



BVwG

Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 71123 – 889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

DVR: 0939579

E N T S C H E I D U N G S D A T U M

1 4 . 0 7 . 2 0 2 2

G E S C H Ä F T S Z A H L

W 1 5 1 2 2 4 9 7 5 8 - 1 / 1 5 E

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Dr. Doris KOHL, MCJ als Einzelrichterin über die Beschwerde von XXXX , vertreten durch Doschek Rechtsanwalts GmbH, 1030 Wien, Reisnerstraße 29/7, gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse, Landesstelle Wien, vom 12.11.2021, AZ: XXXX betreffend die Feststellung der Versicherungspflicht für Frau Mag. XXXX , SVNR XXXX , zu Recht:

A) Die Beschwerde wird abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse (ÖGK) vom 12.11.2021 stellte diese fest, dass Frau Mag. XXXX , SVNR.: XXXX (in der Folge mitbeteiligte Partei oder „mbP“) hinsichtlich der für die beschwerdeführende Partei XXXX (in der Folge

„BF“) ausgeübten Tätigkeit im Zeitraum von 24.04.2021 bis laufend der Pflichtversicherung in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (ASVG) und in der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit a iVm Abs. 8 Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (ALVG) unterliege.

Aus § 6 Abs. 4 Musiktherapiegesetz, wonach die berufsmäßige Ausübung der Musiktherapie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur zu einem Träger einer Krankenanstalt, einem Pflegeheim, einer Behinderteneinrichtung oder einer vergleichbaren Einrichtung zulässig sei, könne nicht geschlossen werden, dass, wenn in Ausübung der Beschäftigung dennoch die Kriterien eines Dienstverhältnisses erfüllt werden, keine Pflichtversicherung nach dem ASVG eintreten könne.

Die mbP sei nicht an Weisungen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten gebunden gewesen. Hinsichtlich des Arbeitsortes sei festgestellt worden, dass sie die Therapie-Einheiten zwar ausschließlich in den Räumlichkeiten des Vereins abhielt, es ihr jedoch nicht verboten gewesen wäre, einen anderen Ort zu wählen. Hinsichtlich ihrer Arbeitszeit sei die mbP sehr frei gewesen. Sie habe Termine selbst mit den KlientInnen des Vereins vereinbaren und diese im Verhinderungsfall auch verschieben oder absagen können und hierfür nicht die Zustimmung der BF benötigt. Die Merkmale persönlicher Abhängigkeit würden also nicht gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen, sodass nicht vom Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses iSd § 4 Abs. 2 ASVG auszugehen sei. Im Hinblick auf die verwendeten Betriebsmittel könne in einer Gesamtbetrachtung nicht davon ausgegangen werden, dass sich die mbP damit eine betriebliche Struktur schaffen wollte. Im Ergebnis handle es sich um eine Tätigkeit als freie Dienstnehmerin iSd § 4 Abs. 4 ASVG, da sie Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich und ohne wesentliche eigene Betriebsmittel gegen Entgelt erbracht habe.

2 Dagegen erhob die BF fristgerecht Beschwerde, in der sie der Beweiswürdigung sowie der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde entgegentrat. Die mbP sei hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort keinen Vorgaben seitens des BF unterworfen gewesen und habe gänzlich alleine entscheiden können. Eine persönliche Arbeitspflicht sei nicht geschuldet gewesen und habe es der mbP jederzeit freigestanden, sich vertreten zu lassen, Termine abzusagen oder zu verschieben. Es sei nur die tatsächlich durchgeführten Musiktherapieeinheiten entlohnt worden, deren Anzahl durch den Fördergeber mit 12 Stunden begrenzt gewesen seien. Die mbP habe keine Verpflichtung getroffen, ein monatlich bestimmtes Minimum an Musiktherapieeinheiten abzuhalten.

Es sei nicht erwartet gewesen, dass sie ständig tätig werde und ein gewisses kontinuierliches Maß an Arbeit verrichte. Die mbP entscheide alleine, ob und wann sie sich Urlaub nehme und bedürfe keiner Absprache mit der BF.

Aus § 6 Abs. 4 Musiktherapiegesetz folge, dass ein musiktherapeutisches Arbeitsverhältnis zu einem Verein gesetzlich nicht möglich sei und könne im Umkehrschluss daher nur davon ausgegangen werden, dass die vereinsmäßige Abhaltung von Musiktherapieeinheiten nur in Form einer selbstständigen, auf Honorarbasis zu entlohnenden Tätigkeit möglich sei. Bei den eingesetzten Betriebsmitteln handle es sich um wesentliche Betriebsmittel iSd § 4 Abs. 4 ASVG, welche aus der Sphäre der mbP stammen würden und nicht von der BF zur Verfügung gestellt worden seien. Es sei davon auszugehen, dass sich die mbP eine betriebliche Struktur schaffen wollte. Die mbP sei somit keine freie Dienstnehmerin iSd § 4 Abs. 4 ASVG.

3. Am 22.12.2021 wurde die Beschwerde sowie der bezughabende Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vorgelegt.

4. Mit Schreiben vom 19.04.2022 gab die Sozialversicherungsanstalt der Selbständigen an, die Ansicht der belangten Behörde zu teilen und nicht von einer selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen.

5. Am 27.05.2022 wurde eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht durchgeführt, in der Herr XXXX in Vertretung für die BF, sowie die mbP einvernommen wurden.

6. Mit Parteiengehör vom 01.06.2022 wurde eine Anfrage an die mbP zu Anschaffung und Kosten der im Rahmen der Musiktherapie verwendeten Gegenstände (E-Gitarre, Gitarre, Bluetooth-Gerät und Keyboard) gestellt.

7. Am 20.06.2022 langte die Anfragebeantwortung der mbP ein.

8. Die BF gab hierzu mit Schreiben vom 29.06.2022 eine Stellungnahme ab.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Bei der BF handelt es sich um einen Verein zur Beschaffung von Wohnraum und der sozialpädagogischen Betreuung von hilfsbedürftigen Personen, unter anderem im und nach dem Strafvollzug.

Die mbP war von 24.04.2021 bis 15.12.2021 regelmäßig als Musiktherapeutin für die BF tätig. Zwischen dem Geschäftsführer der BF und der mbP wurde vereinbart, dass diese Musiktherapieeinheiten zu je 50 Minuten im Ausmaß von bis zu 12 Wochenstunden für die BF erbringt. Die Höhe des Honorars wurde mit € 65,-- Euro ohne Umsatzsteuer pro Einheit vereinbart. Die Abrechnung zwischen der BF und der mbP erfolgte mittels Honorarnoten. Die Auszahlung erfolgte zum Monatsende des Folgemonats.

Es lag kein generelles Vertretungsrecht vor. Es war der mbP nicht möglich, sich jederzeit nach Gutdünken vertreten zu lassen, zumal dies mit dem besonderen Verhältnis zwischen Therapeuten und Patienten nicht vereinbar und somit nicht im Sinne des Therapiezweckes war. Eine weitere Musiktherapeutin wurde von der BF nicht beschäftigt. Eine Vertretung der mbP kam auch tatsächlich nicht vor, sie erbrachte die Tätigkeit ausschließlich persönlich. Im Fall von Abwesenheiten der mbP informierte sie aus therapeutischen Gründen die Klientinnen und Klienten unmittelbar, und setzte deren Betreuungspersonen in Kenntnis.

Die mbP verfügte über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel. An Musikinstrumenten bzw. Abspielgeräten verwendete die mbP im Rahmen der Musiktherapieeinheiten eine E-Gitarre, eine Gitarre, ein Keyboard sowie eine Bluetooth-Musik-Box, welche jeweils bereits im Privatvermögen der mbP standen. Davon wurde lediglich die Bluetooth-Musik-Box im Wert von ca. € 30,-- von der mbP selbst angeschafft. Ein Gitarren-Verstärker wurde von der mbP ausgeliehen. Diese Gegenstände werden von der mbP, ebenso wie ein auch zu privaten Zwecken verwendeter Computer, nicht steuerlich als Betriebsmittel geltend gemacht. Von der BF wurden Trommeln und Schlaginstrumente zur Verfügung gestellt.

An eigenen Betriebsmitteln verfügte die mbP über ein Mobiltelefon (im Wert von insgesamt € 24,98,--), welches sie ausschließlich für ihre Tätigkeit für die BF verwendete. Weitere eigene Betriebsmittel wie Fachbücher (im Wert von € 72,80), weitere Instrumente und Noten (im Wert von € 172,27 bzw. € 35,90), ein Apple iPad (im Wert von € 439,90) sowie eine SD-Karte und Zubehör (im Wert von € 42,69) nützte die mbP teilweise im Rahmen der gegenständlichen Tätigkeit, teilweise zu anderen Zwecken.

Da die mbP über keine geeigneten Räumlichkeiten zur Ausübung der Musiktherapie verfügte, übte sie diese ausschließlich in den Räumlichkeiten der BF ab, welche ihr unentgeltlich zur Verfügung gestellt wurden.

Die BF hatte im Rahmen der gegenständlichen Tätigkeit nur geringwertige Betriebsmittel sowie solche (höherwertige) Gegenstände (Musikinstrumente, iPad) in Verwendung, welche typischerweise und üblicherweise auch privat in Verwendung stehen und keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel iSd § 4 Abs. 4 ASVG darstellen. Die mbP hat sich keine eigene betriebliche Struktur geschaffen. Sie war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nur für die BF tätig. Sie verfügte über keine eigene Praxis und keine Homepage. Sie trat auf mit ihrer Dienstleistung nicht am Markt auf und hat somit keinen Marktauftritt.

Werden im Rahmen einer Beschäftigung die Kriterien eines Dienstverhältnisses iSd § 4 Abs. 2 bzw. Abs. 4 ASVG erfüllt, steht § 6 Abs. 4 Musiktherapiegesetz dem Eintreten einer Pflichtversicherung nach dem ASVG nicht entgegen.

Die mbP gehört keiner der in § 2 FSVG genannten Berufsgruppen an und unterliegt damit nicht dem FSVG.

§ 6 Abs. 4 MuthG steht dem Eintreten einer Pflichtversicherung nach dem ASVG bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht entgegen.

Da die mbP somit ihre Dienstleistungen entgeltlich für die BF persönlich erbrachte und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel bzw. keine eigene betriebliche Struktur verfügte, lag beschwerdegegenständlich ein freies Dienstverhältnis vor. Die mbP unterliegt im beschwerdegegenständlichen Zeitraum der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG und der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit a iVm Abs. 8 AIVG.

2. Beweiswürdigung:

Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt sowie den Ergebnissen des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht, insbesondere der am 27.05.2022 durchgeführten mündlichen Verhandlung.

Unbestritten ist, dass die mbP im festgestellten Zeitraum regelmäßig für die BF entgeltlich als Musiktherapeutin tätig war. Sowohl der Geschäftsführer der BF, als auch die mbP gaben übereinstimmend an, dass erwartet wurde, dass die mbP im vereinbarten Rahmen von bis zu 12 Stunden Musiktherapieeinheiten leistet.

Die Feststellungen zur Dauer der Tätigkeit der mbP, zur Ausgestaltung der Tätigkeit der BF, insbesondere zu Stundenanzahl und Art und Höhe der Entlohnung ergeben sich aus den übereinstimmenden Aussagen des Geschäftsführers der BF, Herr XXXX, und der mbP in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Dabei gab Herr XXXX an, dass

die Ausgestaltung des mündlichen Vertrages im Wege der E-Mail Korrespondenz mit der mbP, beginnend mit 10.12.2020 erfolgte (OZ 8, S. 3).

Die Feststellungen zum fehlenden Vertretungsrechts der mbP ergeben sich aus den Angaben des Herrn XXXX in der mündlichen Verhandlung. Nach dessen Angaben habe dieser eine Regelung für den Fall der Erkrankung oder des Urlaubes der mbP gewünscht. Die mbP habe jedoch darauf hingewiesen, dass dies aus therapeutischer Sicht keinen Sinn mache, da diese Therapie auf die Beziehung zum Patienten aufbaue und nicht durch eine andere Person ersetzt werden könne. In weitere Folge sei dies nicht weiter thematisiert worden (OZ 8, S. 5). Für das erkennende Gericht folgt daraus, dass es der mbP somit nicht möglich war, sich jederzeit nach Gutdünken vertreten zu lassen. Dies nicht zuletzt auch deshalb, da nach Angabe des Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung die BF auch keine anderen Musiktherapeuten im beschwerdegegenständlichen Zeitraum beschäftigt habe (OZ 8, S. 8). Dass sich die mbP tatsächlich nicht vertreten ließ, ist unstrittig.

Die Feststellungen zur Vorgangsweise der mbP im Falle von Abwesenheiten ergibt sich aus deren Angaben in der mündlichen Verhandlung (OZ 8, S. 11), sowie dem Fragebogen der ÖGK vom 19.05.2021, demzufolge sie die KlientInnen unmittelbar informiert habe, es jedoch von Vorteil gewesen sei, deren Betreuungspersonen über ihre Abwesenheiten in Kenntnis zu setzen.

Die Feststellungen zu den von der mbP im Rahmen ihrer Tätigkeit verwendeten Betriebsmittel ergeben sich aus den Angaben der mbP in ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 16.06.2022 in Zusammenschau mit den Angaben in der mündlichen Verhandlung (OZ 8, S. 11). In der genannten Stellungnahme konkretisierte die mbP die Herkunft bzw. Anschaffungskosten der verwendeten Musikinstrumente bzw. sonstiger Geräte. Zudem gab die mbP Auskunft über jene Wirtschaftsgüter, die sie im Rahmen der Steuererklärung 2021 als Betriebsmittel geltend zu machen beabsichtigt. Die Stellungnahme der mbP wurde der BF im Parteiengehör übermittelt, die hierzu eine Stellungnahme vom 29.06.2022 abgab. Die Angaben der mbP wurden von der BF nicht bestritten.

Dass die mbP über keine eigene Praxis und über keine eigenen Räumlichkeiten verfügte, und die Räumlichkeiten der BF in Anspruch nahm, ergibt sich aus den glaubwürdigen Angaben der BF in der mündlichen Verhandlung (OZ 8, S. 10) und ist unbestritten. Ebenso gab die mbP selbst an, über keine eigene Homepage zu verfügen (OZ 8, S. 12). Dass die mbP nur für die BF tätig wurde, ist unstrittig (vgl. OZ 8, S. 12). Daraus folgt, dass die mbP über keine eigene betriebliche Struktur und keinen Marktauftritt verfügte.

3. Rechtliche Beurteilung:

§ 414 Abs. 1 ASVG normiert die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über Beschwerden gegen Bescheide eines Versicherungsträgers.

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

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.

Gegenständlich wurde kein Antrag auf Senatsentscheidung gestellt. Somit obliegt die Entscheidung der vorliegenden Beschwerdesache der nach der jeweils geltenden Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes zuständigen Einzelrichterin.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A) Abweisung der Beschwerde:

Gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 ASVG sind die bei einem oder mehreren Dienstgebern beschäftigten Dienstnehmer in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes 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 Abs. 1 Z 14 ASVG sind die den Dienstnehmern im Sinne des Abs. 4 gleichgestellten Personen in der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert).

Gemäß § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, 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.

Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG stehen den Dienstnehmern im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für

1. einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bäuerlichen Nachbarschaftshilfe,
2. eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit),

wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen; es sei denn,

- a) dass sie auf Grund dieser Tätigkeit bereits nach § 2 Abs. 1 Z 1 bis 3 GSVG oder § 2 Abs. 1 BSVG oder nach § 2 Abs. 1 und 2 FSVG versichert sind oder
- b) dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt oder
- c) dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird oder
- d) dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschafter, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsfondsgesetzes, handelt.

Gemäß § 539a ASVG kommt es für die Beurteilung von Sachverhalten in wirtschaftlicher Betrachtungsweise auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts an.

Strittig ist gegenständlich, da bereits die belangte Behörde nicht vom Vorliegen eines echten Dienstverhältnisses iSd § 4 Abs. 2 ASVG ausging (vgl. S. 17 des Bescheides), ob die Tätigkeit der mbP für die BF die Kriterien eines freien Dienstverhältnisses gemäß § 4 Abs. 4 ASVG erfüllt, oder als selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist.

1. Entgeltlichkeit:

Dass die mbP für die BF gegen Entgelt tätig wurde, steht gegenständlich unstrittig fest.

2. Persönliche Leistungserbringung:

Weitere Voraussetzung für die Annahme eines freien Dienstverhältnisses im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG (und damit für ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis) ist die persönliche Arbeitspflicht.

Die persönliche Arbeitspflicht fehlt dann, wenn dem zur Leistung Verpflichteten ein "generelles Vertretungsrecht" zukommt, wenn er also jederzeit nach Gutdünken beliebige Teile seiner Verpflichtung auf Dritte überbinden kann (vgl. VwGH 17.11.2004, 2001/08/0131). Von einer die persönliche Arbeitspflicht ausschließenden generellen Vertretungsbefugnis kann nur dann gesprochen werden, wenn der Erwerbstätige berechtigt ist, 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 stellt die bloße Befugnis eines Erwerbstätigen dar, sich im Fall der Verhinderung in bestimmten Einzelfällen, z.B. 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 (vgl. VwGH 16.11.2011, 2008/08/0152, mwN).

Selbst die Vereinbarung eines generellen Vertretungsrechts kann – 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 geübt worden wäre 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 (VwGH 17.10.2012, 2010/08/0256, mwN).

Selbst eine ausdrücklich vereinbarte Vertretungsbefugnis stünde dann im Verdacht, ein Scheingeschäft zu sein, wenn eine solche Vereinbarung mit den objektiven Anforderungen der Unternehmensorganisation nicht in Einklang zu bringen wäre (VwGH 04.06.2008, 2007/08/0252).

Gegenständlich lag kein generelles Vertretungsrecht der mbP vor:

Die mbP wurde unbestritten regelmäßig für die BF tätig. Es war der mbP nicht möglich, sich jederzeit nach Gutdünken vertreten zu lassen, zumal dies mit dem besonderen Verhältnis zwischen Therapeuten und Patienten nicht vereinbar und somit nicht im Sinne des Therapiezweckes gewesen wäre. Eine weitere Musiktherapeutin wurde von der BF nicht beschäftigt. Aufgrund der fallbezogenen Umstände war daher nicht ernstlich zu erwarten, dass eine jederzeitige Vertretungsmöglichkeit tatsächlich in der Realität gelebt hätte werden können. Im Lichte dieser Betrachtung war sohin festzustellen, dass der mbP die Möglichkeit nicht offen gestanden ist, sich jederzeit nach Gutdünken vertreten zu lassen. Eine Vertretung der mbP kam auch tatsächlich nicht vor. Sie erbrachte die Tätigkeit somit ausschließlich persönlich.

Es war daher von einer persönlichen Arbeitsverpflichtung der mbP auszugehen.

3. Zum Fehlen wesentlicher Betriebsmittel:

Zur Beurteilung des Vorliegens eines freien Dienstverhältnisses gilt es schließlich zu klären, ob die mbP über wesentliche eigene Betriebsmittel im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG verfügte.

Betriebsmittel sind alle sachlichen Hilfsmittel des Betriebs bzw. Unternehmens, die benötigt werden, um den Betriebszweck zu erreichen. Im Zweifel wird man auf das Steuerrecht zurückgreifen können, wenn man darunter die Wirtschaftsgüter versteht, die zum notwendigen Betriebsvermögen gehören oder zum Betriebsausgabenabzug zugelassen sind, wobei Abzugsverbote (die rein steuerrechtliche Gründe haben) nicht zu berücksichtigen sind. Alles was typischerweise der privaten Lebensführung dient, stellt kein Betriebsmittel dar. Allerdings können auch im Alltag verwendete Güter wie Mobiltelefon, PC oder PKW als Betriebsmittel eingesetzt werden, wovon auszugehen ist, wenn sie in das Betriebsvermögen aufgenommen wurden (vgl. Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 ASVG (Stand 01.07.2020, rdb.at) Rz 192 mit Literatur- und Judikaturhinweisen).

Ein eigenes Betriebsmittel ist grundsätzlich dann für die (dadurch als unternehmerisch zu beurteilende) Tätigkeit wesentlich im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG, wenn es sich nicht bloß um ein geringwertiges Wirtschaftsgut handelt und wenn es der freie Dienstnehmer entweder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen (und der damit einhergehenden steuerlichen Verwertung als Betriebsmittel) der Schaffung einer unternehmerischen Struktur gewidmet hat oder wenn es seiner Art nach von vornherein in erster Linie der in Rede stehenden betrieblichen Tätigkeit zu dienen bestimmt ist (VwGH vom 19.10.2015, 2013/08/0185).

Nach ständiger Judikatur des VwGH (vgl. VwGH vom 25.04.2018, Ra 2018/08/0044) ist weiters bei nicht nur geringwertigen technischen Geräten, die üblicherweise auch im privaten Bereich verwendet werden, wie z.B. einem PC, einem Smartphone, einem PKW, die Behauptung einer überwiegenden betrieblichen Verwendung im Rahmen der Mitwirkungspflicht des Erwerbstätigen konkret nachzuweisen. Bei dem genannten Tatbestandsmerkmal des § 4 Abs. 4 ASVG kommt es zudem nicht darauf an, dass irgendein einzelnes, nicht geringwertiges Betriebsmittel überwiegend betrieblich genutzt wird. Es ist eine Gesamtbetrachtung aller eingesetzten Betriebsmittel vorzunehmen, wobei diese darauf hin zu beurteilen sind, ob sie für die vom Erwerbstätigen erbrachte Wirtschaftsleistung wesentlich waren und ob er sich damit eine eigene betriebliche Struktur geschaffen hat.

Müssen aufgrund der Art der Tätigkeit gar keine (d.h. weder fremde noch eigene) nennenswerten Betriebsmittel eingesetzt werden, kommt Abs. 4 jedenfalls zur Anwendung. Die eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten zählen nicht zu den Betriebsmitteln, weil ihre Verwendung im Wesen des Einsatzes der persönlichen Arbeitskraft liegt (vgl. Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 ASVG (Stand 01.07.2020, rdb.at) Rz 191).

Bei der Versicherungspflicht einer Aerobic-Trainerin hat der VwGH (2004/08/0101) hinsichtlich der „wesentlichen eigenen Betriebsmitteln“ festgehalten, dass für die Abhaltung eines Aerobic-Kurses jedenfalls eine geeignete Räumlichkeit erforderlich sei. Eine für die Abhaltung von Aerobic-Kursen eigene unternehmerische Struktur mit beträchtlichen Betriebsmitteln, die für diese Abhaltung im Sinne der nach § 4 Abs. 4 ASVG geforderten Unabhängigkeit von Betriebsmitteln des Dienstgebers erforderlich sind, lag nicht vor. § 4 Abs. 4 ASVG kommt nämlich, wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, nicht bloß dann zur Anwendung, wenn keinerlei eigene Betriebsmittel eingesetzt werden, sondern nur dann nicht, wenn derjenige, der die Leistung erbringt, im Wesentlichen nicht auf ihm zur Verfügung gestellte Betriebsmittel angewiesen ist. Dem war in diesem Fall aber jedenfalls nicht so, da die Räumlichkeiten für die Aerobic-Kurse von der AufG zur Verfügung gestellt wurden. Im Hinblick darauf kam dem Einsatz eigener Gummibänder, Bälle und Tonträger sowie eines

Abspielgerätes durch die Erstmitbeteiligte nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Auch ist ein entsprechender Raum für die Durchführung der Kurse von essenzieller Bedeutung, nicht hingegen in gleichem Ausmaß die von der belangten Behörde festgestellte büromäßige Ausstattung der Trainerin. Die Trainerin verfügte daher über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG.

Wie festgestellt, verfügte die mbP über keine wesentlichen Betriebsmittel:

An Musikinstrumenten bzw. Abspielgeräten verwendete die mbP im Rahmen der Musiktherapie-Einheiten eine E-Gitarre, eine Gitarre, ein Keyboard sowie eine Bluetooth-Musik-Box, welche jeweils bereits im Privatvermögen der mbP standen. Davon wurde lediglich die Bluetooth-Musik-Box im Wert von ca. € 30,-- von der mbP selbst angeschafft. Ein Gitarren-Verstärker wurde von der mbP ausgeliehen. Diese Gegenstände werden von der mbP, ebenso wie ein auch zu privaten Zwecken verwendeter Computer, nicht steuerlich als Betriebsmittel geltend gemacht. Von der BF wurden Trommeln und Schlaginstrumente zur Verfügung gestellt.

An eigenen Betriebsmitteln verfügte die mbP über ein Mobiltelefon (im Wert von insgesamt € 24,98,--), welches sie ausschließlich für ihre Tätigkeit für die BF verwendete. Weitere eigene Betriebsmittel wie Fachbücher (im Wert von € 72,80), weitere Instrumente und Noten (im Wert von € 172,27 bzw. € 35,90), ein Apple iPad (im Wert von € 439,90) sowie eine SD-Karte und Zubehör (im Wert von € 42,69) nützte die mbP teilweise im Rahmen der gegenständlichen Tätigkeit, teilweise zu anderen Zwecken.

Betreffend die höherwertigen Gegenstände, dh. insbesondere die oben genannten Musikinstrumente, sowie auch das Apple iPad ist festzuhalten, dass es sich dabei um solche Gegenstände handelt, welche typischerweise und üblicherweise auch privat in Verwendung stehen. Im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes werden diese privaten Gegenstände durch deren Verwendung zur Erfüllung der übernommenen Aufgaben dadurch nicht ohne weiteres zu wesentlichen Betriebsmitteln im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG (vgl. VwGH 23.01.2008, 2007/08/0223).

In diesem Zusammenhang ist jedoch das Vorbringen der BF, wonach sich die mbP über die Jahre hin durch den überwiegend schenkungsweise erfolgten Erwerb der Musikinstrumente eine Basis geschaffen habe, um nachfolgend Musiktherapieeinheiten zu können (vgl. Stellungnahme vom 29.06.2022), nicht überzeugend, als nicht dargelegt wurde, dass diese eigens zum Zweck der Aufnahme der musiktherapeutischen Tätigkeit erworben wurden, oder durch Aufnahme in das Betriebsvermögen der unternehmerischen Verwendung als

Betriebsmittel gewidmet worden wären. Es sind auch sonst keine Anhaltspunkte dahingehend ersichtlich, dass sich die mbP im Sinne der oben angeführten Judikatur eine eigene betriebliche Struktur geschaffen habe, um ihre Leistungen am Markt anzubieten. Die mbP verfügte über keine eigene Praxis, keine eigenen Räumlichkeiten und keine Homepage. Sie war im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nur für die BF tätig. Sie verfügte über keine eigene unternehmerische Struktur, um damit „für den Markt“ tätig zu werden.

Darüber hinaus hatte die BF lediglich geringwertige Betriebsmittel in Verwendung, welche nicht als „wesentliche eigene Betriebsmittel“ iSd § 4 Abs. 4 ASVG anzusehen sind.

Der Einsatz der eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten liegt im Wesen des Einsatzes der persönlichen Arbeitskraft und stellt gerade keine Verwendung eigener Betriebsmittel dar.

In einer Gesamtbetrachtung aller eingesetzten Mittel kann daher nicht erkannt werden, dass die mbP wesentliche Betriebsmittel in Verwendung hatte bzw. sich damit eine eigene betriebliche Struktur geschaffen hat.

4. Zu § 6 Abs. 4 des Musiktherapiegesetzes, StF: BGBl. I Nr. 93/2008 (MuthG):

Die BF bringt vor, im gegenständlichen Fall sei § 6 Abs. 4 MuthG zu beachten, demzufolge die berufsmäßige Ausübung der Musiktherapie im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses nur zu einem Träger einer Krankenanstalt, einem Pflegeheim, einer Behinderteneinrichtung oder einer vergleichbaren Einrichtung zulässig ist. Daraus folge, dass ein musiktherapeutisches Arbeitsverhältnis zu einem Verein gesetzlich nicht möglich sei und könne im Umkehrschluss daher nur davon ausgegangen werden, dass die vereinsmäßige Abhaltung von Musiktherapieeinheiten nur in Form einer selbstständigen, auf Honorarbasis zu entlohnenden Tätigkeit möglich sei.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie die belangte Behörde zutreffend ausführte, lässt § 6 Abs. 4 MuthG nicht den Schluss zu, dass, wenn in Ausübung der Beschäftigung dennoch die Kriterien eines Dienstverhältnisses erfüllt werden, keine Pflichtversicherung nach dem ASVG eintreten könne. Ob eine Beschäftigung in dieser Form ausgeübt werden darf oder nicht hat keinerlei Einfluss auf das Eintreten einer Versicherungspflicht nach dem ASVG, wenn sie tatsächlich in dieser Form ausgeübt wird (vgl. auch VwGH vom 22.11.2006, 2004/08/0275, vom 18.02.2004, 2002/08/0173 und vom 21.11.2001, 97/08/0169).

Es kann sohin dahingestellt bleiben, ob eine Beschäftigung der mbP nach § 6 Abs. 4 MuthG zulässig ist. Dies ist für die Beurteilung, ob die Tätigkeit dem ASVG unterliegt, ohne Belang, denn auch arbeitsrechtliche Beschäftigungsverbote oder beispielsweise eine fehlende

Beschäftigungsbewilligung eines ausländischen Dienstnehmers können nicht den Eintritt einer Pflichtversicherung nach dem ASVG verhindern (vgl. Mosler in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 4 ASVG (Stand 1.7.2020, rdb.at), Rz 70ff).

Diese Bestimmung des § 6 Abs. 4 MuthG steht dem Eintreten einer Pflichtversicherung nach dem ASVG bei Vorliegen der Voraussetzungen folglich nicht entgegen.

5. Kein Vorliegen einer freiberuflichen Tätigkeit nach dem Freiberuflichen-Sozialversicherungsgesetz (FSVG):

Durch § 2 FSVG wird der Anwendungsbereich des FSVG auf bestimmte Berufsgruppen (Mitglieder der Österreichischen Apothekerkammer, der Österreichischen Patentanwaltskammer, der Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammern etc.) eingeschränkt.

Da die mbP aufgrund ihrer Tätigkeit als Musiktherapeutin keiner der in § 2 FSVG genannten Berufsgruppen angehörig ist, unterliegt sie nicht dem FSVG.

6. Ergebnis:

Da die mbP somit ihre entgeltliche Dienstleistung für die BF persönlich erbrachte und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel bzw. keine eigene betriebliche Struktur verfügte, lag ein freies Dienstverhältnis vor. Sie unterliegt somit im festgestellten Zeitraum der Pflichtversicherung gemäß § 4 Abs. 1 Z 14 iVm Abs. 4 ASVG und der Arbeitslosenversicherung gemäß § 1 Abs. 1 lit a iVm Abs. 8 AIVG.

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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.

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.

Das hg. Erkenntnis hält sich an die darin zitierte Judikatur des VwGH.