

# TE Vwgh Erkenntnis 2001/5/30 98/08/0196

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.05.2001

## Index

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

## Norm

ASVG §4 Abs2;

ASVG §49;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Strohmayer und Dr. Köller als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde des I in L, vertreten durch Hopmeier, Sauerzopf & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Rathausstraße 15, gegen den Bescheid des Bundesministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales vom 13. Mai 1998, Zl. 120.187/2-7/98, betreffend Versicherungspflicht nach dem ASVG und dem ALVG (mitbeteiligte Parteien: 1. H, Slowakei, 2. NÖ Gebietskrankenkasse, 3100 St. Pölten, Dr. Karl Renner Promenade 14-16, 3. Arbeitsmarktservice Niederösterreich, Landesgeschäftsstelle, 1013 Wien, Hohenstaufengasse 2, 4. Pensionsversicherungsanstalt der Angestellten, 1021 Wien, Friedrich-Hillegeist-Straße 1,

5. Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, 1200 Wien, Adalbert-Stifter-Straße 65), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund (Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen) Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-

- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse wurde im Wege der Bezirkshauptmannschaft Mödling von der Anzeige des Gendarmeriepostens Laxenburg vom 24. April 1992 verständigt. Aus dieser ergab sich, dass die Erstmitbeteiligte, eine damals tschechoslowakische Staatsangehörige, seit ca. drei Vierteljahren beim Beschwerdeführer als Kindermädchen beschäftigt sei; sie sei an dieser Adresse nicht polizeilich gemeldet und besitze keine Arbeitsgenehmigung. Am 20. April 1992 sei sie zuletzt mit ihrem Vater, der für den Beschwerdeführer das Wohnhaus neu ausmalen sollte, wieder nach Österreich eingereist. Am 22. April 1992 hätten sich zwei tschechoslowakische Staatsangehörige bei der Ehefrau des Beschwerdeführers um die Stelle eines Kindermädchens bzw. wegen der Arbeitsstelle beworben. Am 24. April 1992 habe die Ehefrau des Beschwerdeführers Anzeige gegen die Erstmitbeteiligte und ihren Vater erstattet,

sie hätten Bargeld und Sparbücher im Gesamtwert von etwa S 1,9 Mio. gestohlen. Da die als gestohlen vermuteten Wertgegenstände bei einer Nachschau im Anwesen des Beschwerdeführers nicht aufgefunden worden seien, seien die Erstmitbeteiligte und ihr Vater über gerichtlichen Befehl in Haft genommen worden. Am 25. April 1992 habe die Ehegattin des Beschwerdeführers mitgeteilt, dass sie die als gestohlen vermuteten Wertgegenstände im Arbeitszimmer ihres Ehegatten vorgefunden habe.

Die mitbeteiligte Gebietskrankenkasse ersuchte daraufhin den Beschwerdeführer, die Erstmitbeteiligte und deren Vater als Arbeitnehmer ordnungsgemäß zur Sozialversicherung anzumelden. Der Beschwerdeführer vertrat den Standpunkt, die Erstmitbeteiligte sei als Au-pair-Mädchen beschäftigt gewesen, ihre tägliche Arbeitszeit habe 5 Stunden, die wöchentliche 25 Stunden betragen. Sie habe ein Taschengeld von monatlich S 5.000,- bezogen. Als Au-pair-Mädchen sei die Erstmitbeteiligte nicht der Pflichtversicherung unterlegen.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wurde im Instanzenzug festgestellt, dass die Erstmitbeteiligte auf Grund ihrer Tätigkeit als Kindermädchen und Haushaltshilfe beim Beschwerdeführer in der Zeit vom 15. Juli 1991 bis 30. April 1992 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht unterlegen sei. In der Begründung wurde nach Darstellung des Verwaltungsgeschehens und Gesetzeszitate ausgeführt, die Erstmitbeteiligte sei in der Zeit vom 5. Juli 1991 bis 30. April 1992 im Haushalt der Familie des Beschwerdeführers tätig gewesen. Zu ihren Aufgaben hätten die Kinderbetreuung, Mithilfe im Haushalt und diverse Erledigungen wie etwa die Aufgabe von Briefen, gezählt. Ihre Arbeitszeit habe fünf Stunden täglich von Montag bis Freitag betragen. In der Regel sei die Arbeit vormittags erledigt worden. In ihrer Freizeit habe sie Gelegenheit gehabt, Deutschkurse und Veranstaltungen zu besuchen. Als Entgelt für diese Tätigkeit habe sie S 5.000,- monatlich sowie Kost und freie Unterkunft und jeweils drei Mahlzeiten von Montag bis Freitag erhalten.

Die am 24. Jänner 1973 geborene Erstmitbeteiligte habe vor Aufnahme dieser Tätigkeit in ihrer Heimat ein Gymnasium, in dem auch Deutsch als Unterrichtsgegenstand gelehrt worden sei, besucht.

Der Beschwerdeführer habe mit der Erstmitbeteiligten einen mündlichen Vertrag abgeschlossen, der als Grundlage der Tätigkeit die Form eines Au-pair-Verhältnisses vorgesehen habe. Es sei weder eine Vermittlungsorganisation für Au-pair-Vermittlung beigezogen worden noch ein Vertrag über eine solche Organisation noch eine von diesen Organisationen empfohlene Versicherung für die Erstmitbeteiligte abgeschlossen worden. Es sei auch keine für Aupair-Verhältnisse notwendige Beschäftigungsbewilligung vorgelegen.

Aus dem Verwaltungsakt, dem insbesondere auch die Niederschriften vor dem Gendarmerieposten Laxenburg und die Fragebeantwortungen des Beschwerdeführers angeschlossen seien, ergebe sich, dass die Erstmitbeteiligte als Kindermädchen beschäftigt worden sei. Auf ihre Intervention hin hätten sich tschechische Mädchen, die Arbeit gesucht haben, bei der Ehefrau des Beschwerdeführers als Kindermädchen vorgestellt. Die Tatsache, dass der Vater der Erstmitbeteiligten im Hause des Beschwerdeführers Malerarbeiten durchgeführt habe, könne als Indiz dafür gewertet werden, dass der Beschwerdeführer primär an den Arbeitsleistungen der Erstmitbeteiligten und ihres Vaters interessiert gewesen sei. Ein freundschaftliches Verhältnis, wie es von Seiten des Beschwerdeführers dargestellt worden sei, sei nicht im Vordergrund gestanden. Dagegen spreche vor allem die Diebstahlsanzeige, die erkennen lasse, dass eine Vertrauensbasis, die einem freundschaftlichen Verhältnis zu Grunde liegen sollte, nicht gegeben gewesen sei. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die Erstmitbeteiligte sei hinsichtlich ihrer Tätigkeit nicht weisungsgebunden und keiner Kontrolle unterworfen gewesen, sei nicht glaubhaft. Es sei völlig lebensfremd, dass man jemandem sein Kind ohne Einschränkungen anvertraue. Dies sei umso weniger glaubhaft, als der Erstmitbeteiligten bezüglich des Eigentums wenig Vertrauen geschenkt worden sei. Eine Weisungsungebundenheit und Kontrollfreiheit bei der Betreuung des Kindes unter diesen Umständen würde einer Vernachlässigung nahe kommen.

Die Erklärung, die Erstmitbeteiligte hätte sich die Zeit frei einteilen können, sei nicht nachvollziehbar, weil die Arbeit trotzdem regelmäßig zu den scheinbar festgesetzten Zeiten erfolgt sei. Dafür, dass die Verrichtung der Arbeiten im Vordergrund gestanden sei, spreche auch der Umstand, dass ausdrücklich an den Arbeitstagen drei Mahlzeiten gewährt worden seien, nicht jedoch an den Wochenenden. Auch sei immer nur von der Möglichkeit des Besuches eines Sprachkurses und von Veranstaltungen gesprochen worden, nie allerdings davon, dass solche auch wirklich besucht worden seien. Nehme man ein familienhaftes Verhältnis an, wovon man bei einem Au-pair-Verhältnis ausgehen sollte, müsste der Beschwerdeführer eigentlich davon Kenntnis haben und dies zur Unterstützung seiner Argumentation auch ausdrücklich erwähnen. Schließlich sei auch nie erwähnt worden, ob gemeinsame Ausflüge oder

Familienfeiern stattgefunden haben, die eine Einbeziehung in die Familie, wie es für Au-pair-Verhältnisse typisch werde, erkennen lassen würden. Das Fehlen von solchen Hinweisen in sämtlichen Fragebeantwortungen und Stellungnahmen lasse auf ein Überwiegen der Merkmale eines Dienstverhältnisses schließen.

Für Au-pair-Verhältnisse gebe es keine explizite Ausnahmebestimmungen von der Sozialversicherungspflicht. Unter Aupair-Kräften verstehe man junge Ausländer, die für einen gewissen Zeitraum gegen Kost und Quartier und allenfalls ein regelmäßiges Taschengeld im Haushalt beschäftigt werden. Bei der Beschäftigung von Au-pair-Kräften handle es sich um die Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis (§ 2 Abs. 2 lit. b AusIBG) und damit um eine bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinne dieses Gesetzes. Es sei daher zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 ASVG vorliegen, oder ob es sich etwa um eine der familienhaften Mitarbeit gleichzuhaltende Tätigkeit gehandelt habe. Eine familienhafte Mitarbeit liege dann vor, wenn die Tätigkeit auf Grund einer familienrechtlichen Unterstützungs- und Beistandspflicht im Rahmen des familienhaften Zusammenlebens ausgeübt werde. Sie sei in der Regel unentgeltlich. Auf Au-pair-Verhältnisse könnte diese Form der Mitarbeit ebenfalls angewendet werden, wenn die Aufnahme in den Familienverband zum Kennenlernen der Kultur und Sprache, was nach allgemeinem Verständnis der Hauptzweck einer solchen Vereinbarung sein sollte, erfolgt sei und die Mitarbeit im Haushalt und der Bezug eines Taschengeldes im Rahmen der Familie bleibe, wie dies auch bei einem eigenen Kind der Familie der Fall wäre. Stehe jedoch die Ausübung bestimmter Tätigkeiten im Vordergrund, könne von einer familienhaften Mitarbeit nicht ausgegangen werden. Im Beschwerdefall sprächen der überhöhte Taschengeldbezug von S 5.000,-- und die fehlenden Hinweise auf eine Eingliederung in die Familie gegen eine Bewertung der Tätigkeit als familienhafte Mitarbeit. Schließlich genüge ein Überwiegen der Merkmale der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit zur Begründung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses. Im gegenständlichen Fall sei von einer persönlichen Arbeitspflicht der Erstmitbeteiligten auszugehen. Es gebe keine Hinweise dafür, dass sie die Möglichkeit gehabt habe, sich vertreten zu lassen. Dies wäre bei der Art ihrer Tätigkeit auch unüblich. Eine Bindung an den Arbeitsort sei ebenfalls zu bejahen. Hinsichtlich der Arbeitszeit sei eine freie Zeiteinteilung insofern gegeben gewesen, als die meiste Zeit zumindest ein Elternteil anwesend gewesen sei. Dem isolierten Moment der Einflussnahme des Beschäftigten auf seine Arbeitszeit komme jedoch keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

Die Bestimmungsfreiheit der Erstmitbeteiligten sei hinsichtlich ihrer Tätigkeit weitgehend ausgeschaltet gewesen. Die behauptete mangelnde Weisungs- und Kontrollunterworfenheit sei nicht nachvollziehbar. Das monatliche Taschengeld von S 5.000,-- sei als Entgelt zu werten. Dieser Betrag liege weit über den üblichen Entschädigungen für Au-pair-Kräfte (max. S 3.000,--). Die Begründung der Überzahlung mit den Fahrtkosten von Wien nach Laxenburg sei nicht nachvollziehbar, weil Kosten in dieser Höhe nicht anfielen.

Das Fehlen eines schriftlichen Au-pair-Vertrages, einer auch dafür vorgeschriebenen Beschäftigungsbewilligung und einer für ein solches Verhältnis empfohlenen Versicherung spreche gegen das Vorliegen eines Au-pair-Verhältnisses.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde mit dem Begehren, ihn kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer meint, der Bescheid sei mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet, weil die belangte Behörde nicht aufgegriffen habe, dass die Einspruchsbehörde den Trägern der Sozialversicherung Mitwirkungsbefugnisse bei ihrer Entscheidungsfindung zugestanden habe. Für eine derartige Mitbestimmung fehle die gesetzliche Grundlage. Die gesetzlich nicht vorgesehene Herstellung eines Einvernehmens bei der Bescheiderlassung verletze das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter.

Der Beschwerdeführer erkennt selbst, dass den Trägern der Sozialversicherung und der Landesgeschäftsstelle des AMS im gegenständlichen Verfahren Parteistellung zukommt. Damit steht ihnen aber auch das Recht zur Stellungnahme offen. Lediglich dieses Recht hat die Einspruchsbehörde den Genannten eingeräumt. Nach Ausweis der Verwaltungsakten wurde den genannten mitbeteiligten Parteien von der Einspruchsbehörde die Möglichkeit zur Stellungnahme eröffnet. Davon haben sie Gebrauch gemacht und sich darin der Rechtsauffassung der mitbeteiligten Gebietskrankenkasse angeschlossen. Von einer Herstellung des Einvernehmens bei der Entscheidungsfindung kann daher nicht gesprochen werden.

Mit den übrigen Vorbringen unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften bekämpft der Beschwerdeführer die Beweiswürdigung der belangten Behörde. Die von der belangten Behörde vorgenommene Beweiswürdigung unterliegt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu die bei Dolp, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, 3. Auflage, Seite 548 ff, wiedergegebene Rechtsprechung) der Kontrolle dieses Gerichtshofes jedenfalls in der Richtung, ob der Sachverhalt genügend ermittelt ist und ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig sind. Schlüssig sind aber solche Erwägungen dann, wenn sie den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut entsprechen. Diesen Anforderungen genügt die Begründung des angefochtenen Bescheides.

Der Beschwerdeführer bezeichnet es als unschlüssig, wenn die belangte Behörde mit dem Fehlen der Merkmale eines (schriftlichen) Vertrages, einer Beschäftigungsbewilligung und einer (empfohlenen) Versicherung, die sowohl für das Au-pair-Verhältnis als auch für das Dienstverhältnis relevant seien, das Vorliegen eines Au-pair-Verhältnisses verneine.

Damit übersieht der Beschwerdeführer allerdings, dass für die Frage des Vorliegens eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses die Qualifikation durch die Parteien des Vertrages unwesentlich ist. Weder bewirkt die Verneinung des "Au-pair-Verhältnisses" für sich schon allein die Versicherungspflicht noch bewirkt die Bejahung eine Ausnahme von derselben. Daher kann auch dahinstehen, ob die Erstmitbeteiligte an Sprachkursen teilgenommen hat.

Der Beschwerdeführer meint, die belangte Behörde habe eine Weisungs- und Kontrollfreiheit der Erstmitbeteiligten verneint, weil es völlig lebensfremd sei, dass man sein Kind einem Dritten ohne Einschränkungen anvertraue. Diese Annahme der belangten Behörde sei insofern unschlüssig, weil sie andererseits feststelle, dass ohnehin "die meiste Zeit zumindest ein Elternteil anwesend" gewesen sei. Dem ist zu entgegnen, dass die Anwesenheit des Dienstgebers oder seines Vertreters nicht für die Weisungs- und Kontrollfreiheit spricht, sondern gegen eine solche Freiheit.

Auch die behauptete Widersprüchlichkeit und Unschlüssigkeit in den Belangen der Arbeitszeiteinteilung ist bei genauer Betrachtung nicht gegeben. Die belangte Behörde verweist darauf, dass die Erstmitbeteiligte über Anweisung des Beschwerdeführers bzw. seiner Ehefrau von Montag bis Freitag vormittags gearbeitet hat. Wenn aber die Erstmitbeteiligte ihre Arbeitszeit an den Bedürfnissen des Haushaltes des Beschwerdeführers ausrichtete, kann keine Rede von einer freien Einteilung der Arbeitszeit sein.

Sowohl unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes als auch einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften wendet sich der Beschwerdeführer gegen die Annahme der belangten Behörde, das monatliche Taschengeld von S 5.000,- sei als Entgelt im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG zu werten.

Auch mit diesem Vorbringen kann der Beschwerdeführer eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufzeigen. Entgelt im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ist das beitragspflichtige Entgelt nach § 49 leg. cit. (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 14. November 1995, 95/08/0273). In diesem Sinne bezeichnet Entgelt sämtliche Leistungen, die der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber dafür erhält, dass er ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt (vgl. Tomandl, Arbeitsrecht, 3. Auflage, 59, m.w.N.). Für die Beurteilung, ob eine Zuwendung des Dienstgebers an den Dienstnehmer nach dem Parteiwillen als Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Dienstnehmers geleistet wurde, kommt es auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. November 1987, 87/08/0152). Aus der bloßen Bezeichnung einer Leistung als "Taschengeld" ohne nähere Klärung der genannten Umstände kann noch nicht abgeleitet werden, ob diese ein Entgelt im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ist oder ob es anderen Zwecken dient. Ob ein Geldanspruch "Entgelt" oder "Taschengeld" ist, ist nicht nach seiner Höhe zu differenzieren, weil dieser Frage jene nach der Art des Beschäftigungsverhältnisses (z.B. Überwiegen des Ausbildungszweckes) vorgelagert ist (vgl. das Erkenntnis vom 19. März 1991, Zl. 85/08/0042). Die belangte Behörde konnte einen anderen Zweck der Beschäftigung als den Erwerbzweck mangels irgendwelcher Umstände, die auf das Überwiegen eines Ausbildungszweckes hindeuten könnten, nicht feststellen. Sie hat daher die monatliche Bezahlung von S 5.000,- zu Recht als Gegenleistung für die von der Erstmitbeteiligten im Haushalt des Beschwerdeführers erbrachten Dienste und somit als Entgelt i.S.d.

§ 49 ASVG angesehen. Nach den in diesem Zusammenhang wesentlichen Feststellungen der belangten Behörde war die Erstmitbeteiligte zur Einhaltung der Arbeitszeit und persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet und unterlag sie diesbezüglich den Weisungs- und Kontrollbefugnissen des Beschwerdeführers. Ausgehend davon trifft auch die Annahme der belangten Behörde zu, bei der Beschäftigung der Erstmitbeteiligten hätten die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber jenen der selbstständigen Ausübung der Erwerbstätigkeit überwogen. Soweit es der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang als Verfahrensmangel rügt, dass weder die belangte

Behörde noch die Unterbehörden die Erstmitbeteiligte vernommen haben, ist er darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde ihre Feststellungen auf Grund des gesamten Verwaltungsaktes, insbesondere den angeschlossenen Niederschriften vor dem Gendarmerieposten Laxenburg getroffen hat. Von dieser Stelle wurde allerdings die Erstmitbeteiligte und ihr Vater einvernommen. Die Ergebnisse dieser Einvernahme hat die belangte Behörde zutreffend herangezogen und daraus geschlossen, dass die Arbeitsleistungen der Erstmitbeteiligten für den Beschwerdeführer im Vordergrund gestanden seien und nicht etwa ein freundschaftliches Verhältnis oder eine Gastaufnahme. Der Beschwerdeführer hingegen hat weder in seinem Einspruch, noch in seiner Berufung oder in einer anderen im Verfahren erstatteten Stellungnahme das Unterbleiben der Einvernahme der Erstmitbeteiligten gerügt und ihre Einvernahme auch nicht beantragt. Die belangte Behörde war daher nicht verpflichtet, die Erstmitbeteiligte von Amts wegen zu vernehmen.

Aus den angeführten Gründen war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG i.V.m. der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

Wien, am 30. Mai 2001

### **Schlagworte**

Dienstnehmer Begriff Beschäftigung gegen Entgelt

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

ECLI:AT:VWGH:2001:1998080196.X00

### **Im RIS seit**

15.11.2001

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

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