



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Vizepräsidentin Dr.ⁱⁿ Sporrer und die Hofrätin Dr. Julcher als Richterinnen sowie die Hofräte Mag. Stickler, Mag. Cede und Mag. Tolar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Sasshofer, über die Revision der S KG in J, vertreten durch die Haslinger/Nagele Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Mölker Bastei 5, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Oktober 2019, G302 2113329-1/21E, betreffend Pflichtversicherung nach dem ASVG und dem AIVG und Beitragsnachverrechnung (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Steiermärkische Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse; mitbeteiligte Parteien: Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, Pensionsversicherungsanstalt sowie 104 weitere mitbeteiligte Parteien; weitere Partei: Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Die Österreichische Gesundheitskasse hat der revisionswerbenden Gesellschaft Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die revisionswerbende Gesellschaft betreibt (als Franchisenehmerin) ein Nachhilfeinstitut an mehreren Standorten. Mit dem angefochtenen Erkenntnis sprach das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren gegen einen Bescheid der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse (nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, im Folgenden ÖGK) vom 30. Jänner 2015 (berichtigt mit Bescheid vom 4. Februar 2015) aus, dass die in Anhang I. dieses Bescheides einzeln aufgezählten Personen auf Grund ihrer Tätigkeit für die revisionswerbende Gesellschaft in den jeweils dort angeführten Zeiträumen gemäß § 410 Abs. 1 Z 2 iVm. § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG sowie gemäß § 1 Abs. 1 lit. a AIVG 1977 der Voll- und Arbeitslosenversicherungspflicht, die in Anhang II. zu diesem Bescheid genannte Person im dort genannten Zeitraum



gemäß § 410 Abs. 1 Z 2 iVm. § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 ASVG der Vollversicherung und die in Anhang III. dieses Bescheides genannten Personen in den dort jeweils genannten Zeiträumen gemäß § 410 Abs. 1 Z 2 iVm. § 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2, § 5 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 sowie § 7 Z 3 lit. a ASVG der Teilversicherung in der Unfallversicherung unterlägen, sowie dass die revisionswerbende Gesellschaft wegen der festgestellten Meldedifferenzen verpflichtet sei, näher bezifferte Beiträge samt Verzugszinsen nachzuentrichten.

- 2 Das Bundesverwaltungsgericht traf im angefochtenen Erkenntnis folgende Feststellungen:
- 3 Die revisionswerbende Gesellschaft habe Nachhilfe für Lehrlinge und Schülerinnen und Schüler aller Schularten von der 5. Schulstufe bis zum Maturaniveau angeboten. Das Unternehmen sei nach ISO 9001 zertifiziert gewesen, was der Qualitätssicherung des Nachhilfeinstituts gedient und beispielsweise die Auswahl der Unterrichtsräumlichkeiten, die Dokumentation über das Verhalten der Schülerinnen und Schüler und die Erfassung der Qualifikation der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer betroffen habe. Für die Qualitätssicherung habe der Franchisegeber ein Handbuch geschrieben, dessen Anwendung für die revisionswerbende Gesellschaft verpflichtend gewesen sei. Darin seien unter anderem „Tipps für Nachhilfelehrer“ enthalten gewesen. Die in Anhang I. bis III. des Bescheides vom 30. Jänner 2015 angeführten Personen seien in den betreffenden Zeiträumen als Nachhilfelehrerinnen und -lehrer für die revisionswerbende Gesellschaft tätig gewesen. Diese Personen seien von der revisionswerbenden Gesellschaft als freie Dienstnehmer zur Pflichtversicherung angemeldet worden. Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer hätten Nachhilfestunden in verschiedenen Unterrichtsfächern, wie beispielsweise Deutsch, Englisch und Mathematik für Kleingruppen abgehalten.
- 4 Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer seien durch Inserate und Mundpropaganda rekrutiert worden. Die meisten hätten sich schriftlich beworben. Vor Beginn der Tätigkeit sei ein Bewerbungsgespräch geführt worden. Den meisten Bewerberinnen und Bewerbern sei mitgeteilt worden,



dass die Matura Voraussetzung für die Tätigkeit wäre, wovon im Einzelfall, beispielsweise im Fall einer Native-Speakerin, abgewichen worden sei. Vor Vertragsunterfertigung hätten die Bewerberinnen und Bewerber in der Regel eine Hospitation zu absolvieren gehabt, bei welcher sie mit bereits beschäftigten Nachhilfelehrerinnen und -lehrern gemeinsam eine Nachhilfestunde zu halten gehabt hätten. Die Einschätzung der Nachhilfelehrerin oder des Nachhilfelehrers über die Bewerberin (den Bewerber) sei sodann der revisionswerbenden Gesellschaft mitgeteilt worden.

- 5 Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer hätten die Kursteilnehmerinnen und -teilnehmer bei der Vorbereitung von Prüfungen unterstützt, Hilfestellung bei der Bearbeitung des Lehrstoffs gegeben und Kenntnisse vermittelt, die sich die Kursteilnehmerinnen und -teilnehmer in der Schule nicht ausreichend angeeignet hätten. Der Inhalt der Nachhilfestunden habe sich an den öffentlichen Lehrplänen und den konkreten Wünschen der Nachhilfeschülerinnen und -schüler orientiert. In der Gestaltung ihres Unterrichts seien die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer grundsätzlich frei gewesen. Auf Wunsch der Eltern seien Hausübungen gegeben worden und bei Intensivkursen habe die revisionswerbende Gesellschaft vorgegeben, wöchentliche Tests zur Überprüfung des Lernfortschritts abzuhalten.
- 6 Die revisionswerbende Gesellschaft habe Ganzjahreskurse in Form von Wochen- und Intensivkursen zur Vorbereitung von bestimmten Prüfungen angeboten. Die Einteilung der Kurse sei „in Absprache betreffend die zeitliche Verfügbarkeit“ mit den Nachhilfelehrerinnen und -lehrern erfolgt. Auch die Zuteilung der Schülerinnen und Schüler sei durch die revisionswerbende Gesellschaft erfolgt, wobei in Einzelfällen die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer die Möglichkeit gehabt hätten, bestimmte Schülerinnen und Schüler abzulehnen. Vereinbarte Kurszeiten seien von den Nachhilfelehrerinnen und -lehrern grundsätzlich einzuhalten gewesen. Die Änderung der Kurszeiten oder die Verschiebung einer Kurseinheit sei nur schwer möglich gewesen und vom Büro der revisionswerbenden Gesellschaft abgewickelt worden.
- 7 Die Nachhilfestunden hätten in den mit Tafel, Stiften, Blöcken und (kostenfrei benutzbarem) Kopierer ausgestatteten Räumlichkeiten der revisionswerbenden



Gesellschaft „grundsätzlich während der Bürozeiten“ stattgefunden. Für einzelne Kurse außerhalb dieser Zeiten hätten die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer Schlüssel zu den Räumlichkeiten erhalten. Die Räumlichkeiten seien von der revisionswerbenden Gesellschaft für den Nachhilfeunterricht immer entsprechend vorbereitet worden. Die revisionswerbende Gesellschaft habe auch Bücher zur Verfügung gestellt und auf Wunsch von Nachhilfelehrerinnen und -lehrern neue Bücher für den Unterricht angeschafft. Teils hätten die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer aber auch eigens mitgebrachte Bücher und Lehrmaterialien bzw. mitgebrachte Übungsbeispiele der Schülerinnen und Schüler verwendet. Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer hätten vor Ort auch einen Internetzugang verwenden können.

- 8 Die Administration der Kurse sei über eine bestimmte Software erfolgt, welche von den Nachhilfelehrerinnen und -lehrern auch als „elektronisches Klassenbuch“ bezeichnet worden sei. Die revisionswerbende Gesellschaft sei durch ihren Franchisevertrag - unter anderem - zur Anwendung eines (näher genannten) Computersystems verpflichtet gewesen. Mittels personalisierter Zugangsdaten hätten sich die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer in dieses Programm einloggen können und seien die ihnen zugeteilten Kurse von der revisionswerbenden Gesellschaft „freigeschaltet“ worden. Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer seien verpflichtet gewesen, Informationen wie Anwesenheit, Lerninhalt, Schularbeiten- und Testtermine, Noten und Verhalten der einzelnen Schülerinnen und Schüler in das Programm einzutragen. Mit dieser Eintragung habe die Nachhilfestunde als abgehalten gegolten. Auch die Abrechnung sei über diese Software erfolgt. Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer hätten aber mit ihrem Zugang keine Änderung der Kurseinteilung bewirken können, weil diese Funktion nur für die revisionswerbende Gesellschaft freigeschaltet gewesen sei.

- 9 Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer hätten sich zwar „laut Dienstvertrag generell durch eine geeignete Person vertreten lassen“ können, jedoch sei „faktisch“ nur die sogenannte „Pool-Vertretung“ zur Anwendung gekommen. Eine Vertretung durch eine andere geeignete Person, also außerhalb des Nachhilfelehrerpools, sei nur in einem sehr geringen Ausmaß „gelebt“ worden.



Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer hätten die Möglichkeit gehabt, sich in eine sogenannte Vertreterliste einzutragen. Bei Verhinderung seien die Stunden in der Regel durch andere Nachhilfelehrerinnen und -lehrer abgehalten worden. Eine Verschiebung des Termins habe nur in Ausnahmefällen und nach Absprache mit der revisionswerbenden Gesellschaft stattgefunden, welche sodann die Räumlichkeiten und die Mitteilung an die Schülerinnen und Schüler organisiert habe. Auch wenn keine formelle Informationspflicht an die revisionswerbende Gesellschaft bestanden habe, hätten die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer die revisionswerbende Gesellschaft bzw. deren Sekretariat über die Verhinderung informiert. Das Büro habe sodann den Kurs im EDV-System auf die vertretende Nachhilfelehrerin (den vertretenden Nachhilfelehrer) umgebucht, damit diese(r) die Eintragungen im System vornehmen könne. Auch die Abrechnung sei dann direkt mit der vertretenden Nachhilfelehrerin (dem vertretenden Nachhilfelehrer) erfolgt. Die Information über die Verschiebung einer Kurseinheit an die revisionswerbende Gesellschaft sei auch notwendig gewesen, um allenfalls frei werdende Räumlichkeiten für andere Kurse einteilen zu können.

- 10 Der Kontakt mit den Eltern der Schülerinnen und Schüler sei in der Regel über die revisionswerbende Gesellschaft erfolgt. Ein direkter Informationsaustausch zwischen Eltern und Nachhilfelehrerinnen und -lehrern habe nur in wenigen Einzelfällen stattgefunden. Die revisionswerbende Gesellschaft habe das Verhalten und den Lernfortschritt der einzelnen Schülerinnen und Schüler über die Eintragungen der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer im EDV-System entnehmen können.
- 11 Am Ende eines Kurses hätten die Schülerinnen und Schüler Feedbackbögen über das Nachhilfeinstitut und die jeweilige Nachhilfelehrperson ausfüllen können, welche von der revisionswerbenden Gesellschaft ausgewertet worden seien. Diese Feedbackbögen hätten in der Regel Lob von der revisionswerbenden Gesellschaft an die Nachhilfelehrperson zur Folge gehabt oder es seien allfällige Kritikpunkte besprochen worden. In manchen Fällen hätten Mitarbeiter(innen) der revisionswerbenden Gesellschaft zur Evaluierung der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer an Unterrichtseinheiten teilgenommen.



- 12 Die revisionswerbende Gesellschaft habe ein- bis zweimal jährlich ein sogenanntes Teammeeting veranstaltet, um Organisatorisches zu besprechen und um den Informationsaustausch der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer zu gewährleisten. Die Teilnahme an diesem Treffen sei von der revisionswerbenden Gesellschaft zwar erwünscht, aber nicht verpflichtend gewesen und extra honoriert worden.
- 13 Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer seien pro Unterrichtseinheit (90 Minuten) entlohnt worden, wobei sich das Honorar zwischen € 12,- und € 17,- pro Unterrichtseinheit bewegt habe. Diese Entlohnung habe auch die von den Nachhilfelehrerinnen und -lehrern aufgebrachte Vor- und Nachbereitungszeit umfasst. Aus Anlass von bestandenen Nachprüfungen der Schülerinnen und Schüler seien Prämien an die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer ausbezahlt worden.
- 14 Die revisionswerbende Gesellschaft habe die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer als freie Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer beschäftigt und mit ihnen jeweils als freie Dienstverträge titulierte schriftliche Vereinbarungen abgeschlossen. In diesen habe sich unter anderem die Erklärung gefunden, ob die Nachhilfelehrperson in die Liste der möglichen Vertreterinnen oder Vertreter aufgenommen werden möchte oder nicht.
- 15 Im Anschluss an das zuvor Wiedergegebene traf das Bundesverwaltungsgericht Feststellungen zum Inhalt des Franchisevertrages (Verpflichtung zum Angebot der Kurse „auf der Grundlage des Know-Hows des Franchisegebers“, Leistungen des Franchisegebers, Leistungen und Pflichten des Franchise-Partners, Schulung des Franchise-Partners durch den Franchisegeber, Unterrichts- und Geheimhaltungspflichten, Know-How-Transfer in Form eines „Franchise-Handbuchs“, Verpflichtung des Franchise-Partners zum Betrieb „entsprechend den Regelungen des Franchise-Handbuchs“, Verpflichtung zur Nutzung des Management-Informationssystems).
- 16 In rechtlicher Hinsicht führte das Bundesverwaltungsgericht Folgendes aus:
- 17 Strittig sei, ob die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer als echte Dienstnehmer der revisionswerbenden Gesellschaft, also in einem Verhältnis persönlicher und



wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt oder aber auf Grund freier Dienstverträge zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet und als solche pflichtversichert gewesen seien (§ 4 Abs. 4 ASVG). Die betroffenen Personen hätten sich zur (wiederholten) Dienstleistung (Nachhilfeunterricht) als Nachhilfelehrerinnen und -lehrer im Nachhilfeinstitut verpflichtet.

- 18 Bei der Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag sei grundsätzlich von der vertraglichen Vereinbarung auszugehen, weil diese die rechtlichen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar mache und daher als Deutungsschema für die tatsächlichen Verhältnisse diene. Der Vertrag habe die Vermutung der Richtigkeit für sich. Diese könne durch den Nachweis, dass die tatsächlichen Verhältnisse von den vertraglichen Vereinbarungen über das Vorliegen eines freien Dienstvertrages abweichen, entkräftet werden (Hinweis auf VwGH 25.6.2013, 2013/08/0093). Von besonderer Aussagekraft sei in diesem Zusammenhang, ob der Beschäftigte in einer Weise in die betriebliche Organisation des Beschäftigers eingebunden sei, dass ausdrückliche persönliche Weisungen und Kontrollen durch „stille Autorität“ substituiert würden (Hinweise auf VwGH 15.5.2013, 2013/08/0051; 25.6.2013, 2013/08/0093, jeweils mwN). Weiters spiele die Qualifikation des Dienstnehmers bzw. der von ihm ausgeübten Tätigkeit eine Rolle, weil sich - unabhängig vom Vorliegen konkreter sachlicher Weisungen (die in der Realität des Arbeitsverhältnisses nicht immer erwartet werden könnten) - mit steigender Qualifikation in der Regel auch die fachliche bzw. sachliche Entscheidungsbefugnis ständig erweitere (Hinweis auf VwGH 11.6.2014, 2012/08/0157).
- 19 Den zwischen den Beschäftigten und der revisionswerbenden Gesellschaft getroffenen, als „Vertrag für freie Dienstnehmer“ bezeichneten Vereinbarungen lasse sich u.a. entnehmen, dass die Dienstnehmer in der Gestaltung des Unterrichts grundsätzlich frei gewesen seien, dass sie lediglich die für den unterrichteten Gegenstand gültigen Vorgaben der öffentlichen Lehrpläne zu berücksichtigen gehabt, ihre Leistungen unter Bedachtnahme auf den Vertragszweck erbracht hätten und an Weisungen hinsichtlich des



Arbeitsablaufes nicht gebunden gewesen seien, weiters dass diese persönliche Weisungsfreiheit auch für die Arbeitszeit gegolten habe, wobei sich aus der Natur der Sache (etwa Schulzeiten) ergebende Bindungen zu beachten gewesen und ein generelles Vertretungsrecht vorgelegen seien.

20 Dem stünden die Feststellungen über die tatsächliche Ausübung ihrer Tätigkeiten gegenüber, die zeigten, dass die Vertragsverhältnisse, insbesondere was die Dienstzeiten (welche grundsätzlich den Bürozeiten der revisionswerbenden Gesellschaft entsprochen hätten), den Arbeitsort im Betrieb der revisionswerbenden Gesellschaft und die Vertretung betreffe, anders gelebt worden seien als schriftlich vereinbart. Der genannte Vertrag könne daher bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) „nicht einem Deutungsschema, wonach dieser die Vermutung der Richtigkeit für sich hat, zu Grunde gelegt werden“. Somit habe die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und einem freien Dienstvertrag nach dem Gesamtbild der konkret zu beurteilenden Beschäftigung und den für die Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit entwickelten Kriterien nach der Methode des beweglichen Systems zu erfolgen (Hinweis auf VwGH 11.6.2014, 2012/08/0157).

21 Die Ermittlungen hätten dazu das folgende Gesamtbild ergeben: Die Leistungen der betroffenen Nachhilfelehrerinnen und -lehrer seien wöchentlich mehrmals wiederkehrend oder im Rahmen von Intensivkursen geblockt für einen bestimmten Zeitraum im Institut der revisionswerbenden Gesellschaft erbracht worden. Auch wenn sie den Zeitrahmen der Nachhilfe selbst frei entscheiden hätten können und der revisionswerbenden Gesellschaft bekannt gegeben hätten, an welchen Tagen sie Zeit gehabt hätten, seien sie „im Grunde“ den Anforderungen der revisionswerbenden Gesellschaft unterworfen gewesen. Sie hätten sich nicht nur „an die normalen Schulzeiten“ halten müssen, sondern seien auch „im Organisatorischen an die freien Räumlichkeiten und somit zeitlichen Vorgaben“ der revisionswerbenden Gesellschaft gebunden gewesen. Die Koordination der Räumlichkeiten sei über das Sekretariat der revisionswerbenden Gesellschaft erfolgt. Daher sei es für



die revisionswerbende Gesellschaft „von großer Wichtigkeit“ gewesen, von Verhinderungen ehestmöglich Kenntnis zu erlangen. Auch seien die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer zur Eintragung ins elektronische System angehalten worden. Durch diese hätte die revisionswerbende Gesellschaft - auch wenn sie angegeben habe, keine Kontrolle ausgeübt zu haben - die Möglichkeit gehabt, die Tätigkeit der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer (Inhalt des Nachhilfeunterrichtes, Schwierigkeiten, Verhalten der Schülerinnen und Schüler) zu kontrollieren und „im Anlassfall einzugreifen“. Einzig die Art der Bezahlung, nämlich dass nur die tatsächlich abgehaltenen Stunden von der revisionswerbende Gesellschaft abgegolten worden seien, weise „in Richtung freier Dienstvertrag“.

- 22 Der Verwaltungsgerichtshof habe in seiner Entscheidung vom 1. Oktober 2015, Ro 2015/08/0020, ausgeführt, dass Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG die persönliche Arbeitspflicht sei und bei deren Fehlen ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Sinn des § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG schon deshalb nicht vorliege (Hinweis auf VwGH 25.4.2007, 2005/08/0137, VwSlg. 17.185 A/2007). Die persönliche Arbeitspflicht fehle dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein „generelles Vertretungsrecht“ zukomme, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden könne (Hinweis auf VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131). Damit werde vor allem die Situation eines selbständig Erwerbstätigen in den Blick genommen, der - anders als ein letztlich nur über seine eigene Arbeitskraft disponierender (abhängig) Beschäftigter - im Rahmen einer unternehmerischen Organisation (oft werkvertragliche) Leistungen zu erbringen habe und dabei Hilfspersonal zum Einsatz bringe oder sich eines Vertreters (Subunternehmers) bediene. Die „generelle Vertretungsbefugnis“ spiele insbesondere bei der Abgrenzung zwischen selbständigen und unselbständigen Erwerbstätigkeiten eine Rolle. Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis könne nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt sei, jederzeit und nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihm übernommenen Arbeitspflicht heranzuziehen bzw. ohne weitere Verständigung



des Vertragspartners eine Hilfskraft beizuziehen. Keine generelle Vertretungsberechtigung sei eine bloße Befugnis, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, zB im Fall einer Krankheit oder eines Urlaubs oder bei bestimmten Arbeiten innerhalb der umfassenderen Arbeitspflicht, vertreten zu lassen; ebenso wenig die bloß wechselseitige Vertretungsmöglichkeit mehrerer vom selben Vertragspartner beschäftigter Personen (Hinweis auf VwGH 16.11.2011, 2008/08/0152, mwN). Selbst die Vereinbarung eines generellen Vertretungsrechts könne - unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise (§ 539a ASVG) - die persönliche Arbeitspflicht nur dann ausschließen, wenn diese Befugnis entweder in der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses auch tatsächlich gelebt werde oder wenn die Parteien bei Vertragsabschluss nach den Umständen des Einzelfalles zumindest ernsthaft damit hätten rechnen können, dass von der generellen Vertretungsbefugnis auch tatsächlich Gebrauch gemacht werden würde und die Einräumung dieser Vertretungsbefugnis nicht mit anderen vertraglichen Vereinbarungen im Widerspruch stünde (Hinweis auf VwGH 17.10.2012, 2010/08/0256).

- 23 Die Dienstnehmer der revisionswerbenden Gesellschaft seien berechtigt gewesen, sich durch eine „geeignete“ Person vertreten zu lassen. Im Verhinderungsfall, der praktisch nur in Ausnahmefällen stattgefunden habe, hätten sie selbst für eine Vertretung „vorwiegend aus dem Nachhilfelehrerpool des Franchise-Institutes“ gesorgt oder ihre Verhinderung an das Sekretariat der revisionswerbenden Gesellschaft gemeldet, welche sodann „eine Vertretung aus der Vertreterliste“ organisiert habe. Jedenfalls sei die revisionswerbende Gesellschaft „bzw. das Sekretariat des Institutes“ von jeder Verhinderung informiert worden. Diese Vorgehensweise entspreche auch Punkt 9 der schriftlich ausbedungenen Vereinbarungen, wonach die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer das Institut zu verständigen gehabt hätten, wenn es der „Sache nach notwendig oder zweckmäßig“ gewesen sei. Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer hätten somit „im Wesentlichen ihre Dienstleistung persönlich zu erbringen“ gehabt.



- 24 Eine Vertretung durch eine Person aus einem „Pool“ von Mitarbeitern des Unternehmens komme einer generellen Vertretungsbefugnis nicht gleich (Hinweis auf VwGH 7.5.2008, 2006/08/0276). Die belangte Behörde sei daher zu Recht vom Bestehen einer persönlichen Arbeitsverpflichtung der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer an den jeweils vereinbarten Tagen ausgegangen. Dass es im Verhinderungsfall vereinzelt dennoch zu Vertretungen außerhalb der Vertreterliste gekommen sei, ändere nichts daran (Hinweis auf VwGH 20.2.2018, Ro 2018/08/0003).
- 25 Da kein generelles Vertretungsrecht gelebt worden sei, sei somit die persönliche Arbeitspflicht der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer zu bejahen.
- 26 Nach Bejahung der persönlichen Arbeitspflicht sei zu klären, ob bei Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinn des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben sei.
- 27 Der Verwaltungsgerichtshof habe sich schon in mehreren Fällen mit der Frage der Pflichtversicherung von Vortragenden beschäftigt. In den Erkenntnissen vom 25. September 1990, 88/08/0227 (Vortragende an den medizinisch-technischen Schulen des Landes Tirol), vom 20. April 2005, 2001/08/0074 (Trainer für EDV-Schulungen), vom 25. April 2007, 2005/08/0162 (Leitung eines Tutorenseminars für die Österreichische Hochschülerschaft), vom 7. Mai 2008, 2005/08/0142 (Lektorentätigkeit eines Sprachlehrers), vom 4. Juni 2008, 2004/08/0012 (Vortragender an einer Fachhochschule), vom 22. Dezember 2009, 2006/08/0317 (Fluglehrer in einer Paragleitschule), und vom 11. Juli 2012, 2010/08/0204 (Vortragende in der Erwachsenenbildung für die Landesgeschäftsstelle eines Arbeitsmarktservice), sei er jeweils zum Ergebnis gekommen, dass (tageweise) Beschäftigungsverhältnisse iSd. § 4 Abs. 2 ASVG vorgelegen seien. In all diesen Fällen seien die Vortragenden in den Betrieb der Dienstgeber organisatorisch eingebunden oder ihre Tätigkeit durch Richtlinien determiniert gewesen oder es habe zumindest eine die persönliche Bestimmungsfreiheit des





Vortragenden einschränkende Kontrollmöglichkeit bestanden (Hinweis auf VwGH 20.2.2018, Ro 2018/08/0003).

- 28 In einem „dem gegenständlichen Sachverhalt gleichgelagerten“ Fall betreffend Nachhilfelehrerinnen bzw. -lehrer habe der Verwaltungsgerichtshof „die Pflichtversicherung nach § 4 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 ASVG bejaht“ (Hinweis auf VwGH 20.2.2018, Ro 2018/08/0003). Der Verwaltungsgerichtshof habe in diesem Fall „jedenfalls die organisatorische Einbindung der Vortragenden in den Betrieb der Auftraggeberin (Abhaltung der Tätigkeiten in den Räumlichkeiten des Nachhilfeinstituts nach grundsätzlich verpflichtend einzuhaltenden Stundenplänen und Teilnahme am innerbetrieblichen Informationssystem) ...“ bestätigt. In dieser Entscheidung sei ausgeführt worden, dass dem Bundesverwaltungsgericht „nicht entgegengetreten werden“ könne, wenn es „aus der eigenen Verpflichtung der Revisionswerberin gegenüber ihrem Franchisepartner zur Einhaltung von Qualitätsstandards“ einerseits eine Einschränkung der Bestimmungsfreiheit der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer und andererseits „das tatsächliche Nichtbestehen eines generellen Vertretungsrechts“ abgeleitet habe. Dass es im Verhinderungsfall vereinzelt „dennoch zu Vertretungen außerhalb der Vertreterliste der beim Institut beschäftigten Lehrer“ gekommen sei, ändere daran nichts. Im nun vorliegenden Fall sei vorgebracht worden, dass die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer der revisionswerbenden Gesellschaft ihre Kurszeiten flexibel gestalten hätten können. Auch wenn der festgesetzte Kurstermin nach Möglichkeit einzuhalten gewesen und die Räumlichkeiten von der revisionswerbenden Gesellschaft zur Verfügung gestellt worden seien, sei die Festsetzung von Zeit und Ort „Ausdruck der organisatorischen Notwendigkeit“ gewesen. Im vorliegenden Fall sei die Einteilung der Kurse aber durch die revisionswerbende Gesellschaft erfolgt und diese habe den Nachhilfelehrerinnen und -lehrern bestimmte Kurszeiten vorgeschlagen, welche diese annehmen oder ablehnen hätten können. Es sei insofern eine Bindung an die Arbeitszeit gegeben gewesen, als sich die Kurszeiten vorwiegend innerhalb der Bürozeiten bewegt hätten und nach deren Festsetzung ohne Absprache mit der revisionswerbenden Gesellschaft - insbesondere hinsichtlich der erfolgten Koordinierung der



Raumeinteilung - auch nicht mehr geändert werden hätten können. Eine Verschiebung der Kurstermine sei auch nicht nach Belieben der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer erfolgt, sondern „laut Zeugenaussagen“ nur in Ausnahmefällen. Die Mitteilung der Verschiebung eines Kurstermins sei für die revisionswerbende Gesellschaft auch wichtig gewesen. Den Nachhilfelehrerinnen und -lehrern sei es nicht nur gestattet gewesen, die Räumlichkeiten des Instituts zu benutzen, sondern die Räumlichkeiten seien „Voraussetzung für die Abhaltung der Nachhilfestunden“ gewesen. Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer hätten das Sekretariat der revisionswerbenden Gesellschaft auch für Absagen benutzt. Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer seien „in das Franchise-Konzept des Institutes organisatorisch eingebunden“ gewesen und es habe „eine die persönliche Bestimmungsfreiheit [der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer] ausschließende Kontrollmöglichkeit“ in Form des (näher bezeichneten) Computersystems bestanden, in welchem sämtliche Informationen über die Schülerinnen und Schüler, den Unterrichtsstoff sowie Noten eingetragen worden seien. In der Beschwerdeschrift habe die revisionswerbende Gesellschaft selbst vorgebracht, dass die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer bestimmte Informationen ins System eintragen hätten müssen und dass dies lediglich Teil der Dokumentation des Arbeitsverfahrens sei. Auch die Abrechnung habe nur über das System erfolgen können. Weitere Kontrollmöglichkeiten hätten durch die Einholung von Feedbackbögen von den Schülerinnen und Schülern, welche sodann von der revisionswerbenden Gesellschaft ausgewertet und mit den Nachhilfelehrerinnen und -lehrern auch besprochen worden seien, bestanden.

- 29 Zur Unterwerfung unter die betrieblichen Ordnungsvorschriften sei auszuführen, dass die Eingliederung in den Betrieb der revisionswerbenden Gesellschaft schon angesichts der grundsätzlich bestehenden zeitlichen Limitierung des Zutritts zum Institut und der Tatsache, dass die Einteilung der Kurse, die Kursdauer und die Nutzung der Räumlichkeiten vorgegeben gewesen seien, zu bejahen sei. Damit werde aufgezeigt, dass die Arbeitsleistung im Kern an den Bedürfnissen der revisionswerbenden Gesellschaft orientiert gewesen sei (Hinweis auf VwGH 11.12.2013, 2011/08/0322). Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer seien in die Organisation



und die Abläufe des Instituts in einem Maße eingebunden gewesen, das „über jenes hinausgeht, wie es typischerweise dem Bild eines freien Dienstnehmers entspricht“. Daran ändere auch die Einräumung von Freiräumen, wie insbesondere flexibler Arbeitszeiten, nichts, zumal nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die für die persönliche Abhängigkeit charakteristische weitgehende Ausschaltung der Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch die Beschäftigung auch dann vorliegen könne, wenn der Beschäftigte auf Grund einer Vereinbarung, einer Betriebsübung oder der Art der Beschäftigung den Beginn und die Dauer der täglichen Arbeitszeit weithin selbst bestimmen könne; ob diese Selbstbestimmung aus betrieblichen Gründen oder aus in der Sphäre des Beschäftigten gelegenen Gründen eingeräumt werde, sei dabei irrelevant (Hinweis auf VwGH 18.1.2012, 2008/08/0267).

- 30 Neben der persönlichen Abhängigkeit sei die wirtschaftliche Abhängigkeit das zweite Tatbestandsmerkmal des Dienstnehmerbegriffes.
- 31 Da die revisionswerbende Gesellschaft die Kursräumlichkeiten zur Verfügung gestellt habe und die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer darüber hinaus „die unternehmerische Struktur des Institutes, insbesondere das vom Institut zur Verfügung gestellte Sekretariat, welches für die administrative Abwicklung der Kurse tätig war“ sowie „die zur Verfügung gestellten Betriebsmittel, wie Tafel, Bücher und Kopierer und auch selbst mitgebrachte Lernunterlagen oder Lernmittel“ genutzt hätten, sei deren wirtschaftliche Abhängigkeit zu bejahen.
- 32 Ausgehend von den Feststellungen seien die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer der revisionswerbenden Gesellschaft in deren Betriebsorganisation eingebunden gewesen, indem sie ihre Vortragstätigkeit in deren Räumlichkeiten nach grundsätzlich verpflichtend einzuhaltenden Stundenplänen abgehalten und am innerbetrieblichen Informationssystem teilgenommen hätten. Die revisionswerbende Gesellschaft habe zwar nicht durch persönliche Weisungen auf das arbeitsbezogene Verhalten der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer eingewirkt, jedoch seien diese in die von der revisionswerbenden Gesellschaft bestimmte Ablauforganisation am Ort der Arbeitserbringung eingebunden gewesen und habe die revisionswerbende Gesellschaft die Kontroll- und Weisungsmöglichkeit im Sinne einer stillen



Autorität gehabt, welche das Vorliegen einer Beschäftigung in persönlicher Abhängigkeit indiziere, weil sie in der Regel bedeute, dass der Dienstnehmer nicht die Möglichkeit habe, den insoweit vorgegebenen Ablauf der Arbeit jederzeit selbst zu regeln und auch zu ändern, wie es für den freien Dienstvertrag typisch sei (Hinweise auf VwGH 11.7.2012, 2010/08/0204; 27.4.2011, 2009/08/0123).

- 33 Eine Abwägung im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ergebe, dass bei der Tätigkeit der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen. Die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer hätten sich gegenüber der revisionswerbenden Gesellschaft im Rahmen deren Geschäftsbetriebs zur persönlichen Abhaltung von Kursen gegen Entgelt verpflichtet. Sie seien daher im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG als echte Dienstnehmer zu qualifizieren und würden somit der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. Abs. 2 ASVG bzw. der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. Abs. 2 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a ALVG bzw. der Teilversicherung in der Unfallversicherung gemäß §§ 4 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2, 5 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 sowie 7 Z 3 lit. a ASVG unterliegen.
- 34 Im Anschluss daran begründete das Bundesverwaltungsgericht, dass die Dienstverhältnisse dem Mindestlohtarif für in privaten Bildungseinrichtungen beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (MLT) unterlägen in die „Beschäftigungsgruppe 1“ dieses MLT einzustufen seien. Dazu führte es Folgendes aus:
- 35 Der Beschäftigungsgruppe 1 seien Arbeitnehmer/innen mit unterrichtender Tätigkeit zuzuordnen, wobei das festgesetzte Mindestbruttogehalt pro Unterrichtseinheit von 50 Minuten Vor- und Nacharbeiten mitumfasse. Im vorliegenden Fall sei nicht vorwiegend von einer Lernbetreuung, wie sie beispielsweise an Schülerhorten stattfinde oder auch in § 2 Z 4 des MLT (Beschäftigungsgruppe 4 - Personen, die Lern- und Freizeitbetreuung im multikulturellen Bereich leisten) geregelt sei, auszugehen, sondern von einer unterrichtenden Tätigkeit im Sinne des § 2 Z 1 MLT, nämlich der „Vermittlung von Kenntnissen“ (Hinweis auf VwGH 24.10.2013, 2010/15/0105) durch gezielte Vertiefung und Wiederholung des Unterrichtsstoffes, Prüfungs- und



Schularbeiten- bzw. Maturavorbereitung und Vorbereitung für Nachprüfungen an der jeweiligen Schule der Schülerin bzw. des Schülers. Der Einwand, dass „minderqualifiziertes Personal“ keine unterrichtende Tätigkeit ausführen könne, gehe ins Leere, weil die Zuordnung zur Beschäftigungsgruppe 1 des MLT an keine Qualifizierung der Unterrichtenden gebunden sei. Zum Einwand, dass die Nachhilfestunden keinerlei Vor- und Nachbereitungszeit bedürften und der von der belangten Behörde angesetzte Betrag, welcher Vor- und Nacharbeiten umfasse, entsprechend gekürzt werden müsse, sei auszuführen, dass fallbezogen jedenfalls von entsprechenden Vor- und Nachbereitungstätigkeiten ausgegangen werden müsse und der geforderten Kürzung des Mindestbetrages „nicht nachgekommen werden“ könne. Da das Institut der revisionswerbenden Gesellschaft Nachhilfelehrerinnen und -lehrer beschäftige und die Vermittlung von Lehrplanstoff anbiete, sei von der „Erteilung von Unterricht über Bildungsinhalte gemäß § 3 Abs. 2 Z 1 SchOG“ auszugehen und seien die betreffenden Dienstverhältnisse vom fachlichen Geltungsbereich des Mindestlohntarifs für in privaten Bildungseinrichtungen beschäftigte Arbeitnehmer umfasst. Soweit die revisionswerbende Gesellschaft auf das Inkrafttreten des neuen Mindestlohntarifs mit 1. Jänner 2019 verweise, wonach Nachhilfelehrerinnen und -lehrer in die Beschäftigungsgruppe 4 fielen, sei auszuführen, dass die Tätigkeiten der einzelnen Nachhilfelehrerinnen und -lehrer „im Prüfzeitraum“ nicht von der Neuregelung betroffen seien, weswegen „im verfahrensrelevanten Zeitraum“ entsprechend dem Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Februar 2018, Ro 2018/08/0003, von einer Einstufung der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer in die Beschäftigungsgruppe 1 auszugehen sei.

36 Das Bundesverwaltungsgericht sprach aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.

37 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, in der zur Darlegung ihrer Zulässigkeit unter anderem geltend gemacht wird, es liege keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage vor, welcher „Beschäftigungsgruppe“ gemäß den für die Jahre 2009, 2010 und 2011 geltenden Fassungen des Mindestlohntarifs für in



privaten Bildungseinrichtungen beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (MLT) die festgestellten Beschäftigungsverhältnisse von Nachhilfelehrerinnen und -lehrern zuzuordnen seien; weiters sei das Bundesverwaltungsgericht von (jeweils näher genannter) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, weil es sich über Anträge auf Einvernahme von Zeugen hinweggesetzt habe.

- 38 Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Durchführung des Vorverfahrens, in dem die ÖGK eine Revisionsbeantwortung und die revisionswerbende Gesellschaft eine Replik erstattet hat, erwogen:

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

- 39 Die im Revisionsverfahren zu beurteilenden Beitragsnachverrechnungen betreffen Zeiträume von 1. Jänner 2009 bis 31. Dezember 2011. Im Zeitraum von 1. Jänner 2009 bis 31. Dezember 2009 stand der Mindestlohntarif für in privaten Bildungseinrichtungen beschäftigte Arbeitnehmer/innen in der im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 12. Dezember 2008, Nr. 244, S. 37, kundgemachten Fassung in Geltung, im Zeitraum von 1. Jänner 2010 bis 31. Dezember 2010 in der Fassung der Verordnung BGBl. II Nr. 464/2009 und im Zeitraum von 1. Jänner 2011 bis 31. Dezember 2011 in der Fassung der Verordnung BGBl. II Nr. 429/2010.

- 40 Dieser Mindestlohntarif (MLT) hat den nachfolgend auszugsweise wiedergegebenen Wortlaut (Wortfolgen und Beträge, die durch die beiden letztgenannten Novellen Änderungen erfahren haben, werden im nachfolgenden Zitat ausgelassen):

„Mindestlohntarif

für in privaten Bildungseinrichtungen beschäftigte Arbeitnehmer/innen
Geltungsbereich

§ 1.

- a) Räumlich: für die Republik Österreich;
- b) persönlich: für Arbeitnehmer/innen, die unter den I. Teil des Arbeitsverfassungsgesetzes fallen und deren Arbeitgeber/innen,



1. die weder selbst kollektivvertragsfähig noch Mitglied einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft sind oder
 2. wenn diese nach Inkrafttreten des Mindestlohntarifes die Kollektivvertragsfähigkeit erlangen oder einer kollektivvertragsfähigen Körperschaft beitreten, solange für sie kein Kollektivvertrag abgeschlossen wird;
- c) fachlich: für private Bildungseinrichtungen, die die Erteilung von Unterricht über Bildungsinhalte gemäß § 3 Abs. 2 Z 1 Schulorganisationsgesetz zum Gegenstand haben, sowie Einrichtungen zur politischen, sozial- und wirtschaftskundlichen Bildung, Einrichtungen zur beruflichen Weiterbildung, Einrichtungen zur Nachholung, Fortführung und Erweiterung der Schulbildung, Einrichtungen zur Aus- und Fortbildung von Erwachsenenbildner/innen, Einrichtungen, welche Bildung als Hilfe zur Lebensbewältigung anbieten, und Sprachinstitute.
- Ausgenommen vom Geltungsbereich dieses Mindestlohntarifes sind Einrichtungen mit künstlerischem Bildungsziel sowie Ausbildungseinrichtungen im Sinne des § 30 Berufsausbildungsgesetz und Einrichtungen, die eine ergänzende Ausbildung im Sinne des § 2a Abs. 1 und 2 Berufsausbildungsgesetz vermitteln (Ausbildungsverbund), sofern die Haupttätigkeit dieser Einrichtungen nicht in der Vorbereitung für die Lehrabschlussprüfung gemäß § 23 Abs. 5 lit. a Berufsausbildungsgesetz liegt.

[...]

§ 2.

Gehaltsschema

1. Beschäftigungsgruppe 1

Arbeitnehmer/innen mit unterrichtender Tätigkeit:

Das Mindestbruttogehalt beträgt pro Unterrichtseinheit von 50 Minuten einschließlich Vor- und Nacharbeiten in folgenden Jahren der Lehrtätigkeit:

	a)	b)	c)
	mit unterrichtender Tätigkeit	mit unterrichtender Tätigkeit und betrieblich vorgesehener Qualifizierung	mit einschlägigem akademischen Abschluss oder staatlicher Lehramtsprüfung
	€	€	€



1. - 5. Berufsjahr	[...]	[...]	[...]
Ab dem 6. Berufsjahr	[...]	[...]	[...]
ab dem 11. Berufsjahr	[...]	[...]	[...]
ab dem 16. Berufsjahr	[...]	[...]	[...]
ab dem 21. Berufsjahr	[...]	[...]	[...]

Das Monatsgehalt errechnet sich wie folgt: Mindestgehalt pro Unterrichtseinheit mal vereinbarte monatliche Unterrichtsstunden (Lehrverpflichtung).

2. Beschäftigungsgruppe 2

Technisches Personal mit einschlägiger Ausbildung, Schreibkräfte mit Kenntnissen in Phonotypie, Hilfskräfte im Rechnungswesen, Kassakräfte, Arbeitnehmer/innen, die mit der Betreuung und Bedienung von Anlagen und Einrichtungen sowie der sonstigen Betriebsräumlichkeiten [...] beauftragt sind.

Für die Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche gebührt ein monatliches Bruttogehalt [...]

3. Beschäftigungsgruppe 3

Qualifiziertes technisches Personal, Sekretariatspersonal mit perfekten Phonotypiekenntnissen oder für den Betrieb notwendigen Kenntnissen, Arbeitnehmer/innen in der Buchhaltung, die mit der Führung der Konten betraut sind, deutschsprachige Korrespondent/inn/en.

Für die Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche gebührt ein monatliches Bruttogehalt [...]

4. Beschäftigungsgruppe 4

Qualifizierte Arbeitnehmer/innen, die als Assistent/inn/en von Sachbearbeiter/inne/n beschäftigt sind, selbständige Buchhalter/innen bis zur Rohbilanz, selbständige Lohnverrechner/innen, selbständige Sekretärinnen/Sekretäre, Sachbearbeiter/innen im 1. Praxisjahr, Korrespondent/inn/en mit für die Tätigkeit ausreichenden Fremdsprachenkenntnissen und/oder Kundenbetreuung. Personen, die sprachlich qualifiziert Übersetzungsdienste leisten. Ferner im Bereich der EDV: Operator und Personen, die mit der EDV-mäßigen Erstellung von Layout und Grafik beauftragt sind.

Personen, die Lern- und Freizeitbetreuung im multikulturellen Bereich leisten.



Für die Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche gebührt ein monatliches Bruttogehalt [...]

5. Beschäftigungsgruppe 5

Leitendes Personal der Buchhaltung und/oder Lohnverrechnung, selbständige Sachbearbeiter/innen mit mehrjähriger Praxis, Personen mit Matura und tätigkeitsbezogener Ausbildung sowie mehrjähriger Praxis.

Systemverantwortliche im Bereich der EDV, Personen, die selbständig mit Programmentwicklung beauftragt sind.

Für die Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche gebührt ein monatliches Bruttogehalt [...]

6. Beschäftigungsgruppe 6

Arbeitnehmer/innen, die mit der Leitung innerbetrieblicher Einrichtungen verantwortlich betraut sind; Direktionsassistent/inn/en.

Für die Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche gebührt ein monatliches Bruttogehalt [...]

7. Beschäftigungsgruppe 7

Mit der Leitung des Betriebes verantwortlich betraute Personen.

Für die Normalarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche gebührt ein monatliches Entgelt [...]

Allgemeine Bestimmungen

§ 3.

Alle Arbeitnehmer/innen erhalten pro Kalenderjahr eine Weihnachts- und eine Urlaubsremuneration je in der Höhe eines Monatsentgeltes, berechnet nach dem durchschnittlichen Verdienst der letzten sechs Monate vor Fälligkeit, mit Ausnahme des Überstundenentgelts.

Die Fälligkeit tritt bei der Weihnachtsremuneration am 1. Dezember ein, bei der Urlaubsremuneration vor Urlaubsantritt, spätestens jedoch am 1. Juni.

Wenn ein/e Arbeitnehmer/in nach Erhalt der für das laufende Kalenderjahr gebührenden Weihnachts- oder Urlaubsremuneration sein/ihr Dienstverhältnis selbst aufkündigt, aus seinem/ihrem Dienstverhältnis ohne wichtigen Grund vorzeitig austritt oder infolge Vorliegen eines wichtigen Grundes vorzeitig entlassen wird, muss er/sie die im laufenden Kalenderjahr anteilmäßig zu viel bezogene Weihnachts- und/oder Urlaubsremuneration auf seine/ihre ihm/ihr aus dem Dienstverhältnis zustehenden Ansprüche in Anrechnung bringen lassen.



Überstundenarbeit liegt vor, wenn die Voraussetzungen des § 6 Arbeitszeitgesetz, BGBl. Nr. 461/1969, zutreffen.

Die Überstundenentlohnung besteht aus dem Grundstundenlohn und einem Zuschlag von 50%.

Der Grundstundenlohn beträgt 1/160 (ein Einhundertsechzigstel) des Bruttogehaltes.

- a) Als Berufsjahre für die Beschäftigungsgruppe 1 gelten die Zeiten, in welchen überwiegend unterrichtende oder überwiegend ausbildende Tätigkeiten ausgeübt wurden.
- b) Als Berufsjahre für die Beschäftigungsgruppen 2 bis 7 gelten die Zeiten der praktischen Angestelltentätigkeit.
- c) Die Gehaltserhöhung durch Eintritt in ein höheres Berufsjahr tritt mit dem ersten Tag desjenigen Monats in Kraft, in den der Beginn des neuen Berufsjahres fällt.

In einem Dienstverhältnis mit gemischter Tätigkeit aus den Beschäftigungsgruppen 1 einerseits und 2 bis 7 andererseits ist das Entgelt entsprechend den Tätigkeiten aliquot zu berechnen.

...“.

- 43 Die Revision ist bereits in Ansehung der geltend gemachten Abweichung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur unmittelbaren Aufnahme beantragter relevanter Beweise in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht sowie zur Klärung des Maßstabs zur Beurteilung der vorliegend anwendbaren „Beschäftigungsgruppe“ des maßgeblichen Mindestlohntarifs zulässig.
- 44 Die Feststellungen des beim Verwaltungsgericht angefochtenen Bescheides zum organisatorischen Ablauf der Tätigkeit und zur Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer (zB Hospitation, Terminvereinbarung, Dokumentationspflichten, Betriebsmittel, Vorgehen im Vertretungsfall) stützten sich auf niederschriftliche Einvernahmen von 26 bei der revisionswerbenden Gesellschaft beschäftigten Personen.
- 45 Im Beschwerdeverfahren gegen diesen Bescheid hat die revisionswerbende Gesellschaft (unter anderem) zum Beweisthema der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit der von ihr beschäftigten Personen, insbesondere dazu, dass für die



Nachhilfelehrerinnen und -lehrer eine - in der Praxis auch gelebte - „freie Vertretungsmöglichkeit“ bestanden habe, die nicht aus einem „Vertreterpool“ zu erfolgen gehabt habe, unter anderem die Einvernahme von sechs jeweils unter Anführung von Namen und Adresse aufgezählten Nachhilfelehrpersonen beantragt (darunter vier aus dem Kreis jener, deren niederschriftliche Einvernahmen durch die Steiermärkische Gebietskrankenkasse als Beweismittel im angefochtenen Bescheid herangezogen worden sind, sowie zwei weiterer).

- 46 Das Verwaltungsgericht kam diesen Beweisanträgen nicht nach und stützte seine Beweiswürdigung mehrfach tragend auf „die von der belangten Behörde aufgenommenen Niederschriften“. Zur Begründung für die Abstandnahme von einer (unmittelbaren) Einvernahme der genannten Personen führte es aus, dass diese „bereits von der belangten Behörde niederschriftlich befragt worden“ seien und das Gericht „keine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der aufgenommenen Niederschriften“ habe. Die nochmalige Einvernahme der genannten Personen erscheine im Interesse der Wahrheitsfindung „nicht notwendig“ und trage nicht zur Ermittlung des Sachverhalts bei (Hinweis auf VwGH 8.1.2015, Ra 2014/08/0064).
- 47 Die revisionswerbende Gesellschaft erblickt in diesem Vorgehen einen Verfahrensmangel und begründet dies damit, dass ihr die Gelegenheit genommen worden sei, selbst Fragen an die „beantragten Zeugen“ zu stellen. Zudem hätten die durch Organe der Steiermärkischen Gebietskrankenkasse vorgenommenen Einvernahmen auf eine „tendenziöse Art“ stattgefunden, worauf die revisionswerbende Gesellschaft bereits im Verwaltungsverfahren und im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hingewiesen habe.
- 48 Zweck der mündlichen Verhandlung ist es (und zu den grundlegenden Pflichten des Verwaltungsgerichts gehört es), im Fall zu klärender bzw. einander widersprechender prozessrelevanter Behauptungen, dem auch im § 24 VwGVG verankerten Unmittelbarkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen, um sich als Gericht einen persönlichen Eindruck von der Glaubwürdigkeit von Zeugen bzw. Parteien zu verschaffen und insbesondere darauf seine Beweiswürdigung zu gründen (vgl. zB VwGH 18.1.2021, Ra 2020/04/0133).



Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist in der mündlichen Verhandlung die Vorschrift des § 25 Abs. 6 VwGVG zu beachten, wonach in der Verhandlung die zur Entscheidung der Rechtssache erforderlichen Beweise aufzunehmen sind. Das Verwaltungsgericht darf sich demnach nicht mit einem mittelbaren Beweis zufrieden geben, wenn der Aufnahme eines unmittelbaren Beweises kein tatsächliches Hindernis entgegensteht. Die Unmittelbarkeit in Hinblick auf die Aussage eines Zeugen (bzw. einer Partei) verlangt damit dessen (deren) Einvernahme vor dem erkennenden Verwaltungsgericht (vgl. VwGH 10.11.2022, Ra 2021/08/0095, mwN). Es bedarf daher einer Rechtfertigung, wenn sich das Verwaltungsgericht auf Zeugen- oder Beteiligteinvernahmen stützt, die nicht unmittelbar in der Verhandlung erfolgt sind, sondern in der Verhandlung bloß mittelbar im Wege der Verlesung früherer Aussagen vorgekommen sind. Die im angefochtenen Erkenntnis angeführten Umstände, dass die betreffenden Personen (deren unmittelbare Einvernahme durch das Verwaltungsgericht die revisionswerbende Gesellschaft ausdrücklich beantragt hatte) „bereits von der belangten Behörde niederschriftlich befragt worden“ seien und das Gericht ihre nochmalige Einvernahme nicht für notwendig erachte, weil es „keine Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der aufgenommenen Niederschriften“ habe, zeigen keine solche Rechtfertigung auf und laufen im Ergebnis bloß auf eine vorweg genommene Beweiswürdigung hinaus.

- 49 Bereits aus diesem Grund ist das angefochtene Erkenntnis mit einer zur Aufhebung führenden Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet.
- 50 Zur Frage der Einstufung der Nachhilfelehrerinnen und -lehrer in den Mindestlohntarif für in privaten Bildungseinrichtungen beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (MLT) führt die Revision aus, dass die im angefochtenen Erkenntnis vertretene Einstufung in die „Beschäftigungsgruppe 1“ unzutreffend sei und stattdessen eine Einstufung in die Beschäftigungsgruppe 4 zu erfolgen gehabt hätte. „Laut Mindestlohntarif 2009-2011“ seien von der Beschäftigungsgruppe 1 „ArbeitnehmerInnen mit unterrichtender Tätigkeit“ umfasst. Die



revisionswerbende Gesellschaft habe mehrfach vorgebracht, dass in der Entlohnung der Beschäftigungsgruppe 1 eine Vor- und Nachbereitungszeit im Verhältnis 1:1 zur eigentlichen Unterrichtszeit berücksichtigt sei. Eine Vor- und Nachbereitung, die mit der Bezahlung für die geleisteten Betreuungsstunden mitabgegolten sei, sei im Institut der revisionswerbenden Gesellschaft nicht vorgesehen. Auch in ihren Einvernahmen hätten die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer bestätigt, dass „typischerweise keine Vor- und Nachbereitung erforderlich“ sei, um die Nachhilfestunden abzuhalten. Nachhilfelehrerinnen und -lehrer würden ihre Tätigkeit ausschließlich im Rahmen der abgehaltenen Kurse in Zusammenarbeit mit den Kursteilnehmerinnen und -teilnehmern verrichten und diese bei deren Hausaufgaben oder beim Lernen für Tests oder Schularbeiten unterstützen. Eine „klassische Unterrichtsstruktur“ hätten diese Kurse jedoch nicht. Demgegenüber seien Lehrtätigkeiten an Pflicht- und höheren Schulen, aber auch andere Lehrtätigkeiten, die nicht an Nachhilfeschulen stattfänden, von der Vorstellung geprägt, dass Vor- und Nacharbeiten etwa im selben Ausmaß anfielen wie tatsächliche Unterrichtseinheiten. Zunächst seien die einzelnen Stunden vorzubereiten: Auf Basis des vorgegebenen Lehrplans müsse ein Konzept entwickelt werden können, darauf aufbauend seien passende Übungsaufgaben zusammenzustellen oder zu erstellen und müssten Unterrichtsmaterialien konzipiert und gestaltet werden. Abgestimmt auf den jeweils vermittelten Inhalt müssten Prüfungsaufgaben entwickelt und Tests zusammengestellt und Aufgaben für Hausübungen erdacht und geplant werden. Im Rahmen der Nacharbeit seien schließlich Hausübungen, Schularbeiten und Tests zu korrigieren. Die revisionswerbende Gesellschaft verweist in diesem Zusammenhang auf die Regelungen des § 43 Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz (LDG 1984 - 720-792 Jahresstunden an Volks- und Sonderschulen mit 600-660 Jahresstunden für Vor- und Nachbereitung sowie Korrekturarbeiten) sowie des § 2 Bundeslehrer-Lehrverpflichtungsgesetz (volle Lehrverpflichtung bei 20 Wochenstunden).

- 51 Bei „unterrichtenden Lehrtätigkeiten“ sei demnach davon auszugehen, dass typischerweise in etwa die Hälfte der Arbeitszeit mit Vor- und Nacharbeiten zugebracht werde. Dieses Verständnis liege auch dem zitierten



Mindestlohntarif zugrunde. Dies werde durch ein Schreiben des Geschäftsführers des Bundeseinigungsamtes bestätigt, der mitgeteilt habe, dass bei Festlegung des Mindestgehalts für die Beschäftigungsgruppe 1a davon ausgegangen worden sei, dass Vor- und Nachbereitungszeiten und Unterricht im Verhältnis 1:1 anfielen. Sofern keine Vor- und Nachbereitungszeit anfallen solle, ergebe „eine Umrechnung der 50-Minuten-Unterrichtseinheiten in Stundenlöhne daher nicht die ... angenommenen € 30,72 sondern die Hälfte, also € 15,36“. Die in diesem Schreiben vertretene Rechtsansicht, dass der festgelegte Mindestlohn schlicht halbiert werden könne, entbehre einer normativen Grundlage. Dessen ungeachtet bringe sie zum Ausdruck, dass man sich „sogar beim Bundeseinigungsamt“ des Umstandes bewusst gewesen sei, dass die Einstufung von Nachhilfelehrerinnen und -lehrern, wie sie die revisionswerbende Gesellschaft beschäftige, in die Beschäftigungsgruppe 1 zu unangemessen hohen Mindestgehältern führen würde.

- 52 In der Revision wird in der Folge rechnerisch näher dargelegt, welche Monatsgehälter eine Nachhilfelehrerin bzw. ein Nachhilfelehrer bei Vollzeitbeschäftigung im Fall einer Einstufung in die Beschäftigungsgruppe 1 beziehen würde und wie sich dies im Vergleich zur Entlohnung einer Lehrerin bzw. eines Lehrers in einer Volksschule oder einer Neuen Mittelschule darstellen würde. Derartige Gehälter für Nachhilfelehrerinnen und -lehrer wären weder angemessen noch würden sie „auch nur annähernd den Gehältern in verwandten Wirtschaftszweigen entsprechen. Ergänzend verweist die revisionswerbende Gesellschaft auf den zwischen der Berufsvereinigung der ArbeitgeberInnen privater Bildungseinrichtungen (BABE) und dem ÖGB, der Gewerkschaft der Privatangestellten und der Gewerkschaft vida jährlich abgeschlossenen Kollektivvertrag betreffend Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer/-innen der privaten Bildungseinrichtungen für die Erwachsenenbildung (BABE-KV), in welchem jährlich Mindestgehälter festgelegt seien. Der BABE-KV gelte nur für die Erwachsenenbildung und somit nicht für die revisionswerbende Gesellschaft, biete aber Anhaltspunkte dafür, welche Mindestgehälter „in verwandten Wirtschaftszweigen“ im Sinne des § 23 ArbVG angemessen seien. Die im BABE-KV festgelegten Gehälter seien weit unter jenen gelegen, die der Mindestlohntarif für die im



angefochtenen Erkenntnis auf die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer der revisionswerbenden Gesellschaft angewendete Beschäftigungsgruppe 1 vorsehe (wird näher beziffert und ausgeführt). Da ein sachlicher Unterschied zwischen den in Betracht kommenden Tätigkeiten nicht zu erkennen sei, seien die erheblichen Gehaltsunterschiede nicht gerechtfertigt.

- 53 Zur Auslegung der in der Regelung über die Beschäftigungsgruppe 4 verwendeten Begriffe führt die revisionswerbende Gesellschaft aus, dass von dieser Beschäftigungsgruppe „jedenfalls“ Personen erfasst seien, die „Lern- und Freizeitbetreuung im multikulturellen Bereich“ leisteten. Dass Nachhilfelehrerinnen und -lehrer „Lernbetreuung“ leisten würden, sei „wohl unzweifelhaft“. Unter Lernbetreuung im „multikulturellen Bereich“ (sofern sich der Verweis auf den multikulturellen Bereich sowohl auf Lern- als auch auf Freizeitbetreuung beziehe und „überhaupt für die Entlohnung maßgeblich“ wäre) müsse verstanden werden, dass Schülerinnen und Schüler, die aus verschiedenen Gründen Lernschwächen aufwiesen, - etwa durch mangelnde Förderung oder Schwierigkeiten im Schulalltag - beim Lernen betreut werden sollten. Nach allgemeinem Verständnis könne dabei nicht bloß auf Schülerinnen und Schüler nicht österreichischer Herkunft abgestellt werden, sondern seien damit alle Schülerinnen und Schüler gemeint, die auf Grund ihres Umfelds („Kultur im weiteren Sinne“) keine optimalen Leistungen in der Schule erbringen würden. Auf die Staatsbürgerschaft der Schülerin bzw. des Schülers oder einen vorhandenen Migrationshintergrund komme es nicht an.
- 54 Dass die vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Zuordnung zur Beschäftigungsgruppe 1 fehlerhaft sei, ergebe sich schließlich auch aus der mit dem MLT 2019 erfolgten „Klarstellung“ zur Einstufung von Nachhilfelehrerinnen und -lehrern in die Beschäftigungsgruppe 4. Das Verhältnis der Höhe der Bruttomonatsgehälter in der Beschäftigungsgruppe 4 zu jener der Beschäftigungsgruppe 1a sei gegenüber den nach den MLT 2009, 2010 und 2011 gleich geblieben. Daraus folge, dass, wenn das Bundesverwaltungsgericht Nachhilfelehrerinnen und -lehrer der Beschäftigungsgruppe 1a zuordne, deren Mindestgehälter nicht angemessen im Sinne des § 23 ArbVG seien, weil diese dann „das Doppelte bzw sogar bis zu



2/3 mehr betragen“ hätten als die Beträge, die nunmehr auf Grund des MLT 2019 für Nachhilfelehrerinnen und -lehrer festgelegt seien. Es könne auch nicht angenommen werden, dass „seitens der kollektivvertragsfähigen Körperschaften und des Bundeseinigungsamtes“ eine solche Verminderung der für Nachhilfelehrerinnen und -lehrer geltenden Bezüge gewollt gewesen sei. Vielmehr handle es sich „offensichtlich um eine Klarstellung“.

- 55 Der Verfassungsgerichtshof habe im Erkenntnis VfSlg. 16.145/2001 klargestellt, dass es unbedenklich sei, wenn der Mindestlohntarif innerhalb einer Gruppe der Arbeitnehmer mit unterrichtender Tätigkeit nicht nach dem Ausmaß der anfallenden Vor- und Nacharbeiten differenziere. Nach Auffassung der revisionswerbenden Gesellschaft sei es aber „sehr wohl zu beanstanden“, wenn Tätigkeiten, mit denen schon von vornherein typischerweise keine Vor- und Nacharbeiten verbunden seien, unterschiedslos solchen Tätigkeiten gleichgestellt würden, bei denen typischerweise Vor- und Nacharbeiten anfielen. Dies gelte umso mehr, als andere Tätigkeiten, die ebenfalls typischerweise nicht mit Vor- und Nacharbeiten verbunden seien, in die Beschäftigungsgruppe⁴ eingeordnet seien, für die ein deutlich geringeres Mindestbruttomonatsgehalt festgelegt sei als für die Beschäftigungsgruppe 1a. So sei die „Lern- und Freizeitbetreuung“, die der Beschäftigungsgruppe 4 zugeordnet sei, der Tätigkeit von Nachhilfelehrpersonen, sowohl in Ansehung des zeitlichen Aufwandes als auch des Inhalts der Tätigkeit und des beim Arbeitnehmer notwendigen Wissensstands, „unmittelbar vergleichbar“.
- 56 Allerdings sei diese Zuordnung nach dem Wortlaut des Mindestlohntarifs auf den (wie auch immer auszulegenden) „multikulturellen Bereich“ beschränkt, weshalb in der vom Bundesverwaltungsgericht vertretenen Auslegung Nachhilfelehrerinnen und -lehrer der revisionswerbenden Gesellschaft nicht unter diese Beschäftigungsgruppe subsumierbar seien. Vor allem angesichts der mit dem Mindestlohntarif 2019 erfolgten „Klarstellung“, dass Nachhilfelehrerinnen oder -lehrer „jedenfalls“ unter die Beschäftigungsgruppe 4 einzuordnen seien, könne diese Argumentation nicht aufrecht erhalten werden.



- 57 Dazu ist Folgendes auszuführen:
- 58 Voranzustellen ist, dass der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 20. Februar 2018, Ro 2018/08/0003 (es handelte sich - entgegen der in der Begründung des Verwaltungsgerichts gewählten Bezeichnung nicht um ein „Erkenntnis“, sondern um einen Beschluss, mit dem eine Revision mangels Vorliegen einer Rechtsfrage im Sinne von Art. 133 Abs. 4 B-VG zurückgewiesen wurde), keine Aussage zu der Rechtsfrage getroffen hat, welcher Beschäftigungsgruppe des einschlägigen Mindestlohntarifs die Tätigkeit einer Nachhilfelehrerin (eines Nachhilfelehrers) zuzuordnen ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat im zitierten Beschluss lediglich ausgeführt, dass die Zulassungsbegründung des (damals) angefochtenen Erkenntnisses und die Zulässigkeitsbegründung der (damaligen) Revision insofern keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufwarfen, als zur Anwendbarkeit des Mindestlohntarifs für in privaten Bildungseinrichtungen beschäftigte Arbeitnehmer auf die in Nachhilfeinstituten beschäftigten Lehrer schon im Erkenntnis VwGH 12.9.2012, 2009/08/0270, klargestellt worden sei, dass der genannte Mindestlohntarif einerseits Einrichtungen erfasse, die die Erteilung von Unterricht über Bildungsinhalte gemäß § 3 Abs. 2 lit. a SchOG zum Gegenstand hätten, andererseits aber noch zahlreiche weitere Bildungseinrichtungen, wie (unter anderem) Einrichtungen zur Nachholung, Fortführung und Erweiterung der Schulbildung, und dass daher das Verwaltungsgericht frei von Rechtsirrtum zum Ergebnis gelangt sei, dass im Hinblick auf die dort vermittelten Bildungsinhalte auch die an Nachhilfeinstituten beschäftigten Lehrer diesem Mindestlohntarif unterlägen. Dies wird in der vorliegenden Revision im Übrigen auch nicht in Zweifel gezogen.
- 59 Bei einem Mindestlohntarif handelt es sich um eine Rechtsverordnung (vgl. VwGH 12.9.2012, 2009/08/0270). Eine spätere Norm kann grundsätzlich nicht zur Auslegung einer früheren Bestimmung herangezogen werden. Auch der (zB aus Materialien hervorgehende) Umstand, dass der Änderung nur klarstellende Bedeutung zukommen sollte, ändert daran nichts (vgl. zB VwGH 16.12.2008, 2006/05/0164; 23.1.2018, Ra 2017/05/0090;



3.9.2020, Ra 2017/16/0156). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass dem Umstand, dass die seit dem 1. Jänner 2019 geltenden Fassungen des Mindestlohntarifs ausdrücklich eine Zuordnung von „Nachhilfelehrerinnen und Nachhilfelehrern“ zur Beschäftigungsgruppe 4 vorsehen, für die Auslegung der vor diesem Zeitpunkt geltenden Rechtslage keine Bedeutung zukommt.

60 Nach der - insofern auf die Einstufung in die Beschäftigungs- oder Verwendungsgruppen eines Mindestlohntarifs übertragbaren - Rechtsprechung ist für die Einstufungsmodelle der Kollektivverträge (hier: des Mindestlohntarifs) die Tätigkeit des Arbeitnehmers maßgeblich. Für die Einstufung kommt es daher in der Regel auf die Tätigkeitsmerkmale, auf den Inhalt der Arbeit und auf die tatsächlich vorwiegend ausgeübte Tätigkeit an. Die Kollektivverträge (der Mindestlohntarif) können aber außer auf die Tätigkeit des Arbeitnehmers auch auf die (facheinschlägige) Ausbildung oder auf eine unabhängig vom tatsächlichen Tätigkeitsbereich ausgeübte formale Funktion des Arbeitnehmers im Betrieb als Voraussetzung für die Einstufung abstellen. Der Grundsatz, dass sich die Einstufung in eine bestimmte Verwendungsgruppe eines Kollektivvertrages (Mindestlohntarifs) nach den tatsächlich geleisteten Diensten richtet, gilt nicht, wenn der Kollektivvertrag (zumindest auch) formale Voraussetzungen für die Einstufung ausdrücklich festlegt (vgl. VwGH 16.3.2011, 2008/08/0096).

61 Da sowohl die Beschäftigungsgruppe 1 als auch die Beschäftigungsgruppe 4 des hier anwendbaren Mindestlohntarifs grundsätzlich eine nicht von formalen Qualifikationen oder Ausbildungen des Arbeitnehmers abhängige Einstufung vorsehen (dass im Rahmen der Beschäftigungsgruppe 1 für Fälle bestimmter Vorqualifikationen zusätzliche Untergruppen vorgesehen sind, steht diesem Befund nicht entgegen), ist die Frage, welcher dieser beiden Beschäftigungsgruppen die Beschäftigten der revisionswerbenden Gesellschaft zuzuordnen sind, anhand der tatsächlich geleisteten Dienste zu beurteilen.

62 Der persönliche und fachliche Geltungsbereich des hier einschlägigen Mindestlohntarifs erstreckt sich auf alle Arbeitnehmer der davon erfassten Einrichtungen, unabhängig davon, ob es spezifisch für den konkreten



Verwendungsbereich des Arbeitnehmers eine Entlohnungsgruppe gibt. Gibt es in einem solchen Kollektivvertrag (hier: Mindestlohntarif) keine der Tätigkeit des Dienstnehmers entsprechende Entlohnungsgruppe (Beschäftigungsgruppe), dann ist als Vergleichsmaßstab der Mindestlohn jener in Betracht kommenden Entlohnungsgruppe (Beschäftigungsgruppe) heranzuziehen, deren Tätigkeitsbild inhaltlich und nach der Hierarchie im Unternehmen der Tätigkeit des Dienstnehmers am ehesten entspricht (in diesem Sinn auch OGH RIS-Justiz RS0064335).

- 63 Der Aliquotierungsregelung des § 3 Z 4 des Mindestlohntarifs („In einem Dienstverhältnis mit gemischter Tätigkeit aus den Beschäftigungsgruppen 1 einerseits und 2 bis 7 andererseits ist das Entgelt entsprechend den Tätigkeiten aliquot zu berechnen.“) kommt in einem Fall wie dem der Beschäftigten der revisionswerbenden Gesellschaft - vorbehaltlich anderer Feststellungen im fortgesetzten Verfahren - keine Relevanz zu, weil diese Regelung darauf abstellt, dass sich die jeweils der einen und die jeweils der anderen Beschäftigungsgruppe zuordenbaren Tätigkeiten eines Arbeitnehmers aufteilen lassen und nicht funktional bzw. ihrer Natur nach gesamthaft zu betrachten sind (vgl. im Übrigen zu dem - in Ermangelung abweichender Regelungen geltenden - Grundsatz, dass die Einstufung nach der zeitlich überwiegenden Verwendung zu erfolgen hat, VwGH 16.2.1999, 98/08/0308; weiters RIS-Justiz RS0028025).
- 64 Ausgehend davon war daher der in der Begründung des angefochtenen Erkenntnisses gewählte Ansatz, zu prüfen, welche Art von Tätigkeit im Fall der von der revisionswerbenden Gesellschaft beschäftigten Personen „vorwiegend“ geleistet wurde (im Ergebnis hat das Verwaltungsgericht damit auch untersucht, welcher Beschäftigungsgruppe die Nachhilfelehrerinnen und -lehrer „am ehesten“ zuzuordnen sind), zutreffend.
- 65 Ob eine als Nachhilfelehrerin oder -lehrer beschäftigte Person einer bestimmten Beschäftigungsgruppe des hier anwendbaren Mindestlohntarifs zuzuordnen ist, ist nicht allein nach den Tätigkeitsmerkmalen dieser Beschäftigungsgruppe und den angeführten Tätigkeitsbezeichnungen vorzunehmen, sondern es ist unter Beachtung der Kriterien (hier:) des Mindestlohntarifs auf die



Tätigkeitsmerkmale und Beispiele der übrigen hierfür an sich in Betracht kommenden Beschäftigungsgruppen Bedacht zu nehmen (vgl. in diesem Sinn zur Einstufung in einen Kollektivvertrag VwGH 30.3.1993, 92/08/0050; 5.9.1995, 93/08/0137).

- 66 Anders als es die Revisionsbeantwortung der ÖGK andeutet, ist es in diesem Sinn für die Zuordnung dieser Tätigkeit zu einer der beiden in Frage kommenden Beschäftigungsgruppen nicht entscheidend, ob die Tätigkeit auch das bei der (in der Beschäftigungsgruppe 4 normierten) Umschreibung der „Personen, die Lern- und Freizeitbetreuung“ leisten, beigefügte Merkmal „im multikulturellen Bereich“ erfüllt, zumal diesem Merkmal für die Abgrenzung zwischen „unterrichtender“ Tätigkeit (auch diese kann in einem „multikulturellen Bereich“ stattfinden und es beruht die in der Regel höhere Entlohnung dieser Beschäftigungsgruppe im Vergleich zu Tätigkeiten der „Lern- und Freizeitbetreuung im multikulturellen Bereich“ evidentermaßen nicht auf dem Nichtvorliegen dieses Merkmals) und den in der Beschäftigungsgruppe 4 aufgezählten Tätigkeitsarten erkennbar keine für die Zuordnung der Tätigkeit zu einer der beiden genannten Beschäftigungsgruppen relevante Unterscheidungskraft zukommen soll.
- 67 Der Oberste Gerichtshof hat zu der in der Beschäftigungsgruppe 4 des Mindestlohntarifs genannten Tätigkeit der „Lern- und Freizeitbetreuung im multikulturellen Bereich“ ausgeführt, dass es sich dabei um eine Tätigkeit handelt, „die strukturell von einer unterrichtenden Tätigkeit verschieden“ ist und die eine mit den „übrigen in der Beschäftigungsgruppe 4 genannten Tätigkeiten“ (wie den „dort genannten qualifizierten Assistenten-, Sachbearbeiter-, Lohnbuchhalter- und Sekretärinnentätigkeiten“ sowie den „Tätigkeiten im EDV-Bereich“) „vergleichbar verantwortliche Tätigkeit“ darstellt (OGH 30.3.1998, 8 ObA 296/97f).
- 68 Zur Beschäftigungsgruppe 1 des Mindestlohntarifs vertritt der Oberste Gerichtshof die Auffassung, dass sein Wortlaut, wonach das Mindestbruttogehalt „pro Unterrichtseinheit von 50 Minuten einschließlich Vor- und Nacharbeiten“ festgesetzt wird, zum Ausdruck bringe, dass die Vor- und Nacharbeiten, die vom Mindestbruttogehalt pro Unterrichtseinheit



abgegolten sein sollen, „einen unmittelbaren Bezug zur konkreten Unterrichtseinheit aufweisen müssen“, und nennt als Beispiele dafür „die Vorbereitung von Unterlagen, Recherchen zu den Lehrinhalten, Dokumentationen des Unterrichts sowie die Verbesserung von Hausaufgaben und Schularbeiten“ (OGH 25.2.2016, 9 ObA 143/15t).

- 69 Aus dem Wortlaut der in den Regelungen über die Beschäftigungsgruppe 1 des Mindestlohntarifs enthaltenen Formulierungen („Arbeitnehmer/innen mit unterrichtender Tätigkeit“), aus dem Regelungskontext - wie etwa gleichartigen Regelungen des Lehrerdienstrechts -, dem allgemeinen Verständnis vom Begriff des „Unterrichts“ und aus den in diesen Regelungen vorgesehenen Modalitäten zur Ausgestaltung der Entlohnung der „unterrichtenden Tätigkeit“ lässt sich schließen, welche Wesenselemente einer Tätigkeit der Mindestlohntarif für deren Qualifikation als „unterrichtende Tätigkeit“ und damit deren Zuordnung zur korrespondierenden Beschäftigungsgruppe voraussetzt. Dazu gehört zum einen der Gesichtspunkt, dass die Tätigkeit in der Erteilung von „Unterricht“ besteht, dh. der Vermittlung von Können und/oder Wissen mit einem bestimmten Lernziel, nach einem bestimmten Plan und anhand bestimmter Lehrmethoden. Aus einer Zusammenschau mit den Regelungen über den fachlichen Anwendungsbereich des Mindestlohntarifs, wonach jedenfalls jene privaten Bildungseinrichtungen in den Anwendungsbereich eingeschlossen sind, die „die Erteilung von Unterricht über Bildungsinhalte gemäß § 3 Abs. 2 Z 1 Schulorganisationsgesetz zum Gegenstand haben“, kann zum anderen geschlossen werden, dass „Unterricht“ in der Ausprägung, wie er zum Beispiel von Lehrenden in Privatschulen dieser Art erteilt wird, von dieser Beschäftigungsgruppe erfasst ist (vgl. zu einem solchen Anwendungsfall des Mindestlohntarifs zB OGH 25.2.2016, 9 ObA 143/15t). Wesentlich ist zudem der Umstand, dass der Mindestlohntarif bei der Beschäftigungsgruppe 1 eine „Unterrichtseinheit“ - in gleicher Weise wie das Schulzeitgesetz (§ 4) eine „Unterrichtsstunde“ - mit „50 Minuten“ definiert und daran anknüpfend unter Verwendung des (auch im öffentlichen Lehrerdienstrecht gebräuchlichen) Begriffs der „Lehrverpflichtung“ (vgl. zB § 43 LDG 1984) ein nach der Anzahl der monatlichen „Unterrichtseinheiten“ bemessenes Monatsgehalt definiert, bei dessen Höhe als wesentliches Element



auch die Leistung von „Vor- und Nacharbeiten“ mitbedacht ist. Aus der dargestellten fachlichen Nähe und der Gleichartigkeit der Begriffe und Regelungstechnik im Vergleich mit dem Dienstrecht - beispielsweise - von Lehrern an allgemeinbildenden oder berufsbildenden Schulen (vgl. die in § 1 lit. c des Mindestlohntarifs verwiesene Bestimmung des § 3 Abs. 2 Z 1 SchOG) lässt sich auch schließen, dass die im Mindestlohntarif vorausgesetzten „Vor- und Nacharbeiten“ des Unterrichts in ihrer Bedeutung und in ihrem zeitlichen Umfang kennzeichnend für die in der Beschäftigungsgruppe 1 umschriebene „unterrichtende Tätigkeit“ sein sollen. In § 43 LDG 1984 ist die der regelmäßigen Dienstzeit eines Beamten entsprechende „Jahresnorm“ so geregelt, dass eine Gesamtstundenzahl pro Schuljahr von (an Volks- und Sonderschulen) 720 bis 792 Jahresstunden „für die Unterrichtsverpflichtung“ vorgesehen ist (§ 43 Abs. 1 Z 1 LDG 1984), welcher eine Stundenzahl von „600 bis 669 Jahresstunden für die Vor- und Nachbereitung des Unterrichtes sowie Korrekturarbeiten“ gegenübersteht; das Gesetz geht von einem Verhältnis von 1 zu 5/6 zwischen Stunden der „Unterrichtsverpflichtung“ und Stunden der „Vor- und Nachbereitung“ aus (vgl. auch das im Bundeslehrer-Lehrverpflichtungsgesetz - BLVG geregelte Ausmaß einer Lehrverpflichtung der Lehrer von „20 Wochenstunden“).

- 70 Daraus folgt, dass es für die im Revisionsfall maßgebliche Frage, ob die Tätigkeit einzelner Nachhilfelehrerinnen und -lehrer „am ehesten“ jener einer „Lernbetreuung“ (Beschäftigungsgruppe 4) oder „am ehesten“ jener einer „unterrichtenden Tätigkeit“ zuzuordnen ist, angesichts der hier relevanten und in diesen Beschäftigungsgruppen typisierten Tätigkeitsmerkmale entscheidend vor allem darauf ankommt, bis zu welchem Grad der Umstand einen wesentlichen Bestandteil der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit gebildet hat, dass neben den einzelnen Nachhilfeeinheiten Vor- und Nachbereitungsarbeiten stattfanden, die einen unmittelbaren Bezug zu den konkreten Unterrichts- bzw. Nachhilfeeinheiten aufwiesen, eine erheblich ins Gewicht fallende Zeit einnahmen und aus Tätigkeiten wie der Planung, Gestaltung, Aufbereitung, Aktualisierung, Recherche, Dokumentation, Verbesserung usw. bestanden, zumal sich daraus auch Rückschlüsse auf eine mehr „betreuende“ oder „unterrichtende“ Art der Tätigkeit ergeben können.



- 71 Die anhand dieser Kriterien im einzelnen vorgenommene Zuordnung erfordert eine Beurteilung der Umstände des Einzelfalls und wird in der Regel keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufwerfen, wenn die maßgeblichen Umstände ermittelt und festgestellt worden sind und im Rahmen der Bewertung des Einzelfalls Berücksichtigung gefunden haben. Das angefochtene Erkenntnis enthält in Bezug auf Vor- und Nachbereitungsarbeiten lediglich die Feststellung, dass die mit einem Honorar zwischen 12 und 17 Euro pro Einheit vereinbarte Entlohnung „auch die von den NHL aufgebrauchte Vor- und Nachbereitungszeit“ umfasst habe. In welcher Art und in welchem Ausmaß tatsächlich Vor- und Nachbereitungsarbeiten im oben dargestellten Sinn jeweils regelmäßig geleistet worden sind, wurde jedoch nicht festgestellt. Dem angefochtenen Erkenntnis fehlt es damit an Feststellungen, die es erlaubt hätten, unter Berücksichtigung der tatsächlichen regelmäßigen Erbringung (und des Ausmaßes) von Vor- und Nachbereitungsarbeiten im angesprochenen Sinn zu beurteilen, ob die einzelne Tätigkeit eines Nachhilfelehrers (einer Nachhilfelehrerin) jeweils „am ehesten“ einer unterrichtenden Tätigkeit (Beschäftigungsgruppe 1) oder am ehesten einer „Lernbetreuung“ (Beschäftigungsgruppe 4) zuzuordnen war.
- 72 Da das Bundesverwaltungsgericht insofern die Rechtslage unzutreffend beurteilt hat, war das angefochtene Erkenntnis gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen prävalierender Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufzuheben.
- 73 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 6. September 2023