.

Laut Erhebungsbericht vom 19.10.2018 sei AL im Besitz von Tonaufnahmen von VJ, auf denen zu hören sei, dass diese nicht immer alle Mitarbeiter angemeldet habe.

In einem Schreiben an die ÖGK habe der Landessekretär der Gewerkschaft Vida Wien angegeben, dass im Rahmen der Rechtsberatung festgestellt worden sei, dass bei der Beschwerdeführerin Lohnzahlungen nicht ordnungsgemäß abgerechnet worden seien. Es seien Mitarbeiter mit weniger Wochenstunden bei der ÖGK angemeldet gewesen, als diese tatsächlich gearbeitet hätten. Der Lohn im Ausmaß von 9 % des Tagesumsatzes inklusive etwaiger Trinkgeldanteile sei täglich ausbezahlt worden.

Die rechtliche Vertretung der Beschwerdeführerin habe am 07.05.2018 angegeben, dass ZS zu keiner Zeit, sohin auch nicht im Jahr 2015, mehr als 20 Stunden pro Woche für die Beschwerdeführerin gearbeitet habe. Die Mitarbeiter SN und GP könnten dies bestätigen.

Von Seiten der Beitragsprüfung sei die Differenz zwischen den auf dem Lohnkonto angegebenen Entgelten für die Monate Jänner bis Dezember 2015 und den laut ZS tatsächlich erhaltenen Entgelten zur Nachverrechnung herangezogen worden, wobei das Nettoentgelt auf das entsprechende Bruttoentgelt hochgerechnet worden sei.

In einer schriftlichen Stellungnahme im Anschluss an die Akteneinsicht, datiert mit 31.12.2019, habe die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin ausgeführt, dass die Angaben von ZS unrichtig und in sich unschlüssig seien. So habe er sich nicht einmal daran erinnern können, in welchem Zeitraum er für die Beschwerdeführerin tätig gewesen sei. Detaillierte Stundenaufzeichnungen habe er jedoch führen können. Er habe zu keinem Zeitpunkt mehr gearbeitet und seine vermeintlichen Ansprüche auch nicht gerichtlich geltend gemacht. Die Aussage des AL sei ebenfalls unrichtig. Auch die Richtigkeit der von ihm vorgelegten Stundenaufzeichnungen werde ausdrücklich bestritten. Es sei nicht erklärlich, weshalb er nunmehr nicht den Tatsachen entsprechende Angaben zu seiner Arbeitszeit mache. Nicht unerwähnt bleiben dürfe in diesem Zusammenhang, dass die Beschwerdeführerin nunmehr das Lokal „ XXXX “ in XXXX , XXXX , betreibe und AL mehrfach versucht habe, in diesem von der Beschwerdeführerin betriebenen Lokal eine Anstellung zu finden. Dies sei ihm jedoch verwehrt worden. Festzuhalten sei schließlich auch, dass bezeichnenderweise AL seine vermeintlichen Ansprüche nicht einmal über die Gewerkschaft eingefordert, geschweige denn diese gerichtlich geltend gemacht habe. Was den Erhebungsbericht anlangt, wonach sich die Öffnungszeiten nicht mit den Stunden der gemeldeten Dienstnehmer decken würden, sei auf die Aussage des Zeugen SN vom 28.06.2018 zu verweisen, wonach ein Großteil des Personals in der Nähe gewohnt habe und bei geringerem Bedarf nach Hause geschickt worden sei, um am (stärker frequentierten) Abend wieder zu kommen. Die Beschwerdeführerin habe die Einvernahme des Zeugen SN zum Beweis der Richtigkeit der Ausführung, dass die meisten Kellner lediglich 20 Stunden die Woche arbeiteten würden, beantragt, sowie die Einvernahme der Gesellschafter. Auf die Aufnahme von Niederschriften mit weiteren Zeugen sei jedoch verzichtet worden.

Die ÖGK gehe davon aus, dass die in den von ZS bereitgestellten Unterlagen aufgezeichneten Arbeitszeiten dem tatsächlichen Umfang seiner Tätigkeit für die Beschwerdeführerin entsprechen und auch die aufgezeichneten Entgeltzahlungen tatsächlich erfolgt seien. Etwaige gegenteilige Behauptungen der Zeugen GP und SN hätten nicht überzeugt. Diese seien bei ihren Aussagen die Arbeitszeit von ZS betreffend sehr vage geblieben. Es sei zu vermuten, dass sie ihren aktuellen Arbeitgeber „schützen“ hätten wollen. Im Gegensatz dazu seien die Aussagen des AL sehr detailliert gewesen. Auch der Umstand, dass AL im Gegensatz zu den anderen Zeugen in keinem Abhängigkeitsverhältnis mehr zum Dienstgeber stehe, stärke die Glaubwürdigkeit seiner Aussage. Die Tatsache, dass der Arbeitgeber keinerlei Arbeitsaufzeichnungen geführt habe bzw. auch die Mitarbeiter nicht dazu angehalten bzw. verpflichtet habe, solche zu führen, spreche nach allgemeiner Lebenserfahrung dafür, dass das Entgelt teilweise „schwarz“ ausbezahlt worden seien. Für das Jahr 2015 seien daher Beiträge in Gesamthöhe von € 10.066,36 nachzuerrechnen gewesen. Über die Wohnbauförderungsbeiträge im Ausmaß von € 100,66 sei nicht bescheidmäßig abzusprechen gewesen.

2. Dagegen erhob die Beschwerdeführerin binnen offener Rechtsmittelfrist durch ihre rechtliche Vertretung Beschwerde, in welcher sie zunächst eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung geltend machte. So habe die belangte Behörde sich in ihrer dislozierten Beweiswürdigung auf Leerformeln und Mutmaßungen beschränkt. Nach ständiger Rechtsprechung seien die einzelnen Beweisergebnisse gegeneinander abzuwägen und habe die Behörde darzulegen, auf Grund welchen Beweisergebnisses sie zu welcher Feststellung gelangt sei. Die Ausführungen, die Angaben der Zeugen GP und SN seien vage geblieben, seien unrichtig. So habe der Zeuge SN anlässlich seiner Einvernahme am 28.06.2018 dezidiert angegeben, dass er ZS als Arbeitskollegen kenne, er jedoch nicht bezeugen könne, dass dieser öfters länger arbeiten habe müssen. Diese Aussage sei präzise und ergebe sich daraus, dass ZS tatsächlich nicht länger gearbeitet habe. Nahezu inhaltsgleich habe der Zeuge GP anlässlich seiner Einvernahme am 28.06.2018 angegeben, dass er ebenfalls nicht bezeugen könne, dass ZS länger arbeiten habe müssen. Die beiden Zeugen hätten die von ihnen wahrgenommenen Umstände präzise und nachvollziehbar wiedergegeben. Auf Grund der Tatsache, dass der Zeuge GP 40 Stunden pro Woche gearbeitet habe und demnach täglich länger im Unternehmen gewesen sei als die anderen Zeugen, sei seine Aussage glaubwürdiger. Dass der Aussage des AL als ehemaligem Mitarbeiter der Beschwerdeführerin eine höhere Glaubwürdigkeit zukomme, sei eine Leerformel. Die belangte Behörde habe sich überhaupt nicht mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, dass sowohl der Zeuge ZS als auch der Zeuge AL hinsichtlich ihrer vermeintlich höheren Arbeitszeit keine gerichtlichen Schritte gesetzt hätten, obwohl sie rechtlich von der Gewerkschaft vertreten worden seien. Die Beweiswürdigung der belangten Behörde reduziere sich sohin auf die Mutmaßung, dass Zeugen, die nach wie vor bei einem Arbeitgeber beschäftigt seien, weniger glaubwürdig seien, weil sie ihren Arbeitgeber schützen würden, hingegen ehemalige Arbeitnehmer auf Grund dieser Eigenschaft jedenfalls glaubwürdiger seien. Die Behauptung, die Tatsache, dass der Arbeitgeber keinerlei Arbeitsaufzeichnungen geführt habe bzw. auch die Mitarbeiter nicht dazu angehalten bzw. verpflichtet habe, solche zu führen, spreche nach allgemeiner Lebenserfahrung dafür, dass Entgeltzahlungen teilweise „schwarz“ ausbezahlt worden seien, sei ebenso eine Mutmaßung, die noch dazu mit der Realität nicht in Einklang zu bringen sei. Im Ergebnis bedeute dies nämlich, dass Arbeitgeber, die keinerlei Arbeitsaufzeichnungen führen, jedenfalls Entgeltzahlungen teilweise „schwarz“ vornehmen würden. Die belangte Behörde führe nicht aus, wie sie zur Ansicht gelangt sei, dass dies der „allgemeinen Lebenserfahrung“ entspreche. Dabei handle es sich um eine Pauschalverurteilung sämtlicher Arbeitgeber, die – aus welchen Gründen auch immer – keine Arbeitszeitaufzeichnungen führen.

Auch das Ermittlungsverfahren sei mangelhaft gewesen. Die belangte Behörde habe sich mit der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 31.01.2019 überhaupt nicht auseinandergesetzt. Der Widerspruch, wonach sich der Zeuge ZS einerseits nicht einmal erinnern habe können, in welchem Zeitraum er für die Beschwerdeführerin tätig gewesen sei, andererseits aber jeden Tag detaillierte Stundenaufzeichnungen geführt haben wolle, sei gänzlich unbeachtet geblieben. Auf Grund dieses berechtigten Einwandes sei es geradezu indiziert gewesen, den Zeugen ZS abermals zu diesem Vorhalt einzuvernehmen. Ebenso verhalte es sich mit dem Einwand, dass der von der Gewerkschaft vertretene Zeuge ZS seine behaupteten Ansprüche nicht gerichtlich geltend gemacht habe. In einem ordnungsgemäß geführten Ermittlungsverfahren hätte sich die belangte Behörde mit diesem Einwand auseinandersetzen müssen. Schließlich sei auch hinsichtlich des Zeugen AL seitens der belangten Behörde im Ermittlungsverfahren nicht darauf eingegangen worden, weshalb dieser Zeuge seine vermeintlichen Ansprüche weder einfordert, geschweige denn gerichtlich geltend gemacht habe. Der Einwand, dass der Zeuge AL mehrfach versucht habe, in einem (anderen) von der

Beschwerdeführerin betriebenen Lokal Anstellung zu finden, was ihm jedoch versagt worden sei, erscheine wesentlich für die Beurteilung dessen Glaubwürdigkeit. Auch diesen Einwand habe die belangte Behörde übergangen, um in ihrer Beweiswürdigung – wie bereits oben dargelegt – auszuführen, dass ihm besondere Glaubwürdigkeit zukomme, weil er nicht mehr im Unternehmen der Beschwerdeführerin tätig sei. Dem nicht genug, seien die im Zuge des Ermittlungsverfahrens von der Beschwerdeführerin gestellten Beweisanträge unerledigt geblieben und führe die belangte Behörde dazu im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung des bekämpften Bescheides lediglich lapidar aus, dass auf die Aufnahme von Niederschriften mit weiteren Zeugen verzichtet worden sei. Dies im Übrigen mit der im Zuge der rechtlichen Beurteilung ausgeführten Begründung, dass weitere Zeugeneinvernahmen von aktuellen Dienstnehmern der Beschwerdeführerin auf Grund der bereits angeführten Problematik verzichtet werden könne. Wäre die belangte Behörde den Beweisanträgen der Beschwerdeführerin nachgekommen, hätte sie zu anderen Sachverhaltsfeststellungen gelangen können; nämlich, dass die Aufzeichnungen des ZS unrichtig seien.

3. Am 10.12.2019 legte die ÖGK die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG) zur Entscheidung vor.

4. Am 11.02.2021 und 28.04.2021 führte das BVwG eine mündliche Verhandlung durch, in welcher die Vertreter der Beschwerdeführerin sowie die Zeugen XXXX (im Folgenden: MP), AL, GP, SN und ZS zum Arbeitszeitausmaß von ZS einvernommen wurden.

5. Mit Urkundenvorlage vom 30.04.2021 legte die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin über Ersuchen des BVwG eine Übersicht über die im Jahr 2015 erzielten Umsätze, basierend auf den Aufzeichnungen der Registrierkasse der Beschwerdeführerin, vor.

6. Über Ersuchen des BVwG, den für den Dienstnehmer ZS für die Zeit von 01.01.2015 bis 31.12.2015 nachzuentrichtenden Betrag auf der Grundlage einer kollektivvertraglich entlohten Vollzeitbeschäftigung (Beitragsgrundlage wie 2014 unter Berücksichtigung des neuen KV-Stundenlohns 2015) nachzuberechnen, übermittelte die belangte Behörde einen Erhebungsbericht vom 27.05.2021, dem zufolge auf Basis des kollektivvertraglichen Mindestlohns Beiträge, Sonderbeiträge, Umlagen und Beiträge nach dem BMSVG in Gesamthöhe von € 7.707,05 zu entrichten gewesen wären.

7. Mit Schriftsatz vom 22.06.2021 nahm die Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin zum Erhebungsbericht vom 27.05.2021 Stellung, wobei sie ausführte, dass selbst AL den von der belangten Behörde festgestellten zusätzlichen Bezug des ZS in der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG nicht bestätigen habe können, und beantragte die „ersatzlose Behebung“ des angefochtenen Bescheides.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Der Dienstnehmer XXXX , VSNR XXXX , war in der Zeit von 01.01.2015 bis 31.12.2015 im Gastgewerbebetrieb der Beschwerdeführerin namens „ XXXX “ in XXXX , XXXX , vollzeitbeschäftigt.

Der kollektivvertragliche Anspruchslohn betrug von 01.01.2015 bis 30.04.2015 monatlich € 1.349,00 und von 01.05.2015 bis 31.12.2015 € 1.400,00.

Darüber hinaus erhielt der oben genannte Dienstnehmer (von der Beschwerdeführerin bzw. einem Dritten) kein Entgelt.

Für das Jahr 2015 wurden für den oben genannten Dienstnehmer an die ÖGK bereits Beiträge (inkl. jener nach dem BMSVG und Wohnbauförderungsbeiträge) in Gesamthöhe von € 5.229,46 geleistet.

2. Beweiswürdigung:

Die Beschäftigung des XXXX (ZS) als (der Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 2 ASVG unterliegender) Dienstnehmer bei der Beschwerdeführerin im o.a. Zeitraum steht unstrittig fest.

Strittig war hingegen das Ausmaß der Beschäftigung.

Die Beschwerdeführerin meldete ZS mit 20 Wochenstunden zur Sozialversicherung.

Der erkennende Richter kam jedoch aus folgenden Erwägungen zu dem Schluss, dass ZS im beschwerdegegenständlichen Zeitraum nicht nur 20 Wochenstunden, sondern Vollzeit für die Beschwerdeführerin tätig war:

Zum einen ergaben sich im Rahmen der mündlichen Verhandlungen vor dem BVwG deutliche Anhaltspunkte, dass auch andere Beschäftigte der Beschwerdeführerin nicht ihrem Arbeitsausmaß entsprechend zur Sozialversicherung gemeldet wurden, was entsprechende Rückschlüsse auf das Beschäftigungsverhältnis des ZS zuließ. So gaben sowohl XXXX (VJ) – als Vertreterin der Beschwerdeführerin – als auch die sonstigen einvernommenen Zeugen übereinstimmend an, dass XXXX (AL) federführend bei der Diensterteilung und Abrechnung war. Demnach ist davon auszugehen, dass AL vollzeitbeschäftigt war, zumal er diesen Aufgaben wohl im Rahmen einer Teilzeitbeschäftigung nicht nachkommen hätte können. Demgegenüber war er seinen – von der Beschwerdeführerin unwidersprochen gebliebenen – Angaben nach, die durch die in den Daten des Dachverbandes gespeicherten Versicherungszeiten des AL gestützt werden, nur mit 20 Wochenstunden angemeldet. Ebenso führte der Zeuge XXXX (MP) – von der Beschwerdeführerin ebenfalls unwidersprochen – aus, dass er zunächst für 20 Wochenstunden beschäftigt, später das Stundenausmaß jedoch auf 40 Stunden erhöht worden sei, wogegen die beim Dachverband gespeicherten Versicherungsdaten zunächst eine geringfügige Beschäftigung und darauffolgend eine (vollversicherungspflichtige) Teilzeitbeschäftigung ausweisen. Dies lässt die Angabe der VJ, dass mit allen Kellnern, so auch mit ZS, lediglich eine Beschäftigung im Ausmaß von 20 Wochenstunden vereinbart worden sei, (VHS 11.02.2021 S, 6) als unglaubwürdig erscheinen.

Darüber hinaus erscheint es auch nicht als nachvollziehbar, warum (der in Ungarn wohnhafte) ZS in Wien eine eigene Wohnung mieten hätte sollen (wobei ihm VJ ihren eigenen Angaben nach sogar dabei half, eine Wohnung zu finden), wenn er – wie von VJ behauptet – nur max. ein bis zwei Mal pro Woche in Wien übernachten hätte müssen.

Weiters erschienen die Angaben der VJ, wonach die Kellner mangels Bedarfs am Nachmittag meistens nach Hause gegangen seien und eine Vollzeitbeschäftigung daher gar nicht erforderlich gewesen sei, im Lichte der unwidersprochenen Angaben des GP in der mündlichen Verhandlung, wonach durchgehend zwei Köche beschäftigt wurden, nicht als glaubwürdig, weil Letzteres nahelegt, dass es während der gesamten Öffnungszeiten auch Bedarf an Kellnern gab. Schließlich räumte VJ vor dem Bundesverwaltungsgericht selbst ein, dass es offenbar zur Mehrarbeit gekommen ist (VHS 11.02.2021 S, 6).

Auch der Umstand, dass die Beschwerdeführerin keinerlei Arbeitsaufzeichnungen geführt hat bzw. auch die Mitarbeiter nicht dazu angehalten bzw. verpflichtet hat, solche zu führen, spricht nach allgemeiner Lebenserfahrung dafür, dass das Entgelt teilweise „schwarz“ ausbezahlt worden ist.

Der Einwand der Beschwerdeführerin, ZS habe seine behaupteten Ansprüche nicht gerichtlich geltend gemacht, weswegen sein Vorbringen nicht glaubwürdig sei, geht ins Leere, weil ZS stets betont hat, keine Ansprüche gegenüber der Beschwerdeführerin zu haben.

Den Ausführungen der Zeugen XXXX (SN) und XXXX (GP), die angaben, nicht bestätigen zu können, dass ZS mehr als 20 Wochenstunden gearbeitet hat, war nicht zu folgen. Zum einen erschien es äußerst unglaubwürdig, dass SN weder über das genaue Ausmaß noch den ungefähren Verdienst des ZS Bescheid wusste, zumal es der allgemeinen Lebenserfahrung entspricht, dass sich Kellner untereinander darüber austauschen, wie viel sie arbeiten und was sie dabei verdienen. Gänzlich unglaubwürdig erschienen in diesem Zusammenhang die Angaben des SN, dass er selbst nicht mehr wisse, wie viel er verdient habe. Die äußerst vagen Angaben der genannten Zeugen legen viel mehr nahe, dass sie die Beschwerdeführerin, zu der sie nach wie vor in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, schützen wollten.

Soweit von der Beschwerdeführerin eine Übersicht der kumulierten Umsätze übermittelt wurde, die es ihrer Ansicht nach erlauben würden, eine bloße Teilzeitbeschäftigung der Kellner anzunehmen, ist festzuhalten, dass die ausgewiesenen Umsätze offenbar nicht den tatsächlichen erzielten Umsätzen entsprechen. Demnach wären die täglichen Speisen- und Getränkeumsätze laut der vorliegenden damaligen Speise- und Getränkekarte der Beschwerdeführerin (<https://web.archive.org/web/20150530145424/http://www.hopfenundmalz.at/>) fast ausnahmslos mit den billigsten Speisen und Getränken erzielt worden, was jedoch jeder Lebenserfahrung widerspricht, zumal es sich bei der in Rede stehenden Gastwirtschaft um ein typisches Bierlokal handelte, in dem erfahrungsgemäß deftige (und daher laut Speisekarte teurere) Speisen und nicht nur billige (laut Getränkekarte zumeist alkoholfreie) Getränke verzehrt werden.

Aufgrund der oben aufgezeigten Widersprüche und Ungereimtheiten, die eine Teilzeitbeschäftigung als nicht nachvollziehbar erscheinen ließen, war somit von einer Vollzeitbeschäftigung des ZS auszugehen.

Die Höhe des festgestellten kollektivvertraglichen Entgeltanspruches wurde seitens der Verfahrensparteien nicht bestritten.

Die Feststellung, dass ZS über die kollektivvertragliche Mindestentlohnung hinaus kein Entgelt erhielt, gründet auf dem Umstand, dass sich die von ZS und AL vorgelegten Aufzeichnungen (die ein höheres Entgelt ausweisen) als zweifelhaft erwiesen. So gab selbst AL in der mündlichen Verhandlung mit Nachdruck an, dass derartige Einkünfte, wie sie in den Aufzeichnungen angeführt sind, „vollkommen unmöglich“ erzielbar gewesen wären. Zudem scheinen in den Aufzeichnungen auch Tage auf, an denen das Lokal geschlossen war. Schließlich gab ZS bei seiner Einvernahme durch die belangte Behörde an, keine Arbeitsaufzeichnungen geführt und die vorliegende Übersicht nachträglich aufgrund von VJ überreichten Unterlagen angefertigt zu haben. Die Unterlagen, auf denen die Aufzeichnungen basieren sollen, wurden aber zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens vorgelegt. Auch die Darstellung der belangten Behörde, wonach sich das höhere Entgelt aus „sichergestellten Berechnungsprogrammen“ ergebe, stellte sich in der Verhandlung als falsch heraus.

Die Höhe der für das Jahr 2015 bereits gezahlten Beiträge ergibt sich aus den von der belangten Behörde vorgelegten Unterlagen. So ging die ÖGK von einer Gesamtbeitragsgrundlage (allgemeine Beitragsgrundlage und Sonderzahlungsgrundlage) von € 37.300,51 aus. Abzüglich des von ihr angenommenen zusätzlichen Bezuges des ZS in Höhe von 24.415,15, welcher die Grundlage für die zur Nachrichtung vorgeschriebenen Beiträge bildete, ist davon auszugehen, dass von der verbleibenden Beitragsgrundlage in Höhe von € 12.885,36 bereits alle Beiträge und Umlagen (somit insg. € 5.229,46 = € 4.864,22 gemäß Beitragsgruppenschema A1 + € 197,15 gemäß Beitragsgruppenschema N98 + AK-Umlage (anteilig) in Höhe von € 41,05 + IESG-Zuschlag (anteilig) in Höhe von € 43,18 + Wohnbauförderungsbetrag (anteilig) in Höhe von € 83,86) abgeführt wurden.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

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 eine Angelegenheit vor, die auf Antrag eine Senatszuständigkeit unter Beteiligung fachkundiger Laienrichter begründet (antragsmäßige Feststellung von Rechten und Pflichten nach dem ASVG). Mangels Stellung eines entsprechenden Antrages hat die Entscheidung jedoch 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)

Den Feststellungen folgend ist die Beitragsgrundlage von ZS für das Jahr 2015 um die Differenz zu dem ihm gebührenden Anspruchslohn zu erhöhen, zumal er laut Feststellungen über den kollektivvertraglichen Mindestlohn hinaus kein Entgelt erhielt.

Ausgehend von einem kollektivvertraglichen monatlichen Anspruchslohn in Höhe von € 1.349,00 von 01.01.2015 bis 30.04.2015 sowie in Höhe von € 1.400,00 von 01.05.2015 bis 31.12.2015 war die Beitragsgrundlage daher um € 6.510,64 (neue Beitragsgrundlage € 19.396,00 – alte Beitragsgrundlage € 12.885,36) zu erhöhen.

Es sind daher Beiträge und Umlagen in Höhe von € 2.477,59 nachzuerrechnen (= € 2.457,77 gemäß Beitragsgruppenschema A1 + € 99,61 gemäß Beitragsgruppenschema N98 – € 107,92 gemäß Beitragsgruppenschema N25b – € 140,00 gemäß Beitragsgruppenschema N25c + AK-Umlage (anteilig) in Höhe von € 41,93 + IESG-Zuschlag (anteilig) in Höhe von € 44,10 + Wohnbauförderungsbeitrag (anteilig) in Höhe von € 82,10), wobei über den Wohnbauförderungsbeitrag nicht mit Erkenntnis abzusprechen war.

Demensprechend war die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abzuweisen, dass Beiträge und Umlagen in Gesamthöhe von € 2.395,49 zur Nachentrichtung vorgeschrieben werden.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG 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 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. Vielmehr ergeht die Entscheidung in Anlehnung an die in den rechtlichen Erwägungen zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### **Schlagworte**

Arbeitszeit Beitragsgrundlagen Beitragsnachverrechnung Beschäftigungsausmaß Entgelt GPLA

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

ECLI:AT:BVWG:2021:W209.2226366.1.00

#### **Im RIS seit**

16.09.2021

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.09.2021

**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)