

**Gericht**

Verwaltungsgerichtshof

**Entscheidungsdatum**

22.07.2013

**Geschäftszahl**

2012/08/0159

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldstätten und die Hofräte Dr. Strohmayer und Dr. Lehofer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Berthou, über die Beschwerde des G M in G, vertreten durch die Pepelnik & Karl Rechtsanwälte GmbH in 1020 Wien, Czerninplatz 4, gegen den aufgrund eines Beschlusses des Ausschusses für Leistungsangelegenheiten ausgefertigten Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Niederösterreich vom 23. Jänner 2012, ZI LGS NÖ/RAG/05661/2012, betreffend Einstellung des Arbeitslosengeldes, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

**Begründung**

Mit dem im Instanzenzug ergangenen angefochtenen Bescheid wurde der Arbeitslosengeldbezug des Beschwerdeführers gemäß § 7 iVm § 12 Abs 1 und § 24 Abs 1 AIVG mangels Arbeitslosigkeit ab 1. November 2011 eingestellt.

Die belangte Behörde stellte fest, dass der Beschwerdeführer vom 20. August bis 17. Oktober 2008 als Angestellter bei einem Filmproduktionsunternehmen vollversichert beschäftigt gewesen sei und vom 18. Oktober bis 21. Oktober 2008 Urlaubsschädigung bezogen habe. Am 4. November 2008 habe er einen Antrag auf Zuerkennung des Arbeitslosengeldes bei der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice gestellt. Ab 4. November 2008 sei Arbeitslosengeld zur Auszahlung gelangt. Im Antrag auf Zuerkennung des Arbeitslosengeldes habe der Beschwerdeführer die Fragen, ob er derzeit in Beschäftigung stehe bzw ob er selbständig erwerbstätig sei, verneint. Die Frage, ob er selbständig erwerbstätig gewesen sei, habe der Beschwerdeführer bejaht, die Frage nach einem eigenen Einkommen verneint. Am 4. November 2008 habe der Beschwerdeführer niederschriftlich vor der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice bezüglich seiner selbständigen Erwerbstätigkeit bekannt gegeben, dass er früher auf Honorarbasis Bücher geschrieben habe; 2008 habe er diese Tätigkeit nicht ausgeübt. Es gebe keinen Gewerbeschein und auch keine Gewerbeanmeldung. Sollte er eine selbständige Tätigkeit ausüben oder ein Einkommen daraus erzielen, so würde er dies sofort dem Arbeitsmarktservice bekannt geben.

Auf Grund dieser Angaben des Beschwerdeführers sei ihm Arbeitslosengeld vom 4. November 2008 bis 15. März 2009 in der Höhe von EUR 43,71 täglich zuerkannt und angewiesen worden. Mit Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit per 16. März 2009 habe sich der Beschwerdeführer vom Leistungsbezug abgemeldet.

In weiterer Folge sei der Beschwerdeführer vom 16. März bis 5. Juli 2009, vom 6. Juli bis 28. August 2009 und vom 1. September bis 7. November 2009 bei verschiedenen Filmproduktionsunternehmen vollversichert beschäftigt gewesen. Vom 8. November bis 12. November 2009 habe er eine Urlaubsschädigung bezogen. Am 12. November 2009 habe er wiederum einen Antrag auf Zuerkennung des Arbeitslosengeldes bei der zuständigen regionalen Geschäftsstelle gestellt. Im Antrag auf Zuerkennung des Arbeitslosengeldes vom 12. November 2009 habe er wiederum die Frage verneint, ob er derzeit in Beschäftigung stehe bzw ob er selbständig erwerbstätig sei. Die Frage, ob er selbständig erwerbstätig gewesen sei, habe der Beschwerdeführer bejaht, die Frage nach einem eigenen Einkommen verneint.

In einer niederschriftlichen Einvernahme vor der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice vom 2. Dezember 2009 habe der Beschwerdeführer, zu seiner selbständigen Tätigkeit befragt, ausgeführt, dass er für ein Drehbuch die Verwertungsrechte verkauft habe. Der Optionsvertrag für die Verwertung des Drehbuchs sei mit Ende Juli 2009 ausgelaufen. Für diesen Vertrag habe er im April 2009 EUR 10.500,--

brutto erhalten. Sonst habe er keine weiteren Einkünfte.

Auf Grund dieser Angaben sei dem Beschwerdeführer ab 13. November 2009 Arbeitslosengeld mit einem Tagsatz in der Höhe von EUR 45,81 zuerkannt und angewiesen worden. In weiterer Folge sei der Beschwerdeführer zwischen 1. Jänner 2010 und 31. Oktober 2011 immer wieder im Leistungsbezug, unterbrochen durch vollversicherte Dienstverhältnisse, gestanden.

Aus den Verfahrensunterlagen gehe hervor, dass für den Beschwerdeführer während des Leistungsbezugs aus der Arbeitslosenversicherung keine Speicherung einer Pflichtversicherung auf Grund selbständiger Erwerbstätigkeit im Jahr 2009 beim Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger aufgezeichnet gewesen sei.

Auf Grund einer Überlagerungsmeldung des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger vom 22. Juli 2011 habe die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice davon Kenntnis erlangt, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2009 auf Grund selbständiger Erwerbstätigkeit pflichtversichert gewesen sei. Die Versicherungszeit auf Grund dieser selbständigen Tätigkeit sei mit der Qualifikation "F3" gespeichert; diese Qualifikation beinhalte auch die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung.

Das örtlich zuständige Finanzamt habe am 1. März 2011 den Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2009 erlassen. Laut diesem Einkommensteuerbescheid habe der Beschwerdeführer im Jahr 2009 EUR 8.105,76 an Einkünften aus selbständiger Arbeit erzielt.

Am 27. Oktober 2011 habe die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft der belangten Behörde telefonisch bekannt gegeben, dass der Beschwerdeführer am 2. Mai 2001 eine selbständige Erwerbstätigkeit als "Autor (Bühne; Kabarettist; Film; Lieder)" bekannt gegeben habe. Eine Beendigung der Tätigkeit sei nicht gemeldet worden. Außer in den Jahren 2002 und 2009 sei das Einkommen des Beschwerdeführers aus selbständiger Tätigkeit stets unter der geltenden Geringfügigkeitsgrenze gelegen. In den Jahren 2002 und 2009 sei das Einkommen jedoch über der Geringfügigkeitsgrenze gelegen und daher sei es zu einer nachträglichen Speicherung für diese Jahre gekommen. Weiters habe die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft bekannt gegeben, dass der Beschwerdeführer der Sozialversicherungsanstalt per E-Mail im März 2011 bekannt gegeben habe, dass sein Einkommen im Jahr 2009 doch über der Geringfügigkeitsgrenze liegen werde.

Aus dem von der Sozialversicherungsanstalt weitergeleiteten Schreiben des Beschwerdeführers vom 28. Februar 2011 gehe hervor, dass dieser im Rahmen der Erstellung seiner Einnahmen-Ausgaben-Rechnung für das Jahr 2009 habe feststellen müssen, dass er mit seinen Einkünften in diesem Jahr voraussichtlich über der Versicherungsgrenze liegen werde.

Von der belangten Behörde werde daher festgestellt, dass entgegen dem Vorbringen des Beschwerdeführers von einer durchgehenden selbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen sei. Dies werde durch die Angaben der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft eindeutig bestätigt. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Auszüge aus der Broschüre "selbständig, unselbständig, erwerbslos" fänden nur auf befristete Tätigkeiten Anwendung; eine solche liege jedoch nicht vor.

Aus den Verfahrensunterlagen gehe hervor, dass der Beschwerdeführer zuletzt am 5. September 2011 seinen Anspruch auf Arbeitslosengeld erfolgreich geltend gemacht habe. Aus dem Auszug des Hauptverbandes der österreichischen Sozialversicherungsträger vom 20. Jänner 2012 gehe hervor, dass der Beschwerdeführer vom 6. September bis 18. September 2011 Arbeitslosengeld bezogen habe, vom 19. September bis 30. September 2011 als Angestellter bei der M-Film GmbH vollversichert beschäftigt gewesen sei und für den 1. Oktober 2011 eine Urlaubsentschädigung lukriert habe. Vom 2. Oktober bis 31. Oktober 2011 sei er wiederum im Arbeitslosengeldbezug gestanden. Seit 12. Dezember 2011 "bis laufend" sei er als Angestellter wiederum bei der M-Film GmbH vollversichert beschäftigt.

Aus den rechtskräftigen Einkommensteuerbescheiden des zuständigen Finanzamts für die Jahre 2007 und 2008 gehe hervor, dass der Beschwerdeführer auch in diesen Jahren seine "Aktivitäten" aus selbständiger Arbeit namhaft gemacht habe. In diesen Jahren sei ein Verlust aus selbständiger Arbeit vom Finanzamt festgestellt worden.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde aus, es sei zu prüfen, ob "eine nachhaltige Tätigkeit auf Basis Selbständigkeit" vorliege oder ob jeweils - wie vom Beschwerdeführer behauptet - dieser im Rahmen von befristeten Verträgen seiner selbständigen künstlerischen Tätigkeit nachkomme. Am 27. Oktober 2011 habe die Sozialversicherungsanstalt bekannt gegeben, dass der Beschwerdeführer am 2. Mai 2001 eine selbständige Erwerbstätigkeit als "Autor (Bühne; Kabarettist; Film; Lieder)" der Sozialversicherungsanstalt bekannt gegeben habe. Eine Beendigung dieser Tätigkeit habe er nicht gemeldet. Das heiße, er habe gewusst, dass er immer

wieder bei sich bietender Gelegenheit künstlerisch - so zB als Autor eines Drehbuches - tätig werde. Andernfalls hätte er der Sozialversicherungsanstalt die endgültige Beendigung seiner künstlerischen Aktivitäten gemeldet und nicht jährlich sein Einkommen aus dieser Tätigkeit beobachtet und bei Überschreiten der entsprechenden Einkommensgrenzen Meldung an die Sozialversicherungsanstalt erstattet - so wie zuletzt im Jahr 2009.

Aufgrund des festgestellten Sachverhalts - so insbesondere aufgrund der der Sozialversicherungsanstalt bekanntgegebenen künstlerischen Tätigkeit seit 2. Mai 2001 und der festgestellten Nachhaltigkeit der Tätigkeit des Beschwerdeführers sei der Schluss einer durchgehenden selbständigen Tätigkeit zu ziehen. Die Einstellung des Arbeitslosengelds gemäß § 7 Abs 2 iVm § 12 Abs 1 Z 1 AIVG und § 24 Abs 1 AIVG mit 1. November 2011 habe daher mangels Arbeitslosigkeit zu erfolgen gehabt.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der mit Beschluss vom 11. Juni 2012, ZI B 241/12-5, die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten hat.

In der auftragsgemäß ergänzten Beschwerde beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

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

1. Gemäß § 7 Abs 1 Z 1 hat Anspruch auf Arbeitslosengeld, wer (unter anderem) der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht.

Gemäß § 7 Abs 2 AIVG steht der Arbeitsvermittlung zur Verfügung, wer eine Beschäftigung aufnehmen kann und darf (Abs 3) und arbeitsfähig (§ 8), arbeitswillig (§ 9) und arbeitslos (§ 12) ist.

§ 12 AIVG idF BGBl I Nr 104/2007 lautet (auszugsweise):

"§ 12. (1) Arbeitslos ist, wer

1. eine (unselbständige oder selbständige) Erwerbstätigkeit (Beschäftigung) beendet hat,
2. nicht mehr der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung unterliegt oder dieser ausschließlich auf Grund des Weiterbestehens der Pflichtversicherung für den Zeitraum, für den Kündigungsentschädigung gebührt oder eine Ersatzleistung für Urlaubsentgelt oder eine Urlaubsabfindung gewährt wird (§ 16 Abs. 1 lit. k und l), unterliegt und
3. keine neue oder weitere (unselbständige oder selbständige) Erwerbstätigkeit (Beschäftigung) ausübt.

(...)

(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;

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;

(...)"

2. Der Beschwerdeführer bestreitet in seiner Beschwerde, "im besagten Zeitraum" selbständig tätig gewesen zu sein; er habe auch kein Einkommen aus selbständiger Tätigkeit erzielt. In Verkennung der Rechtslage habe die belangte Behörde "jegliche Ermittlungstätigkeit" in einem entscheidenden Punkt, nämlich zur Frage, inwieweit eine tatsächliche selbständige Tätigkeit "im Zeitraum des Arbeitslosengeldbezugs vorliegt", unterlassen und sich ausschließlich auf die Auskunft der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft aus dem Jahr 2001 berufen. Die belangte Behörde hätte schon daraus und aus dem erzielten Einkommen schließen können, dass sich der Berufsstatus des Beschwerdeführers verändert habe, jedenfalls aber nicht von einer durchgehenden selbständigen Tätigkeit ausgegangen werden könne. Daraus, dass der Beschwerdeführer gelegentlich Einkommen aus selbständiger Tätigkeit beziehe, ziehe die belangte Behörde den Gegenschluss, dass dies ein Hinweis darauf sei, dass der Beschwerdeführer durchgehend selbständig erwerbstätig sei.

Weiters führt der Beschwerdeführer aus, dass er zwar "bei der GSVG Versicherung gemeldet" gewesen sei, jedoch mangels Einkommens nicht versicherungspflichtig gewesen sei. Er habe die belangte Behörde mehrmals darauf hingewiesen, dass die verlangte "Ruhendmeldung" laut Auskunft der Sozialversicherungsanstalt nicht erfolgen könne.

Eine Person, die selbständig erwerbstätig sei, gelte grundsätzlich als durchgehend erwerbstätig, es sei denn, es lägen besondere Umstände vor, aus denen eindeutig zu ersehen sei, dass dies nicht der Fall sei. Die belangte Behörde habe es trotz einer dahingehenden Verpflichtung unterlassen, Beweise aufzunehmen, aus denen die lediglich befristeten selbständigen Tätigkeiten des Beschwerdeführers ersichtlich seien. Die belangte Behörde habe den im behördlichen Verfahren bisher unvertretenen Beschwerdeführer insbesondere nicht dazu angeleitet, Urkunden vorzulegen, aus denen sich die befristeten selbständigen Tätigkeiten des Beschwerdeführers zumindest hätten ergeben können, was aber jedenfalls aufgrund der Verpflichtung zur Erforschung der materiellen Wahrheit geboten gewesen wäre. Erst nach Ermittlung dieser Umstände hätte die belangte Behörde über die Frage der durchgehenden selbständigen Erwerbstätigkeit entscheiden dürfen.

3. Die belangte Behörde stützte die Einstellung des Arbeitslosengeldbezugs des Beschwerdeführers ab 1. November 2011 im Wesentlichen darauf, dass aufgrund der künstlerischen Tätigkeit des Beschwerdeführers seit 2. Mai 2001 "und der festgestellten Nachhaltigkeit seiner Tätigkeit" der Schluss "einer durchgehenden selbständigen Tätigkeit" zu ziehen sei. Die Feststellungen des angefochtenen Bescheids lassen weiters erkennen, dass der Beschwerdeführer im Kalenderjahr 2009 der Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem GSVG unterlag.

Nach dem Wortlaut des § 12 Abs 1 AIVG sind die in Z 1 bis 3 dieser Bestimmung festgelegten Voraussetzungen an sich kumulativ zu erfüllen (arg: "und" am Ende der Z 2); es ist daher nicht nur erforderlich, dass die Erwerbstätigkeit beendet ist, sondern dass darüber hinaus (abgesehen von hier nicht relevanten Ausnahmen) auch keine Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung mehr besteht, sowie, dass schließlich keine "neue oder weitere" Erwerbstätigkeit ausgeübt wird (vgl das hg Erkenntnis vom 2. Mai 2012, ZI 2011/08/0194). Bei Vorliegen einer Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung ist Arbeitslosigkeit gemäß § 12 Abs 1 Z 2 AIVG jedenfalls ausgeschlossen (vgl das hg Erkenntnis vom 6. Juni 2012, ZI 2012/08/0067).

Die Feststellungen des angefochtenen Bescheids zum Vorliegen einer Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung nach dem GSVG beziehen sich ausschließlich auf das Jahr 2009. Für die verfahrensgegenständliche Einstellung des Arbeitslosengeldes ab 1. November 2011 mangels Arbeitslosigkeit ist daraus nichts zu gewinnen.

Doch auch die - vom Beschwerdeführer im Wesentlichen nicht bestrittene - Feststellung, dass dieser seit 2. Mai 2001 eine künstlerische Tätigkeit ausübe, lässt nicht automatisch den Schluss zu, dass Arbeitslosigkeit im Sinne des § 12 Abs 1 AIVG nicht vorlag:

Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Ausübung einer "geringfügigen Erwerbstätigkeit" in den in § 12 Abs 6 AIVG näher festgelegten Grenzen Arbeitslosigkeit im Sinne des § 12 Abs 1 AIVG nicht ausschließt, egal ob diese Erwerbstätigkeit (Beschäftigung) noch während der aufrechten (anwartschaftsbegründenden oder die Arbeitslosigkeit nach § 12 Abs 3 AIVG ausschließenden) Erwerbstätigkeit oder erst nach deren Beendigung aufgenommen wird, sofern keine Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung (§ 12 Abs 1 Z 2 AIVG) vorliegt (vgl erneut das hg Erkenntnis vom 2. Mai 2012, ZI 2011/08/0194).

Der Beschwerdeführer behauptet in seiner Beschwerde - wie schon im Verwaltungsverfahren -, dass er über kein Einkommen aus seiner selbständigen Tätigkeit verfüge. Geht man davon aus, dass der Beschwerdeführer als Kunstschaffender vom Pflichtversicherungstatbestand des § 2 Abs 1 Z 4 GSVG erfasst wird, tritt eine Pflichtversicherung nach dieser Bestimmung nur dann ein, wenn ein rechtskräftiger Einkommensteuerbescheid oder ein sonstiger maßgeblicher Einkommensnachweis vorliegt bzw der Versicherte erklärt, dass seine Einkünfte im Kalenderjahr die in Betracht kommende Versicherungsgrenze übersteigen werden.

Anhand der Feststellungen des angefochtenen Bescheids lässt sich das Vorliegen dieser Voraussetzungen für das Kalenderjahr 2011 jedoch nicht beurteilen, da sich die Begründung des angefochtenen Bescheids im Wesentlichen auf die selbständige Tätigkeit des Beschwerdeführers im Kalenderjahr 2009 bezieht. Die Feststellungen des angefochtenen Bescheids bieten auch keine Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der vom Beschwerdeführer ausgeübten "künstlerischen Tätigkeit seit 02.05.2001" um die anwartschaftsbegründende Tätigkeit gehandelt hätte, die beendet hätte werden müssen, um die Voraussetzung des § 12 Abs 1 Z 1 AIVG zu erfüllen (vgl dazu das hg Erkenntnis vom 23. Mai 2012, ZI 2011/08/0192), oder dass die vom Beschwerdeführer ausgeübte selbständige Tätigkeit dem Pflichtversicherungstatbestand des § 2 Abs 1 Z 1 GSVG unterlegen wäre und damit unabhängig vom erzielten Einkommen die Pflichtversicherung in der Pensionsversicherung ausgelöst hätte (vgl das hg Erkenntnis vom 2. Mai 2012, ZI 2009/08/0155).

4. Der angefochtene Bescheid war daher wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs 2 Z 3 lit b VwGG aufzuheben.

Der Ausspruch über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2008, BGBl II Nr 455. Das Mehrbegehren war abzuweisen, weil die in dieser Verordnung enthaltene Pauschalierung die Umsatzsteuer bereits mit umfasst.

Wien, am 22. Juli 2013