

# TE Vwgh Erkenntnis 2003/8/13 2000/08/0154

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.08.2003

## Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);

21/03 GesmbH-Recht;

40/01 Verwaltungsverfahren;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

ABGB §1151;

AVG 1977 §12 Abs1;

AVG 1977 §7 Abs1 Z1;

AVG 1977 §7 Abs2;

ASVG §4 Abs1;

ASVG §4 Abs2;

AVG §38;

GmbHG §15;

GmbHG §89 Abs2;

GmbHG §92 Abs1;

GmbHG §93 Abs1;

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 2000/08/0155 2000/08/0156

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Bernard und die Hofräte Dr. Müller, Dr. Sulyok, Dr. Strohmayer und Dr. Köller als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Müller, über die Beschwerde der M in W, vertreten durch Ploil Krepp & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Stadiongasse 4, gegen die auf Grund von Beschlüssen des Ausschusses für Leistungsangelegenheiten ausgefertigten Bescheide der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien vom 4. August 2000, Zlen. LGSW/Abt. 10-AIV/1218/56/2000-3164, betreffend Widerruf und Rückforderung von Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 9. Mai 1995 bis 4. Jänner 1996, betreffend Rückforderung und Widerruf von Karenzurlaubsgeld für den Zeitraum vom 3. Juli 1997 bis 6. November 1998 und betreffend Widerruf und Rückforderung von Notstandshilfe für den Zeitraum vom 5. Jänner 1996 bis 5. November 1999, 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 dem ihr am 9. Mai 1995 ausgegebenen bundeseinheitlich aufgelegten Formular beantragte die Beschwerdeführerin die Zuerkennung von Arbeitslosengeld. Die Frage, ob sie in Beschäftigung stehe (wobei als Beispiele in diesem Formular "Dienstnehmer, Hausbesorger, Mitarbeiter im Familienbetrieb, Geschäftsführer" genannt werden) verneinte sie. Aus der vorgelegten Arbeitsbescheinigung für Zwecke der Arbeitslosenversicherung ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin zuletzt vor der Antragstellung vom 1. November 1994 bis 30. April 1995 bei der S Gesellschaft m.b.H. als Angestellte beschäftigt gewesen ist.

Nach den Feststellungen der belangten Behörde bezog die Beschwerdeführerin auf Grund dieses Antrages das Arbeitslosengeld mit krankengeldbedingten Unterbrechungen vom 9. Mai 1995 bis 20. Mai 1995, vom 16. Juni bis 2. November 1995 und vom 8. November 1995 bis 4. Jänner 1996.

Mit dem am 5. Jänner 1996 ausgehändigte Antragsformular beantragte die Beschwerdeführerin sodann die Gewährung von Notstandshilfe. Die Frage, ob sie (unter anderem) als Geschäftsführer in Beschäftigung stehe, wurde von ihr auch in diesem Formular verneint. In ganz gleicher Weise verneinte die Beschwerdeführerin die Frage nach einer Beschäftigung bei den Antragstellungen auf Gewährung von Notstandshilfe vom 26. November 1996, bei ihrem Antrag auf Gewährung von Karenzurlaubsgeld vom 21. Juli 1997 und bei der Antragstellung auf Gewährung von Sondernotstandshilfe vom 30. Oktober 1998. In der Folge stand die Beschwerdeführerin jeweils im Bezug der genannten Leistungen, zuletzt bis 5. November 1999.

Am 9. Dezember 1999 beantragte die Beschwerdeführerin neuerlich die Zuerkennung von Notstandshilfe; im Antragsformular gab sie an, dass sie selbständig erwerbstätig sei. Aus einer Anfrage des AMS an den Hauptverband der Sozialversicherungsträger vom 13. Dezember 1999 ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin seit 1. November 1998 der Pflichtversicherung nach dem GSVG unterlag. Dazu gab sie niederschriftlich vernommen an, dass sie seit 1. November 1998 als Geschäftsführerin selbständig erwerbstätig sei. Sie reichte dazu in der Folge jedoch einen Handelsregisterauszug zum Stichtag 4. Jänner 2000 nach, aus dem hervorgeht, dass die Beschwerdeführerin schon seit 13. März 1990 als allein vertretungsbefugte Geschäftsführerin der S Gesellschaft m.b.H. (also jenes Unternehmens, bei dem sie auch die anwartschaftsbegründende Beschäftigung zurückgelegt hatte) im Handelsregister eingetragen war. Auch stellte sich heraus, dass sie auch Gesellschafterin dieses Unternehmens gewesen ist.

Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Versicherungsdienste widerrief daraufhin mit Bescheiden vom 31. Jänner 2000 den Bezug des Arbeitslosengeldes für die Zeiträume vom 9. Mai bis 20. Mai 1995, vom 16. Juni bis 2. November 1995 und vom 8. November 1995 bis 4. Jänner 1996, ferner den Bezug des Karenzurlaubsgeldes für den Zeitraum vom 3. Juli 1997 bis 6. November 1998 und den Bezug der Notstandshilfe für die Zeiträume vom 5. Jänner 1996 bis 18. September 1996, vom 28. September 1996 bis 8. März 1997, vom 7. November 1998 bis 20. Juni 1999 und vom 12. Juli 1999 bis 5. November 1999 und verpflichtete die Beschwerdeführerin zur Rückzahlung der unberechtigt empfangenen Geldleistungen in der Höhe von S 62.352,--

(Arbeitslosengeld), S 91.271,-- (Karenzurlaubsgeld) und S 221.043,-- (Notstandshilfe).

Die Beschwerdeführerin er hob gegen diese Bescheide Berufung, worin sie einräumte, vom 25. Mai 1990 bis 30. April 1995 bei der genannten GesmbH als Serviererin beschäftigt und gleichzeitig handelsrechtliche Geschäftsführerin mit einer Beteiligung von S 125.000,-- an einem Stammkapital von S 500.000,-- gewesen zu sein. Das Dienstverhältnis sei "firmenseits gelöst" worden; von diesem Tag an (30. April 1995) habe die Beschwerdeführerin keinerlei Tätigkeit für die Gesellschaft ausgeübt und sei dadurch tatsächlich arbeitslos im Sinne des AIVG gewesen. Aus "unerklärlichen Gründen" sei die Löschung als Geschäftsführerin nicht vorgenommen worden. Die Beschwerdeführerin habe auch weder Einkünfte aus der "nichtausgeübten Tätigkeit" noch Einkünfte aus der Beteiligung bezogen.

Mit Schreiben vom 21. April 2000 hielt die Berufungsbehörde der Beschwerdeführerin die Rechtslage vor, wie sie sich aus dem Gesetz und der dazu ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes darstellt. In einer dazu vom

nunmehrigen Beschwerdevertreter erstatteten Stellungnahme vom 22. Mai 2000 wird ausgeführt, dass die Übernahme der Funktion einer Geschäftsführerin für die Beschwerdeführerin "nahezu keine Tätigkeit mit sich gebracht", sie diese Funktion vielmehr im "Rahmen ihrer Gesellschafterstellung als unentgeltliches Mandat" übernommen habe. Sie habe von Anfang an neben dieser Tätigkeit auch als Serviererin in dem von der GesmbH geführten Betrieb gearbeitet und ausschließlich für diese Tätigkeit das arbeitslosenversicherungspflichtige Entgelt bezogen. Die Bekleidung der Geschäftsführerfunktion hätte zu keiner Zeit Einfluss auf "den Anspruch auf oder die Höhe des Entgelts" gehabt. Nach Auflösung des arbeitslosenversicherungspflichtigen Dienstverhältnisses habe nur mehr die "nicht honorierte" und "ohnedies nur formale Funktion als handelsrechtliche Geschäftsführerin" der GesmbH weiterbestanden. Es sei daher gerade nicht von dem dem § 12 Abs. 1 AIVG vorschwebenden Regelfall auszugehen, sondern zu prüfen, ob die weiterbestehende Funktion als Geschäftsführerin "die in § 12 Abs. 6 AIVG angeführten Beträge bzw. Werte nicht übersteigt". In weiterer Folge werden in dieser Stellungnahme die Umsätze der Gesellschaft aufgelistet, um darzulegen, dass 11,1 % von 25 % (entsprechend dem Anteil der Beschwerdeführerin am Stammkapital der Gesellschaft) der Umsätze der GesmbH der Beschwerdeführerin zurechenbare Umsätze ergeben würden, welche unter der Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 ASVG in den Jahren 1995 bis 1999 lägen. Darüber hinaus wird darin behauptet, dass sie "vor Überreichung des Antrages auf Auszahlung von Arbeitslosengeld am 23.5.1995" von dem für sie zuständigen Referenten darüber belehrt worden sei, dass der Umstand, dass sie weiterhin handelsrechtliche Geschäftsführerin der Gesellschaft geblieben sei, für den Anspruch auf Auszahlung von Arbeitslosengeld ohne Einfluss sei.

Dieser Stellungnahme lagen die Umsatzsteuerbescheide der Gesellschaft, sowie der Notariatsakt über die Errichtung der GesmbH vom 27. Februar 1990 bei, aus dem hervorgeht, dass die Beschwerdeführerin gemeinsam mit einer zweiten Gesellschafterin die GesmbH mit einem Stammkapital von S 500.000,-- errichtet hat. Nach Punkt 5. des Gesellschaftsvertrages hat die Beschwerdeführerin eine Stammeinlage von S 125.000,-- übernommen. Durch Punkt 6. des Gesellschaftsvertrages wurde sie für die Dauer ihres Gesellschaftsverhältnisses zur alleinvertretungsbefugten Geschäftsführerin bestellt. Änderungen des Gesellschaftsvertrages bedurften gemäß Punkt 10. des Gesellschaftsvertrages der Zustimmung von 100 % des vertretenen Stammkapitals.

Mit den nunmehr in Beschwerde gezogenen Bescheiden wies die belangte Behörde die Berufungen der Beschwerdeführerin als unbegründet ab; sie ging davon aus, dass die Beschwerdeführerin auf Grund der Fortdauer ihrer Tätigkeit als geschäftsführende Gesellschafterin der GesmbH im gesamten Widerrufs- und Rückforderungszeitraum nicht arbeitslos im Sinne des § 12 AIVG gewesen ist.

Gegen diese Bescheide richtet sich die vorliegende, Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend machende Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. September 1994, Zl. 93/08/0100, mit weiteren Nachweisen) setzt die Annahme der (gemäß § 7 Abs. 1 Z. 1 AIVG für den Anspruch auf Arbeitslosengeld erforderlichen) Arbeitslosigkeit im Sinne des § 12 AIVG voraus, dass einerseits - sieht man von den im Beschwerdefall nicht relevanten Bestimmungen der Absätze 7 und 8 des § 12 leg. cit. ab - das Beschäftigungsverhältnis des Anspruchswerbers, an das die arbeitslosenversicherungspflicht anknüpft, beendet ist, und andererseits weder ein Fall des § 12 Abs. 3 lit. c, e oder f AIVG vorliegt, noch der Anspruchswerber eine (nicht unter einen der Tatbestände des § 12 Abs. 6 AIVG fallende) neue Beschäftigung gefunden hat.

Beginnend mit dem Erkenntnis vom 30. Mai 1995, Zl. 93/08/0138, hat der Verwaltungsgerichtshof ebenso in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass beim Geschäftsführer einer GesmbH von einer Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses (als Voraussetzung für das Vorliegen von Arbeitslosigkeit im vorstehenden Sinne) so lange nicht die Rede sein kann, als zwar der die Anwartschaft auf Arbeitslosengeld begründende Anstellungsvertrag gelöst, nicht aber auch die in derselben Gesellschaft bestehende Organstellung beendet worden ist, und zwar gleichgültig, ob ein solcher Geschäftsführer entgeltlich oder unentgeltlich tätig ist und ob er seinen gesetzlichen Verpflichtungen auf Grund seiner Organstellung nachkommt oder nicht, dh. ob er irgendwelche Tätigkeiten für die Gesellschaft entfaltet (vgl. u.a. das Erkenntnis vom 7. Juni 2000, Zl. 99/03/0205, sowie jenes vom 20. Februar 2002, Zl. 99/08/0022). Dies gilt

auch für die Dauer eines Insolvenzverfahrens der Gesellschaft (vgl. zum Konkurs u.a. die Erkenntnisse vom 8. September 1998, Zl. 98/08/0165, vom 20. Oktober 1998, Zl. 98/08/0181) und auch für einen Liquidator der Gesellschaft (vgl. neuerlich das bereits erwähnte Erkenntnis vom 7. Juni 2000, Zl. 99/03/0205, sowie die Erkenntnisse vom 4. Oktober 2001, Zl. 97/08/0103, und vom 23. Oktober 2002, Zl. 2000/08/0119).

Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Behauptung der Beschwerdeführerin, in den Bezugszeiträumen keinerlei Tätigkeit in ihrer Eigenschaft als (einzige und alleinvertretungsbefugte !) Geschäftsführerin entfaltet zu haben, angesichts der zwischen S 900.000,-- und S 1,2 Mio schwankenden Umsätze des Unternehmens in den Jahren 1995 bis 1999 überhaupt zutreffen kann.

Die genannte Rechtsprechung ist auch nicht etwa schon deshalb unanwendbar, weil im vorliegenden Beschwerdefall nach den Behauptungen der Beschwerdeführerin die Hauptleistungspflicht im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses zwei verschiedene Tätigkeiten umfasste, von denen immerhin hinsichtlich einer (nämlich jener als Serviererin) auch die Leistungspflicht in den Bezugszeiträumen erloschen gewesen ist. Für das Vorliegen von Arbeitslosigkeit kommt es nämlich entscheidend darauf an, dass die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers insgesamt erloschen und daher auch nicht mehr teilweise aufrecht ist. War daher die Geschäftsführertätigkeit Teil eines die Anwartschaft begründenden Dienstverhältnisses, so konnte Arbeitslosigkeit erst dann vorliegen, wenn auch die Funktion als Geschäftsführerin beendet und die Beschwerdeführerin daher auch insoweit ihrer Leistungspflicht enthoben gewesen wäre. Diese Grundsätze gelten auch für Zeiträume in denen der Betrieb vorübergehend - saisonbedingt - geschlossen wird (vgl. das Erkenntnis vom 16. Februar 1999, Zl. 96/08/0171 - (Geschäftsführer und Stuckateur) unter Hinweis auf das Erkenntnis vom 11. Februar 1997, Zl. 96/08/0380).

Soweit eine Geschäftsführerin im Rahmen ihrer eigenverantwortlichen Leitungskompetenz aus Eigenem beschließt, auch eine andere Tätigkeit (wie hier zB die Tätigkeit einer Serviererin) gegen Entgelt auszuüben, besteht hinsichtlich dieser Tätigkeit kein eigenständiger Arbeitsvertrag. Es kommt in einer solchen Konstellation vielmehr auf die Stellung der Geschäftsführerin an, ob die Tätigkeit als Serviererin in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit erbracht wird oder - gegebenenfalls - wie die bisherige Geschäftsführertätigkeit zB auf Grund eines freien Dienstvertrages, eines Auftragsverhältnisses oder eines anderen, die Versicherungspflicht (dann freilich auch eine Anwartschaft nach dem AlVG) nicht begründenden Rechtsverhältnisses. Unterstellte man jedoch das Bestehen eines gesonderten Arbeitsvertrages der Beschwerdeführerin mit der Mehrheitsgesellschafterin der GmbH über ihre Tätigkeit als Serviererin, welche zu ihrer kraft Gesellschaftsvertrages bereits bestehenden Organstellung als Geschäftsführerin gleichsam hinzutreten wäre, und wäre nur hinsichtlich der Tätigkeit als Serviererin ein Arbeitsverhältnis vereinbart gewesen, hinsichtlich der Tätigkeit als Geschäftsführerin hingegen ein solches nicht beabsichtigt gewesen, wenn also das Rechtsverhältnis der Beschwerdeführerin zur Gesellschaft Elemente verschiedener Vertragstypen in sich vereint hätte, so käme es bei Beurteilung der Ausübung dieser beiden Tätigkeiten durch die Beschwerdeführerin darauf an, ob in ihrem rechtlichen Verhältnis zur Gesellschaft insgesamt die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit im Sinne des § 4 Abs 2 ASVG überwogen haben oder nicht. Es kann daher für die Beurteilung der versicherungsrechtlichen Seite auf sich beruhen, ob auf das Beschäftigungsverhältnis der Beschwerdeführerin aus zivilrechtlicher Sicht neben arbeitsrechtlichen auch gesetzliche Regeln aus anderen Rechtsverhältnissen anzuwenden gewesen sind (vgl. schon § 1151 ABGB): wesentlich ist, dass die belangte Behörde - soweit sie das Überwiegen eines Verhältnisses in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit der Beschwerdeführerin zur Gesellschaft bis zur Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses als Serviererin vorfrageweise (§ 38 AVG) unterstellte - zu Recht das gesamte Rechtsverhältnis der Beschwerdeführerin zur Gesellschaft in den Blick genommen und auf Grund des Fortbestehens ihrer Organstellung den Anspruch auf Geldleistungen aus der Arbeitslosenversicherung verneint hat (vgl. das Erkenntnis vom 16. Februar 1999, Zl. 96/08/0171 - (Geschäftsführer und Stuckateur) mit weiteren Hinweisen sowie die Erkenntnisse vom 20. Dezember 2000, Zl. 96/08/0222 - (Geschäftsführer und Fensterputzer) und vom 20. Februar 2002, Zl. 99/08/0022 (allgemein zur Beendigung eines über die Pflichten eines Geschäftsführers hinausgehenden Anstellungsvertrages)). Es kann auf sich beruhen, ob die belangte Behörde richtigerweise davon auszugehen gehabt hätte, dass die eigenverantwortliche (dh. durch Elemente persönlicher Ungebundenheit geprägte) Tätigkeit des Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin überwogen hätte (etwa im Hinblick darauf, dass sie nur durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, dh. - im Hinblick auf dessen Punkt 10 - nicht ohne ihre Zustimmung

abberufen hätte werden können), weil diesfalls die Beschwerdeführerin zu Unrecht versichert gehalten gewesen wäre und daher keine Anwartschaften in der Arbeitslosenversicherung erworben hätte. Auch für diesen Fall wäre daher der angefochtene Bescheid in rechtlicher Hinsicht im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Dem auf § 24 Abs. 2 AlVG gestützten Widerruf der empfangenen Geldleistungen stünde auch nicht entgegen, wenn die Beschwerdeführerin - wie sie behauptet, die belangte Behörde jedoch zu Recht ungeprüft gelassen hat - von einem Bediensteten des AMS unrichtig belehrt worden wäre. Soweit sie in ihrer Beschwerde geltend macht, dass sie im Falle richtiger Belehrung ihre Geschäftsführungsfunktion rechtzeitig zurückgelegt hätte, zeigt sie nur auf, allenfalls durch die unrichtige Rechtsauskunft eines Bediensteten des AMS einen Schaden erlitten zu haben. Es stünde der Beschwerdeführerin frei, einen allenfalls erlittenen Schaden gegebenenfalls im Amtshaftungswege geltend zu machen; einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Geldleistungen aus der Arbeitslosenversicherung vermöchte eine (allfällige) unrichtige Rechtsauskunft nicht zu bewirken.

Auch die auf § 25 Abs. 1 AlVG gestützte - in der Beschwerde unter dem Gesichtspunkt der Rechtswidrigkeit des Inhaltes gar nicht bekämpfte - Rückforderung der empfangenen Geldleistungen ist rechtlich nicht zu beanstanden: die Beschwerdeführerin hat nämlich auf die im Antragsformular klar formulierte Frage, ob sie in Beschäftigung, insbesondere als Geschäftsführerin, stehe, bei den für die Leistungsbezüge jeweils maßgebenden Antragstellungen immer mit "Nein" geantwortet und daher gegenüber dem AMS ihre fortdauernde Funktion als Geschäftsführerin verschwiegen. Soweit sich die Beschwerdeführerin darauf beruft, rechtlich unzutreffend informiert gewesen zu sein, so ist ihr zu entgegnen, dass es ihre Verpflichtung gewesen wäre, die im Formular gestellten Fragen richtig und vollständig zu beantworten; sie durfte dies nicht von der aus Eigenem beurteilten rechtlichen Relevanz abhängig machen (vgl. das Erkenntnis vom 21. November 2001, Zl. 97/08/0415). Wenn sich die Beschwerdeführerin - allenfalls auf Grund unrichtiger Auskünfte über die rechtliche Bedeutung des Fortbestandes ihrer Geschäftsführungsfunktion - dazu entschlossen hat, diese Tätigkeit zu verschweigen, so erfolgte dies auf ihr Risiko; am Tatbestand einer schulhaften Verschweigung von für den Leistungsbezug maßgebenden Tatsachen, der die Behörde zur Rückforderung berechtigt, vermag dies nichts zu ändern.

Die angefochtenen Bescheide erweisen sich daher als frei von Rechtsirrtum. Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 13. August 2003

#### **Schlagworte**

Besondere Rechtsprobleme Verhältnis zu anderen Normen Materien Sozialversicherung Handelsrecht  
Gesellschaftsrecht Dienstnehmer Begriff Persönliche Abhängigkeit Dienstnehmer Begriff Wirtschaftliche Abhängigkeit

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

ECLI:AT:VWGH:2003:2000080154.X00

#### **Im RIS seit**

11.09.2003

**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)