

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

19.10.1979

Geschäftszahl

0708/77

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Jurasek und die Hofräte Dr. Liska, Dr. Iro, Mag. Öhler und Dr. Pichler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Magistratsrat Dr. Thumb, über die Beschwerde des BA in W, vertreten durch Dr. Herbert Jahn und Dr. Erich Unterer, Rechtsanwältin in Wien I, Wipplingerstraße 24 - 26, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 9. Februar 1977, Zl. MA 14-A 3/74, betreffend die Nachentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen (mitbeteiligte Parteien: 1) Wiener Gebietskrankenkasse für Arbeiter und Angestellte in Wien I, Wipplingerstraße 28, 2) Allgemeine Unfallversicherungsanstalt in Wien XX, Adalbert-Stifter-Straße 65 - 67, 3) Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter in Wien IX, Rossauer Lände 3, und 4) Landesarbeitsamt Wien in Wien I, Weihburggasse 30), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 3.000,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Begründung

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Einspruch des Beschwerdeführers gegen den Bescheid der mitbeteiligten Wiener Gebietskrankenkasse vom 18. Jänner 1974, betreffend Beitragsnachbelastung, gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 als unbegründet abgewiesen und gemäß §§ 413 und 414 in Verbindung mit § 355 ASVG festgestellt, daß diese Entscheidung der mitbeteiligten Wiener Gebietskrankenkasse, wonach der Beschwerdeführer auf Grund von §§ 44 und 49 Abs. 1 ASVG zur Nachentrichtung von Beiträgen bezüglich der Zeit vom September 1970 bis Februar 1972 im Ausmaß von S 130.024,-- für die in der Anlage genannten Dienstnehmer verpflichtet worden ist, zurecht erfolgte.

Nach der Begründung des angefochtenen Bescheides sei auf Grund des Ermittlungsergebnisses des Verwaltungsverfahrens als erwiesener Sachverhalt angenommen worden, daß der Beschwerdeführer mit dem Betriebsrat eine private Vereinbarung getroffen habe, derzufolge ein pauschales Taggeld, umfassend Entfernungs-, Schmutz- und Montagezulagen, in Höhe von S 70,-- an alle im Außendienst tätigen Beschäftigten, ohne Rücksicht auf Entfernung des jeweiligen Dienstortes vom Hauptbetrieb, gewährt worden sei. Der Satz von S 70,-- sei später auf S 30,-- in Kompensation mit einer 19,5 %igen Lohnerhöhung herabgesetzt worden. Der gleiche Satz sei an Dienstnehmer zur Auszahlung gelangt, die halbtätig, jedoch länger als bis 11.00 Uhr vormittags eingesetzt gewesen seien. In rechtlicher Hinsicht führt die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides weiter aus, der Verwaltungsgerichtshof habe in ständiger Rechtsprechung zum Ausdruck gebracht, daß für den Bereich der Sozialversicherung die tatsächlichen Verhältnisse maßgebend seien. Somit sei es im gegebenen Fall ausschlaggebend, welche tatsächlichen Aufwendungen die Dienstnehmer für den Beschwerdeführer gehabt hätten. In weiterer Folge könne es daher auch keineswegs darauf ankommen, daß die den Dienstnehmern gewährten Vergütungen die Bezeichnungen Taggeld getragen hätten; es komme vielmehr auf deren materiellen Inhalt und auch auf die Modalitäten an, unter denen diese Beträge zur Auszahlung gelangt seien. Auf Grund dieser Überlegungen könne die Höhe der Aufwandsentschädigung nicht innerhalb eines Pauschales bestimmt werden, sondern bestenfalls im Wege eines Durchschnittes der von den Dienstnehmern dem Dienstgeber nachgewiesenen tatsächlichen Aufwendungen, da die Bedürfnisse der einzelnen Beschäftigten im Rahmen der aufgetragenen Arbeitsverpflichtung jedenfalls differierten. Wenn jedoch - wie im vorliegenden

Fall - ohne jegliche vorangegangene Überprüfung der tatsächlichen Bedürfnisse und Notwendigkeiten eine generelle Festsetzung eines für alle Dienstnehmer unabhängig von äußeren und örtlichen Faktoren gleichen Betrages als Abgeltung der Aufwendung des Einzelnen für den Dienstgeber erfolge, so könne keinesfalls von einer echten Aufwandsentschädigung gesprochen werden, auch dann nicht, wenn für diese Entschädigung ein Ausdruck des § 49 Abs. 3 ASVG verwendet wird. Dies deshalb, weil es auf die Bezeichnung im Rahmen des Sozialversicherungsrechtes überhaupt nicht anzukommen vermöge. Nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens hätten sämtliche im Außendienst des Beschwerdeführers tätigen Arbeiter vielmehr eine generelle Zulage zum Arbeitslohn erhalten, die vor allem eine Abgeltung der mit den aufgetragenen Agenden verbundenen Erschwernis darstelle. Dieses Faktum werde auch durch den Umstand untermauert, daß nach Schwierigkeiten mit der Kasse wohl eine Herabsetzung des Tagsatzes von bisher S 70,- auf S 30,- täglich erfolgt sei, die Arbeiter jedoch eine Abgeltung des Lohnausfalles verlangt und in der Folge mit der 19,5 %igen Lohnerhöhung auch durchgesetzt hätten. Daraus erhellte jedoch eindeutig, insbesondere auch daraus, daß der Differenzbetrag von S 70,- der Beitragspflicht fürderhin unterzogen worden sei, daß sowohl die früheren S 70,- als auch die nunmehrigen S 30,-, die nach Angaben des Beschwerdeführers die gleiche Motivierung hätten, tatsächlich beitragspflichtige Lohnbestandteile seien. Der tatsächliche Aufwand der einzelnen Dienstnehmer sei seitens des Beschwerdeführers in keiner Weise ermittelt worden und es könne einem an alle Dienstnehmer des Außendienstes gleicherweise ausgezahlten Pauschale der Charakter einer echten Aufwandsentschädigung nicht zukommen. Die Höhe der nachzuentrichtenden Beiträge sei im Laufe des Verwaltungsverfahrens vom Beschwerdeführer außer Streit gestellt worden.

In der dagegen erhobenen Beschwerde wird Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht. Nach dem Beschwerdevorbringen vertritt die belangte Behörde die Rechtsauffassung, daß Zulagen im Sinne des § 49 Abs. 3 ASVG nicht innerhalb eines Pauschales bestimmt werden könnten, sondern bestenfalls im Wege eines Durchschnittes der von den Dienstnehmern dem Dienstgeber nachgewiesenen tatsächlichen Aufwendungen. Abgesehen davon, daß diese Schlußfolgerung widersprüchlich sei, weil auch die Zugrundelegung von Durchschnittswerten zur Bezahlung eines Pauschales führe, sei diese Meinung schlechtweg abzulehnen, weil auch ein zur Vereinfachung des Berechnungsvorganges vereinbartes Pauschale den Ersatz von Aufwendungen bedeute, soweit es einen Aufwandsersatz darstelle. Die Vereinbarung eines Pauschales schließe keineswegs aus, daß nicht tatsächlich Aufwendungen bezahlt würden. Daß im Wege einer Pauschalierung unter Umständen ein Arbeitnehmer mehr an Entschädigung erhalte als ein anderer, sei im Wesen eines Pauschales begründet und vermöge einer Anwendung des § 49 Abs. 3 ASVG nicht im Wege zu stehen. Der Beschwerdeführer habe mit dem Betriebsrat eine Vereinbarung getroffen, auf Grund welcher die Aufwandentschädigungen ausgezahlt worden seien. Diese Vereinbarung sei im Rahmen der durch die Betriebsverfassung vorgesehenen Möglichkeiten geschlossen worden. Es sei zwar richtig, daß für den Betrieb des Beschwerdeführers kein Kollektivvertrag gelte, weil das Unternehmen des Beschwerdeführers zu jenen freien Gewerben gehöre, für die bislang kein Kollektivvertrag abgeschlossen worden sei. "Dieser Umstand könne aber dem Beschwerdeführer gegenüber anderen Unternehmen, für die kollektive Einrichtungen einen Vertrag begründet" hätten, nicht in eine schlechtere Lage bringen, weil dies dem Gleichheitsgrundsatz widersprechen würde. Daher komme auch der Tatsache, daß die rechtswirksame, also verbindliche Betriebsvereinbarung, laut der die gegenständlichen Pauschalaufwandsentschädigungen zu bezahlen gewesen seien, einzig und allein deshalb nicht beim Einigungsamt hinterlegt werden können, weil sie sich mangels eines bestimmten Kollektivvertrages nicht als Ergänzung eines solchen qualifiziert habe, keine entscheidende Bedeutung zu. Für die Vergütung von Fahrtkosten knüpfe im übrigen der Gesetzgeber in keiner Weise an kollektivvertragliche Regelungen in Bezug auf den Ersatz solcher Aufwendungen an. Dies treffe insbesondere auf die bezahlten Schmutzzulagen zu. Der Beschwerdeführer habe im Verfahren mehrfach darauf hingewiesen, daß er sein Einzelunternehmen nur bis zum 31. Dezember 1971 geführt habe, sodaß ihn für die Monate Jänner und Februar 1972 keinerlei Beitragsverpflichtung treffen könne. Denn nachher sei nicht er, sondern eine Gesellschaft mbH & Co KG Dienstgeberin gewesen. Die Festsetzung von Beiträgen für diese Zeit sei daher ohne Rechtsgrundlage erfolgt. Unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Verfahrensvorschriften bringt der Beschwerdeführer vor, die belangte Behörde habe im Rahmen der sie treffenden Pflicht zur Ermittlung des wahren Sachverhaltes nicht einmal den Versuch unternommen, festzustellen, ob und welche tatsächlichen Aufwendungen der Dienstnehmer für den Dienstgeber durch die sogenannten Taggelder vergütet worden seien. Die Tatsache, daß nach einer gewissen Zeit infolge Lohnverhandlungen das Pauschale von S 70,- auf S 30,- herabgesetzt worden sei, rechtfertige allein keinesfalls den Schluß, das Pauschale weise Lohncharakter und nicht den Charakter eines Aufwandsersatzes auf, zumal der belangten Behörde bekannt gewesen sei, daß die Arbeitnehmer des Beschwerdeführers, die das Taggeld bezogen hätten, im Außendienst eingesetzt gewesen seien, was mit Mehraufwendungen für diese Arbeitnehmer verbunden gewesen sei. Wäre der Schluß der belangten Behörde richtig, dann hätten zumindest die S 30,- Taggelder" ausgeschieden werden müssen, die etwa einem Wert von vier Straßenbahnfahrtscheinen gleichkäme. Zu rügen sei ferner, daß im vorangegangenen Verwaltungsverfahren nie eine detaillierte Abrechnung über die Einbeziehung der Taggelder in die Bemessungsgrundlage erstellt worden sei, sodaß es für den Beschwerdeführer nicht ersichtlich sei, wie die vorgeschriebene Gesamtsumme an Nachtragsbelastung im einzelnen errechnet worden sei. Der Beschwerdeführer sei in der Verfolgung seiner Rechte durch diesen Mangel behindert, weil viele Arbeitnehmer des Beschwerdeführers so viel verdient hätten, daß ihr monatlicher Lohn die Höchstbemessungsgrundlage überschritten habe und selbst bei berechtigter Einbeziehung der Taggelder in die Bemessungsgrundlage die

zusätzliche Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen zu unterbleiben gehabt hätte. In dieser Richtung sei der Sachverhalt also in einem wesentlichen Punkt ergänzungsbedürftig geblieben. Die belangte Behörde verletze auch dadurch Verwaltungsvorschriften, daß sie einfach ausspreche, der Beschwerdeführer hätte in keiner Weise den tatsächlichen Aufwand ermittelt. Im Rahmen des amtswegigen Verfahrens hätte die belangte Behörde nämlich dem Beschwerdeführer an die Hand gehen müssen, ihn also anzuleiten gehabt. Der Beschwerdeführer habe bei Aufrechterhaltung seines Rechtsstandpunktes keine Veranlassung gehabt, irgendwelche Nachweise zu erbringen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 49 Abs. 1 ASVG sind unter Entgelt die Geld- und Sachbezüge zu verstehen, auf die der pflichtversicherte Dienstnehmer (Lehrling) aus dem Dienst(Lehr)verhältnis Anspruch hat oder die er darüber hinaus auf Grund des Dienst(Lehr)verhältnisses vom Dienstgeber oder von einem Dritten erhält. Der Abs. 2 dieses Paragraphen enthält Regelungen über die Sonderzahlungen. Nach § 49 Abs. 3 ASVG gelten u.a. nicht als Entgelt im Sinne der Abs. 1 und 2 u.a. 1. Vergütungen des Dienstgeber an den Dienstnehmer (Lehrling), durch welche die durch dienstliche Verrichtungen für den Dienstgeber veranlaßten Aufwendungen des Dienstnehmers abgegolten werden (Auslagenersatz); hiezu gehören insbesondere Beträge, die den Dienstnehmern (Lehrlingen) als Fahrtkostenvergütungen einschließlich der Vergütungen von Wochenend(Familien)heimfahrten, Tages- und Nächtigungsgelder bezahlt werden, soweit sie die tatsächlichen Aufwendungen nicht übersteigen, und 2. Schmutzzulagen, wenn sie auf Grund gesetzlicher Vorschriften oder kollektivvertraglicher Regelungen gewährt werden und soweit sie von der Einkommensteuer (Lohnsteuer) befreit sind.

Die gegenständlichen Beträge werden nicht auf Grund gesetzlicher Vorschriften oder kollektivvertraglicher Regelungen gewährt. Somit handelt es sich von vornherein um keine Schmutzzulagen entsprechend dem § 49 Abs. 3 Z. 2 ASVG.

Die im gegenständlichen Verfahren zunächst entscheidende Rechtsfrage ist daher dahin gehend zu beantworten, ob der vom Beschwerdeführer bezahlte Pauschalbetrag als ein Auslagenersatz im Sinne des § 49 Abs. 3 Z. 1 ASVG zu qualifizieren ist. In dieser gesetzlichen Bestimmung wird sowohl durch den in Klammer verwendeten Begriff "Auslagenersatz" als auch durch den auf die bezahlten Beträge bezogenen Nebensatz "soweit sie die tatsächlichen Aufwendungen nicht übersteigen" eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß es sich dabei nur um die Vergütung der nachgewiesenen Aufwendungen für die angegebenen Zwecke handeln darf. Eine bloß pauschale Abgeltung kann deshalb grundsätzlich nicht nach § 49 Abs. 3 Z. 1 ASVG sozialversicherungsbeitragsfrei angesehen werden, weil der nach dem Sinn dieser gesetzlichen Vorschrift notwendige unmittelbare und nachweisbare Zusammenhang zwischen Ausgaben und dem Ersatz fehlt. Bei einer pauschalmäßigen Vergütung ermangelt einerseits der Nachweis über die tatsächlichen Aufwendungen, der dem Dienstgeber zur Feststellung des Anspruches auf diese Vergütung zu erbringen ist, andererseits aber auch eine genaue Abgrenzung dieser vom Dienstgeber zu leistenden Zahlungen von den übrigen für Arbeitsleistungen gezahlten Beträgen. Ob Vergütungen an Dienstnehmer als nicht zum Entgelt gemäß § 49 Abs. 1 ASVG gehörend zu behandeln sind, kann nicht der freien und unkontrollierbaren Vereinbarung zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer überlassen werden. Vielmehr muß die Richtigkeit des vom Dienstgeber vorgenommenen Abzuges vom sozialversicherungsbeitragspflichtigen Entgelt nach § 49 Abs. 1 ASVG jederzeit für den Sozialversicherungsträger nachprüfbar und vor allem aus den Geschäftsbüchern und Belegen sowie sonstigen Aufzeichnungen (§ 42 ASVG) ersichtlich sein. Daher kann einem monatlich in gleicher Höhe ausgezahlten Pauschalbetrag die Eigenschaft eines sozialversicherungsbeitragsfreien Auslagenersatzes gemäß § 49 Abs. 3 Z. 1 ASVG dann nicht zuerkannt werden, wenn nicht in von vornherein erkennbarer Weise festgelegt wurde, für welche dem Grunde und der Höhe nach bestimmten Aufwand er als Abgeltung geleistet wird.

Unter diesem Gesichtspunkt ist der belangten Behörde beizupflichten, wenn sie die Auffassung des Beschwerdeführers, wonach diese Pauschalbeträge im gegebenen Zusammenhang den im § 49 Abs. 3 Z. 1 ASVG angeführten Vergütungen gleichgestellt sein sollen, als unzutreffend ansieht. Die in dieser Beziehung geltend gemachte Rechtswidrigkeit des Inhaltes liegt somit nicht vor.

Zum weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers, daß nach dem 31. Dezember 1971 nicht mehr er, sondern eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co. KG Dienstgeberin gewesen sei, ist darauf hinzuweisen, daß im Einspruch gegen den erstinstanzlichen Bescheid der mitbeteiligten Wiener Gebietskrankenkasse für Arbeiter und Angestellte diesbezüglich folgendes erklärt wurde:

"Wie bereits im Zuge des Ermittlungsverfahrenseingewendet, wurde die Einzelfirma BA mit 31. 12. 1971 liquidiert und in der Folge mit Gesellschaftsvertrag vom 21. 12. 1971 die Firma BA Ges.m.b.H. gegründet und am 31. 12. 1971 in das Handelsregister des Handelsgerichtes Wien eingetragen. Mit Gesellschaftsvertrag ebenfalls vom 21. 12. 1971 wurde zugleich die Kommanditgesellschaft 'BA & Co. KG' gegründet und in dem diesbezüglichen Gesellschaftsvertrag normiert (Pkt. 10 des Vertrages): 'Die Gesellschaft beginnt mit der Eintragung der Komplementärgesellschaft in das Handelsregister, frühestens jedoch mit 1. Jänner 1972.' Im Hinblick darauf, daß die Komplementärgesellschaft, wie bereits ausgeführt, am 31. 12. 1971 in das Handelsregister eingetragen wurde, gilt sohin die Kommanditgesellschaft als mit 1. 1. 1972 gegründet."

Über diesen Einwand des Beschwerdeführers führte die belangte Behörde keine Ermittlungen durch und sie setzte sich auch in der Begründung des angefochtenen Bescheides, und zwar in den rechtlichen Erwägungen, mit

dieser Behauptung nicht auseinander, obwohl in der Sachverhaltsdarstellung des angefochtenen Bescheides die diesbezügliche Entgegnung des Vorlageberichtes der mitbeteiligten Wiener Gebietskrankenkasse für Arbeiter und Angestellte wiedergegeben wurde. Zwar ist aus der in den vorgelegten Verwaltungsakten erliegenden Fotokopie eines Auszuges aus dem Handelsregister ersichtlich, daß die Eintragung der BA Gesellschaft mbH & Co KG in dieses Register am 3. März 1972 erfolgte. Jedoch ergibt sich aus § 176 des Handelsgesetzbuches, daß eine Kommanditgesellschaft auch schon vor der Eintragung in das Handelsregister ihre Geschäfte beginnen kann. Daher wäre im Verwaltungsverfahren zu prüfen gewesen, wann die BA Gesellschaft & Co KG tatsächlich ihre Geschäfte begonnen hat und - wenn dies bereits vor der Eintragung in das Handelsregister der Fall gewesen sein sollte - warum die Kommanditgesellschaft erst am 28. März 1972 bei der Wiener Gebietskrankenkasse die Neuanlage eines Beitragskontos erwirkte. Eine solche Sachverhaltsfeststellung hat die belangte Behörde unterlassen. Dieser Verfahrensmangel ist aber deshalb wesentlich, weil erst dann, wenn diese maßgeblichen Umstände bekannt sind, beurteilt werden kann, wer in den Monaten Jänner und Februar 1972 Dienstgeber war. Die der belangten Behörde in dieser Hinsicht unterlaufene Verletzung von Verfahrensvorschriften kann somit von Einfluß auf den Inhalt des angefochtenen Bescheides sein. Dieser war deshalb zur Gänze gemäß § 42 Abs. 2 lit. c Z. 2 VwGG 1965 aufzuheben, weil sein Spruch wegen des zur Nachentrichtung vorgeschriebenen Gesamtbetrages unteilbar ist.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG 1965 im Zusammenhalt mit der Verordnung des Bundeskanzlers vom 31. Oktober 1977, BGBl. Nr. 542, deren Art. III Abs. 2 insbesondere zur Anwendung kam. Das Kostenbegehren bezüglich der Bundesstempel war im Hinblick auf die sachliche Abgabefreiheit gemäß § 110 Abs. 1 Z. 1 ASVG abzuweisen.

Wien, am 19. Oktober 1979