

# TE Bvg Erkenntnis 2020/5/29 W229 2175264-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.05.2020

## Entscheidungsdatum

29.05.2020

## Norm

ABGB §234

ASVG §35

ASVG §4 Abs1 Z1

ASVG §4 Abs2

ASVG §5

ASVG §539a

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W229 2175264-1/20E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag.a Elisabeth WUTZL als Einzelrichterin über die Beschwerden des XXXX , VSNR XXXX , und des XXXX , beide vertreten durch Gerlach Rechtsanwälte, Pfarrhofgasse 16/2, 1030 Wien, gegen der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse, nunmehr: Österreichischer Gesundheitskasse, vom 16.08.2017, GZ XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, zu Recht:

A)

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Nach Anregung durch die Pensionsversicherungsanstalt führte die Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (im Folgenden: NÖGKK) eine Überprüfung durch und erließ nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens den angefochtenen Bescheid vom 16.08.2017, in dem sie gem. § 410 Abs. 1 ASVG iVm. §§ 4, 5, 7, 21, 35, 539a ASVG und § 1 AlVG feststellte, dass 1. Herr XXXX (im Folgenden M. M.), VSNR XXXX aufgrund seiner Tätigkeit bei Herrn XXXX (im

Folgenden: C. H.) in der Zeit vom 19.03.2014 bis 31.03.2014 nicht der Voll- (Kranken-, Unfall-, und Pensions-) und Arbeitslosenversicherung unterlag, 2. M. M. aufgrund seiner Tätigkeit bei C. H. im Zeitraum vom 01.04.2014 bis 31.03.2015 nicht der Teilversicherung in der Unfallversicherung unterlag, 3. die per 19.03.2014 erstattete Anmeldung zur Sozialversicherung durch C. H. daher wegen Nichtbestandes der Pflichtversicherung abgelehnt und die im Zeitraum vom 19.03.2014 bis 31.03.2015 zu Unrecht durchgeführte Pflichtversicherung storniert werde und 4. eine Formalversicherung im Zeitraum vom 19.03.2014 bis 31.03.2015 nicht eintrete.

Nach der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts sowie der Beweiswürdigung, führt die NöGKK in ihrer rechtlichen Würdigung aus, es werde geprüft, ob M. M. vom 19.03.2014 bis 31.03.2015 als Kinderbetreuungsperson für sein Enkelkind in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 4 ASVG zu seinem Schwiegersohn stand. Prüfgegenstand sei daher insbesondere die Frage, ob die Kinderbetreuungstätigkeit im konkreten Fall ein Dienstverhältnis gem. § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. Abs. 2 ASVG begründete oder ob es sich um Familiendienste handelte. Zur familienrechtlichen Verpflichtung des Vaters gegenüber dessen Kind sei im gegebenen Zusammenhang auf einschlägige Bestimmungen des ABGB betreffend des Inhalts der Obsorge verwiesen.

Nach Wiedergabe des § 158 ABGB führt die NöGKK aus, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt in der Weiterdelegierung der Obsorge bestanden habe, insbesondere der Pflege und Erziehung, vom Vater an den Großvater, wobei fraglich sei, ob diese Tätigkeit eine Pflichtversicherung nach dem ASVG begründet habe. Hier sei das familiäre Naheverhältnis zu berücksichtigen.

Nach Verweis auf § 234 ABGB führt die NöGKK weiter aus, dass im Gesamtbild der Eindruck entstanden sei, dass der sich aus dieser Bestimmung ergebenden Unterhaltpflicht durch die Konstruktion, die Eltern bzw. Schwiegereltern anzumelden, nachgekommen hätte werden sollen. An dieser Stelle werde auf die Ausführungen von C. H. verwiesen, der telefonisch angegeben habe, dass seine Schwiegereltern sehr wenig Geld hätten, und es daher ihm und seiner Frau ein Bedürfnis wäre, diesen finanziell unter die Arme zu greifen. Für eine Schenkung brauche man einen Notariatsakt. Daher hätten er und seine Frau beschlossen, die Eltern für die Kinderbetreuung als Dienstnehmer anzumelden.

Zudem sei auf das Erkenntnis des VwGH vom 04.12.1975, VwSIG. 4.495A/1957, ZI 1836/56 zu verweisen, in dem die Unterordnungsbeziehung Dienstnehmer - Dienstgeber von anderen Gestaltungsweisen sozialer Über- und Unterordnung grundsätzlich abgegrenzt werde. Dies gelte aus Sicht der NöGKK insbesondere für den vorliegenden Fall, zumal diese soziale Über- und Unterordnungsbeziehung hier in zweifacher Weise gegeben sei, einerseits im Verwandtschaftsverhältnis zwischen Schwiegersohn und Schwiegervater, andererseits im Verwandtschaftsverhältnis zwischen Großmutter und Enkelkind.

Weiteres wesentliches Merkmal der Dienstgebereigenschaft - auch im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG sei die Freiwilligkeit. Die NöGKK sei hier in Gesamtwürdigung der Erhebungsergebnisse zur Auffassung gekommen, dass es sich um eine Scheinkonstruktion zur Begründung eines Aufenthalttitels handelte, insofern könne von der erforderlichen Freiwilligkeit von Seiten beider Beteigter keine Rede sein.

Die NÖGKK habe dementsprechend anhand aller Umstände des Falles, also insbesondere auch unter Einbeziehung der Angaben der Beteiligten, aber auch anderer relevanter Umstände die Frage zu beurteilen gehabt, ob sich daraus Umstände ergeben, die ungeachtet der Qualifikation der geschlossenen Vereinbarung durch die Beteiligten für und gegen das Vorliegen eines Dienstverhältnisses sprächen.

Abgestellt auf die Art der Tätigkeit, konkret die Betreuung der Enkelkinder, sei im Hinblick auf die in diesem Zusammenhang erbrachten Tätigkeiten das Vorliegen eines Dienstverhältnisses zu verneinen, da im gesamten Verfahren wesentliche Anhaltspunkte hervorgetreten seien, die das Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Dienstverhältnisses ausschließen.

Somit handle es sich hier um typische Familiendienste, die keineswegs im Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt erfolgten. Daher sei keine Pflichtversicherung nach dem ASVG begründet worden.

Die NÖGKK sei für die Beurteilung der Pflichtversicherung und Formalversicherung sachlich und örtlich zuständig. Die Frage, ob eine Pflichtversicherung bestehe, sei für die Entscheidung über die Formalversicherung im Sinne des § 21 ASVG eine Vorfrage im Sinne des § 38 AVG (VwGH vom 18. Dezember 2003, 2000/08/0199). Die diesbezüglich durch

Herrn C. H. übermittelte Anmeldung sei im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt wissentlich unrichtig erstattet worden. Das Bestehen einer Formalversicherung sei daher unabhängig von der Vorfrage der Pflichtversicherung bereits aus diesem Grund auszuschließen.

Im Ergebnis stehe fest, dass den gegenständlichen Meldungen zur Sozialversicherung kein Dienstverhältnis von M. M. bei C. H. im gegenständlichen Zeitraum zugrunde lag.

2. Mit Schriftsatz vom 18.09.2017 erhoben sowohl M. M. als auch C. H. im Wege ihrer rechtsfreundlichen Vertretung Beschwerde gegen diesen Bescheid.

Darin wird ausgeführt, dass der Bescheid bekämpft werde, weil die belangte Behörde den von ihr ermittelten Sachverhalt rechtlich unrichtig beurteilt habe. Es werden weiters ergänzende Sachverhaltsfeststellungen begehr und die Sachverhaltsfeststellungen als unrichtig bekämpft.

Wesentlich seien drei Sachverhaltsfeststellungen durch die belangte Behörde:

- dass die Kinderbetreuung tatsächlich erfolgt sei (Bescheid Seite 4);
- dass M. M. im Zuge dieser Tätigkeit insbesondere auf die beiden jüngeren Kinder aufgepasst habe und seine Kinderbetreuungstätigkeit darin bestanden habe, die Kinder zu unterhalten, ihnen Essen zu geben, sie schlafen zulegen sowie zum Spielplatz und in den Hof zu gehen (Bescheid Seite 5);
- dass die vereinbarten Zahlungen tatsächlich an M. M. erfolgt seien (...).

Die belangte Behörde unterliege einem grundsätzlichen Rechtsirrtum. Sie vermeine, dass Kinderbetreuung durch Großeltern im Regelfall nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgt. Da das offensichtliche Motiv der Begründung eines Dienstverhältnisses zwischen C. H. und M. M. in der Erlangung eines Aufenthaltstitels bei gleichzeitiger Reduktion der Pflichtversicherungsbeiträge im Rahmen eines geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses gelegen sei, sei bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise vom Vorliegen einer Scheinversicherung auszugehen.

Der grundlegende Rechtsirrtum der belangten Behörde bestehe darin, dass bereits das tatsächliche Bestehen eines Dienstverhältnisses die Pflichtversicherung auslöse. Es sei dabei völlig unerheblich, aus welchem Grund das Dienstverhältnis eingegangen worden sei. Für das Eingehen von Dienstverhältnissen gebe es verschiedenste Motive. Es sei dabei in keiner Weise abwegig, ein Dienstverhältnis zum Beispiel auch deshalb zu begründen, um einen Aufenthaltstitel zu erlangen. Ebenso unerheblich sei, ob ein Dienstverhältnis geringfügig gehalten werde, um keine Vollversicherung auszulösen. Es gäbe in Österreich wahrscheinlich überhaupt keine Dienstverhältnisse, die einen Entgeltanspruch exakt in der Höhe der Geringfügigkeitsgrenze auslösen, wenn nicht die Reduktion von Sozialversicherungsbeiträgen das Motiv für diese Beschäftigungsverhältnisse wäre.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde - so die Ausführungen in der Beschwerde - den festgestellten Sachverhalt in folgenden Prüfungsschritten wie folgt rechtlich würdigen müssen:

- M. M. habe für Frau C. H. tatsächlich die vereinbarte Arbeitsleistung in Form von Kinderbetreuungstätigkeiten, vornehmlich für seine beiden jüngeren Kind, erbracht;
- Motiv dafür, dass dieses Dienstverhältnis eingegangen und tatsächlich umgesetzt worden ist, sei auch gewesen, M. M. einen Aufenthaltstitel zu verschaffen;
- es sei ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis vereinbart und tatsächlich umgesetzt worden, damit die Belastung durch Sozialversicherungsbeiträge so gering wie möglich bleibt;
- da aber tatsächlich die vereinbarte Arbeitsleistung erbracht worden sei, liege sozialversicherungsrechtlich ein Dienstverhältnis vor, wobei M. M. aufgrund ihrer Tätigkeit bei C. H. im Zeitraum vom 19.03.2014 bis 31.03.2014 der Vollversicherung sowie von 01.04.2014 bis 31.03.2015 der Teilversicherung in der Unfallversicherung unterlegen sei.

Die belangte Behörde übersehe weiters, dass die Betreuung von Kleinkindern durch Großeltern durchaus in einem Arbeitsverhältnis geschehen könne. Im Gegenteil, die Frage, ob und in welchem Umfang Kinderbetreuungstätigkeiten durch Großeltern im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses die steuerliche Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten (die seit 2009 bis zu einem Betrag von ? 2.300,- jährlich grundsätzlich vorgesehen ist) auslösen könne, werde seit Bestehen dieser Regelung, also seit nunmehr fast einem Jahrzehnt, ausführlich in der steuerlichen Literatur und Praxis

diskutiert. So sei etwa im Jahr 2015 in einer Entscheidung die steuerliche Absetzbarkeit von Kinderbetreuungskosten nur deshalb abgelehnt worden, weil den Eltern der Nachweis der Zahlungen an die Großeltern nicht gelungen war (BFG 14.10.2015/RV/710516112015). Allgemein bekannt sei auch, dass das Finanzministerium in einem Erlass die Absolvierung eines achtstündigen Babysitter-Kurses als ausreichend angenommen habe, um die im Gesetz geforderte pädagogische Qualifikation anzunehmen, und dass die Bundesregierung sogar ausdrücklich darauf hingewiesen habe, dass auch die Betreuung durch Großeltern, wenn sie tatsächlich bezahlt werde, bis zu einem Betrag von ? 2.300,- jährlich von der Steuer abgesetzt werden könne.

Es sei daher völlig unerfindlich, wie die belangte Behörde zu der rechtlichen Schlussfolgerung kommen könne, eine tatsächliche Betreuung von Kleinkindern durch Großeltern, für die auch tatsächlich das vereinbarte Entgelt bezahlt werde, begründe deshalb kein sozialversicherungspflichtiges Dienstverhältnis, weil das Arbeitsverhältnis auch dazu diene einen gültigen Aufenthaltstitel zu erlangen.

Daran - so in der Beschwerde weiter - vermögen weder die von der belangten Behörde monierten fehlenden Dienstpläne von Jänner 2016 etwas ändern, noch die teilweise Bezahlung des Gehaltes mit Kinderbetreuungsgutscheinen.

Weiters wurde in der Beschwerde auf weitere mit der Beschwerde vorgelegte Beweismittel verwiesen.

Die Anmerkung der belangten Behörde, dass Frau XXXX (im Folgenden: N. H.) in der Niederschrift vom 17.03.2016 angegeben habe, dass bei erforderlicher Kinderbetreuung über 39 Stunden hinaus hätten die Eltern von C. H. auf die Kinder aufgepasst sei irreführend. Bei dieser Befragung sei es um das laufende Dienstverhältnis von B. M. bei N. H., das zu einem Zeitpunkt begründet worden sei als N. H. wieder zu arbeiten beginnen wollte und nicht um das Dienstverhältnis von M. M., das kurz nach der Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit von N. H. aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme beendet worden sei. Vielmehr sei während des Dienstverhältnisses von M. M. bei C. H. eine zusätzliche Kinderbetreuung nicht nötig gewesen, da N. H. zu Beginn noch nicht gearbeitet habe und zum Zeitpunkt der Wiederaufnahme ihrer Arbeitstätigkeit auch die Ehefrau von M. M. bereits bei N. H. zur Kinderbetreuung angestellt gewesen sei.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens wären folgende ergänzende ausdrückliche Sachverhaltsfeststellungen zu treffen gewesen:

Da der C. H. im Ausmaß der Normalarbeitszeit berufstätig sei und das Ehepaar H. drei Kinder habe, sei es nötig gewesen, N. H. zu entlasten, damit sie den Haushalt führen konnte. In weiterer Folge sei es N. H. nur möglich gewesen, selbst einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, wenn eine gesicherte Kinderbetreuung vorliege.

C. H. habe sich entschieden, M. M. in einem Arbeitsverhältnis zu beschäftigen, weil Herr und Frau H mit einem Leihoma-Service nicht zufrieden waren.

N. H. entschied sich, B. M. in einem Arbeitsverhältnis zu beschäftigen, weil sie über ein Leihoma-Service der Volkshilfe, das sie zuvor in Anspruch genommen hatten, nicht zufrieden waren;

Die geringfügige Beschäftigung sei gewählt worden, da N. H. zu Beginn des Beschäftigungsverhältnisses noch nicht gearbeitet habe und daher ein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis ausgereicht habe, um sie im Haushalt zu entlasten. Zu dem Zeitpunkt als N. H. wieder zu arbeiten begonnen habe, sei neben M. M. auch seine Ehefrau B. M. bei N. H. ein Beschäftigungsverhältnis zur Kinderbetreuung ein. Das Ehepaar H. sei zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen, das zwei geringfügige Beschäftigungsverhältnisse ausreichen, um die Betreuung der Kinder sicherzustellen.

M. M. habe im Zuge des Dienstverhältnisses die Kinder von C. H. nur dann betreut, wenn N. H. nicht zur Verfügung gestanden sei. Diese Betreuung der Kinder sei im Rahmen des geringfügigen Beschäftigungsverhältnisses von 39 Stunden pro Monat möglich gewesen und auch in dieser Form umgesetzt worden.

Bereits im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich GZ LVwG-AV.271/001/2016 sei das Bestehen des Dienstverhältnisses den Sachverhaltsfeststellungen zugrunde gelegt worden.

Die belangte Behörde bleibe auch jede Begründung dafür schuldig, warum es einen Missbrauchstatbestand nahelegen soll, wenn eine bestimmte Tätigkeit sowohl im Rahmen eines Dienstverhältnisses als auch außerhalb eines Dienstverhältnisses, etwa in Erfüllung einer familiären Pflicht, entfaltet werde. Warum sollte zum Beispiel ein

Rechtsanwalt seine Tochter nicht als Rechtsanwaltsanwärterin beschäftigen können und Ihr trotzdem dankbar sein, wenn sie ihn außerhalb dieses Dienstverhältnisses, zum Beispiel am Wochenende, juristisch unterstützt? Ebenso selbstverständlich könnte ein Mann ein Dienstverhältnis zu seiner Frau als Koch in dem von seiner Frau betriebenen Restaurant begründen, ohne dass die daraus resultierende Pflichtversicherung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zum Opfer fallen würde, weil dieser Mann selbstverständlich - auch am Wochenende unentgeltlich für seine Frau kocht.

Es bleibe daher dabei: Die von der belangten Behörde festgestellte tatsächliche Arbeitstätigkeit von M. M. für C. H., die dafür vereinbarte Entgeltlichkeit und die tatsächliche Bezahlung des vereinbarten Entgelts begründen die sozialversicherungsrechtliche Pflichtversicherung. Es sei dabei völlig unerheblich, welche weiteren Motive für die Begründung dieses Beschäftigungsverhältnisses eine Rolle gespielt haben.

Es werde daher begehrte, den Bescheid der belangten Behörde ersatzlos zu beheben.

3. Mit 03.11.2017 wurde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht von der NöGKK vorgelegt.

4. Das Beschwerdeverfahren wurde für die gemeinsame Verhandlung mit jenem zur GZ W229 2163216-1 verbunden. Am 29.05.2017 fand zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts eine öffentlich mündliche Verhandlung statt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

N. H. und C. H. führen an ihrem Wohnsitz einen gemeinsamen Haushalt, in XXXX, und haben gemeinsam drei Kinder, welche am 16.02.2010, 27.09.2011 und am 03.10.2013 geboren sind.

C. H. übte in der verfahrensgegenständlichen Zeit seine berufliche Tätigkeit im Vollzeitausmaß aus. Mit Jänner 2015 hat N. H. ihre Berufstätigkeit zunächst im Ausmaß von 17 Wochenstunden, ab 01.10.2015 im Ausmaß 24 Wochenstunden wiederaufgenommen.

M. M. ist der leibliche Vater der N. H. und bulgarischer Staatsangehöriger. Seit 30.01.2015 ist er in XXXX zum Hauptwohnsitz gemeldet. Gemeinsam mit seiner Ehefrau entrichtete er an C. H. und N. H. 300 Euro Miete pro Monat.

M. M. wurde aufgrund seiner Tätigkeit als Kinderbetreuer von 19.03.2014 bis 31.03.2014 zu Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-) und Arbeitslosenversicherung und ab 01.04.2014 bis 31.03.2015 zur Teilversicherung in der Unfallversicherung mit einem Entgelt von 390 Euro gemeldet. Er wurde für seine Tätigkeit beim Dienstgeber C. H. gemeldet.

M. M. ist der Ehemann der XXXX (im Folgenden: B. M.).

Die Meldung des M. M. als Dienstnehmer allein des C. H. erfolgte zur Vermeidung der Dienstgeberabgabe.

Die Kinderbetreuung hat M. M. für C. H. und für N. H. erbracht.

M. M. hat mit 19.03.2014 begonnen die Kinder (im Wesentlichen die beiden jüngeren Kinder) von N. H. und C. H. zu betreuen. In der Zeit von 19.03.2014 bis 31.03.2014 wurde das Betreuungsausmaß mit 39 Stunden angegeben; danach mit 39 Stunden pro Monat.

Krankheitsbedingt hat M. M. die Betreuungstätigkeit mit 31.03.2015 beendet. In der Zeit von 15.10.2014 bis 31.03.2015 erfolgte die Betreuung der Kinder parallel zur Betreuung der Kinder durch B. M.

Für beide Betreuungspersonen wurde das Betreuungsausmaß jeweils mit 39 Stunden pro Monat angegeben. M. M. hat die Kinder auch außerhalb der angegebenen Stunden betreut.

Die Tätigkeit wurde im Ausmaß von 39 Stunden pro Monat mit 10 ? pro Stunde entlohnt. Für die darüberhinausgehende Betreuung erfolgte keine Entlohnung.

Die Anzahl der dokumentierten Arbeitsstunden bzw. das Ausmaß der Entlohnung orientierten sich an der Geringfügigkeitsgrenze.

Die Betreuung der Kinder erfolgte zumeist im Haushalt der Großeltern.

C. H. sowie N. H. haben M. M. insbesondere die Schlafenszeiten der zu betreuenden Tochter vorgegeben. Darüberhinausgehende Vorgaben im Sinne von arbeitsrechtlichen Weisungen im Hinblick auf die Art und Weise der Durchführung der Kinderbetreuung somit hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens wurden nicht getätigt. Über telefonische Erkundigungen nach dem Befinden des betreuten Kindes bzw. Fragen nach der Einhaltung der Schlafenszeiten hinausgehende Kontrollen haben nicht stattgefunden. Die Tätigkeit der Kinderbetreuung während der dokumentierten Betreuungsstunden hat sich von jener außerhalb der dokumentierten Stunden in inhaltlicher Sicht und auch hinsichtlich ihrer sonstigen Merkmale nicht unterschieden.

## 2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus den zur gegenständlichen Rechtssache vorliegenden Verfahrensakten der belangten Behörde und des Bundesverwaltungsgerichts.

Die Feststellungen zum gemeinsamen Wohnsitz und zur gemeinsamen Haushaltsführung des C. H. und N. H. ergeben sich aus den im Akt einliegenden ZMR-Auszügen sowie den bisherigen Angaben im gesamten Verfahren. Dass C. H. und N. H. drei gemeinsame Kinder haben, wurde von ihnen bereits im Verfahren vor der belangten Behörde im Rahmen der Niederschriften vom 17.03.2016 sowie in der mündlichen Verhandlung entsprechend zu Protokoll gegeben.

Die Feststellungen betreffend das Beschäftigungsausmaß des C. H. und der N. H. ergeben sich insbesondere aus deren Angaben in der Beschwerde sowie in der mündlichen Verhandlung, in der N. H. die festgestellten Ausmaße zu Protokoll gegeben hat.

Die Feststellungen betreffend die Familien- bzw. Verwandtschaftsverhältnisse des M. M., der B.M sowie der N. H. sowie zur Staatsangehörigkeit des M. M. und der B. M. ergeben sich aus deren übereinstimmenden Angaben der Parteien während des gesamten Verfahrens.

Dass die Meldung allein bei C. H. als Dienstgeber zur Vermeidung der Dienstgeberabgabe erfolgt ist, ergibt sich aus den Angaben des C. H., insbesondere aus der Beantwortung zur Frage 22 der Beantwortung des Fragebogens vom 28.06.2016. Die Feststellung, dass M. M. die Tätigkeit der Kinderbetreuung jeweils für N. H. und C. H. und damit für beide Elternteile erbracht hat, resultiert aus dem Umstand, dass N. H. und C. H. einen gemeinsamen Haushalt führen und gemeinsame Kinder haben, so dass letztlich die Betreuung der Kinder durch einen der beiden Großeltern stets beiden Eltern zum Nutzen gereichte.

Die Dauer der Betreuung durch M. M. sowie der Grund für die Beendigung seiner Tätigkeit ergeben sich aus den diesbezüglichen Angaben im Verwaltungsverfahren und insbesondere aus dem Fragebogen, welcher C. H. mit Schreiben vom 14.06.2016 übermittelt worden ist. Der Beginn der Betreuungstätigkeit durch B. M. ergibt sich insbesondere aus dem im Akt einliegenden Arbeitsvertrag, welcher am 10.10.2014 unterzeichnet worden ist.

Die Feststellung der gemeinsamen Betreuungstätigkeit ergibt sich aus dem gemeinsamen Vorbringen der Beschwerdeführer. Dass M.M auch außerhalb der dokumentierten Arbeitszeit Betreuungstätigkeiten wahrgenommen hat, ergibt sich letztlich aus seinen Angaben im Verfahren und insbesondere in der mündlichen Verhandlung zum Unterschied zwischen den beiden Betreuungsformen.

Die Feststellungen hinsichtlich der Entlohnung ergeben sich aus den Angaben der Parteien im gesamten Verfahren, dass eine Entlohnung für 39 Stunden Kinderbetreuung monatlich erfolgt sei, sowie aus den im Akt einliegenden Kontoauszügen, aus denen die Überweisung hervorgeht und einer Bestätigung betreffend den Erhalt von Kinderbetreuungsgutscheinen sowie einer Bestätigung einer Barzahlung vom 30.06.2015.

Dass sich sowohl die Anzahl der dokumentierten Arbeitsstunden als auch damit korrelierend das Ausmaß der Entlohnung an der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze orientierten, ergibt sich insbesondere aus den Angaben des C. H. im Rahmen eines Telefonats mit der NöGKK am 26.08.2016, welches mit Aktenvermerk vom selben Tag dokumentiert worden ist sowie aus den diesbezüglichen Aussagen in der mündlichen Verhandlung.

Dass die Betreuung im Haushalt der Großeltern stattgefunden hat, ergibt sich aus den Angaben der B. M. in der mündlichen Verhandlung.

Dass den Großeltern bei der Betreuung der Kinder Vorgaben hinsichtlich der Schlafenszeiten des zu betreuenden Kindes gegeben wurden, wurde von N. H. sowie von C. H. in der mündlichen Verhandlung angegeben und besonders

betont. Die Feststellung, dass darüber hinaus maßgebliche Vorgaben bzw. arbeitsrechtliche Weisungen im Hinblick auf die Art und Weise der Durchführung der Kinderbetreuung nicht getätigt wurden, basiert insbesondere auf folgenden Erwägungen: Soweit in den Niederschriften vom 17.03.2016 bzw. den ergänzenden Erläuterungen zur Anfrage vom 14.06.2016 angegeben wurde, dass insbesondere das Programm für die Betreuung vorgegeben wurde bzw. es Vorgaben gegeben habe, welche Spiele gespielt werden bzw. was die Kinder anziehen sollen, können darin vor dem Hintergrund der allgemeinen Lebenserfahrung lediglich Anregungen gesehen werden. Hinsichtlich des gewünschten Vorlesens von Büchern in bulgarischer Sprache genügt es darauf zu verweisen, dass die Großeltern nicht hinreichend gut deutsch sprechen - dafür spricht schon die Notwendigkeit eines Dolmetschers während der Verhandlung - sodass das Vorlesen in deren Muttersprache selbstverständlich ist und keiner besonderen Anweisung bedarf. Auch ist nicht davon auszugehen, dass sich während der dokumentierten Betreuungsleistungen die genannten Vorgaben, welche als Anregungen gewertet werden, nicht am Gesundheitszustand der Großeltern orientiert haben und kann insofern die Aussage von M. M. im Schreiben vom 14.06.2016, wonach er als Kinderbetreuungsperson die Anweisungen seines Schwiegersohnes habe befolgen müssen und als Großvater mit den Kindern unternehmen können, was er für gut halte und was seinem Gesundheitszustand entspreche, nicht nachvollzogen werden. Inwiefern sich die Tätigkeit der Kinderbetreuung außerhalb der dokumentierten Zeiten von jener während der aufgezeichneten 39 Stunden in inhaltlicher Sicht nachhaltig unterschied, konnte von den Beschwerdeführern ebenso nicht substantiiert dargelegt werden. Schließlich wird das beispielsweise von B. M. in der Niederschrift vom 17.03.2017 ins Treffen geführte Achten auf die Gesundheit der Kinder bzw. des jüngsten Kindes auch in dieser (nicht dokumentierten und nicht entlohnten) Zeit im Interesse aller Beteiligten gewesen sein. Die Feststellung betreffend die Erkundigungen nach dem Befinden des Kindes und die Einhaltung der Schlafenszeiten ergibt sich insbesondere aus den diesbezüglichen Angaben der Beschwerdeführerinnen in der mündlichen Verhandlung.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Die Beschwerde ist rechtzeitig und auch sonst zulässig. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 414 Abs. 2 ASVG entscheidet in Angelegenheiten nach § 410 Abs. 1 Z 1, 2 und 6 bis 9 das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag einer Partei durch einen Senat; dies gilt auch für Verfahren, in denen die zitierten Angelegenheiten als Vorfragen zu beurteilen sind. In Ermangelung eines entsprechenden Antrages ist vorliegend Einzelrichterzuständigkeit gegeben.

#### 3.2. Zu A) Abweisung der Beschwerde

##### 3.2.1. Maßgebliche Bestimmungen des ASVG

Gemäß § 4 Absatz 1 Ziffer 1 ASVG sind in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund des ASVG die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet.

Gemäß § 4 Absatz 2 1. Satz ASVG ist Dienstnehmer im Sinne des ASVG, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

Gem. § 5 Abs. 1 Z 2 ASVG sind von der Vollversicherung - unbeschadet einer nach § 7 oder nach § 8 eintretenden Teilversicherung - ausgenommen, Dienstnehmer und ihnen gemäß § 4 Abs. 4 gleichgestellte Personen, ferner Heimarbeiter und ihnen gleichgestellte Personen sowie die im § 4 Abs. 1 Z 6 genannten Personen, wenn das ihnen aus einem oder mehreren Beschäftigungsverhältnissen im Kalendermonat gebührende Entgelt den Betrag gemäß Abs. 2 nicht übersteigt (geringfügig beschäftigte Personen).

Gem. § 5 Abs. 3 Z 1 ASVG liegt kein geringfügiges Beschäftigungsverhältnis vor, wenn das im Kalendermonat gebührende Entgelt den in Abs. 2 genannten Betrag nur deshalb nicht übersteigt, weil infolge Arbeitsmangels im Betrieb die sonst übliche Zahl von Arbeitsstunden nicht erreicht wird (Kurzarbeit) oder die für mindestens einen Monat oder auf unbestimmte Zeit vereinbarte Beschäftigung im Lauf des betreffenden Kalendermonates begonnen oder geendet hat oder unterbrochen wurde.

Gemäß § 35 Absatz 1 1. Satz ASVG gilt als Dienstgeber im Sinne des ASVG derjenige, für dessen Rechnung der Betrieb (die Verwaltung, die Hauswirtschaft, die Tätigkeit) geführt wird, in dem der Dienstnehmer (Lehrling) in einem Beschäftigungs(Lehr)verhältnis steht, auch wenn der Dienstgeber den Dienstnehmer durch Mittelpersonen in Dienst genommen hat oder ihn ganz oder teilweise auf Leistungen Dritter an Stelle des Entgeltes verweist.

Gem. § 539a Abs. 1 ASVG ist für die Beurteilung von Sachverhalten nach diesem Bundesgesetz in wirtschaftlicher Betrachtungsweise der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes (zB Werkvertrag, Dienstvertrag) maßgebend.

Gem. § 539a Abs. 2 ASVG können durch den Mißbrauch von Formen und durch Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes Verpflichtungen nach diesem Bundesgesetz, besonders die Versicherungspflicht, nicht umgangen oder gemindert werden.

Gem. § 539a Abs. 3 ASVG ist ein Sachverhalt so zu beurteilen, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu beurteilen gewesen wäre.

Gem. § 539a Abs. 4 ASVG sind Scheingeschäfte und andere Scheinhandlungen für die Feststellung eines Sachverhaltes nach diesem Bundesgesetz ohne Bedeutung. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so ist das verdeckte Rechtsgeschäft für die Beurteilung maßgebend.

Gem. § 539a Abs. 5 ASVG gelten die Grundsätze, nach denen 1. die wirtschaftliche Betrachtungsweise, 2. Scheingeschäfte, Formmängel und Anfechtbarkeit sowie 3. die Zurechnung nach den §§ 21 bis 24 der Bundesabgabenordnung für Abgaben zu beurteilen sind, auch dann, wenn eine Pflichtversicherung und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten nach diesem Bundesgesetz zu beurteilen sind.

### 3.2.2. Maßgebliche Bestimmung des AIVG:

Gemäß § 1 Absatz 1 litera a Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG) sind Dienstnehmer, die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigt sind, für den Fall der Arbeitslosigkeit versichert (arbeitslosenversichert).

### 3.2.3. Maßgebliche Bestimmungen des ABGB

§ 42. Unter den Nahmen Aeltern werden in der Regel ohne Unterschied des Grades alle Verwandte in der aufsteigenden; und unter dem Nahmen Kinder, alle Verwandte in der absteigenden Linie begriffen.

§ 137. (1) Eltern und Kinder haben einander beizustehen und mit Achtung zu begegnen. Die Rechte und Pflichten des Vaters und der Mutter sind, soweit nicht anderes bestimmt ist, gleich.

(2) Eltern haben das Wohl ihrer minderjährigen Kinder zu fördern, ihnen Fürsorge, Geborgenheit und eine sorgfältige Erziehung zu gewähren. Die Anwendung jeglicher Gewalt und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides sind unzulässig. Soweit tunlich und möglich sollen die Eltern die Obsorge einvernehmlich wahrnehmen.

§ 234. (1) Das Kind schuldet seinen Eltern und Großeltern unter Berücksichtigung seiner Lebensverhältnisse den Unterhalt, soweit der Unterhaltsberechtigte nicht imstande ist, sich selbst zu erhalten, und sofern er seine Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind nicht gröblich vernachlässigt hat.

(2) Die Unterhaltspflicht der Kinder steht der eines Ehegatten, eines früheren Ehegatten, von Vorfahren und von Nachkommen näheren Grades des Unterhaltsberechtigten im Rang nach. Mehrere Kinder haben den Unterhalt anteilig nach ihren Kräften zu leisten.

(3) Der Unterhaltsanspruch eines Eltern- oder Großelternteils mindert sich insoweit, als ihm die Heranziehung des Stammes eigenen Vermögens zumutbar ist. Überdies hat ein Kind nur insoweit Unterhalt zu leisten, als es dadurch bei Berücksichtigung seiner sonstigen Sorgepflichten den eigenen angemessenen Unterhalt nicht gefährdet.

3.3. Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die durch M. M. erfolgte Kinderbetreuung im Rahmen eines Dienstverhältnisses oder im Rahmen eines typischen Familiendienstes erfolgt ist. In der Beschwerde wird im Wesentlichen moniert, dass die rechtliche Subsumtion der Behörde unrichtig sei. Begründet wird dies einerseits damit, dass das Motiv für das Eingehen eines Dienstverhältnisses nicht relevant sei, die Kinderbetreuung gegen Entgelt erbracht worden sei und letztlich die Behörde eine Begründung schuldig bleibe, warum es einen Missbrauchstatbestand nahelegen solle, wenn

eine bestimmte Tätigkeit sowohl im Rahmen eines Dienstverhältnisses als auch außerhalb eines Dienstverhältnisses erbracht werden. Das Vorbringen in der Beschwerde führt im vorliegenden Fall aus den folgenden Erwägungen nicht zum Erfolg:

3.3.1. Zunächst ist hervorzuheben, dass - wie bereits die belangte Behörde im Bescheid ausführt - im vorliegenden Fall die Tätigkeit der B. M. im Rahmen der gemeinsamen Haushaltsführung der N. H. und des C.H. welche beide aus dieser gemeinsamen Haushaltsführung berechtigt und verpflichtet sind, angefallen ist. Wie festgestellt gereichte die Kinderbetreuung vor dem Hintergrund der gemeinsamen Haushaltsführung letztlich beiden zum Nutzen, so dass beide Ehepartner als potenzielle Dienstgeber in Betracht kämen (vgl. VwGH 21.04.2004, 2001/08/0130). Wenn sich auch der bescheidmäßige Ausspruch nur auf einen der beiden potenziellen Dienstgeber erstreckt, ist für die Frage des Bestehens eines Dienstverhältnisses ist - wie das die NöGKK in ihrer Begründung letztlich auch getan hat - das Verhältnis des M. M. zu beiden Ehepartnern zu prüfen ist.

3.3.2.1. Die Abgrenzung familiärer Beschäftigungsverhältnisse von solchen, die in wechselseitigen rechtlichen Verpflichtungen ihren Grund haben, bereitet vor allem deshalb Schwierigkeiten, weil der tatsächliche Vorgang der Mitarbeit Angehöriger bei sämtlichen denkbaren Rechtsformen gleich aussieht und das äußere Bild eines solchen Leistungsaustausches daher ebenso gut in den vertraglichen wie in den familiären Bereich eingeordnet werden kann (vgl. VwGH 23.05.2012, 2010/08/0183 mHa VwGH 10.10.1980, Zl. 1205/78, VwSlg 10258 A/1980, sowie das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11.10.1983, VfGH Slg. 9815, mwN). Die Interessenlage in Bezug auf die Sozialversicherungspflicht ist nämlich oft anders als sonst: es geht für den Beschäftigten weniger darum, ein SV-Verhältnis zu vermeiden, sondern häufig um die Konstruktion eines Dienstverhältnisses, um Ansprüche aus der SV zu erwerben. Auch aus diesem Grund wird von der Rechtsprechung im Zweifel eine Leistung aufgrund familienrechtlicher Verpflichtung und eher nur ausnahmsweise ein Dienstverhältnis angenommen (vgl. Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 Rz 131 [Stand 1.3.2015, rdb.at] mHa VwGH 87/08/0036, ZfVB 1988/1934; 95/08/0091, SVSlg 47.755 = SVSlg 47.842; zuletzt VwGH 2010/08/0183, infas 2012, S 43).

Hinsichtlich des Dienstverhältnisses zwischen Ehegatten wird daher am ehesten eine Art Fremdvergleich, dh der Vergleich mit familienfremden Dienstnehmern, Aufschlüsse darüber geben können, ob ein Dienstverhältnis vorliegt (vgl. Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 Rz 133 [Stand 1.3.2015, rdb.at] mHa VwGH 95/08/0091, SVSlg 47.755 = SVSlg 47.842; 2010/08/0183, infas 2012, S 43).

Eine familiäre Beistandspflicht gibt es auch im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern § 137 Abs 1 ABGB). Insofern treten bei der Beschäftigung von Kindern im elterlichen Betrieb (oder etwa auch für persönliche Tätigkeiten wie Pflege der Eltern) wie auch umgekehrt (die Beistandspflicht gilt unabhängig vom Alter der Kinder) die gleichen Abgrenzungsprobleme zwischen familienrechtlicher Verpflichtung und Abschluss eines Dienstverhältnisses wie zwischen Ehegatten auf (vgl. Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 Rz 135 [Stand 1.3.2015, rdb.at]).

3.3.2.2. Gerade dem erwähnten Fremdvergleich hält die vorliegend zu prüfende Tätigkeit des M. M. nicht stand, da ein solches Verhältnis in der konkreten Ausgestaltung mit einer nicht zu Familie gehörenden sprich familienfremden Kinderbetreuungsperson nicht möglich gewesen wäre. Zunächst deutet bereits der Umstand, dass sich die Stundenaufzeichnungen strikt an den 39 aufgezeichneten Stunden im Monat - unabhängig von der jeweils veränderten Situation - gehalten haben, auf ein Dienstverhältnis hin, welches in dieser Form mit einer familienfremden Person nicht vorstellbar ist. So ist nicht nachvollziehbar, dass beispielsweise im Oktober 2014 sowohl M. M. 39 Stunden für die Kinderbetreuung aufgewendet haben soll, sowie B. M., welche erst Mitte Oktober 2014 mit der Kinderbetreuung begonnen hat und obwohl N. H. zu diesem Zeitpunkt noch nicht berufstätig war und Kinderbetreuung nur zu Unterstützung bei der Hausarbeit vorgesehen war. Bereits diesbezüglich hält das zu prüfende Beschäftigungsverhältnis einem Fremdvergleich nicht stand, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein Dienstgeber eine Kinderbetreuungsperson unabhängig vom jeweiligen Bedarf stets im gleichen Zeitausmaß beschäftigt bzw. entlohnt. Dass auch spätere Änderungen der jeweiligen Lebenssituation der Betroffenen jeweils zu keinerlei Veränderungen geführt haben sollen, deutet ebenso darauf hin, dass die Stundenaufzeichnung unabhängig vom wahren Aufwand geführt worden ist. Dies wird auch dadurch bekräftigt, dass angegeben wurde, dass auch über die aufgezeichneten Stunden hinaus, Betreuungstätigkeiten stattgefunden haben. Dass sich diese wesentlich von den sonstigen Betreuungstätigkeiten unterschieden haben konnte nicht festgestellt werden. Gerade der Umstand, dass nur Teile der erbrachten Leistung entlohnt wurde, führt umso mehr dazu, dass das vorliegende Verhältnis einem Fremdvergleich nicht standhält (vgl. Leitner, Dienstverhältnis zwischen Ehegatten - so gelingt der Nachweis, EF-Z

2007/95, S 157). Es ist nämlich nicht davon auszugehen, dass eine fremde Person die Kinderbetreuung nur zum Teil gegen Entgelt erbringt. So spricht die damit für die insgesamt erbrachten Betreuungstätigkeiten zu geringe Entlohnung dafür, dass vorliegend der Gefälligkeitscharakter überwogen hat. Auch kann hinsichtlich des Entgelts der Argumentation der Behörde gefolgt werden, dass die Entlohnung es teilweise N. H. ermöglichte, ihrer gegenüber ihren Eltern bestehenden Unterhaltsverpflichtung gem. § 258 ABGB nachzukommen. Der Umstand, dass die Betreuung im Rahmen des Haushalts der Großeltern und nicht ausschließlich im Haushalt der Familie H. stattgefunden hat, deutet auf ein fehlendes Über- und Unterordnungsverhältnis hin, wie es zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer typisch ist, da der Arbeitsort offenbar nicht von N. H. bzw. C. H. bestimmt worden ist, sondern dieser von M. M. gewählt wurde. Schließlich konnten Weisungen in Bezug auf das arbeitsbezogene Verhalten nicht festgestellt werden und sind die Ausübung von Kontrollmechanismen bzw. daran anknüpfende arbeitsrechtliche Sanktionen im vorliegenden Kontext schlicht nicht lebensnah. Zu den von der Behörde ins Treffen geführten Motiven für die Anmeldung eines Dienstverhältnisses (Erlangung eines Aufenthaltstitels, steuerliche Absetzbarkeit der Kinderbetreuung durch Großeltern) ist auszuführen, dass es auf das Motiv einer Tätigkeit nicht ankommt und dieses nicht mehr als eine Indizwirkung in Richtung Scheinvertrag entfalten kann (Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 Rz 131 [Stand 1.3.2015, rdb.at]). Zwar wurde im vorliegenden Fall die Leistung, nämlich die Kinderbetreuung durch M. M. erbracht und hat dieser dafür auch ein Entgelt erhalten, letztlich hält die konkrete Ausgestaltung der Tätigkeit aus den genannten Gründen jedoch einem Fremdvergleich nicht stand, so dass die Beurteilung insgesamt in Richtung einer familienhaften Mitarbeit ausschlägt (vgl. zum Fremdvergleich VwGH 16.02.1999, 94/08/0282).

### 3.4. Zum Vorliegen einer Formalversicherung:

3.4.1. Gemäß § 21 Abs. 1 ASVG besteht, sofern ein Versicherungsträger bei einer nicht der Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz unterliegenden Person auf Grund der bei ihm vorbehaltlos erstatteten, nicht vorsätzlich unrichtigen Anmeldung den Bestand der Pflichtversicherung als gegeben angesehen und für den vermeintlich Pflichtversicherten drei Monate ununterbrochen die Beiträge unbeanstandet angenommen hat, ab dem Zeitpunkt, für den erstmals die Beiträge entrichtet worden sind, eine Formalversicherung. Dies gilt nicht für Fälle einer vermeintlichen Teilversicherung in der Pensionsversicherung nach § 8 Abs. 1 Z 2 lit. a bis g.

Gem. § 21 Abs. 2 ASVG endet die Formalversicherung, wenn nicht eine frühere Beendigung gemäß § 11 oder § 12 eintritt, mit dem Tage der Zustellung des Bescheides des Versicherungsträgers über das Ausscheiden aus der Versicherung. Die Formalversicherung in der Pensionsversicherung endet jedoch spätestens mit dem Tag vor dem Stichtag (§ 223 Abs. 2).

Gem. § 21 Abs. 3 ASVG hat die Formalversicherung in allen in Betracht kommenden Versicherungen die gleichen Rechtswirkungen wie die Pflichtversicherung.

3.4.2. Die Formalversicherung nach ASVG gilt grundsätzlich sowohl in der Krankenversicherung als auch in der Unfallversicherung oder Pensionsversicherung, aber nicht in der Arbeitslosenversicherung, wo diese Möglichkeit auch sonst nicht besteht (vgl VwGH 2002/08/0068, VwSlg 16.486 A). (...) Für eine Formalversicherung kommen nach § 21 Abs. 1 Halbsatz 1 nur Personen in Betracht, die nicht bereits einer Pflichtversicherung nach diesem oder einem anderen Gesetz unterliegen. (...) Für die Annahme einer Formalversicherung der betreffenden Person müssen nach § 21 Abs. 1 drei weitere Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Sie muss ihre Anmeldung zum einen vorbehaltlos (Rz 7), zum anderen nicht vorsätzlich unrichtig (Rz 8) erstattet haben, sodass der Versicherungsträger schließlich den Bestand einer Pflichtversicherung als gegeben angesehen und die entrichteten SV-Beiträge längere Zeit unbeanstandet entgegen genommen hat (Rz 9 f). Liegen all diese Voraussetzungen vor, entsteht die Formalversicherung, welche nach § 21 Abs 3 bzw § 22 Abs 3 die gleichen Rechtswirkungen entfaltet wie die entsprechende Pflicht- oder freiwillige Versicherung (Rz 11 f). (...) Der Eintritt einer Formalversicherung ist ausgeschlossen, wenn die Anmeldung der betreffenden Person vorsätzlich unrichtig war. Dies bezieht sich idR (schon im Hinblick auf die Meldepflichten nach § 33) auf den Vorsatz des DG und nicht auf den Wissensstand des DN (VwGH 2003/08/0103, SVSlg 50.594). Nach der Rsp erfordert die Beantwortung der Frage nach dem Vorsatz insb Feststellungen über den Inhalt der Anmeldung, die tatsächlichen, mit dem Inhalt der Anmeldung in Widerspruch stehenden Gegebenheiten und - sofern nicht schon der Widerspruch zwischen dem Meldungsinhalt und den tatsächlichen Gegebenheiten den Vorsatz in Bezug auf die Erstattung der unrichtigen Meldung klar erkennen lässt - über allfällige weitere Umstände, aus denen die vorsätzliche Erstattung abgeleitet werden könnte; dabei schließt ein allfälliger Rechtsirrtum den Vorsatz aus und lässt selbst die Unterlassung von Erkundigungen nicht zwingend auf Vorsatz schließen (VwGH 2003/08/0103, SVSlg 50.594;

2000/08/0199, SVSlg 50.595; 96/08/0230, SVSlg 47.944). Vorsätzliche Unrichtigkeit idS wurde etwa angenommen, wenn eine Schwangere in der 50m2-Wohnung ihres Mitbewohners an fünf Tagen pro Woche zu je drei Stunden als Hausgehilfin angemeldet wurde (VwGH 99/08/0150, SVSlg 47.945); oder wenn jemand als DN angemeldet wurde, obwohl keine Arbeitsleistungen zu erbringen waren, also ein Schein-DVerh vorlag (VwGH 2000/08/0199, SVSlg 50.595). Die vorbehaltlose und nicht vorsätzliche unrichtige Anmeldung muss aber auch zur unbeanstandeten Annahme der von dem/der vermeintlich pflicht-, selbst- oder weiterversicherten Person (bzw für sie) entrichteten Beiträge durch den VTr geführt haben. Ist dies drei Monate ununterbrochen erfolgt, ist davon auszugehen, dass der VTr den Bestand eines Pflichtversicherungsverhältnisses als gegeben angesehen hat (VwGH 81/08/0065, VwSlg 10.824 A = ÖJZ 1983, 500; 83/08/0170, VwSlg 11.329 A = SozSi 1984, 443; 88/08/0216, SVSlg 34.382; vgl. bereits Krejci, Sozialversicherungsverhältnis 357), wobei es auf ein Verschulden des VTr nicht ankommt (VwGH 95/08/0253, SVSlg 44.944 = infas 1999 S 8) (vgl. Pfeil in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 22 ASVG [Stand 1.7.2018, rdb.at]).

3.4.3. Im vorliegenden Fall wurde die Anmeldung des M. M. beim Dienstgeberin C. H. durch diesen grundsätzlich vorbehaltlos durchgeführt. Weiters handelt es sich bei der Beurteilung, ob eine Tätigkeit, welche für Familienmitglieder erbracht wird, der Pflichtversicherung unterliegt, zwar um eine Abwägungsentscheidung im Einzelfall, welche nicht ohne Weiteres gefällt werden kann (vgl. VwGH 23.05.2012, 2010/08/0183 sowie Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 Rz 133 [Stand 1.3.2015, rdb.at], der ebenfalls von einer schwierigen Abgrenzung im Detail spricht), so dass diesbezüglich von einem den Vorsatz ausschließenden Rechtsirrtum ausgegangen werden könnte, jedoch erfolgte im vorliegenden Fall insofern eine vorsätzlich unrichtige Anmeldung, als die Anmeldung zur Vermeidung der Dienstgeberabgabe allein zu C. H. als Dienstgeber erfolgt ist anstatt zu beiden Ehepartnern. Da insofern auf Ebene der Dienstgebereigenschaft eine vorsätzlich falsche Meldung erfolgt ist, ist der Behörde im Ergebnis darin zu folgen, dass auch Formalversicherung nicht eingetreten ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### 3.5. Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

3.5.1 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.

3.5.2 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. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

3.5.3. Konkrete Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sind weder in der gegenständlichen Beschwerde vorgebracht worden noch im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hervorgekommen. Wie unter Punkt 3.3 und 3.4 der Erwägungen zu Spruchpunkt A) dargelegt, ergeht die Entscheidung in Anlehnung an die dort zitierte ständige einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der Abgrenzung eines der Pflichtversicherung unterliegenden Dienstverhältnisses zur familienhaften Mitarbeit sowie zum Bestehen einer Formalversicherung.

### **Schlagworte**

Arbeitszeit Dienstgebereigenschaft Entgelt familiäre Interessen Familienangehöriger Formalversicherung  
Kinderbetreuung Pflichtversicherung Weisungsfreiheit

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

ECLI:AT:BVWG:2020:W229.2175264.1.00

### **Im RIS seit**

09.09.2020

### **Zuletzt aktualisiert am**

09.09.2020

© 2026 JUSLINE

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

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