

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

30.06.2009

Geschäftszahl

2008/08/0129

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer, Dr. Moritz, Dr. Lehofer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde der S-Gesellschaft m.b.H. in Wien, vertreten durch Eisenberger & Herzog Rechtsanwalts GmbH in 8010 Graz, Hilmgasse 10, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 15. Mai 2008, Zl. MA 40 - SR 1231/08, betreffend Beitragsnachverrechnung (mitbeteiligte Partei: Wiener Gebietskrankenkasse in Wien, vertreten durch Dr. Heinz Edelmann, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Windmühlgasse 30/3), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Die beschwerdeführende Partei hat Dienstnehmer zur Verrichtung von Immobilienmaklertätigkeiten aufgenommen. Im Verwaltungsakt befindet sich ein Dienstvertrag mit auszugsweise folgendem Wortlaut:

"...

V. ENTGELT

1./ Der Dienstnehmer erhält ein monatliches Entgelt in Höhe von EUR 90,-- brutto.

2./ Der Dienstnehmer ist überdies provisions- und prämienberechtigt. Der Provisions- sowie der Prämienanspruch des Dienstnehmers sind unter Punkt XI und XII geregelt.

3./ Für den Fall, dass der Dienstnehmer eine Provision und eine Prämie ausbezahlt erhält, ist mit der Provisions- und Prämienauszahlung auch das unter Punkt 1./ vereinbarte Entgelt für den Monat der Provisions- und Prämienauszahlung abgegolten.

...

VII. AUFWANDERSATZ

1./ So keine schriftliche Regelung erfolgt, werden Aufwendungen des Dienstnehmers (Reisespesen, Telefonkosten, etc.) nicht abgegolten.

2./ Sollte eine abweichende Regelung getroffen werden, ist diese nur rechtswirksam, wenn sie in Schriftform erfolgt und vom Geschäftsführer oder vom Prokuristen des Dienstgebers unterzeichnet ist. In diesem Fall gilt die abweichende Vereinbarung jedoch nur für die Dauer eines Monats ab Abschluss der Regelung.

3./ Sollte die unter diesem Punkt getroffene Vereinbarung unwirksam sein, vereinbaren die Vertragsteile, dass mit der Auszahlung von Provisionen und Prämien an den Dienstnehmer sämtliche Aufwendungen als abgegolten gelten.

...

XI. PROVISIONEN

1. Provisionsanspruch des freien Dienstnehmers

Der freie Dienstnehmer erhält für die von ihm vermittelten Geschäftsabschlüsse eine Provision.

Voraussetzung für das Entstehen seines Provisionsanspruches ist der Eingang der Kundenprovision beim Dienstgeber.

2. Höhe der Provision

Die Höhe der Provision des freien Dienstnehmers beträgt 10 % der beim Dienstgeber eingegangenen Nettoprovision (Provision ohne Umsatzsteuer) abzüglich allfälliger Eintreibungs- und/oder Rechtsverfolgungskosten.

3. Provisionsteilung

...

4. Provisionsabrechnungen

Der freie Dienstnehmer ist verpflichtet, sämtliche an ihn gerichteten Provisionsabrechnungen unverzüglich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit hin zu überprüfen.

Beanstandungen sind ebenfalls unverzüglich, spätestens innerhalb von zehn Werktagen nach Erhalt der Abrechnung schriftlich beim Dienstgeber geltend zu machen. Andernfalls gilt die Abrechnung als ordnungsgemäß anerkannt.

Für behauptete Abrechnungsunrichtigkeiten und/oder Unvollständigkeiten trifft denjenigen die Beweislast, der diese Behauptungen aufstellt.

5. Auszahlung

Die Auszahlung der Provision erfolgt am 15. des auf den Eingang der Provision beim Dienstgeber, folgenden Monats. Stichtag dafür ist der 25. eines Monats. (Beispiel 1: Der Provisionseingang beim Dienstgeber am 20. eines Monats führt zur Auszahlung der Provision am 15. des Folgemonates; Beispiel 2: der Provisionseingang beim Dienstgeber am 26. eines Monats führt zur Auszahlung der Provision am 15. des übernächsten Monats.)

Die Provisionsauszahlung erfolgt netto, das heißt nach Abzug der Sozialversicherungsbeiträge und der Steuer.

6. Ansprüche aus dieser Provisionsvereinbarung sind binnen drei Monaten ab Fälligkeit der Provision bei sonstigem Verfall schriftlich geltend zu machen.

7. Bei unehrlichem oder firmenschädigendem Verhalten (z.B. betrügerischem Verhalten, Veruntreuung, Unterschlagung, Untreue, Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung bzw. der Standesregeln oder Verstöße gegen das Konkurrenzverbot) des Dienstnehmers, verfällt jeder Provisionsanspruch des freien Dienstnehmers.

XII. PRÄMIEN

1. Prämienanspruch des freien Dienstnehmers

Der freie Dienstnehmer erhält für die von ihm vermittelten Geschäftsabschlüsse eine Prämie.

Voraussetzung für das Entstehen seines Prämienanspruches ist der Eingang der Kundenprovision beim Dienstgeber.

2. Höhe der Prämien bei Kaufgeschäften

Die Höhe der Prämien des freien Dienstnehmers beträgt 20 - 30% der beim Dienstgeber eingegangenen Nettoprovision (Provision ohne Umsatzsteuer) abzüglich allfälliger Eintreibungs- und/oder Rechtsverfolgungskosten jedoch im Höchstfall 10 %.

a) PRÄMIENSTUFEN

...

3. Höhe der Prämien bei Mietgeschäften

...

4. Prämienteilung

...

5. Prämienabrechnungen

Der freie Dienstnehmer ist verpflichtet, sämtliche an ihn gerichteten Prämienabrechnungen unverzüglich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit hin zu überprüfen. Beanstandungen sind ebenfalls unverzüglich, spätestens innerhalb von zehn Werktagen nach Erhalt der Abrechnung schriftlich beim Dienstgeber geltend zu machen. Andernfalls gilt die Abrechnung als ordnungsgemäß anerkannt. Für behauptete Abrechnungsunrichtigkeiten und/oder Unvollständigkeiten trifft denjenigen die Beweislast, der diese Behauptungen aufstellt.

6. Ansprüche aus dieser Prämienvereinbarung sind binnen drei Monaten ab Fälligkeit der Prämien bei sonstigem Verfall schriftlich geltend zu machen.

7. Bei unehrlichem oder firmenschädigendem Verhalten (z.B. betrügerischem Verhalten, Veruntreuung, Unterschlagung, Untreue, Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung bzw. der Standesregeln oder Verstöße gegen das Konkurrenzverbot) des Dienstnehmers, verfällt jeder Provisionsanspruch des freien Dienstnehmers.

..."

Im Verwaltungsakt befindet sich ferner ein "Rundschreiben" mit folgendem Wortlaut:

"An alle Mitarbeiter!

Betrifft Reisekostenverrechnung

Wie Ihnen bekannt ist, erwirbt ein Immobilienmakler nur dann Anspruch auf Provision, wenn es ihm gelingt, einen Abschluss eines Kaufes oder Miet- oder Pachtvertrages über eine Immobilie zu vermitteln.

Gelingt uns dies nicht, waren sämtliche Bemühungen vergebens.

Aus diesem Grund können Ihnen Ihre geleisteten Reisekosten wie auch in Ihrem Dienstvertrag vermerkt, nicht in jedem Fall abgegolten werden, da die Unternehmensabläufe der S-Gruppe derart gestaltet sind, dass sowohl für Ihren Dienstgeber als auch für Sie selbst die gesamte Tätigkeit zu 100% erfolgsabhängig ausgerichtet ist.

Selbstverständlich klar stellen wollen wir, dass aber bei erfolgreichem Abschluss jeder Mitarbeiter seine Reisekosten vorrangig - bei entsprechendem Nachweis (auf die dazu vereinbarten Formvorschriften wird verwiesen) - bis zur vereinbarten Höhe ersetzt erhält, wobei sich die Geschäftsführung eine Anpassung der zur Anwendung kommenden Sätze nach Änderung der gesetzlichen Bestimmungen vorbehält.

Bei erfolgreichem Abschluss in welcher Form auch immer, hat also der Dienstnehmer das Recht, seine bis dahin angefallenen Reisekosten bis zur vereinbarten Höchstgrenze ersetzt zu erhalten, wobei der darüber hinaus verbleibende Teil nach den entsprechenden sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Vorschriften als laufenden Bezug abgerechnet wird.

Wir ersuchen um Verständnis für die von uns gewählte Vorgangsweise, da jede andere Form der Abrechnung einen gesunden und wachsenden Geschäftsbetrieb auf Dauer nicht sicher stellen würde.

Der Vollständigkeit halber dürfen wir aber daran erinnern, dass es jedem Dienstnehmer unbenommen bleibt, sämtliche vom Dienstgeber nicht ersetzte Reisekosten im Rahmen des Lohnsteuerausgleichs bei seinem zuständigen Finanzamt geltend zu machen.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme"

Im Akt befindet sich des Weiteren eine "Prämienvereinbarung", deren Punkt 7 folgendermaßen lautet:

"Reisespesen werden nur dann ersetzt, wenn diese vom Dienstgeber ausdrücklich angeordnet werden. Dienstfahrten sind mit öffentlichen Verkehrsmitteln durchzuführen. Es besteht kein Anspruch auf Ersatz von Telefonspesen.

Mit den Prämien sind alle Aufwendungen und Spesen, insbesondere Kilometergelder und Diäten des Dienstnehmers abgegolten und es können keine darüber hinausgehenden Forderungen welcher Art auch immer gestellt werden. Sofern der Dienstnehmer einen Anspruch auf Spesenersatz hat, ist dieser in Anrechnung auf die Prämien auszubezahlen und vermindert diese insoweit. Spesenersatz besteht höchstens bis zur Höhe des Prämienanspruches."

Mit Bescheid vom 24. Oktober 2007 verpflichtete die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse die beschwerdeführende Partei als Dienstgeberin für die in der Anlage genannten Dienstnehmer für die dort bezeichneten Zeiten Beiträge, Sonderbeiträge und Umlagen in der Gesamthöhe von EUR 183.212,03 zu entrichten. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass bei einer Beitragsprüfung für den Zeitraum von 2003 bis 2005 festgestellt worden sei, dass bei den in der Anlage genannten Dienstnehmern auf den Lohnkonten Teile der Provisionen und Prämien als beitragsfreie Aufwendungen (Diäten und Kilometergelder) ausgewiesen worden seien. Diese seien verkürzt der Sozialversicherung und der betrieblichen Mitarbeitervorsorge gemeldet worden. Schriftliche Vereinbarungen im Sinne des Artikels VII Z. 1 der Dienstverträge seien nicht getroffen worden. Der Dienstgeber habe den Dienstnehmern Aufwendungen nicht vergütet. Die Höhe des sozialversicherungsrechtlichen Entgelts sei dahingehend berechnet und gemeldet worden, dass den jeweiligen Dienstnehmern zustehende Ansprüche auf Prämien und Provisionen um getätigte Aufwendungen reduziert worden seien. Es sei nunmehr die Höhe der gesamten Prämien- und Provisionsansprüche als beitragspflichtiges Entgelt zu qualifizieren, was zur Nachverrechnung geführt habe. Da keine von Punkt VII Z. 1 der Dienstverträge abweichende Regelungen getroffen worden seien, hätten die Dienstnehmer keinen Aufwandsersatzanspruch gegen den Dienstgeber. Der Dienstgeber habe auch keine Vergütungen im Sinne des § 49 Abs. 3 Z. 1 ASVG ausbezahlt. Teile des Prämien- und Provisionsanspruches seien daher mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 49 Abs. 3 Z. 1 ASVG zu Unrecht als Aufwendungen abgerechnet worden.

Gegen diesen Bescheid erhob die beschwerdeführende Partei Einspruch. Darin führte sie im Wesentlichen aus, es sei zwar nicht in der in den Dienstverträgen unter Punkt VII verlangten Schriftform individuell, jedoch

schriftlich in Form eines von der Dienstgeberin allen Mitarbeitern zugänglich gemachten Rundschreibens vereinbart worden, dass Reisekostenvergütungen zwar grundsätzlich nicht ersetzt würden, schon aber dann, wenn Mitarbeiter Umsätze für das Unternehmen erzielten. In diesem Falle sollte die Abgeltung von Auslagenersätzen noch vor Auszahlung der zustehenden Provisionen erfolgen. Das genannte Rundschreiben sei sämtlichen Dienstnehmern bekannt. Auch habe kein Dienstnehmer diese Abrechnung jemals bestritten, was beweise, dass die gewählte Form rechtsgültig verwendet worden sei. Dem Rundschreiben liege auch ein Abrechnungsformular als Anleitung bei, in welcher Form Dienstnehmer die Reisekosten nachzuweisen hätten. Für sämtliche Dienstnehmer sei es klar, dass, wie in der Immobilienmaklerbranche üblich, Ansprüche auf Entgelt bzw. Auslagenersatz nur dann entstünden, wenn der Dienstnehmer für die Dienstgeberin tatsächlich Umsätze erziele. Die Vereinbarung im Sinne des Rundschreibens sei im gesamten Prüfungszeitraum "tatsächlich gelebt" worden. Die entsprechenden Beträge seien daher zu Recht als beitragsfreie Aufwendungen abgerechnet worden, da es sich nicht um Entgeltbestandteile handle.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid wurde dem Einspruch der beschwerdeführenden Partei keine Folge gegeben. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, bei den betroffenen Dienstnehmern handle es sich um Vertreter auf dem Immobiliensektor. Manche hätten noch eine zusätzliche Tätigkeit insofern, als sie die anderen Vertreter einschulden (Gebietsmanager und Gebietsleiter). Grundsätzlich seien mit allen Beschäftigten die gleichen Vereinbarungen getroffen worden, was die Art der Entlohnung betreffe. Sämtliche in Rede stehenden Dienstnehmer seien als "echte" Dienstnehmer zur Sozialversicherung gemeldet worden. Das Entgelt von EUR 90,-- sei de facto nur für die Zeit der Schulung zuerkannt worden und sei mit den Kosten der Schulung gemäß Schulungsvereinbarung gegenverrechnet worden, wobei die Schulungskosten durch die Einzuschulenden zu tragen gewesen seien. Die Einzuschulenden hätten auf Grund der Aufrechnungsvereinbarung weder etwas einzuzahlen gehabt noch hätten sie Entgelt erhalten. Sobald der Vertreter seine Tätigkeit begonnen habe, habe er ausschließlich eine Umsatzprovision erhalten. Diese habe sich mit der Anzahl der abgeschlossenen Geschäfte erhöht. Jeder Dienstnehmer fange mit 30 % der Maklerprovision an. Bei Mehrvermittlungen würde der Prozentsatz steigen, und zwar bis zu 40 %. Ab einem späteren Zeitpunkt sei die gesteigerte Provision, die über 30 % hinausgegangen sei, als Prämie bezeichnet worden. Nach Eingang der Maklerprovision bei der beschwerdeführenden Partei sei die Provision für den Vermittler abgerechnet und ausbezahlt worden. Offensichtlich sei die beschwerdeführende Partei einseitig von den Vereinbarungen in den Dienstverträgen abgegangen, da sie die Mitarbeiter mittels Aushanges sowie in den Schulungen davon informiert habe, dass jeder Mitarbeiter bei erfolgreichem Abschluss seine Reisekosten bei entsprechendem Nachweis bis zur vereinbarten Höhe ersetzt erhalte und dass nur der darüber hinaus verbleibende Teil des Provisionsanspruches nach den entsprechenden sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Vorschriften als laufender Bezug abgerechnet werde. Dabei handle es sich um eine einseitige, von den vertraglichen Abreden abweichende Verrechnung des Arbeitslohnes, die für die Dienstnehmer nachteilig sei, da sich deren Beitragsgrundlage durch den Abzug der Auslagenersätze vermindere. Eine derartige einseitige Vertragsänderung sei unzulässig. Aus dem Umstand, dass der Abrechnungsmodus von den Dienstnehmern nicht bestritten worden sei, könne nicht auf eine konkludente Vertragsänderung geschlossen werden. Da die von der beschwerdeführenden Partei gewählte Abrechnungsmodalität aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht unwirksam sei, sei der Einspruch abzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und, ebenso wie die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse, in einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 44 Abs. 1 ASVG ist Grundlage für die Bemessung der allgemeinen Beiträge (allgemeine Beitragsgrundlage) für Pflichtversicherte, sofern im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, der im Beitragszeitraum gebührende, auf Cent gerundete Arbeitsverdienst mit Ausnahme allfälliger Sonderzahlungen nach § 49 Abs. 2 ASVG. Als Arbeitsverdienst in diesem Sinne gilt gemäß § 44 Abs. 1 Z. 1 ASVG bei den pflichtversicherten Dienstnehmern das Entgelt im Sinne des § 49 Abs. 1, 3, 4 und 6 ASVG.

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

Nicht als Entgelt gelten gemäß § 49 Abs. 3 Z. 1 ASVG Vergütungen des Dienstgebers an den Dienstnehmer, durch welche die durch dienstliche Verrichtungen für den Dienstgeber veranlassten Aufwendungen des Dienstnehmers abgegolten werden (Auslagenersatz). Hiezu gehören insbesondere Beträge, die den Dienstnehmern als Fahrtkostenvergütungen einschließlich der Vergütungen für Wochenend(familien)heimfahrten, Tages- und Nächtigungsgelder gezahlt werden, soweit sie nach § 26 EStG 1988 nicht der Einkommenssteuer(Lohnsteuer)pflcht unterliegen. Unter Tages- und Nächtigungsgelder fallen auch Vergütungen für den bei Arbeiten außerhalb des Betriebes oder mangels zumutbarer täglicher Rückkehrmöglichkeit an den ständigen Wohnort (Familienwohnsitz) verbundenen

Mehraufwand, wie Bauzulagen, Trennungsgelder, Übernachtungsgelder, Zerrgelder, Entfernungszulagen, Aufwandsentschädigungen, Stör- und Außerhauszulagen und ähnliches.

Gemäß § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach dem ASVG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgeblich. Durch den Missbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts können Verpflichtungen nach dem ASVG gemäß Abs. 2 der genannten Bestimmung nicht umgangen oder gemindert werden. § 539a Abs. 3 ASVG sieht vor, dass ein Sachverhalt so zu beurteilen ist, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre. Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen sind für die Feststellung eines Sachverhaltes nach dem ASVG gemäß § 539a Abs. 4 ASVG ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgeblich.

Nach den (ursprünglichen) Vereinbarungen zwischen Dienstgeber und Dienstnehmern waren insbesondere Reisespesen von den Dienstnehmern zu tragen.

Die von der Beschwerdeführerin behauptete Vertragsänderung sollte nun eine Ersatzpflicht des Dienstgebers für Spesen bis zu einer Höchstgrenze bewirken, allerdings nur unter der weiteren Voraussetzung, dass überhaupt Provisionen verdient werden. Zugleich sollten die Spesen von der Provision abgezogen werden, sodass sich nichts daran ändern sollte, dass die Spesen materiell ausschließlich zu Lasten der Dienstnehmer gehen: Der Ersatz von Spesen sollte in einem zu einer Verringerung der Provisionen führen.

Vom Grundsatz, dass die Spesen von den Dienstnehmern zu tragen sind, sollte also nicht abgegangen werden, die Provisionszahlungen sollten lediglich (zum Teil) als Reisekostenersatz deklariert werden. Nicht hingegen sollte eine Änderung dahingehend erfolgen, dass der Dienstgeber künftig für diese Aufwendungen aufkommt, also sie neben der Gewährung einer Provision den Dienstnehmern ersetzt. Gerade der Umstand, dass je nach dem Verdienst von Prämien einmal Spesenersatz zustehen sollte, einmal nicht und einmal nur zum (angerechneten) Teil, zeigt aber, dass nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt nur ein einheitlicher Sachverhalt vorliegt, nämlich ein Vertrag, nach dem der Dienstnehmer für seine Spesen aufkommt.

Auf Grund des dargelegten wahren wirtschaftlichen Sachverhaltes sind die Prämien bzw. Provisionen daher nach § 539a ASVG beitragsrechtlich nicht um Spesenzahlungen zu vermindern. Es erübrigt sich somit, auf die Frage einzugehen, ob auf Grund des oben genannten Rundschreibens eine Vertragsänderung überhaupt zustande gekommen ist.

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Der Ausspruch über den Kostenersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 30. Juni 2009