

# TE Bwvg Erkenntnis 2020/4/24 W229 2128210-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.04.2020

## Entscheidungsdatum

24.04.2020

## Norm

AIVG §1 Abs1 lita

ASVG §4

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W229 2128210-1/26E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag.a Elisabeth WUTZL als Einzelrichterin über die Beschwerde des XXXX , nunmehr vertreten durch XXXX , gegen den Bescheid der Wiener Gebietskrankenkasse, nunmehr Österreichische Gesundheitskasse, vom 10.05.2016, XXXX , nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, zu Recht:

A)

Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG stattgegeben und es wird festgestellt, dass Herr XXXX hinsichtlich seiner Tätigkeit für das XXXX im Zeitraum vom 01.02.2008 bis einschließlich 29.06.2014 nicht der Versicherungspflicht gemäß § 4 ASVG und § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterlegen ist.

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit E-Mail vom 16.10.2014 trat Herr XXXX (im Folgenden: mitbeteiligte Partei) an die Wiener Gebietskrankenkasse (im Folgenden: WGKK) mit dem Ersuchen heran, seinen Werkvertrag, welchen er mit der XXXX (im Folgenden: beschwerdeführende Partei) eingegangen sei, zu prüfen, da er im Zuge der Durchsicht seines Werkvertrages bei Beendigung des Dienstverhältnisses darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass es sich aufgrund seiner Tätigkeit eher um einen Dienstvertrag handle.

2. Die WGKK nahm mit der mitbeteiligten Partei am 13.01.2015 eine Niederschrift auf. Zusammenfassend gab die

mitbeteiligte Partei an, dass sie von 10.02.2008 bis 29.04.2014 für die beschwerdeführende Partei als Kapellmeister tätig gewesen sei und Urlaub im vorgegebenem Ausmaß konsumiert habe. Sie habe einen Werkvertrag erhalten. Bei der Aufnahme sei pro Probe ? 100 und jeden Sonn- oder Feiertagsdienst 150 ? vereinbart worden. Die Arbeitszeit sei jeden Mittwoch von 19:00 bis 21:30 Uhr und Sonntag wie feiertags von 09:00 bis 12:30 Uhr gewesen. Weiters habe die Arbeitstätigkeit 2-3-mal im Jahr die Programmerstellung mit anderen Personen von verschiedenen Veranstaltungen, die Leitung der Proben, die die mitbeteiligte Partei nach Rücksprache mit dem aktuellen Pfarrer selbst gestalten konnte und die musikalische Leitung bei der Sonntagsmesse umfasst. Im Krankheitsfall oder sonstigen Gründen habe sich die mitbeteiligte Partei durch eine von ihr ausgesuchte Person vertreten lassen können. Sie sei zum Zeitpunkt der Aufnahme bereits selbständig als Musiklehrer für Musikunterricht tätig gewesen.

Mit Schreiben vom 15.02.2015 teilte die beschwerdeführende Partei mit, dass mit der mitbeteiligten Partei ein Werkvertrag abgeschlossen worden sei. Die mitbeteiligte Partei sei für die jeweils erbrachten Werkleistungen (Dirigate, Proben etc.) entlohnt worden und sei während dieser Zeit an keine fixen Arbeitszeiten gebunden gewesen, habe keinen Arbeitsplatz in der Pfarre und habe sich jederzeit durch Dritte vertreten lassen können. Sie sei insbesondere bei der Herstellung ihrer Werke als Musikschafter an keinerlei Weisungen gebunden gewesen. Auch sei die Tätigkeit für die Pfarre nur eine von mehreren selbständigen Tätigkeiten der mitbeteiligten Partei gewesen.

7. Mit Schreiben vom 24.03.2015 informierte die WGKK die mitbeteiligte Partei, dass aufgrund des erhobenen Sachverhaltes für den Zeitraum 10.02.2008 bis 29.06.2014 kein die Versicherungspflicht begründendes Beschäftigungsverhältnis festgestellt werden konnte, weshalb dem Antrag auf Nachversicherung nicht entsprochen werden konnte.

8. Mit Schreiben vom 19.04.2015 stellte die mitbeteiligte Partei einen Bescheidantrag.

9. Nach Durchführung eines weiteren Ermittlungsverfahrens wurde der mitbeteiligten Partei mitgeteilt, dass ihre Tätigkeit als Dienstverhältnis gewertet werde und ein Bescheid derzeit nicht erforderlich schein.

10. Mit Schriftsatz vom 11.03.2016 beantragte die nunmehrige beschwerdeführende Partei die Ausstellung eines Bescheides.

11. Mit Bescheid vom 10.05.2016 stellte die WGKK fest, dass die mitbeteiligte Partei aufgrund ihrer Beschäftigung beim Dienstgeber XXXX in der Zeit vom 01.02.2008 bis 29.06.2014 der Voll- (Kranken-, Unfall-, Pensions-)versicherungspflicht gem. § 4 Abs. 1 Z 1 iVm. § 4 Abs. 2 ASVG und der Arbeitslosenversicherung gem. § 1 Abs. 1 lit. a AIVG unterliegt.

12. Mit Schreiben vom 08.06.2016 erhob der die beschwerdeführende Partei im Wege ihrer steuerrechtlichen Vertretung fristgerecht Beschwerde.

13. Mit Verfügung, W145 2128210-1/2Z vom 25.11.2016 erging an den Beschwerdeführer das Ersuchen eine Vollmacht vorzulegen, dem mit Schreiben vom 33.11.2016 entsprochen worden ist.

14. Mit Schreiben vom 15.12.2016, W145 2128210-1/4Z räumte das Bundesverwaltungsgericht der mitbeteiligten Partei die Möglichkeit zur Stellungnahme zur Beschwerde ein, wovon diese mit Schriftsatz vom 17.01.2017 Gebrauch gemacht hat.

15. Die für 19.04.2017 anberaumte Verhandlung wurde wegen Befangenheit der Richterin abberaumt.

15. Nach Befangenheitsanzeige vom 09.03.2017 wurde die Rechtssache der Gerichtsabteilung W145 abgenommen und der Gerichtssache W151 zugewiesen. Aufgrund der Übergangsbestimmung der GV 2018 4. Teil § 38 (4) wurde die Rechtssache der Gerichtsabteilung W151 abgenommen und der Gerichtsabteilung W228 zugewiesen. Nach Unzuständigkeitsinrede der Gerichtsabteilung W228 erfolgte die Zuteilung an die Gerichtsabteilung W229 mit 13.02.2018.

17. Am 18.12.2019 führte das Bundesverwaltungsgericht zur Ermittlung des Sachverhalts eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an der die beschwerdeführende Partei samt Rechtsvertretung, die mitbeteiligte Partei und ihre rechtliche Vertretung sowie zwei Vertreter der belangten Behörde teilnahmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die mitbeteiligte Partei war in der Zeit von 01.02.2008 bis 29.06.2014 auf Basis eines schriftlichen Vertrages als

Kapellmeister zur künstlerischen Leitung der Kirchenmusik der beschwerdeführenden Partei verpflichtet. Die Tätigkeit umfasste die Konzeption, Programmgestaltung inklusive Auswahl der für die Liturgie erforderlichen Musikstücke sowie die Leitung der Aufführung des gesamten musikalischen Programms.

1.2. Die mitbeteiligte Partei war vertraglich verpflichtet, 75% der notwendigen Probenarbeiten und 75% der musikalischen Aufführungen zu leiten. Ansonsten bestand die Möglichkeit sich frei vertreten zu lassen und wurde diese von der mitbeteiligten Partei regelmäßig genutzt. Die Vertretungen wurden von der mitbeteiligten Partei selbst organisiert und ausgewählt; die Bezahlung der Vertretungen erfolgte durch die beschwerdeführende Partei. Die Vertretungen wurden der beschwerdeführenden Partei aus administrativen Gründen mitgeteilt.

1.3. Die mitbeteiligte Partei durfte keine konkurrenzierende Unternehmungen derselben oder ähnlicher Ausrichtung (insbesondere der Kirchenmusik) ohne Wissen und Zustimmung des Kirchenmusikdirektoriums und der Pfarre führen, leiten oder daran wesentlich beteiligt sein. Die Einholung einer Zustimmung war insofern nie erforderlich, als die mitbeteiligte Partei ansonsten Chöre mit anderer musikalischer Ausrichtung leitete.

1.4. Die mitbeteiligte Partei war in der verfahrensgegenständlichen Zeit auch als selbständiger Musiklehrer bzw. Chorleiter eines Musikvereins (mit anderer Ausrichtung) tätig.

1.5. Die Bezahlung erfolgte anhand einer Pauschale nach erbrachter Probe und geleistetem Dirigat einer Messe.

1.6. Die Proben erfolgten im hierfür zur Verfügung gestellten Saal der Kirche, die Tätigkeit als Dirigent während der Messen nahm die mitbeteiligte Partei in der Empore der Kirche wahr.

1.7. Die Proben wurden jeweils mittwochs von 19:00 bis 21:30 Uhr abgehalten. Diese Zeit war von der beschwerdeführenden Partei nicht vorgegeben, sondern wurden die Probenzeiten am Mittwochabend vielmehr von der mitbeteiligten Partei, welche die Chorleitung von einer Vorgängerin übernommen hat, zu selben Zeit fortgeführt. Eine Änderung dieser Zeiten durch die mitbeteiligte Partei, welche grundsätzlich möglich war, erfolgte aus Praktikabilitätsabwägungen nicht. Unregelmäßig bzw. bei Bedarf fanden auch Proben an Samstagen statt, die konkreten Zeiten wurden von der mitbeteiligten Partei festgelegt. Sonntags und feiertags ging die mitbeteiligte Partei ihrer Tätigkeit als Kapellmeister/Chorleiter der Kirchenmusik von 09:00 bis 12:30 Uhr nach.

1.8. Der mitbeteiligten Partei wurden von der beschwerdeführenden Partei weder ein Büro noch ein Schreibtisch mit entsprechenden technischer Ausstattung (PC etc.) zur Vorbereitung zur Verfügung gestellt.

1.9. Die Auswahl der Musikstücke erfolgte 2 Mal jährlich in Absprache mit dem Kirchenmusikdirektorium und der Pfarre unter Einhaltung des vorgegebenen Budgets. Das Programm hatte sich der liturgischen Notwendigkeit der XXXX zu unterwerfen. Der Kapellmeister trug auch die kaufmännische Verantwortung insoweit als er das Gesamtbudget für die Kirchenmusik durch geeignete Programmgestaltung einzuhalten hatte. Die mitbeteiligte Partei hatte dabei insbesondere finanzielle Vorgaben hinsichtlich der zusätzlichen Sänger, die für Messen zum Chor hinzugenommen werden konnten. Diesbezüglich musste die mitbeteiligte Partei die beschwerdeführende Partei im Falle von Budgetüberschreitungen rechtzeitig informieren.

Darüber hinaus gehende Vorgaben bzw. Weisungen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten als Kapellmeister erfolgten nicht.

1.10. Weder erfolgte eine Kontrolle der Pünktlichkeit noch wurde eine Zeiterfassung durchgeführt. Auch sonstige Kontrollmechanismen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten konnten nicht festgestellt werden.

1.11. Die mitbeteiligte Partei verwendete bei ihrer Tätigkeit den eigenen Taktstock und unregelmäßig eigene Partituren. Zumeist wurde das Notenmaterial von der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung gestellt.

## 2. Beweiswürdigung:

2.1. Die Feststellungen zum Zeitraum, in dem die Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei ausgeübt wurde, ergibt sich aus den übereinstimmenden Angaben der Parteien im Verfahren. Unstrittig ist der Inhalt der Tätigkeit, der sich im Wesentlichen aus dem im Akt einliegenden Vertrag vom 05.03.2008 ergibt.

2.2. Die Feststellungen zur Vertretungsmöglichkeiten ergeben sich aus den Angaben der mitbeteiligten Partei insbesondere in der mündlichen Verhandlung am 18.12.2018, welche von der beschwerdeführenden Partei nicht bestritten wurden, sowie dem Vertrag vom 05.03.2008. Insoweit die beschwerdeführende Partei darlegt, dass die 75% lediglich ein Richtmaß und die Nichteinhaltung ohne Konsequenz geblieben wären, ist dem zu entgegnet, dass dem

einerseits der Punkt 1.4. des Vertrages entgegensteht, dem die Vermutung der Richtigkeit zukommt, und andererseits, eine Vertretung nicht zu mehr als 25 % der Tätigkeit erfolgte.

1.3. Die Feststellungen zur Konkurrenzklausel ergeben sich aus dem Punkt 1.5. des Vertrages vom 05.03.2008 sowie dem gemeinsamen Vorbringen der Parteien. Dass die Einholung einer Zustimmung nie notwendig war, ergibt sich aus den Angaben der mitbeteiligten Partei zu den sonstigen Tätigkeiten als Chorleiter.

2.4. Die sonstigen Tätigkeiten der mitbeteiligten Partei wurden von ihr im Verfahren entsprechend angegeben und sind unstrittig.

2.5. Die Feststellung hinsichtlich der Bezahlung ergibt sich aus den übereinstimmenden Parteivorbringen im gesamten Verfahren sowie den Aufzeichnungen zu Dirigaten.

2.6. Die Feststellungen zu Arbeitsort, dessen Ausgestaltung und der Arbeitszeit ergeben sich aus dem übereinstimmenden Parteivorbringen im gesamten Verfahren und insbesondere in der mündlichen Verhandlung vom 18.12.2019.

2.7. Dass die Musikstücke in Abstimmung mit der Pfarre ausgewählt wurden, wurde von den Parteien im Verfahren und insbesondere in der mündlichen Verhandlung entsprechend angegeben und ergibt sich diese Vorgehensweise auch aus dem vorgelegten Vertrag vom 05.03.2008. Ebenso ergeben sich die festgestellten Vorgaben betreffend die Einhaltung von Budget und diesbezügliche Informationspflichten aus dem Vertrag vom 05.03.2008.

2.8. Das Vorliegen von Kontrollmechanismen wurde von den Parteien verneint. Soweit die mitbeteiligte Partei eine Kontrolle in der Resonanz des Publikums ersieht, ist darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um eine sachliche Kontrolle handelt (siehe hierzu ausführlich in der rechtlichen Würdigung).

2.9. Die Feststellungen zu den Betriebsmitteln basieren auf den übereinstimmenden Angaben der Parteien im Verfahren und insbesondere in der mündlichen Verhandlung.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

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

3.2. 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 § 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.

3.3. Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die mitbeteiligte Partei als Dienstnehmer, also in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wurde (§ 4 Abs. 2 ASVG) bzw. ob sie (zumindest) auf Grund eines freien Dienstvertrages zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet und pflichtversichert ist bzw. aufgrund des Vorliegens eine Tätigkeit als Kunstschaffender gem. § 4 Abs. 4 lit. d ASVG keine Gleichstellung mit Dienstnehmern iSd § 4 Abs. 2 ASVG und keine Pflichtversicherung erfolgt:

#### 3.3.1. Dienstvertrag oder Werkvertrag

Bei der Prüfung der Versicherungspflicht nach § 4 ASVG ist die vertragliche Gestaltung der Beschäftigung in die Beurteilung des Gesamtbildes derselben einzubeziehen, weil sie (sofern keine Anhaltspunkte für ein Scheinverhältnis bestehen) die von den Parteien in Aussicht genommenen Konturen des Beschäftigungsverhältnisses sichtbar werden lässt, die wiederum bei der Deutung von Einzelmerkmalen der Beschäftigung eine Rolle spielen können; entscheidend bleibt aber doch, ob bei der tatsächlichen (und nicht bloß bei der vereinbarten) Beschäftigung im Rahmen der Beurteilung des Gesamtbildes derselben die Kriterien persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit überwiegen (vgl.

VwGH 11.12.1990, 88/08/0269, VwSlg 13336 A/1990). Die vertragliche Vereinbarung hat die Vermutung der Richtigkeit (im Sinne einer Übereinstimmung mit der Lebenswirklichkeit) für sich. Dabei kommt es auf die Bezeichnung des Verhältnisses zwischen einer Person und dem von ihr Beschäftigten durch die Vertragspartner grundsätzlich nicht an (vgl. VwGH 19.03.1984, 81/08/0061, VwSlg 11361 A/1984). Es ist daher zunächst zu prüfen, ob der Vertrag eine eindeutige Antwort darauf, welche Art von Vertrag gewollt war, zulässt oder nicht. Im letzteren Fall kommt der tatsächlichen Durchführung der Beschäftigung für die Frage der Pflichtversicherung entscheidende Bedeutung zu (vgl. VwGH 20.02.2008, 2007/08/0053).

Dabei kommt es nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (zuletzt VwGH 21.09.2015, Ra 2015/08/0045; 14.02.2013, 2011/08/0391, jeweils unter Hinweis auf VwGH 20.05.1980, Slg. Nr. 10.140/A) für die Abgrenzung des Dienstvertrages vom freien Dienstvertrag einerseits und vom Werkvertrag andererseits darauf an, ob sich jemand auf gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen (den Dienstgeber) verpflichtet (diesfalls liegt ein Dienstvertrag vor) oder ob er die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt (in diesem Fall läge ein Werkvertrag vor), wobei es sich im zuletzt genannten Fall um eine im Vertrag individualisierte und konkretisierte Leistung, also eine in sich geschlossene Einheit handelt, während es im Dienstvertrag primär auf die rechtlich begründete Verfügungsmacht des Dienstgebers über die Arbeitskraft des Dienstnehmers, also auf seine Bereitschaft zu Dienstleistungen für eine bestimmte Zeit (in Eingliederung in den Betrieb des Leistungsempfängers sowie in persönlicher und regelmäßig damit verbundener wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihm) ankommt. Der Werkvertrag begründet in der Regel ein Zielschuldverhältnis. Die Verpflichtung besteht darin, die genau umrissene Leistung - in der Regel bis zu einem bestimmten Termin - zu erbringen. Mit der Erbringung der Leistung endet das Vertragsverhältnis. Das Interesse des Bestellers und die Vertragsverpflichtung des Werkunternehmers sind lediglich auf das Endprodukt als solches gerichtet (vgl. zuletzt VwGH 25.06.2018, Ra 2017/08/0079).

Beim vorliegenden Vertrag, der auch nicht als solcher betitelt ist, ist schon deshalb kein Werkvertrag gegeben, weil es an der vertragsmäßigen Konkretisierung des Werkes fehlt. Außerdem ist kein Maßstab ersichtlich, nach welchem für den Werkvertrag typische Gewährleistungsansprüche bei Nichtherstellung oder mangelhafter Herstellung des Werkes beurteilt werden sollten. Ein der für den Werkvertrag essenziellen Gewährleistungsverpflichtung entsprechender Erfolg der Tätigkeit des Erstmitbeteiligten ist nicht messbar, weshalb von einem individualisierbaren "Werk" nicht die Rede sein kann. Es liegt vielmehr eine Vereinbarung über Dienstleistungen - nämlich regelmäßige Chorproben und Dirigate des Chors während der Messe - vor (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. April 2007, Zl. 2005/08/0162, mwN).

### 3.3.2. Dienstverhältnis iSd. § 4 Abs. 2 ASVG

Nach § 4 Abs. 2 ASVG ist Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes, wer in einem Dienstverhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hierzu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen.

3.3.2.1. Grundvoraussetzung für die Annahme persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG ist die persönliche Arbeitspflicht. Fehlt sie, dann liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht vor. Wenn der zur Leistung Verpflichtete nach seiner Entscheidungsbefugnis beliebige Teile seiner Verpflichtung Dritten überbinden kann oder von vornherein die Leistungserbringung durch Dritte erfolgen darf, dann liegt keine persönliche Abhängigkeit vor. Voraussetzung ist aber jedenfalls, dass eine generelle, d.h. nicht auf bestimmte Arbeiten oder Ereignisse wie Krankheit oder Urlaub beschränkte, Befugnis zur Vertretung vorliegt (vgl. VwGH vom 20.02.2008, 2007/08/0053, mwN). Eine generelle Vertretungsbefugnis hat auch mit einem wechselseitigen Vertretungsrecht von mehreren von einem Dienstgeber beschäftigten Personen nichts zu tun (vgl. VwGH 20.04.2005, Zl. 2002/08/0222, mwN).

Im vorliegenden Fall konnte die mitbeteiligte Partei nach Gutdünken irgendeinen geeigneten Vertreter zur Erfüllung der von ihr übernommenen Arbeitspflicht heranziehen. So hat sich im Verfahren ergeben, dass sich die mitbeteiligte Partei in den Jahren der Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei regelmäßig ohne Zustimmung dieser hat vertreten lassen. Dabei schadet es nicht, dass die mitbeteiligte Partei die Vertretungen jeweils bekannt gegeben hat, da dies nach den übereinstimmenden Ausführungen der Parteien des Verfahrens allein administrativen Zwecken und nicht zu Einholung eines Dispenses von der persönlichen Arbeitserbringung im Einzelfall diene (VwGH 14.03.2013, 2012/08/0019). Ohne Bedeutung ist, dass der Vertreter durch die beschwerdeführende Partei entlohnt worden ist, weil

dies nichts an der Vertretungsbefugnis an sich ändert (VwGH 25.05.2011, 2010/08/0025 mHa VwGH 25.01.1994, 92/08/0226). Da sich aus den vertraglichen Bestimmungen jedoch ergibt, dass zumindest zu 75% eine Erbringung durch die mitbeteiligte Partei erfolgen soll und die Vertretungen tatsächlich auch nicht zu mehr als 25% erfolgt sind, kann im vorliegenden Fall dennoch nicht vom Vorliegen einer generellen Vertretungsbefugnis - im Sinne von einer jederzeitigen Vertretung - gesprochen werden, so dass im Ergebnis im Wesentlichen eine persönliche Arbeitspflicht der mitbeteiligten Partei bestanden hat.

3.3.2.2. Im Weiteren ist zu klären, ob bei der Erfüllung der übernommenen Arbeitspflicht die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit einer Person vom Empfänger der Arbeit gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 ASVG gegeben ist.

3.3.2.2.1. Ob bei der Beschäftigung die Merkmale persönlicher Abhängigkeit des Beschäftigten vom Empfänger der Arbeitsleistung gegenüber jenen persönlicher Unabhängigkeit überwiegen und somit persönliche Abhängigkeit im Sinne des § 4 Absatz 2 ASVG gegeben ist, hängt davon ab, ob nach dem Gesamtbild dieser konkret zu beurteilenden Beschäftigung die Bestimmungsfreiheit des Beschäftigten durch diese und während dieser Beschäftigung weitgehend ausgeschaltet oder - wie bei anderen Formen der Gestaltung einer Beschäftigung, etwa aufgrund eines Werkvertrages oder eines freien Dienstvertrages - nur beschränkt ist (VwGH 21.09.2015, Ra2015/08/0045 mwN; 31.07.2014, 2013/08/0247 mwN).

Unterscheidungskräftige Kriterien der Abgrenzung der persönlichen Abhängigkeit von der persönlichen Unabhängigkeit sind nur die Bindungen des Beschäftigten an Ordnungsvorschriften über den Arbeitsort, die Arbeitszeit, das arbeitsbezogene Verhalten sowie die sich darauf beziehenden Weisungs- und Kontrollbefugnisse, während das Fehlen anderer (im Regelfall freilich auch vorliegender) Umstände (wie z.B. die längere Dauer des Beschäftigungsverhältnisses oder ein das Arbeitsverfahren betreffendes Weisungsrecht des Empfängers der Arbeit) dann, wenn die unterscheidungskräftigen Kriterien kumulativ vorliegen, persönliche Abhängigkeit nicht ausschließt. Erlaubt im Einzelfall die konkrete Gestaltung der organisatorischen Gebundenheit des Beschäftigten in Bezug auf Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenes Verhalten keine abschließende Beurteilung des Überwiegens der Merkmale persönlicher Abhängigkeit, so können im Rahmen der vorzunehmenden Beurteilung des Gesamtbildes der Beschäftigung auch diese an sich nicht unterscheidungskräftigen Kriterien ebenso wie die Art des Entgelts und der Entgeltleistung (§ 49 ASVG), die an sich in der Regel wegen des gesonderten Tatbestandscharakters des Entgelts für die Dienstnehmereigenschaft nach § 4 Abs. 2 ASVG für das Vorliegen persönlicher Abhängigkeit nicht aussagekräftig sind, von maßgeblicher Bedeutung sein (vgl. etwa VwGH 15.5.2013, 2013/08/0051).

Die von der Rechtsprechung hervorgehobenen personenbezogenen Weisungs- und Kontrollbefugnisse des Dienstgebers gehen über die bloß sachliche Steuerung und Kontrolle des Arbeitsergebnisses hinaus und betreffen das Verhalten des Erwerbstätigen und die Art und Weise, wie er seine Tätigkeiten verrichtet (zB Pünktlichkeit, Verlässlichkeit, persönliches Erscheinungsbild, Benehmen, Kommunikationskultur, Arbeitseifer, Sorgfalt, Lernbereitschaft, Teamfähigkeit, Lenkbarkeit, Einfüfungsbereitschaft in vorgegebene Strukturen des Arbeitsablaufs usw). Sie sind Mittel des Dienstgebers, unter Beachtung der Fürsorgepflicht auf das persönliche Verhalten des Dienstnehmers Einfluss zu nehmen und dieses im betrieblichen Interesse (laufend) zu steuern. Der daraus erwachsende personenbezogene Anpassungsdruck (VwGH 03.04.2019, Ro 2019/08/0003) schränkt die Bestimmungsfreiheit des Erwerbstätigen maßgeblich ein und begründet seine persönliche Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG. Im Unterschied dazu geht es dem Dienst- bzw. Auftraggeber bei einem freien Dienstnehmer oder bei einem selbständigen Erwerbstätigen (nach dem Gesamtbild der Tätigkeit) nicht um eine solche (laufende) Steuerung des persönlichen Verhaltens, sondern in erster Linie um die sachlichen Ergebnisse der Tätigkeit (VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185, 0192; 17.10.2012, 2010/08/0256) bzw. darum, ob die (Geschäfts)Beziehung zu einem - in persönlichen Belangen selbstbestimmten - Partner zufriedenstellend verläuft oder nicht. Der Dienst- bzw. Auftraggeber beschränkt sich - soweit dies bei solchen Tätigkeiten, die meist eine besondere Qualifikation erfordern, möglich ist - auf eine Steuerung der Ergebnisse der Tätigkeit und ist im Übrigen darauf beschränkt, die Zusammenarbeit mit dem selbstbestimmten Partner aufrecht zu erhalten oder sie zu beenden (sachliche Weisungs- und Kontrollbefugnisse) (vgl. VwGH 20.02.2020, Ra 2019/08/0171).

3.3.2.2.2. Im vorliegenden Fall war die mitbeteiligte Partei hinsichtlich der Probenzeiten an sich frei, wenn sie auch aus Praktikabilitätserwägungen jene der Vorgängerin übernommen hat. Bei außertourlichen Proben wurden die Zeiten nach den glaubhaften Angaben der mitbeteiligten Partei von ihr (wohl in Abstimmung mit den Chormitgliedern)

bestimmt. Die Arbeitszeiten an Sonntagen und Feiertagen waren vorgegeben. Als Arbeitsort diente ein Proberaum in der Pfarre sowie die Empore während der Messe. Im vorliegenden Fall können jedoch die vorgegebenen Arbeitszeiten an Sonn- und Feiertagen sowie der Arbeitsort für die Beurteilung des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung nicht als unterscheidungskräftig angesehen werden, da auch ein selbständiger Dirigent (wie sich aus den Aufzeichnungen betreffend die ansonsten für die beschwerdeführende Partei tätigen Dirigenten ergibt) denselben Sachzwängen unterlegen ist. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind die Bindung an die Arbeitszeit oder den Arbeitsort dann hinsichtlich des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung nicht unterscheidungskräftig, wenn sie sich gleichsam aus der Natur der Sache ergeben, ein selbständig Erwerbstätiger also ebensolchen Sachzwängen bei einer bestimmten Tätigkeit unterläge wie ein unselbständig Beschäftigter (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 21. September 1993, Zl. 92/08/0186, mwN). In einem solchen Fall kommt anderen Merkmalen der Abgrenzung besondere Bedeutung zu, wie etwa der Kontrollbefugnis des Dienstgebers oder dem einzelnen gestalterischen Spielraum des Tätigen (VwGH 04.06.2008, 2006/08/0206). Zwar wurde das Programm mit dem Kirchenmusikdirektorium bzw. der Pfarre abgesprochen, darin sind ebenso wie in dem Umstand, dass die mitbeteiligte Partei an Budgetvorgaben gebunden war und diesbezüglich Informationspflichten von Seiten der mitbeteiligten Partei im Falle der Überschreitung bestanden, lediglich sachliche Weisungen bzw. sachbezogenen Vorgaben zu sehen. In der Gestaltung der Proben, was deren Ablauf betrifft, hatte die mitbeteiligte Partei freie Hand. Weisungen betreffend das arbeitsbezogene Verhalten wurden keine erteilt. Wenn in der mündlichen Verhandlung ein einmaliges Einschreiten der Pfarre hinsichtlich der Pünktlichkeit erörtert wurde, so ergibt sich daraus noch keine nachhaltige Einschränkung der Bestimmungsfreiheit, zumal diesbezüglich auch keine bestehenden Kontrollmechanismen hervorgekommen sind. Weisungen hinsichtlich des Benehmens, der Kommunikationskultur, dem Arbeitseifer, der Sorgfalt, der Teamfähigkeit wurden nicht vorgebracht. Auch sonst war die mitbeteiligte Partei in die betriebliche Organisation nicht eingebunden, zwar teilte sie Vertretungen mit und stand mit der Pfarre hinsichtlich der zusätzlichen Sänger und den diesbezüglichen Budgetvorgaben in Kontakt, eine darüberhinausgehende Einbindung - etwa dahingehend, dass der mitbeteiligten Partei zur Erledigung ihrer Aufgaben ein gesonderter Arbeitsplatz in der Pfarre zu Verfügung gestanden wäre - konnte nicht festgestellt werden. Zwar durfte die mitbeteiligte Partei im konkurrenzierende Unternehmungen nur mit Wissen und Zustimmung des Kirchenmusikdirektoriums und der Pfarre führen, leiten oder wesentlich daran beteiligt sein, dieses Konkurrenzverbot betraf jedoch lediglich das enge Segment der Kirchenmusik und beschränkte die mitbeteiligte Partei aufgrund ihrer musikalischen Bandbreite nur in geringem Ausmaß. Kontrollbefugnisse hinsichtlich des arbeitsbezogenen Verhaltens wurden weder von der mitbeteiligten Partei geltend gemacht, noch sind sie ihm Verfahren hervorgekommen, insoweit eine Kontrolle durch Rückmeldungen der Messebesucher angeführt wurde, bezog sich dies lediglich auf Rückmeldung hinsichtlich der Leistung des Chors. Insgesamt haben sich im Verfahren keine Vorgaben hinsichtlich des Verhaltens der mitbeteiligten Partei und der Art und Weise wie sie ihre Tätigkeit ausübt, ergeben, aus denen ihr ein personenbezogener Anpassungsdruck bei der Ausübung der Tätigkeit erwachsen wäre (VwGH 03.04.2019, Ro 2019/08/0003). Schließlich erfolgte die Entlohnung pauschal nach durchgeführter Probe bzw. Dirigat einer Messe und nicht in Form von regelmäßigen gleichbleibenden monatlichen Zahlungen.

Zusammengefasst ergibt sich aus dem Gesamtbild der Tätigkeit nach Abwägung der maßgeblichen Kriterien nach der Methode des beweglichen Systems (vgl. dazu VwGH 11.06.2014, 2012/08/0157), dass die mitbeteiligte Partei in der zeitlichen Einteilung zum Teil frei war bzw. die vorgegebene Zeit bzw. Ort aufgrund der Sachzwänge keine unterscheidungskräftigen Kriterien darstellen. Demgegenüber hat eine organisatorische Einbindung der mitbeteiligten Partei in die Abläufe der Pfarre nicht stattgefunden und war sie in der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht durch arbeitsbezogene Weisungen oder Richtlinien determiniert, einschränkende Kontrollbefugnisse der Pfarre bestanden ebenso wenig, sodass trotz des Vorliegens der Notwendigkeit der Zustimmung des Kirchenmusikdirektoriums und der Pfarre hinsichtlich einer weiteren Tätigkeit im engen Segment der Kirchenmusik sowie der sachbezogenen vertraglichen Pflichten, insgesamt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes die Merkmale persönlicher Unabhängigkeit jene der persönlichen Abhängigkeit iSd § 4 Abs. 2 ASVG überwiegen (vgl. VwGH 22.10.1994, 94/08/0118 sowie 27.04.2011, 2009/08/0123).

### 3.3.3. Dienstverhältnis gemäß § 4 Abs. 4 ASVG

Da somit keine persönliche Abhängigkeit der mitbeteiligten Partei vorlag, bleibt zu prüfen, ob die Tätigkeit der mitbeteiligten Partei eher "dienstnehmerähnlich" oder "unternehmerähnlich" war. Freie Dienstnehmer, welche sowohl entgeltlich als auch für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbereichs die Dienstleistung im Wesentlichen

persönlich erbringen und über keine wesentlichen Betriebsmittel verfügen, also dienstnehmerähnlich sind, werden nach § 4 Abs. 4 ASVG pflichtversichert, wohingegen jene, die mangels Vorliegens der Kriterien des § 4 Abs. 4 ASVG in der Regel als "Neue Selbständige" (subsidiär) nach § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG pflichtversichert sind.

3.3.3.1. Gemäß § 4 Abs. 4 ASVG stehen den Dienstnehmern Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten, und zwar für einen Dienstgeber im Rahmen seines Geschäftsbetriebes, seiner Gewerbeberechtigung, seiner berufsrechtlichen Befugnis (Unternehmen, Betrieb usw.) oder seines statutenmäßigen Wirkungsbereiches (Vereinsziel usw.), mit Ausnahme der bürgerlichen Nachbarschaftshilfe (Z1) oder eine Gebietskörperschaft oder eine sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts bzw. die von ihnen verwalteten Betriebe, Anstalten, Stiftungen oder Fonds (im Rahmen einer Teilrechtsfähigkeit) (Z2), wenn sie aus dieser Tätigkeit ein Entgelt beziehen, die Dienstleistungen im Wesentlichen persönlich erbringen und über keine wesentlichen eigenen Betriebsmittel verfügen, es sei denn 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 (lit.a) oder dass es sich bei dieser Tätigkeit um eine (Neben-)Tätigkeit nach § 19 Abs. 1 Z 1 lit. f B-KUVG handelt (lit.b) oder dass eine selbständige Tätigkeit, die die Zugehörigkeit zu einer der Kammern der freien Berufe begründet, ausgeübt wird (lit.c) oder dass es sich um eine Tätigkeit als Kunstschaffender, insbesondere als Künstler im Sinne des § 2 Abs. 1 des Künstler-Sozialversicherungsgesetzes (lit.d), handelt.

3.3.3.2. Wie sich aus Punkt 3.3.2.1. ergibt, hat die mitbeteiligte Partei die Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei im Wesentlichen persönlich erbracht und dafür ein Entgelt bezogen.

Auch das Vorliegen von eigenen wesentlichen Betriebsmitteln ist zu verneinen. Ein Betriebsmittel ist nämlich dann 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 (vgl. VwGH 19.10.2015, 2013/08/0185). 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 (vgl. idS VwGH 15.5.2013, 2012/08/0163; 19.10.2015, 2013/08/0185).

Die mitbeteiligte Partei nutzte die zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten insbesondere den Probenraum in der Pfarre. Zwar nutzte die mitbeteiligte Partei ihren Taktstock, dieser stellt jedoch lediglich ein geringwertiges Wirtschaftsgut dar. Das Notenmaterial wurde überwiegend von der Pfarre zur Verfügung gestellt, so dass die Tätigkeit "arbeitsnehmerähnlich" ohne wesentliche eigene Betriebsmittel ausgeübt wurde. Hinzuweisen ist darauf, dass Fertigkeiten (Know-how) bzw. die Arbeitskraft als solche fallen nicht unter Sachmittel fallen (vgl. VwGH 12.01.2016, Ra 2015/08/0188 mHa VwGH 23.01.2008, 2007/08/0223). Die Verwendung der eigenen Kenntnisse und Fähigkeiten liegt vielmehr im Wesen des Einsatzes der persönlichen Arbeitskraft (VwGH 21.02.2007, 2003/08/0232).

Das Vorliegen einer qualifizierten Dienstgebereigenschaft (§ 4 Abs. 4 Z 1 ASVG) als weiteres Tatbestandsmerkmal für die Pflichtversicherung als freie Dienstnehmer ist ebenfalls zu bejahen.

3.3.3.3. Die mitbeteiligte Partei war für die beschwerdeführende Partei als Kapellmeister zur künstlerischen Leitung der Kirchenmusik verpflichtet und hat sowohl Chorproben abgehalten als auch Dirigate der Kirchenmusik während Messen übernommen. Bei dieser Tätigkeit handelt es sich im vorliegenden Zusammenhang - wovon auch die WGKK im Rahmen der mündlichen Verhandlung ausging - um die Tätigkeit als Kunstschaffender im Bereich der (Kirchen-)Musik und lag bei der mitbeteiligten Partei während der Tätigkeit für die beschwerdeführende Partei auch eine Versicherung gem. § 2 Abs. 1 Z 4 GSVG vor.

Da die mitbeteiligte Partei die Tätigkeit als Kunstschaffender ausgeübt hat, bewirkt der Umstand, dass sie sich auf Grund eines freien Dienstvertrages zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet hat, gem. § 4 Abs. 4 lit. d ASVG keine Gleichstellung mit einer Dienstnehmerin iSd. § 4 Abs. 2 ASVG und keine Pflichtversicherung nach dem ASVG (vgl. RV 624 BlgNR 21. GP, S 13).

3.3.4. Es war somit der Beschwerde stattzugeben und festzustellen, dass die mitbeteiligte Partei im verfahrensrelevanten Zeitraum nicht der Versicherungspflicht nach ASVG und AIVG unterliegt.

### 3.4. 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. Die Entscheidungsfindung im vorliegenden Fall war nicht von der Lösung einer Rechtsfrage von über den konkreten Einzelfall hinausgehender Bedeutung abhängig (vgl. VwGH 24.04.2014, Ra 2014/01/0010), sondern von der einzelfallbezogenen Würdigung der Umstände des konkreten Falles und erging in Anlehnung an die unter Punkt 3.3. dargelegte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 4 ASVG.

#### **Schlagworte**

Arbeitszeit Betriebsmittel Dienstleistungen freier Dienstvertrag künstlerische Tätigkeit Versicherungspflicht Weisungsfreiheit

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

ECLI:AT:BVWG:2020:W229.2128210.1.00

#### **Im RIS seit**

28.07.2020

#### **Zuletzt aktualisiert am**

28.07.2020

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

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