

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

17.02.2010

Geschäftszahl

2008/08/0054

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Strohmayr, Dr. Moritz, Dr. Lehofer und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde des MM in Wien, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in 1220 Wien, Wagramer Straße 19 (IZD Tower), gegen den auf Grund eines Beschlusses des Ausschusses für Leistungsangelegenheiten ausgefertigten Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien vom 30. Jänner 2008, Zl. 2008-0566-9- 000048, betreffend Widerruf und Rückforderung von Arbeitslosengeld, zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Aus dem Verwaltungsakt ergibt sich, dass der Beschwerdeführer zuletzt vom 2. bis zum 28. Mai 2005 und vom 13. bis zum 25. Juni 2005 bei der S GmbH unselbständig beschäftigt war.

Am 28. Juni 2005 stellte der Beschwerdeführer beim Arbeitsmarktservice Wien, Regionale Geschäftsstelle E (in der Folge: AMS E), einen Antrag auf Arbeitslosengeld. Er gab an, selbständig erwerbstätig zu sein bzw. gewesen zu sein und legte in der Folge Erklärungen über das Bruttoeinkommen sowie den Umsatz für den Zeitraum von Jänner bis Oktober 2005 vor.

Auf Grund von im Verwaltungsakt befindlichen Honorarnoten sind folgende selbständige Tätigkeiten des Beschwerdeführers im Jahr 2005 dokumentiert: Für die A GmbH war der Beschwerdeführer in den Monaten Jänner bis Juni sowie Oktober 2005 als Schauspieler tätig, im März, August und Oktober 2005 machte der Beschwerdeführer durch die Künstleragentur B GmbH vermittelte Werbeaufnahmen.

Aus dem Einkommensteuerbescheid des Finanzamts Wien vom 20. Juni 2007 für das Jahr 2005 geht hervor, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2005 neben Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit auch Einkünfte aus selbständiger Arbeit in der Höhe von EUR 5.834,15 erzielt und Sonderausgaben in der Höhe von EUR 57,86 gehabt hat.

Mit Bescheid des AMS E vom 19. Dezember 2007 wurde der Arbeitslosengeldbezug des Beschwerdeführers für den Zeitraum vom 1. Jänner bis zum 31. Dezember 2005 widerrufen und der Beschwerdeführer zur Rückzahlung der unberechtigt empfangenen Leistungen in der Höhe von EUR 3.887,49 verpflichtet. Begründend wurde dazu im Wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer habe die Leistungen zu Unrecht bezogen, da laut dem Einkommensteuerbescheid 2005 das Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit über der Geringfügigkeitsgrenze gelegen sei.

In seiner dagegen erhobenen Berufung führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, er sei im Zeitraum vom 28. Juni bis zum 6. Oktober 2005 nur gelegentlich an einzelnen Tagen als Werbesprecher tätig gewesen und habe eine einzige Einnahme in der Höhe von EUR 240,-- erzielt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Berufung des Beschwerdeführers teilweise Folge gegeben und der Spruch dahingehend abgeändert, dass der Arbeitslosengeldbezug des Beschwerdeführers für den Zeitraum vom 28. Juni bis zum 6. Oktober 2005 widerrufen und der zu Unrecht bezogene Betrag von EUR 988,79 rückgefordert werde. Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer habe vom 28. Juni bis 6. Oktober 2005 Arbeitslosengeld in der Höhe von EUR 38,49 täglich erhalten. Der

Beschwerdeführer sei als Schauspieler sowohl selbständig als auch unselbständig erwerbstätig. Eine Person, die selbständig erwerbstätig sei, gelte grundsätzlich als durchgehend erwerbstätig, außer es lägen besondere Umstände vor, aus denen eindeutig zu ersehen sei, dass dies nicht der Fall sei. Zwischenzeitige "Flauten" in der Einkommens- und Auftragslage seien als unternehmerisches Risiko anzusehen. Der Beschwerdeführer habe seine Behauptung, nur vorübergehend erwerbstätig gewesen zu sein, mangels Vorlage entsprechender (schriftlicher) Unterlagen nicht glaubhaft machen können. Der Beschwerdeführer habe Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung nur im Zeitraum Juni bis Oktober 2005 bezogen, sodass Leistungen nur für diesen Zeitraum zu widerrufen seien. Die Rückforderung dürfe gemäß § 25 Abs. 1 AIVG für den Fall, dass sich ohne Verschulden des Arbeitslosen auf Grund eines nachträglich vorgelegten Einkommensteuer- oder Umsatzsteuerbescheides ergebe, dass die Leistung nicht oder nicht in diesem Umfang gebühre, das erzielte Einkommen nicht übersteigen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Antrag, ihn kostenpflichtig wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

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

Der Beschwerdeführer replizierte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 12 AIVG in der zeitraumbezogen anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 77/2004 lautet auszugsweise:

"(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:

- a) wer in einem Dienstverhältnis steht;
- 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;

...

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;

..."

Gemäß § 24 Abs. 2 AIVG ist, wenn sich die Zuerkennung oder die Bemessung des Arbeitslosengeldes als gesetzlich nicht begründet herausstellt, die Zuerkennung zu widerrufen oder die Bemessung rückwirkend zu berichtigen.

Gemäß § 25 Abs. 1 AIVG ist der Empfänger des Arbeitslosengeldes (auch) dann zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn sich ohne dessen Verschulden auf Grund eines nachträglich vorgelegten Einkommensteuer- oder Umsatzsteuerbescheides ergibt, dass die Leistung nicht oder nicht in diesem Umfang gebührte; in diesem Fall darf jedoch der Rückforderungsbetrag das erzielte Einkommen nicht übersteigen.

§ 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;

...

(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."

Gemäß § 38 AIVG sind die oben genannten Bestimmungen auf die Notstandshilfe sinngemäß anzuwenden.

Selbständige Erwerbstätigkeit ist der Inbegriff der in persönlicher und wirtschaftlicher Unabhängigkeit verrichteten Arbeitsleistungen, die die Schaffung von Einkünften in Geld oder sonstigen Gütern bezweckt. Hierbei ist es rechtlich belanglos, ob dieser Zweck regelmäßig erfüllt und in welchem Ausmaß er erreicht wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 30. September 1994, Zl. 93/08/0202, mwN).

Die im § 36a Abs. 5 Z. 1 AIVG enthaltene Anordnung, dass das Einkommen durch die Vorlage des Einkommensteuerbescheides nachzuweisen ist, bedeutet eine zwecks Erleichterung des praktischen Vollzuges angeordnete Bindung der Behörden der Arbeitsmarktverwaltung an das Einkommensteuerrecht, wobei das im Einkommensteuerbescheid ausgewiesene Einkommen insoweit heranzuziehen ist, als es aus Einkünften aus selbständiger Tätigkeit, d.h. aus den Einkunftsarten des § 2 Abs. 3 Z. 2 und 3 EStG 1988, resultiert. Bei der Ermittlung des gemäß § 12 Abs. 6 lit. c AIVG maßgeblichen Monateinkommens ist auch das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit aus Zeiten ohne Leistungsbezug aus der Arbeitslosenversicherung, die auf Grund des § 36a AIVG maßgebend sind, einzubeziehen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 29. Oktober 2008, Zl. 2007/08/0058, mwN).

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, dass keine durchgehende selbständige Erwerbstätigkeit vorgelegen sei, da er seine Dienstleistungen weder während der Zeit der unselbständigen Beschäftigung noch während der Zeit der Arbeitslosigkeit angeboten habe, sondern lediglich in Bezug auf zwei laufende Projekte. Es handle sich zwar um Auftraggeber, mit denen er in laufender Geschäftsbeziehung stehe; keinesfalls liege aber eine durchgehende selbständige Tätigkeit vor, da er seine Leistungen nicht auf dem Markt dauernd anbiete. Der Umstand, dass ein bekannter Künstler immer wieder unaufgefordert von Produzenten angesprochen werde, begründe keine durchgehende selbständige Tätigkeit.

Zwar ist die Ansicht der belangten Behörde, dass es (allein) darauf ankommt, ob schriftliche Verträge über die selbständige Erwerbstätigkeit vorliegen bzw. dass eine künstlerische Tätigkeit (jedenfalls) dann als durchgehend gelte, wenn keine schriftlichen Verträge vorlägen, verfehlt. Dies ändert aber nichts daran, dass der gesamte Zeitraum, während dessen eine selbständige Erwerbstätigkeit gegen Entgelt angeboten wird (im Falle von Künstlern etwa an Künstleragenturen), als Zeitraum der selbständigen Erwerbstätigkeit anzusehen ist, unabhängig davon, an welchen Tagen Leistungen tatsächlich erbracht und honoriert worden sind (vgl. wiederum das schon zitierte hg. Erkenntnis vom 29. Oktober 2008, mwN).

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs. 2 AVG) bedeutet nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht, dass der in der Begründung des Bescheides niederzulegende Denkvorgang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht unterliegt. Die Bestimmung des § 45 Abs. 2 AVG hat nur zur Folge, dass die Würdigung der Beweise keinen gesetzlichen Regeln unterworfen ist. Dies schließt jedoch eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle in der Richtung nicht aus, ob der Sachverhalt genügend erhoben ist und ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig sind. Schlüssig sind solche Erwägungen nur dann, wenn sie u.a. den Denkgesetzen, somit auch dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut, entsprechen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 14. Oktober 2009, Zl. 2006/08/0291, mwN).

Der belangten Behörde kann nicht entgegengetreten werden, wenn sie - insbesondere auf Grund der vom Beschwerdeführer vorgelegten Unterlagen - davon ausging, dass der Beschwerdeführer durchgehend selbständig beschäftigt war, ergibt sich doch aus diesen Unterlagen, dass der Beschwerdeführer nicht nur vor und nach, sondern auch während des gegenständlichen Zeitraums - zum Teil immer wieder für die Künstleragentur B GmbH - selbständig erwerbstätig gewesen ist. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer - wie er in der Beschwerde nunmehr ausdrücklich angibt - in einer dauerhaften Geschäftsbeziehung mit der A GmbH und der Künstleragentur B GmbH steht, spricht vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung umso mehr für eine

durchgehende selbständige Tätigkeit. Warum in Bezug auf diese Tätigkeiten "keinesfalls" eine durchgehende selbständige Tätigkeit vorliegen könne, vermag der Beschwerdeführer nicht darzulegen. Da der Beschwerdeführer seine Leistungen jedenfalls gegenüber den genannten Unternehmen angeboten hat, ist es im vorliegenden Fall unerheblich, ob er weiteren potentiellen Auftraggebern zur Verfügung stand oder nicht.

Soweit der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde erstmals vorbringt, dass "durchaus Indizien vorliegen", dass es sich bei seiner Tätigkeit für die A GmbH um ein Angestelltenverhältnis handle, so steht diesem Vorbringen das Neuerungsverbot im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entgegen. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer in seinem Antrag auf Arbeitslosengeld selbst angegeben, dass er selbständig erwerbstätig sei, und entsprechende Einkommensnachweise vorgelegt. Seine Angaben decken sich auch mit dem Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2005, sodass die belangte Behörde schon deshalb zu Recht von selbständiger Erwerbstätigkeit ausgehen konnte.

Unzutreffend ist schließlich auch die Ansicht des Beschwerdeführers, dass § 36 Abs. 7 AIVG von der belangten Behörde dahingehend ausgelegt worden sei, dass jede selbständige Erwerbstätigkeit von vornherein als durchgehend anzusehen sei. Vielmehr ist die belangte Behörde - wie schon dargestellt - in Würdigung der vorliegenden Beweismittel auf Basis der tatsächlichen Verhältnisse zu der Annahme gekommen, dass im konkreten Fall eine durchgehende Beschäftigung vorliegt. Die vom Beschwerdeführer gerügten Verfahrensmängel (mangelhafte Ermittlungen und mangelhafte Beweiswürdigung) liegen nicht vor.

Soweit das Vorbringen des Beschwerdeführers dahingehend zu verstehen ist, dass er § 36a AIVG wegen der darin vorgesehenen unterschiedlichen Ermittlung von Einkommen aus selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit für gleichheitswidrig hält, ist ihm entgegenzuhalten, dass dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung sozialrechtlicher Leistungen ein weiter rechtspolitischer Spielraum zukommt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. September 1999, Zl. 98/08/0170). Der Gleichheitssatz gestattet eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung (vgl. die bei Mayer, B-VG4, S 570 zu Art. 2 StGG wiedergegebene Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs). Der Verwaltungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang keine Zweifel an der Sachlichkeit der Bestimmungen des § 36a AIVG, welcher bei Durchgängigkeit der Tätigkeit auf das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit des ganzen Jahres abstellt, nimmt diese Regelung doch auf das Wesen der selbständigen Erwerbstätigkeit (vgl. die oben wiedergegebene hg. Rechtsprechung) und den - damit verbunden - im Vergleich zu unselbständigen Beschäftigungen oft unregelmäßigeren Zufluss von Einkünften Rücksicht. Im Übrigen hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 5. März 1998, G 284/97, mit welchem Teile des § 36a Abs 5 Z 1 idF BGBl. 411/1996 aufgehoben wurden, klargestellt, dass er grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich des Abstellens auf das Einkommensteuerrecht bei der Ermittlung des maßgeblichen Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit hat.

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

Die Entscheidung über den Aufwandsatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008.

Wien, am 17. Februar 2010