

# TE OGH 1997/12/2 10ObS189/97k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.12.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Kropfitsch als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Bauer und Dr.Ehmayr als weitere Richter sowie die fachkundigen Laienrichter Dr.Hermann Weber (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Alfred Nickel (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Sozialrechtssache der klagenden Partei Elvira G\*\*\*\*\*, Pensionistin, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Nikolaus Schirnhofner, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Arbeitsmarktservice Versicherungsdienste, 1200 Wien, Pasettistraße 74, vertreten durch die Finanzprokuratur in Wien, wegen Sonderunterstützung, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 28.Februar 1997, GZ 9 Rs 277/96p-12, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichtes Wien vom 24.April 1996, GZ 28 Cgs 35/96h-7, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 4.058,88 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 676,48 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die am 29.6.1940 geborene Klägerin war seit 1.4.1993 handelsrechtliche und gewerberechtliche Geschäftsführerin der Karl \*\*\*\*\* Gesellschaft mit beschränkter Haftung und im Angestelltenverhältnis beschäftigt. Dieses Angestelltenverhältnis endete mit 31.10.1995. Die Klägerin war jedoch weiterhin handelsrechtliche Geschäftsführerin der GmbH und leistete die erforderlichen Unterschriften. Im November 1995 erhielt sie dafür kein Entgelt. Ab Dezember 1995 war sie geringfügig beschäftigt und erhielt S 3.452 netto, ab 1.1.1996 S 3.600 netto. Mit Gesellschafterbeschuß vom 29.1.1996 wurde sie aus der Funktion der handelsrechtlichen Geschäftsführerin abberufen, seit diesem Tag erhält sie von der beklagten Partei Sonderunterstützung.

Schon am 7.11.1995 hatte die Klägerin einen Antrag auf Gewährung von Sonderunterstützung gestellt, weil sie seit Beendigung ihres Angestelltenverhältnisses zum 31.10.1995 arbeitslos sei. Unbestritten ist, daß sie im Zeitraum vom 7.11.1970 bis 7.11.1995 mehr als 180 Monate arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt war und daß sie zum Zeitpunkt der Antragstellung die Anwartschaft auf Arbeitslosengeld erfüllt hatte.

Die beklagte Partei lehnte mit Bescheid vom 26.1.1996 den Antrag mit der Begründung ab, die Klägerin sei nicht arbeitslos. Auch nach Beendigung ihres Angestelltenverhältnisses mit 31.10.1995 sei sie handelsrechtliche Geschäftsführerin der genannten GmbH geblieben und ab 1.12.1995 dort geringfügig als Buchhalterin beschäftigt gewesen. Da sämtliche auch ab November 1995 dem Arbeitsmarktservice vorgelegten Unterlagen die Unterschrift der

Klägerin als alleinige Zeichnungsberechtigte für die Gesellschaft aufwiesen, sei die Schlußfolgerung zwingend, daß zwar die Abmeldung des Dienstverhältnisses bei der Gebietskrankenkasse erfolgt sei, das Beschäftigungsverhältnis aber als solches nicht beendet worden sei.

Gegen diesen Bescheid erhob die Klägerin Klage mit dem Begehren, ihr die Sonderunterstützung in der gesetzlichen Höhe ab 7.11.1995 zu gewähren. Sie brachte dazu vor, ihr Anstellungsverhältnis habe mit 31.10.1995 geendet. Nur über Bitten der Gesellschafter habe sie bis zu ihrer Abberufung durch Gesellschafterbeschuß noch als handelsrechtliche Geschäftsführerin Unterschriften geleistet. Für die Beibehaltung dieser Funktion habe sie mit dem Hauptgesellschafter Karl G\*\*\*\*\* vereinbart, ab 1.12.1995 ein Entgelt als geringfügig Beschäftigte in Höhe von S 3.452 ausbezahlt zu erhalten. Nur der Einfachheit halber habe sie in der Anmeldung dafür die Bezeichnung Buchhalterin gewählt.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die Klägerin sei seit 26.2.1993 alleinige selbständig vertretungsbefugte Geschäftsführerin der GmbH gewesen und erst mit Gesellschafterbeschuß vom 29.1.1996 aus dieser Funktion abberufen worden. Ab diesem Tag sei ihr auch aufgrund einer neuerlichen Antragstellung Sonderunterstützung gewährt worden. Für die Beurteilung ihres Anspruches für die Zeit vom 7.11.1995 bis 28.1.1996 sei aber davon auszugehen, daß bereits durch die Bestellung zum Geschäftsführer mittels Gesellschafterbeschuß ein Geschäftsführer die zugewiesenen Aufgaben übernehme und die Hauptleistungspflicht festgelegt werde. Der zusätzliche Abschluß eines Anstellungsvertrages sei eine bloße Ergänzung des Organverhältnisses und regle die nähere Ausgestaltung der vorgezeichneten Verpflichtungen. Durch die Beendigung des Anstellungsverhältnisses ende daher die Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers nicht. Die bloße Beendigung des Anstellungsverhältnisses ohne Ausscheiden aus dem körperschaftsrechtlichen Organverhältnis bewirke daher keine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des § 12 Abs 1 AIVG. Die Klägerin sei also erst mit Abberufung als Geschäftsführerin arbeitslos geworden. Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Die Klägerin sei seit 26.2.1993 alleinige selbständig vertretungsbefugte Geschäftsführerin der GmbH gewesen und erst mit Gesellschafterbeschuß vom 29.1.1996 aus dieser Funktion abberufen worden. Ab diesem Tag sei ihr auch aufgrund einer neuerlichen Antragstellung Sonderunterstützung gewährt worden. Für die Beurteilung ihres Anspruches für die Zeit vom 7.11.1995 bis 28.1.1996 sei aber davon auszugehen, daß bereits durch die Bestellung zum Geschäftsführer mittels Gesellschafterbeschuß ein Geschäftsführer die zugewiesenen Aufgaben übernehme und die Hauptleistungspflicht festgelegt werde. Der zusätzliche Abschluß eines Anstellungsvertrages sei eine bloße Ergänzung des Organverhältnisses und regle die nähere Ausgestaltung der vorgezeichneten Verpflichtungen. Durch die Beendigung des Anstellungsverhältnisses ende daher die Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers nicht. Die bloße Beendigung des Anstellungsverhältnisses ohne Ausscheiden aus dem körperschaftsrechtlichen Organverhältnis bewirke daher keine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des Paragraph 12, Absatz eins, AIVG. Die Klägerin sei also erst mit Abberufung als Geschäftsführerin arbeitslos geworden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es folgte in rechtlicher Hinsicht der Argumentation der beklagten Partei, daß durch die Beendigung des Anstellungsverhältnisses die Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers nicht ende und daher im fraglichen Zeitraum das Erfordernis der Arbeitslosigkeit fehle.

Das Gericht zweiter Instanz gab der Berufung der Klägerin Folge und änderte das Urteil dahin ab, daß es das Klagebegehren auf Zahlung der Sonderunterstützung in gesetzlicher Höhe vom 7.11.1995 bis 28.1.1996 als dem Grunde nach zu Recht bestehend erkannte und der beklagten Partei eine vorläufige Zahlung von monatlich S 6.000 für den angeführten Zeitraum auftrug. Da der Begriff der Arbeitslosigkeit im SUG nicht definiert sei, gelte nach dessen § 13 die Bestimmung des § 12 AIVG sinngemäß. Nach § 12 Abs 1 AIVG sei arbeitslos, wer nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses keine neue Beschäftigung gefunden habe. § 12 Abs 3 AIVG enthalte einen Katalog von die Arbeitslosigkeit ausschließenden Tatbeständen, der aber nur demonstrativen Charakter habe. In der Arbeitslosenversicherung sei das geschützte Risiko die Beschäftigungslosigkeit, der zwar als tragender Gedanke die Einkommenslosigkeit innewohne, die allerdings nur unmittelbar über den Wegfall der Beschäftigung geschützt sei. Einkommensbezug allein schließe Arbeitslosigkeit noch nicht aus. Erst ein aus einer Beschäftigung resultierender, über der Geringfügigkeitsgrenze liegender Erwerb habe diese Konsequenz (SSV-NF 7/60 mwN). Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei unter einer Beschäftigung im Sinne des § 12 Abs 1 AIVG jede mit einem Erwerbseinkommen verbundene Tätigkeit, also eine Erwerbstätigkeit zu verstehen. Gemeinsames Merkmal sowohl der selbständig als auch der unselbständig Erwerbstätigen sei aber, daß sie eine nachhaltige Tätigkeit entfalten,

die ihrem Typus nach die Schaffung von Einkünften in Geld- oder Güterform bezwecke (VwGH 93/08/0125; SSV-NF 7/60, 9/86). Da die Klägerin keine Gesellschaftsanteile an ihrer letzten Dienstgebergesellschaft innehatte, könne die Beibehaltung der Funktion des handelsrechtlichen Geschäftsführers nicht automatisch als eine Tätigkeit angesehen werden, die zur Vermehrung des Gesellschaftsvermögens in Geld- oder Güterform und damit auch zur Vermehrung ihrer eigenen Einkünfte führen könnte. Außer dem festgestellten geringfügigen Entgelt seien ihr durch das Agieren als handelsrechtliche Geschäftsführerin nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses keine vermögenswerten Vorteile zugekommen. Notwendige Voraussetzungen für das Vorliegen von Arbeitslosigkeit sei einerseits das Fehlen von Beschäftigung und innerhalb gewisser Grenzen ebenso das Fehlen von Erwerbseinkommen. Zweck der Arbeitslosenversicherung wäre dann, einen (teilweisen) Ersatz für jenes Erwerbseinkommen bereitzustellen, das wegen Beschäftigungslosigkeit weggefallen sei. Dementsprechend sehe auch § 12 Abs 6 AIVG vor, daß derjenige weiter als arbeitslos gelte, der ein unter der Geringfügigkeitsgrenze liegendes Entgelt erziele. Das Gericht zweiter Instanz gab der Berufung der Klägerin Folge und änderte das Urteil dahin ab, daß es das Klagebegehren auf Zahlung der Sonderunterstützung in gesetzlicher Höhe vom 7.11.1995 bis 28.1.1996 als dem Grunde nach zu Recht bestehend erkannte und der beklagten Partei eine vorläufige Zahlung von monatlich S 6.000 für den angeführten Zeitraum auftrug. Da der Begriff der Arbeitslosigkeit im SUG nicht definiert sei, gelte nach dessen Paragraph 13, die Bestimmung des Paragraph 12, AIVG sinngemäß. Nach Paragraph 12, Absatz eins, AIVG sei arbeitslos, wer nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses keine neue Beschäftigung gefunden habe. Paragraph 12, Absatz 3, AIVG enthalte einen Katalog von die Arbeitslosigkeit ausschließenden Tatbeständen, der aber nur demonstrativen Charakter habe. In der Arbeitslosenversicherung sei das geschützte Risiko die Beschäftigungslosigkeit, der zwar als tragender Gedanke die Einkommenslosigkeit innewohne, die allerdings nur unmittelbar über den Wegfall der Beschäftigung geschützt sei. Einkommensbezug allein schließe Arbeitslosigkeit noch nicht aus. Erst ein aus einer Beschäftigung resultierender, über der Geringfügigkeitsgrenze liegender Erwerb habe diese Konsequenz (SSV-NF 7/60 mwN). Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei unter einer Beschäftigung im Sinne des Paragraph 12, Absatz eins, AIVG jede mit einem Erwerbseinkommen verbundene Tätigkeit, also eine Erwerbstätigkeit zu verstehen. Gemeinsames Merkmal sowohl der selbständig als auch der unselbständig Erwerbstätigen sei aber, daß sie eine nachhaltige Tätigkeit entfalten, die ihrem Typus nach die Schaffung von Einkünften in Geld- oder Güterform bezwecke (VwGH 93/08/0125; SSV-NF 7/60, 9/86). Da die Klägerin keine Gesellschaftsanteile an ihrer letzten Dienstgebergesellschaft innehatte, könne die Beibehaltung der Funktion des handelsrechtlichen Geschäftsführers nicht automatisch als eine Tätigkeit angesehen werden, die zur Vermehrung des Gesellschaftsvermögens in Geld- oder Güterform und damit auch zur Vermehrung ihrer eigenen Einkünfte führen könnte. Außer dem festgestellten geringfügigen Entgelt seien ihr durch das Agieren als handelsrechtliche Geschäftsführerin nach Beendigung ihres Dienstverhältnisses keine vermögenswerten Vorteile zugekommen. Notwendige Voraussetzungen für das Vorliegen von Arbeitslosigkeit sei einerseits das Fehlen von Beschäftigung und innerhalb gewisser Grenzen ebenso das Fehlen von Erwerbseinkommen. Zweck der Arbeitslosenversicherung wäre dann, einen (teilweisen) Ersatz für jenes Erwerbseinkommen bereitzustellen, das wegen Beschäftigungslosigkeit weggefallen sei. Dementsprechend sehe auch Paragraph 12, Absatz 6, AIVG vor, daß derjenige weiter als arbeitslos gelte, der ein unter der Geringfügigkeitsgrenze liegendes Entgelt erziele.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der beklagten Partei wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem formal zwar verfehlten, inhaltlich aber zuverlässig deutbaren Antrag auf Abänderung im Sinne einer Abweisung des Klagebegehrens.

Die klagende Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung und beantragte, der Revision nicht Folge zu geben.

Die Revision ist nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die beklagte Partei argumentiert damit, daß in § 12 Abs 1 AIVG der Begriff der Arbeitslosigkeit grundsätzlich definiert sei: Demnach sei arbeitslos, wer nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses keine neue Beschäftigung gefunden habe. Sofern das anspruchsbegründende Beschäftigungsverhältnis nicht beendet sei, liege Arbeitslosigkeit nicht vor; eine Prüfung eines allfälligen geringfügigen Erwerbes aus dieser weiter andauernden Beschäftigung habe nicht zu erfolgen. Solange das Beschäftigungsverhältnis nicht beendet sei, könne unabhängig von der Höhe der Einkünfte aus dieser Beschäftigung Arbeitslosigkeit nicht eintreten. Dies entspreche auch der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Die beklagte Partei argumentiert damit, daß in Paragraph 12, Absatz eins, AIVG der Begriff der Arbeitslosigkeit grundsätzlich definiert sei: Demnach sei arbeitslos, wer nach Beendigung seines

Beschäftigungsverhältnisses keine neue Beschäftigung gefunden habe. Sofern das anspruchsbegründende Beschäftigungsverhältnis nicht beendet sei, liege Arbeitslosigkeit nicht vor; eine Prüfung eines allfälligen geringfügigen Erwerbes aus dieser weiter andauernden Beschäftigung habe nicht zu erfolgen. Solange das Beschäftigungsverhältnis nicht beendet sei, könne unabhängig von der Höhe der Einkünfte aus dieser Beschäftigung Arbeitslosigkeit nicht eintreten. Dies entspreche auch der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs.

Dieser Einwand ist insofern richtig, als der Verwaltungsgerichtshof zu der maßgebenden Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH, dessen Anstellungsvertrag beendet ist, dessen Geschäftsführertätigkeit hingegen fort dauert, ab Beendigung des Anstellungsvertrages arbeitslos im Sinne des § 12 Abs 1 AIVG ist, in mehreren Erkenntnissen Stellung genommen hat. Unter Hinweis auf das Erkenntnis vom 29.11.1984, Slg 11.600/A, wonach bei Fortdauer eines Arbeitsverhältnisses trotz Karenzierung der beiderseitigen Hauptpflichten Arbeitslosigkeit nicht vorliege, hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 30.5.1995, Zahl 93/08/0138, die Auffassung vertreten, daß im Fall des Geschäftsführers einer GmbH durch die Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht einmal die Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers (soweit sie mit der Innehabung der Funktion nach dem GmbH-Gesetz zwingend verbunden ist) zur Gänze ausgesetzt werde. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen vermöge daher auch in solchen Fällen die bloße Beendigung des Anstellungsverhältnisses allein die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses im Sinn des § 12 Abs 1 AIVG nicht zu bewirken und daher den Anspruch auf Arbeitslosengeld nicht zu begründen. In einem weiteren Erkenntnis vom 17.10.1995, Zahl 95/08/0177, hielt der VwGH der Argumentation, wonach gemäß § 12 Abs 6 lit a AIVG als arbeitslos gelte, wer aus einer oder mehreren Beschäftigungen ein Entgelt erziele, das die in § 5 Abs 2 lit a bis c ASVG angeführten Beträge nicht übersteigt, entgegen, daß es hier nicht um die Frage des Zusammentreffens eines Beschäftigungsverhältnisses mit Arbeitslosengeld gehe, sondern um die für den Grund des Anspruchs maßgebende Frage, ob das anwartschaftsbegründende Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 12 Abs 1 AIVG beendet worden sei. Erst wenn diese Voraussetzung erfüllt werde und daher Arbeitslosengeld dem Grunde nach zustehe, könne sich die weitere Frage (und nur für diese sei § 12 Abs 6 lit a AIVG von Bedeutung) stellen, ob das aus einer anderen, neben dem Bezug von Arbeitslosengeld ausgeübten Erwerbstätigkeit bezogene Entgelt die Geringfügigkeitsgrenze übersteige. Das Anstellungsverhältnis und die gesellschaftsrechtliche Bestellung des Geschäftsführers hätten ein- und dieselbe Hauptleistungspflicht zum Gegenstand, die bereits durch den wirksamen gesellschaftsrechtlichen Bestellungsakt begründet werde. Werde daher die Tätigkeit eines Geschäftsführers einer GmbH durch den Anstellungsvertrag zu einem arbeitslosen versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausgestaltet, so sei dieses nicht schon dann beendet, wenn die Entgeltleistungspflicht der Gesellschaft durch die Beendigung des Anstellungsvertrages, sondern erst dann, wenn das Organverhältnis und damit auch die Leistungspflicht des Geschäftsführers erlösche. Dieser Einwand ist insofern richtig, als der Verwaltungsgerichtshof zu der maßgebenden Frage, ob der Geschäftsführer einer GmbH, dessen Anstellungsvertrag beendet ist, dessen Geschäftsführertätigkeit hingegen fort dauert, ab Beendigung des Anstellungsvertrages arbeitslos im Sinne des Paragraph 12, Absatz eins, AIVG ist, in mehreren Erkenntnissen Stellung genommen hat. Unter Hinweis auf das Erkenntnis vom 29.11.1984, Slg 11.600/A, wonach bei Fortdauer eines Arbeitsverhältnisses trotz Karenzierung der beiderseitigen Hauptpflichten Arbeitslosigkeit nicht vorliege, hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 30.5.1995, Zahl 93/08/0138, die Auffassung vertreten, daß im Fall des Geschäftsführers einer GmbH durch die Beendigung des Anstellungsverhältnisses nicht einmal die Hauptleistungspflicht des Geschäftsführers (soweit sie mit der Innehabung der Funktion nach dem GmbH-Gesetz zwingend verbunden ist) zur Gänze ausgesetzt werde. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen vermöge daher auch in solchen Fällen die bloße Beendigung des Anstellungsverhältnisses allein die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses im Sinn des Paragraph 12, Absatz eins, AIVG nicht zu bewirken und daher den Anspruch auf Arbeitslosengeld nicht zu begründen. In einem weiteren Erkenntnis vom 17.10.1995, Zahl 95/08/0177, hielt der VwGH der Argumentation, wonach gemäß Paragraph 12, Absatz 6, Litera a, AIVG als arbeitslos gelte, wer aus einer oder mehreren Beschäftigungen ein Entgelt erziele, das die in Paragraph 5, Absatz 2, Litera a bis c ASVG angeführten Beträge nicht übersteigt, entgegen, daß es hier nicht um die Frage des Zusammentreffens eines Beschäftigungsverhältnisses mit Arbeitslosengeld gehe, sondern um die für den Grund des Anspruchs maßgebende Frage, ob das anwartschaftsbegründende Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Paragraph 12, Absatz eins, AIVG beendet worden sei. Erst wenn diese Voraussetzung erfüllt werde und daher Arbeitslosengeld dem Grunde nach zustehe, könne sich die weitere Frage (und nur für diese sei Paragraph 12, Absatz 6, Litera a, AIVG von Bedeutung) stellen, ob das aus einer anderen, neben dem Bezug von Arbeitslosengeld ausgeübten Erwerbstätigkeit bezogene Entgelt die Geringfügigkeitsgrenze übersteige. Das Anstellungsverhältnis und die gesellschaftsrechtliche Bestellung des Geschäftsführers hätten ein- und dieselbe Hauptleistungspflicht zum

Gegenstand, die bereits durch den wirksamen gesellschaftsrechtlichen Bestellungsakt begründet werde. Werde daher die Tätigkeit eines Geschäftsführers einer GmbH durch den Anstellungsvertrag zu einem arbeitslosen versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausgestaltet, so sei dieses nicht schon dann beendet, wenn die Entgeltleistungspflicht der Gesellschaft durch die Beendigung des Anstellungsvertrages, sondern erst dann, wenn das Organverhältnis und damit auch die Leistungspflicht des Geschäftsführers erlösche.

Der Oberste Gerichtshof vermag sich dieser Argumentation nicht zur Gänze anzuschließen. Arbeitslosigkeit im Sinne der zitierten Normen setzt voraus, daß das Beschäftigungsverhältnis beendet wurde. Wie allerdings den zahlreichen Ausnahmetatbeständen entnommen werden kann, ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw die Auflösung des Arbeitsvertrages für die Erfüllung des Tatbestandes Arbeitslosigkeit nicht wesentlich. So läßt zB § 12 Abs 6 AIVG geringfügig entlohnte Beschäftigungen durchaus zu und im § 39 Abs 4 wird sogar ausgesprochen, daß Arbeitslosigkeit auch während der Zeit eines Urlaubs gegen Entfall der Bezüge anzunehmen ist. Umgekehrt wird in einer Reihe von Fällen trotz arbeitsvertraglicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses Arbeitslosigkeit verneint. Es ist daher von einem eigenständigen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses im AIVG auszugehen, wobei zwischen vertragsrechtlicher und versicherungsrechtlicher Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses unterschieden werden muß (zutreffend Dirschmied, Arbeitslosenversicherungsrecht<sup>3</sup> 113, Erl 3 zu A § 12). Im Zuge des Strukturanpassungsgesetzes BGBl 1995/297 wurde die versicherungsrechtliche Wertung insofern untermauert, als auch im § 1 Abs 6 eine Gleichstellung der Versicherungspflicht nach dem AIVG mit der nach dem ASVG erfolgte. Letztlich brachte das Strukturanpassungsgesetz 1996 BGBl 201 eine weitere Klärung dahingehend, daß jedenfalls das den Leistungsanspruch begründende Beschäftigungsverhältnis beendet sein muß: Danach gilt als arbeitslos insbesondere nicht, wer beim selben Dienstgeber eine Beschäftigung aufnimmt, deren Entgelt die im § 5 Abs 2 lit a bis c ASVG angeführten Beträge nicht übersteigt, es sei denn, daß zwischen der vorhergehenden Beschäftigung und der neuen geringfügigen Beschäftigung ein Zeitraum von mindestens einem Monat gelegen ist. In den Gesetzesmaterialien wird in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, es seien vermehrt Fälle aufgetreten, in denen ein Arbeitnehmer beim selben Arbeitgeber von einem vollversicherten Dienstverhältnis in ein geringfügiges Dienstverhältnis wechsele und daneben Arbeitslosengeld beziehe. Um diese Mißbrauchsmöglichkeit hintanzuhalten, solle in einem solchen Fall der Anspruch auf Arbeitslosengeld ausgeschlossen sein. Wenn jedoch zwischen dem Vollarbeitsverhältnis und der geringfügigen Beschäftigung ein Zeitraum von mehr als einem Monat liege, solle dennoch Arbeitslosengeld gebühren (72 BlgNR 20.GP 234 zu Art 23 Z 5 Strukturanpassungsgesetz 1996). Arbeitslosigkeit im Sinn des § 12 Abs 1 AIVG ist somit gegeben, wenn das bisherige Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinn beendet wurde und der Arbeitslose keine neue Erwerbsbeschäftigung gefunden hat, die die Arbeitslosenversicherungspflicht nach sich zieht bzw bestimmte Einkommensgrenzen übersteigt. Bei unselbständiger Erwerbstätigkeit ist das in der Regel mit der vertragsrechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Fall; dies läßt sich nunmehr auch aus dem zitierten § 12 Abs 3 lit i AIVG ableiten (Dirschmied aaO 114). Der Oberste Gerichtshof vermag sich dieser Argumentation nicht zur Gänze anzuschließen. Arbeitslosigkeit im Sinne der zitierten Normen setzt voraus, daß das Beschäftigungsverhältnis beendet wurde. Wie allerdings den zahlreichen Ausnahmetatbeständen entnommen werden kann, ist die Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw die Auflösung des Arbeitsvertrages für die Erfüllung des Tatbestandes Arbeitslosigkeit nicht wesentlich. So läßt zB Paragraph 12, Absatz 6, AIVG geringfügig entlohnte Beschäftigungen durchaus zu und im Paragraph 39, Absatz 4, wird sogar ausgesprochen, daß Arbeitslosigkeit auch während der Zeit eines Urlaubs gegen Entfall der Bezüge anzunehmen ist. Umgekehrt wird in einer Reihe von Fällen trotz arbeitsvertraglicher Beendigung des Arbeitsverhältnisses Arbeitslosigkeit verneint. Es ist daher von einem eigenständigen Begriff des Beschäftigungsverhältnisses im AIVG auszugehen, wobei zwischen vertragsrechtlicher und versicherungsrechtlicher Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses unterschieden werden muß (zutreffend Dirschmied, Arbeitslosenversicherungsrecht<sup>3</sup> 113, Erl 3 zu A Paragraph 12.). Im Zuge des Strukturanpassungsgesetzes BGBl 1995/297 wurde die versicherungsrechtliche Wertung insofern untermauert, als auch im Paragraph eins, Absatz 6, eine Gleichstellung der Versicherungspflicht nach dem AIVG mit der nach dem ASVG erfolgte. Letztlich brachte das Strukturanpassungsgesetz 1996 Bundesgesetzblatt 201 eine weitere Klärung dahingehend, daß jedenfalls das den Leistungsanspruch begründende Beschäftigungsverhältnis beendet sein muß: Danach gilt als arbeitslos insbesondere nicht, wer beim selben Dienstgeber eine Beschäftigung aufnimmt, deren Entgelt die im Paragraph 5, Absatz 2, Litera a bis c ASVG angeführten Beträge nicht übersteigt, es sei denn, daß zwischen der vorhergehenden Beschäftigung und der neuen geringfügigen Beschäftigung ein Zeitraum von mindestens einem Monat gelegen ist. In den Gesetzesmaterialien wird in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, es seien vermehrt Fälle aufgetreten, in denen

ein Arbeitnehmer beim selben Arbeitgeber von einem vollversicherten Dienstverhältnis in ein geringfügiges Dienstverhältnis wechsele und daneben Arbeitslosengeld beziehe. Um diese Mißbrauchsmöglichkeit hintanzuhalten, solle in einem solchen Fall der Anspruch auf Arbeitslosengeld ausgeschlossen sein. Wenn jedoch zwischen dem Vollarbeitsverhältnis und der geringfügigen Beschäftigung ein Zeitraum von mehr als einem Monat liege, solle dennoch Arbeitslosengeld gebühren (72 BlgNR 20.GP 234 zu Artikel 23, Ziffer 5, Strukturanpassungsgesetz 1996). Arbeitslosigkeit im Sinn des Paragraph 12, Absatz eins, ALVG ist somit gegeben, wenn das bisherige Beschäftigungsverhältnis im sozialversicherungsrechtlichen Sinn beendet wurde und der Arbeitslose keine neue Erwerbsbeschäftigung gefunden hat, die die Arbeitslosenversicherungspflicht nach sich zieht bzw bestimmte Einkommensgrenzen übersteigt. Bei unselbständiger Erwerbstätigkeit ist das in der Regel mit der vertragsrechtlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses der Fall; dies läßt sich nunmehr auch aus dem zitierten Paragraph 12, Absatz 3, Litera i, ALVG ableiten (Dirschmied aaO 114).

Nach herrschender Auffassung ist von der organschaftlichen Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH das Anstellungsverhältnis zu unterscheiden, welches die der Geschäftsführung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Beziehungen regelt. Obwohl Bestellung und Anstellung auseinandergehalten werden müssen, können sie doch eng miteinander verknüpft sein und sich erheblich aufeinander auswirken. Die zur Organfunktion hinzutretenden schuldrechtlichen Beziehungen werden nur ausnahmsweise fehlen; nimmt der Geschäftsführer aufgrund der Bestellung seine Tätigkeit stillschweigend auf, so ist darin wohl auch die Annahme einer Offerte zum Abschluß eines Anstellungsvertrages zu sehen, so daß die GmbH im Zweifel ein angemessenes Gehalt schuldet. Ist mit der Geschäftsführerfunktion hingegen keine oder nur eine geringe Tätigkeit verbunden, so kann in der Übernahme der Funktion durch einen Gesellschafter eine unentgeltliche Mandatsübernahme gesehen werden (Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht<sup>2</sup> I, 2/44 mit zahlreichen Judikaturnachweisen). Arbeitslosigkeit von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn zusätzlich zur Auflösung des arbeitsrechtlichen Dienstverhältnisses auch das körperschaftsrechtliche Organverhältnis beendet wurde. Sollte das Organverhältnis aufrecht sein, deutet es darauf hin, daß eine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht erfolgte; diesfalls sind aber weitere Indizien, welche für die Nichtbeendigung des Dienstverhältnisses sprechen, zu erheben (Potmesil, Arbeitslosenversicherungsgesetz, ÖGB Verlag, Lieferung April 1997, 110). Nach herrschender Auffassung ist von der organschaftlichen Bestellung zum Geschäftsführer einer GmbH das Anstellungsverhältnis zu unterscheiden, welches die der Geschäftsführung zugrundeliegenden schuldrechtlichen Beziehungen regelt. Obwohl Bestellung und Anstellung auseinandergehalten werden müssen, können sie doch eng miteinander verknüpft sein und sich erheblich aufeinander auswirken. Die zur Organfunktion hinzutretenden schuldrechtlichen Beziehungen werden nur ausnahmsweise fehlen; nimmt der Geschäftsführer aufgrund der Bestellung seine Tätigkeit stillschweigend auf, so ist darin wohl auch die Annahme einer Offerte zum Abschluß eines Anstellungsvertrages zu sehen, so daß die GmbH im Zweifel ein angemessenes Gehalt schuldet. Ist mit der Geschäftsführerfunktion hingegen keine oder nur eine geringe Tätigkeit verbunden, so kann in der Übernahme der Funktion durch einen Gesellschafter eine unentgeltliche Mandatsübernahme gesehen werden (Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht<sup>2</sup> römisch eins, 2/44 mit zahlreichen Judikaturnachweisen). Arbeitslosigkeit von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn zusätzlich zur Auflösung des arbeitsrechtlichen Dienstverhältnisses auch das körperschaftsrechtliche Organverhältnis beendet wurde. Sollte das Organverhältnis aufrecht sein, deutet es darauf hin, daß eine Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht erfolgte; diesfalls sind aber weitere Indizien, welche für die Nichtbeendigung des Dienstverhältnisses sprechen, zu erheben (Potmesil, Arbeitslosenversicherungsgesetz, ÖGB Verlag, Lieferung April 1997, 110).

Geht man von diesen Rechtsgrundsätzen aus, dann ist der Ansicht des Berufungsgerichtes beizutreten, daß das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin im sozialversicherungsrechtlichen Sinn mit 31.10.1995 beendet wurde. Für diese Beurteilung spricht, daß das Anstellungsverhältnis zu diesem Tag beendet wurde und die Klägerin nur über Bitten der Gesellschafter bis zu ihrer Abberufung durch Gesellschafterbeschuß noch die erforderlichen Unterschriften als handelsrechtliche Geschäftsführerin leistete, für die Beibehaltung dieser Funktion jedoch zunächst, nämlich im November 1995, überhaupt kein Entgelt bezog. Daß sie in der Folge mit dem Hauptgesellschafter vereinbarte, ab 1.12.1995 ein Entgelt als geringfügig Beschäftigte in Höhe von S 3.452 ausbezahlt zu erhalten, bedeutete nicht, daß sie eine die Arbeitslosigkeit ausschließende "neue Beschäftigung" im Sinne des § 12 Abs 1 ALVG gefunden hatte. Selbst unter den erschwerten Voraussetzungen des § 12 Abs 3 lit i ALVG (wonach zwischen der vorhergehenden Beschäftigung und der neuen geringfügigen Beschäftigung ein Zeitraum von mindestens einem Monat liegen muß), würde die

Klägerin unter diesen Umständen als arbeitslos gelten. Gerade im Hinblick auf die Novellierung des AIVG durch das Strukturanpassungsgesetz 1996 sieht sich der Senat nicht veranlaßt, der oben referierten Judikatur des VwGH beizutreten. Geht man von diesen Rechtsgrundsätzen aus, dann ist der Ansicht des Berufungsgerichtes beizutreten, daß das Beschäftigungsverhältnis der Klägerin im sozialversicherungsrechtlichen Sinn mit 31.10.1995 beendet wurde. Für diese Beurteilung spricht, daß das Anstellungsverhältnis zu diesem Tag beendet wurde und die Klägerin nur über Bitten der Gesellschafter bis zu ihrer Abberufung durch Gesellschafterbeschluß noch die erforderlichen Unterschriften als handelsrechtliche Geschäftsführerin leistete, für die Beibehaltung dieser Funktion jedoch zunächst, nämlich im November 1995, überhaupt kein Entgelt bezog. Daß sie in der Folge mit dem Hauptgesellschafter vereinbarte, ab 1.12.1995 ein Entgelt als geringfügig Beschäftigte in Höhe von S 3.452 ausbezahlt zu erhalten, bedeutete nicht, daß sie eine die Arbeitslosigkeit ausschließende "neue Beschäftigung" im Sinne des Paragraph 12, Absatz eins, AIVG gefunden hatte. Selbst unter den erschwerten Voraussetzungen des Paragraph 12, Absatz 3, Litera i, AIVG (wonach zwischen der vorhergehenden Beschäftigung und der neuen geringfügigen Beschäftigung ein Zeitraum von mindestens einem Monat liegen muß), würde die Klägerin unter diesen Umständen als arbeitslos gelten. Gerade im Hinblick auf die Novellierung des AIVG durch das Strukturanpassungsgesetz 1996 sieht sich der Senat nicht veranlaßt, der oben referierten Judikatur des VwGH beizutreten.

Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 77 Abs 1 Z 2 lit a ASGG. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 77, Absatz eins, Ziffer 2, Litera a, ASGG.

#### **Anmerkung**

E48278 10C01897

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

ECLI:AT:OGH0002:1997:010OBS00189.97K.1202.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19971202\_OGH0002\_010OBS00189\_97K0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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