

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/9/30 93/08/0175

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.09.1994

## Index

62 Arbeitsmarktverwaltung;  
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;  
66/02 Andere Sozialversicherungsgesetze;

## Norm

AIVG 1977 §12 Abs1;  
AIVG 1977 §12 Abs3 litb;  
AIVG 1977 §12 Abs6 litb;  
AIVG 1977 §12 Abs6 litc;  
AIVG 1977 §12 Abs9;  
AIVG 1977 §25 Abs1;  
ASVG §4 Abs2;  
ASVG §5 Abs2;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Liska und die Hofräte Dr. Knell, Dr. Müller, Dr. Novak und Dr. Sulyok als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Schwächter, über die Beschwerde der G in F, vertreten durch Dr. N, Rechtsanwalt in S, gegen den aufgrund des Beschlusses des Unterausschusses des zuständigen Verwaltungsausschusses ausgefertigten Bescheid des Landesarbeitsamtes Steiermark vom 9. Juni 1993, Zl. IVc 7022 B-Mag.Bo/Fe, betreffend Widerruf und Rückforderung von Arbeitslosengeld und Notstandshilfe, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund (Bundesminister für Arbeit und Soziales) Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit zwei Bescheiden vom 9. März 1993 sprach das Arbeitsamt Graz aus, daß gemäß § 24 Abs. 2 AIVG (hinsichtlich der Notstandshilfe in Verbindung mit § 38 leg. cit.) der Bezug des Arbeitslosengeldes durch die Beschwerdeführerin für die Zeit vom 5. März 1990 bis 17. Oktober 1990 sowie der Bezug der Notstandshilfe für die Zeit vom 18. Oktober 1990 bis 16. Dezember 1991 widerrufen und die Beschwerdeführerin gemäß § 25 Abs. 1 AIVG (hinsichtlich der Notstandshilfe in Verbindung mit § 38 leg. cit.) zur Rückzahlung des unberechtigt empfangenen Arbeitslosengeldes in der Höhe von S

110.191,-- sowie der unberechtigt empfangenen Notstandshilfe in der Höhe von S 88.269,-- verpflichtet werde. Begründet wurden die beiden Bescheide damit, daß die Beschwerdeführerin für die genannten Zeiträume Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung zu Unrecht bezogen habe, weil sie in diesen Zeiträumen ein Einkommen aus einer Gesellschaftsbeteiligung erzielt habe, das Arbeitslosigkeit ausschließe.

In der gegen diese Bescheide erhobenen Berufung wandte die Beschwerdeführerin ein, sie sei zwar Kommandistin der Ing. F-KG; bei diesem Unternehmen handle es sich aber um eine reine Familien-Kommanditgesellschaft und es sei aus wirtschaftlichen und familiär-politischen Gründen im Gesellschaftsvertrag der Passus aufgenommen worden, daß Gewinne nicht ausgezahlt, sondern lediglich den Kapitalkonten gutgeschrieben würden. Auch seien keine Entnahmen getätigt worden. Die Beschwerdeführerin sei daher immer gezwungen gewesen, zur Sicherung ihres Lebensunterhaltes einer Beschäftigung nachzugehen.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG keine Folge. Ihrer Entscheidung legte die belangte Behörde folgende Feststellungen zugrunde:

Bei der Beantragung der (der Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum gewährten) Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung habe sie auf sämtlichen von ihr beim Arbeitsamt eingereichten Antragsformularen verneint, daß sie ein eigenes Einkommen bzw. eigenes Einkommen aus einer selbständigen Erwerbstätigkeit erziele. Dem Arbeitsamt sei jedoch der Umstand bekannt geworden, daß sie im Jahre 1990 ein Einkommen aus einem Gewerbebetrieb erziele. Dazu befragt, habe die Beschwerdeführerin erstmalig am 2. März 1993 gegenüber dem Arbeitsamt niederschriftlich angegeben, daß sie ein Einkommen aus Geschäftsanteilen erzielt habe bzw. erziele. Aus den in der Folge mit ihrer Zustimmung beigeschafften Einkommensteuerbescheiden aus dem Jahre 1990 und 1991 sei zu ersehen, daß die Beschwerdeführerin an der Ing. F-KG als Gesellschafterin beteiligt sei, wobei sie für das Jahr 1990 Einkünfte aus dem Gewerbebetrieb in der Höhe von S 219.220,-- erzielt habe. Überdies sei aus dem Bescheid zu ersehen gewesen, daß an Investitionsrücklagen nach § 9 EStG 1988 S 64.360, ein Investitionsfreibetrag gemäß § 10 EStG 1988 von S 4.690,-- und eine Vorsorge für Abfertigung gemäß § 14 EStG 1988 in der Höhe von S 13.466,-- gebildet worden seien. Unter der (nach § 12 Abs. 9 AIVG gebotenen) Hinzurechnung der Investitionsrücklage sowie des Investitionsfreibetrages habe die Beschwerdeführerin sohin für das Wirtschaftsjahr 1990 Einkünfte in der Gesamthöhe von S 288.270,--, sohin monatlich S 24.022,50, erzielt. Für das Wirtschaftsjahr 1991 habe sie ein Einkommen von S 680.659,--, davon S 603.752,-- aus dem Gewerbebetrieb, erzielt, zu dem die Investitionsrücklage von S 101.708,-- dazuzuzählen sei. Sohin habe sie für das Wirtschaftsjahr 1991 ein Einkommen aus dem Gewerbebetrieb von insgesamt S 705.460,--, monatlich sohin S 58.788,33, erzielt. Unter Zugrundelegung dieses Sachverhaltes sei der Berufung keine Folge zu geben. Denn selbst wenn die Beschwerdeführerin anführe, es würden keine Gewinne ausgezahlt, so seien für die Entscheidung doch ausschließlich die Einkommensteuerbescheide und die darin festgesetzten Einkünfte aus dem Gewerbebetrieb ausschlaggebend bzw. für das jeweilige Wirtschaftsjahr bindend. Überdies sei aus den Bescheiden zu ersehen, daß seitens der Beschwerdeführerin Investitionsrücklagen bzw. Investitionsfreibeträge sowie eine Vorsorge für die Abfertigung getroffen worden seien, sodaß auch vonseiten der Beschwerdeführerin unternehmerische Tätigkeiten vorlägen. Da die Beschwerdeführerin demnach in den Wirtschaftsjahren 1990/1991 Einkünfte erzielt habe, deren monatlicher Durchschnittsbetrag gemäß § 12 Abs. 6 lit. c AIVG (hinsichtlich der Notstandshilfe in Verbindung mit § 38 leg. cit.) Arbeitslosigkeit, die eine Voraussetzung für den Bezug von Arbeitslosengeld und Notstandshilfe sei, ausschließe, sei der Widerruf und die Rückforderung der von der Beschwerdeführerin im genannten Zeitraum bezogenen Leistungen aufrechtzuerhalten und die bekämpften Bescheide des Arbeitsamtes zu bestätigen.

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

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die im Beschwerdefall relevanten Bestimmungen des AIVG in der hinsichtlich des Zeitraumes ab 1. Juli 1990 maßgebenden Fassung der Novelle BGBl. Nr. 412/1990 (vgl. u.a. die Erkenntnisse vom 21. November 1989, Zl. 88/08/0287, und vom 28. April 1992, Zl. 92/08/0025) lauten:

"§ 7. (1)

Anspruch auf Arbeitslosengeld hat, wer

1. arbeitsfähig, arbeitswillig und arbeitslos ist,

...

§ 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,

...

c) wer auf andere Art selbständig erwerbstätig ist und daraus ein nach Maßgabe des Abs. 9 festgestelltes Einkommen erzielt, das die im § 5 Abs. 2 lit. a bis c des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes angeführten Beträge nicht übersteigt.

...

(9) Das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit wird auf Grund des Einkommensteuerbescheides für das Kalenderjahr, in dem Arbeitslosengeld bezogen wird, festgestellt, wobei dem Einkommen nach § 2 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes 1988, BGBl. Nr. 400, in der jeweils geltenden Fassung, unter Außerachtlassung von Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit (§ 25 EStG 1988) die im Einkommensteuerbescheid angeführten Freibeträge und Sonderausgaben sowie die Beträge nach den §§ 9 und 10 EStG 1988 hinzuzurechnen sind... Als monatliches Einkommen gilt ein Zwölftel des sich ergebenden Jahreseinkommens.

§ 24. ...

(2) Wenn sich die Zuerkennung oder die Bemessung des Arbeitslosengeldes nachträglich als gesetzlich nicht begründet herausstellt, ist die Zuerkennung zu widerrufen oder die Bemessung rückwirkend zu berichtigen.

§ 25. (1) Bei Einstellung, Herabsetzung, Widerruf oder Berichtigung einer Leistung ist der Empfänger des Arbeitslosengeldes zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn er den Bezug durch unwahre Angaben oder durch Verschweigung maßgebender Tatsachen herbeigeführt hat oder wenn er erkennen mußte, daß die Leistung nicht oder nicht in dieser Höhe gebührte... Der Empfänger des Arbeitslosengeldes (der Notstandshilfe) ist auch zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn sich auf Grund seines bzw. seines Angehörigen nachträglich vorgelegten Einkommensteuerbescheides ergibt, daß gemäß § 12 Abs. 6 lit. c bzw. § 36 Abs. 3 lit. A lit. f und lit. B lit. d das Arbeitslosengeld (die Notstandshilfe) nicht oder nicht in dieser Höhe gebührte.

§ 38 Soweit in diesem Abschnitt nichts anderes bestimmt ist, sind auf die Notstandshilfe die Bestimmungen des Abschnittes 1 sinngemäß anzuwenden."

(Für die im Beschwerdefall auch maßgebende Zeit vom 5. März 1990 bis 30. Juni 1990 galt die wiedergegebene Rechtslage mit der für die Erledigung der Beschwerdesache irrelevanten Maßgabe, daß in § 7 die Absatzbezeichnung "(1)" noch nicht enthalten war).

Die belangte Behörde geht in der Begründung des angefochtenen Bescheides davon aus, daß die Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum als Kommandistin der Ing. F-KG im Sinne des § 12 Abs. 3 lit. b, Abs. 6 lit. c und Abs. 9 AIVG selbständig erwerbstätig gewesen sei. Die Beschwerdeführerin stellt dies in der Beschwerde nicht in Abrede, sondern wendet sich - im wesentlichen aus den schon in der Berufung angeführten Gründen - nur gegen die Annahme, daß ihre steuerlichen Gewinne, die nach dem Gesellschaftsvertrag als Investitionsvorsorge im Unternehmen zu verbleiben hätten, als Einkommen im Sinne des § 12 Abs. 6 lit. c und Abs. 9 AIVG zu werten seien. Da - vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Begriff der selbständigen Erwerbstätigkeit im Sinne der genannten Bestimmungen (vgl. dazu u.a. die Erkenntnisse vom 25. Jänner 1994, Zl. 94/08/0001, vom 8. Juni 1993, Zlen. 93/08/0024, 0029, vom 27. April 1993, Zl. 92/08/0260, vom 9. Februar 1993, Zl. 92/08/0265, vom 16. Juni 1992,

Zlen. 91/08/0149, 0150, und vom 28. April 1992, ZI.92/08/0025, jeweils mit weiteren Judikaturhinweisen) - auch ein Kommandist (zumindest bei entsprechender, seine Rechtsstellung nach dem HGB hinsichtlich der Einflußmöglichkeiten auf die Geschäftsführung der KG ausweitender Vertragsgestaltung; vgl. dazu Hämmerle-Wünsch, Handelsrecht, Band 24,

Seiten 284 ff, 296 ff; Kastner-Doralt-Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts<sup>5</sup>, Seiten 146 ff;

Erkenntnis vom 23. Jänner 1975, Zlen 738, 739/74, veröffentlicht in RdA 976, 167, mit Kommentar von Holzer;

OGH EvBl 1991/61) selbständig erwerbstätig sein kann und daher eine solche Gesellschaftsbeteiligung (jedenfalls) nicht immer als mittelbare Kapitalnutzung gewertet werden muß (vgl. zu einer solchen die Qualifizierung als selbständige Erwerbstätigkeit ausschließenden Nutzung u.a. das Erkenntnis vom 16. Juni 1992, Zlen. 91/08/0149, 0150; Ullrich-Ehrenreich, Arbeitslosenversicherungsgesetz, Seite 32), handelt es sich bei der Frage der selbständigen Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin um eine gemischte Tat- und Rechtsfrage. Dies aber hat zur Konsequenz, daß der Verwaltungsgerichtshof einerseits im Hinblick darauf, daß die Beschwerdeführerin die von der belangten Behörde angenommene selbständige Erwerbstätigkeit nicht bestritten hat, und andererseits deshalb, weil auch nach der Aktenlage keine Anhaltspunkte dafür bestehen, daß die Beschwerdeführerin nicht selbständig erwerbstätig sein konnte, nach § 41 Abs. 1 VwGG von der selbständigen Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum auszugehen hat.

Unter der Voraussetzung einer solchen Wertung ist aber die Verneinung der Arbeitslosigkeit der Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum nicht rechtswidrig. Denn dann war das aus dieser selbständigen Erwerbstätigkeit erzielte Einkommen gemäß § 12 Abs. 6 lit. c AIVG (hinsichtlich der Notstandshilfe in Verbindung mit § 38 leg. cit.) "nach Maßgabe des Abs. 9", d.h. aufgrund der Einkommensteuerbescheide für die Kalenderjahre 1990 und 1991 unter Hinzurechnung u.a. einer Investitionsrücklage sowie eines Investitionsfreibetrages nach den §§ 9 und 10 EStG 1988, festzustellen und, da die selbständige Erwerbstätigkeit der Beschwerdeführerin einen Monat überstieg, der (in den Jahren 1990 und 1991 geltenden) Geringfügigkeitsgrenze des § 5 Abs. 2 lit. c ASVG (vgl. dazu u. a. das Erkenntnis vom 8. Juni 1993, Zlen. 93/08/0024, 0029) mit der Konsequenz gegenüberzustellen, daß bei einem Überschreiten dieser Geringfügigkeitsgrenzen durch das monatliche Einkommen der Beschwerdeführerin aus ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit Arbeitslosigkeit zu verneinen war. Auf die behaupteten gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen über die Nichtauszahlung (Nichtentnahme) steuerlicher Gewinne schlechthin kam es dann, wie sich gerade aus den eben zitierten Hinzurechnungsbestimmungen des § 12 Abs. 9 AIVG ergibt, nicht an.

Der mit dem angefochtenen Bescheid durch die Bestätigung der beiden erstinstanzlichen Bescheide ausgesprochene Widerruf der von der Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum bezogenen Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung ist daher nicht rechtswidrig.

Aber auch die mit dem angefochtenen Bescheid ausgesprochene Rückersatzverpflichtung der Beschwerdeführerin nach § 25 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 AIVG entspricht der Rechtslage. Soweit die Beschwerdeführerin auch in diesem Zusammenhang einen unberechtigten Empfang von Leistungen der Arbeitslosenversicherung aus den oben angeführten Gründen bestreitet, genügt es, auf die obigen Erwägungen zu verweisen. Unbegründet ist aber auch der Einwand, daß eine Ersatzverpflichtung nur zulässig sei, wenn einer der drei Tatbestände des ersten Satzes des § 25 Abs. 1 AIVG vorliege. Dabei übersieht die Beschwerdeführerin nämlich, daß nach dem dritten Satz des § 25 Abs. 1 der Empfänger des Arbeitslosengeldes bzw. der Notstandshilfe "auch", d.h. unabhängig vom Vorliegen eines der drei Tatbestände des § 25 Abs. 1 erster Satz, in dem dort genannten, im Beschwerdefall vorliegenden Fall zu verpflichten ist. Was schließlich den Einwand betrifft, sie habe die Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung aufgrund ihrer faktischen Einkommenslosigkeit und Notsituation gutgläubig in Anspruch genommen, so verkennt sie, daß es jedenfalls beim Rückersatztatbestand des dritten Satzes des § 25 Abs. 1 AIVG auf eine solche Gutgläubigkeit nicht ankommt.

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

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 416/1994.

### **Schlagworte**

Besondere Rechtsprobleme Verhältnis zu anderen Normen Materien Selbständige Erwerbstätigkeit Abgrenzung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1994:1993080175.X00

**Im RIS seit**

18.10.2001

**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)