

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/6/28 2005/08/0069

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.06.2006

## Index

62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

AIVG 1977 §12 Abs3 litb;  
AIVG 1977 §12 Abs6 litc;  
AIVG 1977 §36a;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayer und Dr. Moritz als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde der W in W, vertreten durch Dr. Robert Palka, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Opernring 9/6, gegen den auf Grund eines Beschlusses des Ausschusses für Leistungsangelegenheiten ausgefertigten Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien vom 31. März 2005, Zl. LGSW/Abt.3- AIV/1218/56/2004-5416, betreffend Einstellung des Bezuges von Notstandshilfe, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit) Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice vom 2. September 2004 wurde der Beschwerdeführerin die Notstandshilfe mangels Arbeitslosigkeit ab dem 1. August 2004 eingestellt. Begründend wurde ausgeführt, sie habe im Monat August 2004 ein durchschnittliches Einkommen aus ihrer selbständigen Tätigkeit erzielt, welches die Geringfügigkeitsgrenze übersteige.

Der dagegen erhobenen Berufung der Beschwerdeführerin wurde mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid keine Folge gegeben. In der Bescheidbegründung wurde festgehalten, dass die Beschwerdeführerin nach ihren Arbeitsbescheinigungen, Honorarnoten und den Niederschriften bis zur Leistungseinstellung im Jahr 2004 wie folgt tätig gewesen sei:

"Jänner

6 Tage

Zusatzchorsänger

Feber

4 Tage

Zusatzchorsänger

März

4 Tage

Zusatzchorsänger

April

2 Tage

2 Tage

6 Proben

Zusatzchorsänger

Singakademie

Singakademie

Juni

5 Tage

Zusatzchorsänger

Juli

11 Tage

Krieau

August

1 Tag

Krieau"

Für die Tätigkeit im Rahmen der Operettenfestspiele in der Krieau liege ein schriftlicher Vertrag vor, aus dem hervorgehe, dass der Leistungszeitraum bezüglich der Aufführungen einzelne Tage vom 10. Juli 2004 bis 1. August 2004 umfasse. Laut Probeplan erstreckten sich die Proben vom 11. Mai 2004 bis 8. Juli 2004. Als Pauschalhonorar werde ein Betrag von EUR 2.000,-- angeführt. Die Beschwerdeführerin habe folgende monatliche Erklärungen über ihr Einkommen und ihren Umsatz abgegeben:

"Monat

Einkommen in EUR

Umsatz in EUR

Jänner

300,40

309,82

Feber

317,30

333,36

März

177,20

243,90

April

318,00

285,36

Mai

keine Tätigkeit

Juni

234,01

227,06

Juli, August

2000,00

1314,67"

Im Zuge des Berufungsverfahrens sei die Beschwerdeführerin ersucht worden, schriftliche Verträge vorzulegen, um prüfen zu können, ob ihre Tätigkeiten als vorübergehend angesehen werden könnten. Die Beschwerdeführerin habe mitgeteilt, dass es betreffend die Volksoper keine schriftlichen Verträge gebe sondern Arbeitsbescheinigungen, mit denen bestätigt worden sei, wann sie beschäftigt gewesen sei; bezüglich der Singakademie würde sie nur Honorarnoten legen. Das wesentliche Kriterium für die Abgrenzung durchgehender von vorübergehenden Erwerbstätigkeiten sei, ob die Erwerbstätigkeit nachhaltig ausgeübt werde, wobei es nicht darauf ankomme, ob die Tätigkeit an einzelnen Tagen oder kontinuierlich ausgeübt werde, sondern vielmehr darauf, dass der gesamte Zeitraum, während dessen die selbständige Erwerbstätigkeit durch das entgeltliche Anbieten einer Dienstleistung ausgeübt werde, als Zeitraum dieser Erwerbstätigkeit anzusehen sei. Die Tatsache, dass sich die Beschwerdeführerin vom Leistungsbezug abgemeldet habe, stelle kein Abgrenzungskriterium dar. Die Beschwerdeführerin habe auch keine schriftlichen Verträge vorlegen können, es müsse daher von einer durchgehenden selbständigen Tätigkeit ausgegangen werden. Arbeitsbescheinigungen und Honorarnoten könnten die für die vorübergehende Beschäftigung verlangten schriftlichen Verträge nicht ersetzen, da sie erst im Nachhinein ausgestellt würden. Für die Berechnung des durchschnittlichen Einkommens sei auf Grund des § 36a AIVG das Einkommen von Jänner bis August heranzuziehen. Ob das Einkommen in Zeiträumen erzielt worden sei, in denen die Beschwerdeführerin im Leistungsbezug gestanden sei, sei nicht maßgebend. Ausgehend davon, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten April bis August Einkommen und Umsatz verwechselt habe, sei die Summe der Bruttoeinkommen laut den Erklärungen der Beschwerdeführerin EUR 2.621,99, was geteilt durch acht Kalendermonate ein monatliches Bruttoeinkommen von EUR 327,75 ergebe. Dies liege über der monatlichen Geringfügigkeitsgrenze von EUR 316,19.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig als unbegründet abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

Gemäß § 24 Abs. 1 erster Halbsatz AIVG ist das Arbeitslosengeld, wenn eine der Voraussetzungen für den Anspruch darauf wegfällt, einzustellen. Auf Grund des § 38 AIVG gilt dies auch für die Notstandshilfe.

§ 12 AIVG in der Fassung BGBl. I Nr. 77/2004 lautet

auszugsweise wie folgt:

"Arbeitslosigkeit

§ 12. (1) Arbeitslos ist, wer nach Beendigung seines Beschäftigungsverhältnisses keine neue Beschäftigung gefunden hat.

...

(3) Als arbeitslos im Sinne der Abs. 1 und 2 gilt insbesondere nicht:

...

b) wer selbständig erwerbstätig ist;

...

(6) Als arbeitslos gilt jedoch,

a) wer aus einer oder mehreren Beschäftigungen ein Entgelt erzielt, das die im § 5 Abs. 2 ASVG angeführten Beträge nicht übersteigt, wobei bei einer Beschäftigung als Hausbesorger im Sinne des Hausbesorgergesetzes, BGBl. Nr. 16/1970, der Entgeltwert für die Dienstwohnung und der pauschalierte Ersatz für Materialkosten unberücksichtigt bleiben;

b) wer einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahr führt, wenn 3 vH des Einheitswertes die jeweils geltende Geringfügigkeitsgrenze gemäß § 5 Abs. 2 Z 2 ASVG nicht übersteigen;

c) wer auf andere Art selbständig erwerbstätig ist bzw. selbständig arbeitet und daraus ein Einkommen gemäß § 36a erzielt oder im Zeitraum der selbständigen Erwerbstätigkeit bzw. der selbständigen Arbeit einen Umsatz gemäß § 36b erzielt, wenn weder das Einkommen zuzüglich Sozialversicherungsbeiträge, die als Werbungskosten geltend gemacht wurden, noch 11,1 vH des Umsatzes die im § 5 Abs. 2 ASVG angeführten Beträge übersteigt;

..."

§ 36a AIVG in der Fassung BGBl. I Nr. 128/2003 hat

auszugsweise folgenden Wortlaut:

"Einkommen

§ 36a. (1) Bei der Feststellung des Einkommens für die Beurteilung des Vorliegens von Arbeitslosigkeit (§ 12 Abs. 6 lit. a bis e), des Anspruchs auf Familienzuschlag (§ 20 Abs. 2 und 5) und für die Anrechnung auf die Notstandshilfe ist nach den folgenden Absätzen vorzugehen.

(2) Einkommen im Sinne dieses Bundesgesetzes ist das Einkommen gemäß § 2 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 (EStG 1988), BGBl. Nr. 400, in der jeweils geltenden Fassung, zuzüglich den Hinzurechnungen gemäß Abs. 3 und dem Pauschalierungsausgleich gemäß Abs. 4. Einkommensteile, die mit dem festen Satz des § 67 des Einkommenssteuergesetzes 1988 zu versteuern sind, bleiben außer Betracht. Die Winterfeiertagsvergütung gemäß § 13j Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz, BGBl. Nr. 414/1972, in der jeweils geltenden Fassung, bleibt außer Betracht. Bezüge aus einer gesetzlichen Unfallversorgung sowie aus einer Unfallversorgung der Versorgungs- und Unterstützungseinrichtungen der Kammern der selbständig Erwerbstätigen sind nur zur Hälfte zu berücksichtigen.

...

(5) Das Einkommen ist wie folgt nachzuweisen:

1. bei Personen, die zur Einkommensteuer veranlagt werden, durch die Vorlage des Einkommensteuerbescheides für das Kalenderjahr, in dem die Leistung nach diesem Bundesgesetz bezogen wird, und bis zum Vorliegen dieses Bescheides auf Grund einer jeweils monatlich im nachhinein abzugebenden Erklärung des selbständig Erwerbstätigen und geeigneter Nachweise;

2. bei Einkünften aus nicht selbständiger Arbeit durch die Vorlage einer aktuellen Lohnbestätigung;

3. bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft durch Vorlage des zuletzt ergangenen Einheitswertbescheides;

4. bei steuerfreien Bezügen durch eine Bestätigung der bezugsliquidierenden Stelle.

...

(7) Als monatliches Einkommen gilt bei durchgehender selbständiger Erwerbstätigkeit ein Zwölftel des sich ergebenden Jahreseinkommens, bei nur vorübergehender selbständiger Erwerbstätigkeit das anteilmäßige Einkommen in den Monaten, in denen selbständige Erwerbstätigkeit vorlag. Bis zum Vorliegen des Einkommensteuerbescheides für das betreffende Kalenderjahr ist das Einkommen in einem bestimmten Kalendermonat jeweils durch Zusammenrechnung

des für diesen Kalendermonat nachgewiesenen Einkommens mit den für frühere Kalendermonate desselben Kalenderjahres nachgewiesenen Einkommen geteilt durch die Anzahl der Monate im Kalenderjahr, für die eine Einkommenserklärung vorliegt, zu ermitteln."

Zunächst ist im vorliegenden Zusammenhang festzuhalten, dass bei der Ermittlung des gemäß § 12 Abs. 6 lit. c AIVG maßgeblichen Monatseinkommens auch das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit aus Zeiten ohne Leistungsbezug aus der Arbeitslosenversicherung, die auf Grund des § 36a AIVG maßgebend sind, einzubeziehen ist (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 23. Oktober 2002, ZI. 2002/08/0052).

Die Beschwerdeführerin zieht nicht in Zweifel, dass die belangte Behörde zu Recht davon ausgegangen ist, dass sie als Sängerin selbständig erwerbstätig ist und im Rahmen der genannten Erwerbstätigkeit ihr angebotene Engagements annimmt. Sie rügt jedoch, dass die belangte Behörde Nachhaltigkeit ihrer Tätigkeit angenommen habe, weil sie keine schriftlichen Verträge habe vorlegen können. Die Nachhaltigkeit selbst habe die belangte Behörde nicht geprüft. Es wäre wohl eher ein Indiz für eine durchgehende und somit nachhaltige Erwerbstätigkeit, wenn eine einzige, sämtliche Tätigkeiten umfassende schriftliche Urkunde vorläge. Wegen der extremen Kürze der jeweiligen Tätigkeit und vor allem im Hinblick darauf, dass eben keine durchgehende und nachhaltige Tätigkeit vorliege, sowie daraus, dass keine Vielzahl an gesonderten schriftlichen Vertragsurkunden für jeden der kurzen Arbeitseinsätze ausgestellt worden sei, ergebe sich der gegenteilige Schluss, dass nämlich keine durchgehende und nachhaltige Tätigkeit der Beschwerdeführerin gegeben gewesen sei. Die Einkommensermittlung durch die belangte Behörde sei daher rechtswidrig.

Der Beschwerdeführerin ist zwar zuzugestehen, dass es nicht darauf ankommt, ob schriftliche Verträge über die selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen. Dies ändert aber nichts daran, dass der gesamte Zeitraum, während dessen eine selbständige Erwerbstätigkeit durch das Anbieten von Dienstleistungen gegen Entgelt ausgeübt wird, als Zeitraum der selbständigen Erwerbstätigkeit anzusehen ist (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 22. Jänner 2003, ZI. 2002/08/0050, mwN). Im Hinblick darauf, dass die Beschwerdeführerin die Tätigkeit als Chorsängerin im Jahre 2004 immer wieder ausgeübt hat und auch in ihrer Berufung und in einer schriftlichen Eingabe an die Berufungsbehörde vom 10. Dezember 2004 ausgeführt hat, dass sie immer wieder Engagements annehme, kann der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegen getreten werden, wenn sie im Ergebnis von einem durchgehenden Tätigwerden der Beschwerdeführerin ausgegangen ist. Damit erweist sich aber auch die Einkommensermittlung durch die belangte Behörde gemäß § 36a Abs. 7 letzter Satz AIVG als zutreffend.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 28. Juni 2006

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

ECLI:AT:VWGH:2006:2005080069.X00

#### **Im RIS seit**

14.08.2006

#### **Zuletzt aktualisiert am**

06.07.2009

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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