jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2002/4/17 98/09/0174

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 17.04.2002

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
21/01 Handelsrecht;
40/01 Verwaltungsverfahren;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

Norm

AuslBG §2 Abs4 idF 1994/314;
AuslBG §34 Abs11 idF 1993/502;
AVG §39 Abs2;
AVG §46;
HGB §178;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn sowie Senatspräsident Dr. Höß und die Hofräte Dr. Fuchs, Dr. Blaschek und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Flendrovsky, über die Beschwerde der I Gesellschaft m.b.H. in W, vertreten durch Dr. Rudolf Tobler, Dr. Karl-Heinz Götz und Dr. Rudolf Tobler jun., Rechtsanwälte in Neusiedl am See, Untere Hauptstraße 72, gegen den Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien vom 13. Dezember 1994, Zl. II c/6702 B, betreffend Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Arbeitsmarktservice Aufwendungen in der Höhe von EUR 332,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Schreiben vom 9. November 1993 beantragten die I Bau- und Steinmetz Gesellschaft m.b.H. (Erstantragstellerin = Beschwerdeführerin) sowie zwölf weitere namentlich bezeichnete Einschreiter (Zweit- bis Dreizehntantragsteller) beim zuständigen Arbeitsamt die Feststellung, dass die Tätigkeit der Letztgenannten als atypisch stille Gesellschafter der Beschwerdeführerin keiner Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) bedürfe; in eventu wurde der Antrag gestellt, dass durch die zwölf namentlich genannten ausländischen Antragsteller, die als atypische

Gesellschafter an der Beschwerdeführerin beteiligt seien, ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin tatsächlich persönlich ausgeübt werde. Vorgelegt wurde die Kopie eines zwischen der Beschwerdeführerin und den zwölf Ausländern abgeschlossenen (undatierten) Gesellschaftsvertrags (laut Eingangsstempel des Finanzamts für Gebühren und Verkehrssteuern bei demselben am 1. Dezember 1992 (zur Vergebührung) eingelangt), der nach seinem Punkt 5 ab 1. Oktober 1992 rechtwirksam wurde. Die Antragsteller vertraten dabei die Rechtsauffassung, dass die durch die Novelle BGBl. Nr. 501/1993 eingefügte, am 1. August 1993 in Kraft getretene Bestimmung des § 2 Abs. 4 AuslBG auf Gesellschaftsverträge, die - wie der ihre - bereits vor diesem Zeitpunkt "verwirklicht" worden seien, keine Anwendung finde. Die Zweit- bis Dreizehntantragsteller (Anmerkung: die laut Gesellschaftsantrag als stille Gesellschafter mit einer Einlage an der Beschwerdeführerin beteiligt und außerdem zur persönlichen Mitwirkung und Mitarbeit zur Erreichung des Gesellschaftszwecks verpflichtet sind) seien keine "reinen" Arbeitsgesellschafter; sie seien vielmehr Gesellschafter einer Personengesellschaft, nämlich einer stillen Gesellschaft, und als atypisch still beteiligte Gesellschafter Mitunternehmer. Auch nach § 2 Abs. 4 AuslBG in der derzeit geltenden Fassung sei die Tätigkeit eines Gesellschafters einer Personengesellschaft, der auch mit einer Kapitaleinlage beteiligt und daher nicht bloß ein Arbeitsgesellschafter sei, nicht bewilligungspflichtig, was sich aus dem aus der in Z. 2 für die Gesellschaft m.b.H. getroffenen Regelung zu ziehenden Umkehrschluss ergebe. Außerdem gehe aus dem Gesellschaftsvertrag hervor, dass dem Zweit- bis Dreizehntantragsteller (und zwar jedem von ihnen) ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung eingeräumt sei (Hinweis auf das Recht auf Einsichtnahme in die Handelsbücher (Korrespondenz, Fakturen), auf "Intervention" bei der Inventur und auf sämtliche Auskünfte und Aufklärungen, die sie als stille Gesellschafter für erforderlich hielten). Die Genannten seien auch seit der Begründung des Beteiligungsverhältnisses laufend über sämtliche Geschäftsfälle zu informieren gewesen; wesentliche Entscheidungen, die das Unternehmen beträfen, seien im Rahmen von Gesellschafterversammlungen zu treffen gewesen. Dies sei schon deswegen erforderlich gewesen, weil eine Reihe von Geschäften nur mit vorheriger Zustimmung der stillen Gesellschafter hätten vorgenommen werden dürfen (insbesondere der Abschluss von Miet- und Bestandsverträgen über Liegenschaften, die Errichtung und Schließung von Zweigniederlassungen und Betriebsstätten, aber auch Investitionen, soweit diese im Einzelnen S 100.000,-- oder insgesamt in einem Geschäftsjahr S 500.000,-- überstiegen, die Aufnahme von Darlehen und Krediten, die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik). Diese Mitbestimmungsrechte hätten die Zweit- bis Dreizehntantragsteller auch "in praxi" in Anspruch genommen und an der Gestaltung der Gesellschaftsverhältnisse federführend und maßgebend mitgewirkt. Zum Beweis dafür werde die Einvernahme der Zweit- bis Dreizehntantragsteller sowie des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin beantragt.

Die stillen Gesellschafter seien auch im Rahmen ihrer Tätigkeit nicht in die Hierarchie des Unternehmens eingeordnet worden und an keine, nicht durch die Natur der Tätigkeit bedingte Weisung der Unternehmensinhaberin gebunden. Sie seien auch niemals verpflichtet, in eigener Person tätig zu werden und hätten keinen Anspruch auf ein bestimmtes, gewinnunabhängiges Entgelt und Ersatz der Mühen, sondern nur einen Anspruch auf den ihnen zugesagten bzw. mit der Unternehmensinhaberin vereinbarten Gewinnanteil. Zum Beweis dafür wurde der Gesellschaftsvertrag sowie die Einvernahme der Betroffenen angeboten.

Aus diesen Umständen ergebe sich, dass durch die vorliegende Gesellschaftsverbindung und durch die Tätigkeit "nie und nimmer" ein Arbeitsverhältnis begründet und durch die erst am 1. August 1993 in Kraft getretene Novelle keine Bewilligungspflicht ausgelöst worden sei. Hilfsweise werde durch die Vorlage der Vertragsurkunde und durch die oben angeführten Beweismittel unter Beweis gestellt, dass den Zweit- bis Dreizehntantragstellern jedenfalls ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft (Erstantragstellerin = Beschwerdeführerin) zustehe, der von ihnen tatsächlich persönlich ausgeübt werde.

Nach dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag (Punkt 1 und 3) sind die Zweit- bis Dreizehntantragsteller mit einer Einlage von S 3.260,-- bis 6.395,-- (insgesamt mit S 60.000,--) an der Beschwerdeführerin als stille Gesellschafter beteiligt. Dem entspricht eine Beteiligung an Gewinn und Substanz zwischen 3,3 und 6,4 Prozent. Am Verlust nehmen die stillen Gesellschafter nur bis zur Höhe der Einlage teil.

Der zweite bis vierte Absatz des Punktes 3 des Gesellschaftsvertrags lauten:

"Im Hinblick auf die Verpflichtung der Gesellschafter zur persönlichen Mitwirkung und Mitarbeit zur Erreichung des Unternehmenszweckes räumt die Unternehmensinhaberin I Bau und Steinmetz Ges.m.b.H. den Stillen Gesellschaftern das Recht zur Entnahme von jeweils S 96.000,-- pro Geschäftsjahr ein. Die Entnahme kann in monatlichen Teilbeträgen von jeweils S 8.000,--, jeweils am 30. eines jeden Monats getätigt werden. Für das laufende Rumpfgeschäftsjahr darf

allerdings nur ein Betrag von S 24.000,-- pro Gesellschafter entnommen werden.

Diese Entnahme ist mit dem Gewinnanteile der Gesellschafter zu verrechnen.

Darüberhinaus sind die Gesellschafter berechtigt, die zur Abdeckung der privaten Steuerlasten, die aus diesem Gesellschaftsverhältnis entstehen, erforderlichen Beträge zu Lasten des Gesellschaftskontos in Anrechnung auf den den stillen Gesellschaftern jeweils zustehenden Gewinnanteil zu entnehmen."

Punkt 4 des Gesellschaftsvertrags lautet:

"4) Die stillen Gesellschafter sind jederzeit berechtigt, in die Handelsbücher, Korrespondenz und Fakturen Einsicht zu nehmen, bei der alljährlich aufzunehmenden Inventur zu intervenieren und von dem Geschäftsinhaber Auskünfte und Aufklärungen über den Stand der Geschäfte zu verlangen. Folgende Geschäfte dürfen nur mit vorheriger Zustimmung der stillen Gesellschafter vorgenommen werden:

4.1 Der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen sowie der Erwerb, die Veräußerung und die Stilllegung von Unternehmen, Betrieben und/oder Betriebsstätten, dies ohne Rücksicht auf den Gegenstandswert;

4.2. Der Erwerb, die Veräußerung und die Belastung, ferner die Anmietung oder die Vermietung von Liegenschaften, ohne Rücksicht auf den Gegenstandswert;

4.3. Die Errichtung und die Schließung von Zweigniederlassungen und/oder weiteren Betriebsstätten;

4.4. Investitionen, die im einzelnen S 100.000,-- oder insgesamt in einem Geschäftsjahr S 500.000,-- übersteigen;

zu den Investitionen ist auch der Abschluss von Leasingverträgen über Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens zu zählen, wenn die maßgebenden Gesamtinvestitionskosten des Leasinggeschäftes die vorgenannten Wertgrenze übersteigen;

4.5. Die Aufnahme von Darlehen und Krediten, die im einzelnen S 100.000,-- und insgesamt in einem Geschäftsjahr S 500.000,-- übersteigen;

4.6. Die Gewährung von Darlehen und Krediten, soweit dies nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehört, ohne Rücksicht auf den Gegenstandswert;

4.7. Die Festlegung allgemeiner Grundsätze der Geschäftspolitik;

4.8. Die Zusage von Gewinn- und Umsatzbeteiligungen (ausgenommen bei Aufnahme weiterer stiller Gesellschafter), die Gewährung von Subprovisionen (der Abschluss von Dienstverträgen mit üblichen Bedingungen ist der Unternehmensinhaberin I Bau und Steinmetz Ges.m.b.H. allerdings auch ohne Einholung der Zustimmung der stillen Gesellschafter erlaubt)."

Nach Punkt 7 des Gesellschaftsvertrags wird abweichend von den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die typische stille Gesellschaft gemäß §§ 178 ff HGB zwischen den Vertragsteilen festgelegt, dass die stillen Gesellschafter "atypisch stille Gesellschafter und sohin stille Mitunternehmer" sind. Aus diesem Grund verbleibe bei Beendigung des Vertragsverhältnisses das Vermögen des Betriebs der Geschäftsinhaberin I Bau und Steinmetz Gesellschaft m.b.H., doch stehe den stillen Gesellschaftern im Innenverhältnis der vereinbarte Anteil nicht nur am Gewinn des Betriebes, sondern auch am Wert des Geschäftsvermögens einschließlich stiller Reserven, Firmenwert und nicht realisierten Wertsteigerungen des Betriebsvermögens zu.

Die Punkte 9 und 10 regeln näher die Grundsätze für die am Jahresende aufzunehmende Inventur und den Jahresabschluss sowie die sich auf den letzteren beziehenden Informations- und Kontrollrechte der Gesellschafter (Zustellung durch eingeschriebenen Brief oder persönliche Aushändigung; Recht des Gesellschafters auf Überprüfung durch beeideten Buchsachverständigen; Fiktion der Genehmigung des Rechnungsabschlusses bei Nichterhebung von begründeten Bemängelungen innerhalb von einem Monat ab Empfang des Jahresabschlusses).

Die Punkte 12 und 13 des Gesellschaftsvertrags lauten:

"12) Sämtliche stille Gesellschafter, also sowohl die vertragsabschließenden als auch allenfalls später von der Unternehmensinhaberin neu aufgenommene stille Gesellschafter sind verpflichtet und berechtigt, zur Erreichung der Gesellschaftszwecke und zur Erfüllung der von der Gesellschaft übernommenen Verpflichtungen persönlich

mitzuarbeiten. Dadurch wird ein Dienstverhältnis zwischen der Gesellschaft und den mitarbeitenden Gesellschaftern nicht begründet, sondern ist diese Mitwirkung Ausfluss der Mitunternehmerstellung der stillen Gesellschafter.

13) Für die Mitwirkung der stillen Gesellschafter gelten nachstehende Rahmenbedingungen:

a) Die stillen Gesellschafter haben Tätigkeiten zu entfalten, solange und sooft es das Interesse des Unternehmens und der von diesem Unternehmen verfolgte Zweck erfordert.

Im Rahmen dieser Tätigkeit erfolgt keinerlei Einordnung in die Hierarchie des Unternehmens; im Rahmen dieser Tätigkeit sind die stillen Gesellschafter auch an keine, nicht durch die Natur der Tätigkeit bedingte Weisung des Unternehmensinhabers gebunden.

Die Tätigkeit ist unter Beachtung des Unternehmenszweckes und des Grundsatzes von Treu und Glauben, der diesen Gesellschaftsvertrag zu Grunde liegt, zu erbringen.

b) Die stillen Gesellschafter sind nicht verpflichtet, die Tätigkeit in eigener Person zu erbringen, sondern können sich zur Erfüllung Personen, die für die Tätigkeit geeignet sind und die hiefür erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse haben, bedienen.

Die beigestellten Erfüllungsgehilfen stehen in keiner direkten Vertragsverbindung mit dem Unternehmensinhaber und haben dem Unternehmensinhaber gegenüber keinen Anspruch auf Entlohnung.

Der stille Gesellschafter hat für seine persönliche Tätigkeit keinen Anspruch auf Entlohnung, sondern nur auf den vereinbarten Gewinnanteil, dies unabhängig davon, ob er die Mitarbeit in eigener Person oder aber durch Beistellung von Erfüllungsgehilfen erbringt.

Die stillen Gesellschafter sind bei Erbringung ihrer Mitarbeit über die Art ihrer Tätigkeit an keinerlei Weisungen der Unternehmensinhaberin gebunden, haften jedoch für Schäden, die durch ihre Tätigkeit oder die Tätigkeit der von ihnen bestellten Erfüllungsgehilfen verschuldet werden.

Sollten die stillen Gesellschafter an der persönlichen Erfüllung der auf Grund ihrer Verpflichtung zur Mitarbeit zu erbringenden Leistungen verhindert sein, haben sie dafür Sorge zu tragen, dass diese Leistung durch von ihnen zu bestellende Erfüllungsgehilfen ordnungsgemäß erfüllt werden."

Das zuständige Arbeitsamt forderte die Antragsteller mit Schreiben vom 18. November 1993 auf, innerhalb einer bestimmten Frist alle vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern, Niederschriften über die Sitzungen der Generalversammlung, z.B. das Protokollbuch, in dem die Beschlüsse der Generalversammlung festgehalten seien, vorzulegen. Dem kamen die Antragsteller nicht nach.

Mit Bescheid vom 6. Dezember 1993 gab das Arbeitsamt Bau-Holz "dem Antrag gemäß § 2 Abs. 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz der Firma I Bau- und Steinmetz Gesellschaft mbH" auf Feststellung, dass zwölf namentlich genannte Gesellschafter tatsächlich persönlich wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausübten, nicht statt. Die Behörde erster Instanz wertete den ihr vorgelegten Gesellschaftsvertrag (insbesondere die Beteiligung der stillen Gesellschafter mit 3,3 bis 6,4 Prozent am Gewinn, ihre Verpflichtung und Berechtigung, zur Erreichung der von der Gesellschaft übernommenen Verpflichtungen persönlich mitzuarbeiten und das damit im Zusammenhang stehende Recht auf Entnahme monatlicher Teilbeträge von S 8.000,-- sowie bestimmter ihnen eingeräumter Kontrollrechte) in Verbindung mit der Nichtvorlage der im Behördenvorhalt vorgeschriebenen Vorlage bestimmter Unterlagen unter dem Gesichtspunkt des § 2 Abs. 4 Satz 2 Z. 2 und Satz 3 des AuslBG dahin, es sei kein Nachweis dafür erbracht worden, dass die "betroffenen Gesellschafter" einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübten.

In ihrer Berufung rügte die Beschwerdeführerin - soweit dies aus der Sicht des Beschwerdefalles noch von Bedeutung ist -, die Behörde erster Instanz habe es unterlassen, auf Grund des vorgelegten Gesellschaftsvertrages wesentliche Feststellungen zu treffen (keine Bindung der stillen Gesellschafter bei Ausübung einer Tätigkeit an nicht durch die Natur der Tätigkeit bedingte Weisungen des Unternehmensinhabers; keine Verpflichtung zur persönliche Erbringung solcher Tätigkeiten; kein direktes Vertragsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den von einem stillen Gesellschafter zur Erbringung von Leistungen eingesetzten Erfüllungsgehilfen; keine Darstellung der weit gehenden Genehmigungs- und Zustimmungsrechte der stillen Gesellschafter). Schon im Hinblick auf dieses weit gehende, im

erstinstanzlichen Bescheid nicht festgestellte, aus der Vertragsurkunde klar ableitbare Zustimmungsrecht ergebe sich eindeutig, dass von den Gesellschaftern ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich ausgeübt werde.

In der Folge legte die Beschwerdeführerin mit ihrer an die Behörde erster Instanz gerichteten Eingabe vom 5. Mai 1994 Kasseneingangsbelege über die Einzahlung der Gesellschaftereinlagen sowie Entnahmebestätigungen von neun stillen Gesellschaftern im Zeitraum von Oktober 1992 bis einschließlich November 1993 und deren Einkommenssteuererklärungen für das Jahr 1992 vor.

Mit Schreiben vom 6. Mai 1994 forderte die belangte Behörde die Beschwerdeführerin auf, es sei bei Ermittlung des tatsächlichen rechtlichen Gehalts des vorgelegten Gesellschaftsvertrags zu prüfen, ob jeder der beantragten atypischen Gesellschafter über eine eigene Gewerbeberechtigung verfüge. Eine solche sei bei dieser Fallkonstellation erforderlich, wenn neben der Vermögenseinlage die Vereinbarung zu einer Arbeitsleistung bestehe (Hinweis auf das zur GewO ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. März 1986, Zl. 85/04/0147). Die im Beschwerdefall durch den Gesellschaftsvertrag ausgewiesenen atypischen stillen Gesellschafter könnten auch nicht mit dem Arbeitsgesellschafter einer GmbH verglichen werden, die keiner gewerberechtlichen Bewilligung bedürften. Bei Vorliegen einer Gewerbeberechtigung bestehe im Beschwerdefall keine Bewilligungspflicht nach § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG. Werde ein atypischer Gesellschafter ohne Gewerbeberechtigung eingesetzt, liege darin ein Verstoß gegen die GewO, das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb und das AuslBG. Die Beschwerdeführerin habe die Gelegenheit, die einzelnen Gewerbeberechtigungen innerhalb von 14 Tagen vorzulegen.

In ihrer Stellungnahme vom 27. Mai 1994 hielt die Beschwerdeführerin ihr bisheriges Beweisangebot zum Nachweis dafür, dass die atypisch still beteiligten Gesellschafter auf die Geschäftsführung tatsächlich persönlich einen wesentlichen Einfluss ausübten, aufrecht und begehrte neuerlich die Einvernahme ihres Geschäftsführers sowie der atypisch still beteiligten Gesellschafter an der durch diese Beteiligung zu Stande gekommenen Personengesellschaft. Durch diese Einvernahme könne der von der erstinstanzlichen Behörde vermisste Nachweis wohl unstrittig erbracht werden. Neuerlich brachte die Beschwerdeführerin vor, dass ihrer Auffassung nach § 2 Abs. 4 zweiter Satz Z. 1 AuslBG im Beschwerdefall nicht anzuwenden und daher daraus keine Bewilligungspflicht abzuleiten sei. Sie trat auch der Erforderlichkeit einer gewerberechtlichen Bewilligung für die Ausübung der Tätigkeit der atypischen stillen Gesellschafter entgegen. Abgesehen davon, dass ihrer Auffassung nach gar kein Verstoß gegen die GewO (das genannte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes betreffe nicht die vorliegende Fallkonstellation, weil die Position der atypischen Gesellschafter im Beschwerdefall der eines Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft entspreche und daher § 9 Abs. 3 GewO analog anzuwenden sei) und das UWG vorliege, ergebe sich selbst bei einem Verstoß gegen die genannten Bestimmungen nicht auch ein Verstoß gegen das AuslBG. Ob für (atypische stille) Gesellschafter eine Gewerbeberechtigung erlangt worden sei oder nicht, sei für die Beurteilung des Gesellschaftsverhältnisses, ob unter dem Blickwinkel des AuslBG ein bewilligungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliege, rechtlich unerheblich. Eine Tätigkeit, die allenfalls gegen die GewO bzw. das UWG verstoße, müsse nicht den Bestimmungen des AuslBG zuwiderlaufen. Ersteres sei auch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

Mit Schreiben vom 8. September 1994 forderte die belangte Behörde die Beschwerdeführerin auf, folgende für die Beurteilung der Berufung erforderlichen Nachweise vorzulegen:

"-

Bekanntgabe der Baustellen bzw. Aufträge (Anschriften) und durchgeführten Arbeiten ab August 1994 inklusive der Dauer und des Umfangs der zu bezeichnenden Arbeiten. Hinweise auf zukünftige Baustellen bzw. Aufträge mit obigen Angaben;

-

örtlicher Bereich der Baustellen nach Bundesländern;

-

zu Punkt 13a des Gesellschaftsvertrages - Tagesprotokolle über die an obigen Arbeitsorten den einzelnen Gesellschaftern zugewiesenen Tätigkeiten. Wer weist die Tätigkeiten den einzelnen Gesellschaftern zu ? Die Protokolle sollten den Rückschluss auf die den einzelnen Gesellschaftern zugewiesenen Tätigkeit zulassen;

-

Bekanntgabe der Auszahlungen und Abrechnung an die Gesellschafter ab November 1993 bis laufend;

-

Bekanntgabe der beschäftigten Arbeitnehmer incl. Sozialversicherungsnummern und deren berufliche Tätigkeiten.

Die den einzelnen Gesellschaftern eingeräumte Substitutionsbefugnis in Verbindung mit der Weisungsfreiheit gegenüber dem Antragsteller bewirkt, dass obige Gesellschafter selbstständig erwerbstätig sind. Gewerbeberechtigungen wurden trotz Parteiengehör vom 6.5.1994 jedoch nicht vorgelegt.

Unkonkrete Stellungnahmen allgemeiner Art, die mangels Daten und Beweismittel nicht nachvollziehbar sind, können im Verfahren nur im nachvollziehbaren Ausmaß berücksichtigt werden."

In der Folge wurde der belangten Behörde das hg. Erkenntnis vom 1. Juni 1994, Zl.94/18/0258, bekannt. Mit diesem Erkenntnis bestätigte der Verwaltungsgerichtshof das gegenüber einem an der Beschwerdeführerin beteiligten atypischen stillen Gesellschafter (dem Drittantragsteller, der im Übrigen gleichfalls durch den Beschwerdevertreter dieses Verfahrens vertreten wurde) erlassene befristete Aufenthaltsverbot. Dieses war damit begründet worden, dass der (damalige) Beschwerdeführer am 5. November 1993 bei einer Beschäftigung betreten worden sei, die er nach dem AuslBG nicht hätte ausüben dürfen. In diesem fremdenpolizeilichen Verfahren hatte sich der damalige Beschwerdeführer auf die aus dem vorliegenden Gesellschaftsvertrag abgeleitete mangelnde Bewilligungspflicht seiner Tätigkeit nach dem AuslBG berufen. Die damals belangte Behörde war in Verbindung mit § 2 Abs. 4 zweiter Satz Z. 2 AuslBG davon ausgegangen, dass es im Hinblick auf den geringen Geschäftsanteil und die Stellung des (damaligen) Beschwerdeführers in der Gesellschaft offensichtlich sei, dass die Gründung einer Gesellschaft m.b.H. unter Beteiligung mehrerer atypischer stiller Gesellschafter nur dazu habe dienen können, das AuslBG zu umgehen. In der Beschwerde wurde gerügt, dass die Anwendung des § 2 Abs. 4 zweiter Satz Z. 2 AuslBG verfehlt sei, weil kein Fall einer Beteiligung als Kapitalgesellschafter, sondern ein solcher als atypischer stiller Gesellschafter vorliege. Durch die Beteilung des Beschwerdeführers als atypischer Gesellschafter an der Gesellschaft m.b.H. sei eine Personengesellschaft begründet worden. Es liege aber auch kein dem § 2 Abs. 4 zweiter Satz Z. 1 AuslBG, der auf das Vorliegen eines bloßen Arbeitsgesellschafters abstelle, zu unterstellender Sachverhalt vor, weil der (damalige) Beschwerdeführer sich an der Personengesellschaft (zusätzlich zu seiner persönlichen Tätigkeit) auch mit einer Kapitaleinlage beteiligt habe. Der Verwaltungsgerichtshof ließ es dahingestellt, ob nicht schon unter Zugrundelegung des Beschwerdevorbringens die vom Beschwerdeführer erbrachten Arbeitsleistungen dem Tatbestand des § 2 Abs. 4 zweiter Satz Z. 1 AuslBG unterstellt werden könnten. Vom "wahren wirtschaftlichen Gehalt" (nach dem ersten Satz des § 2 Abs. 4 AuslBG) her betrachtet sei aber der vorliegende Fall der stillen Beteiligung an einer Gesellschaft m.b.H., bei der die Vermögenseinlage i.S. von Vermögenswert aus Geld und Arbeitsleistungen bestehe, den Fällen des § 2 Abs. 4 zweiter Satz Z. 1 und 2 AuslBG darin gleichzuhalten, dass die vom (damaligen) Beschwerdeführer der Gesellschaft gegenüber erbrachten Arbeitsleistungen solche seien, die "typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden (§ 2 Abs. 4 AuslBG)".

Mit Schreiben vom 10. November 1994 teilte die belangte Behörde der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf dieses Erkenntnis mit, die bisherige Rechtsansicht, dass atypische stille Gesellschafter nicht unter die Bestimmung des § 2 Abs. 4 AuslBG fielen, werde revidiert. Die Beschwerdeführerin gab dazu trotz gebotener Gelegenheit keine Stellungnahme ab.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 13. Dezember 1994 gab die belangte Behörde der Berufung "gemäß § 2 Abs. 4 Ziffer 2 AuslBG" keine Folge. Gleichzeitig sprach sie aus, dass für die Beschäftigung der Gesellschafter als Arbeitsgesellschafter für die Firma I Gesellschaft m.b.H Beschäftigungsbewilligungen gemäß AuslBG Voraussetzung seien.

In der Begründung ging sie unter Hinweis auf das obzitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. Juni 1994 davon aus, dass im Beschwerdefall auf Grund der geringen Beteiligungsverhältnisse (Einlagen von insgesamt S 60.000.-- mit einem Gewinnanteil zwischen 3,3 bis 6,4 %) und der Art der Beteiligung als atypischer stiller Gesellschafter der Antragsteller den Nachweis im Sinn des § 2 Abs. 4 zweiter Satz AuslBG zu erbringen habe. Bei Erbringung von Arbeitsleistungen stelle das Gesetz die Vermutung der Erforderlichkeit einer Beschäftigungsbewilligung auf, die vom

Antragsteller widerlegt werden könne. Maßgebend für die Beurteilung sei der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform. Es komme daher nicht primär auf den Inhalt vorgelegter Verträge, sondern auf die tatsächlich gesetzten Handlungen an.

Aus dem dem Verfahren zu Grunde liegenden Antrag sowie den vorgelegten Auszahlungsbestätigungen gehe hervor, dass die "Arbeitsgesellschafter" bei der Firma I Gesellschaft mbH bereits beschäftigt worden seien; der Gesellschaftsvertrag mit den "Arbeitsgesellschaftern" sei seit 1. Oktober 1992 wirksam.

Aus den von der Beschwerdeführerin im Antrag geltend gemachten Rechten (Gewinnentnahme, Einsichtsrechte und zustimmungspflichtige Geschäfte) sei noch nicht zu entnehmen, dass die (atypischen stillen) Gesellschafter auch die Geschäftsführung (der Beschwerdeführerin) persönlich maßgebend beeinflussten. Auch die Festlegung der Grundsätze der Geschäftspolitik, die im Verfahren nicht vorgelegt worden seien, könne noch nicht als "tatsächlicher" maßgeblicher Einfluss gedeutet werden. Es handle sich um Mitwirkungs- und Zustimmungsrechte von stillen Gesellschaftern und nicht um Rechte von Gesellschaftern in Gesellschaftsversammlungen der Gesellschaft m.b.H. nach dem GmbH-Gesetz.

Nach Darstellung der Verpflichtung der atypischen stillen Gesellschafter zur persönlichen Mitwirkung laut Gesellschaftsvertrag (einschließlich des Rechts zur Erfüllung dieser Verpflichtung durch Erfüllungsgehilfen) wies die belangte Behörde darauf hin, dass die Gewinnvereinbarung insofern unzutreffend erscheine, als sie lediglich eine Beteiligung nach den geringen Einlagen vorsehe und dies unabhängig von der geleisteten Arbeit. 12 Gesellschafter seien (insgesamt) mit S 60.000,-- zu insgesamt 60 % am Gewinn und der Substanz als stille Gesellschafter beteiligt; die einzelnen Gesellschafter erhielten je nach Beteilungsanteil zwischen 3,3 % bis 6,4 % von Gewinn und Substanz. Die geringen Beteiligungsverhältnisse bildeten keine nachvollziehbaren Grundlagen für den Umfang der Leistungen, die erbracht werden müssten.

Aus den Kontrollrechten und zustimmungspflichtigen Geschäften laut Gesellschaftsvertrag könne kein Rückschluss auf einen tatsächlichen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung abgeleitet werden. Im Vordergrund der vertraglichen Vereinbarung stehe vielmehr eine Verpflichtung zur Mitwirkung, der lediglich eine Gewinnbeteiligung an der Substanz gegenüberstehe. Der Gewinn der Firma I sei nicht ausgewiesen worden.

Wegen des Vorbringens, die atypischen stillen Gesellschafter könnten ihre Tätigkeiten durch Erfüllungsgehilfen erbringen, für deren Fehlleistungen sie hafteten, sei die Beschwerdeführerin zur Vorlage von Gewerbeberechtigungen für die stillen Gesellschafter aufgefordert worden, weil diese für die Beurteilung der Abgrenzung nach § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG relevant gewesen sei. Die Beschwerdeführerin sei aber nach ihrer Stellungnahme vom 27. Mai 1994 nicht bereit gewesen, auf diese "Vorfrage" näher einzugehen. Nach den vorgelegten Zahlungen an die Gesellschafter seien diese auch nicht in der Lage gewesen, von ihrem geringen Einkommen Erfüllungsgehilfen zu bezahlen. "In Verbindung" mit der Verweigerung der Auskunft zu den Gewerbeberechtigungen "mit den sonst angetroffenen Umständen" werde davon ausgegangen, dass die Vertragsklausel bezüglich der von den "Arbeitsgesellschaftern" nicht persönlich zu erbringenden Tätigkeiten, die gegen die gewerberechtlichen Bestimmungen verstoße, nur zum Schein in den Vertrag aufgenommen worden sei. Auf Grund des wahren wirtschaftlichen Gehalts sei davon auszugehen, dass die Leistungen durch die Arbeitsgesellschafter in eigener Person erbracht würden.

Eine ausführliche Stellungnahme zu den im Behördenvorhalt vom 8. September 1994 angeforderten Informationen hätte eine Erweiterung der Ermittlungen auf die einzelnen Gesellschafter und deren Einfluss auf die Gesellschaft ermöglicht. Da die Beschwerdeführerin dazu keine Stellungnahme abgegeben habe, hätte bei einer Einvernahme der Gesellschafter zu ihrem angeblichen Einfluss nicht der Zusammenhang mit dem "gesamten Beziehungsgeflecht der tatsächlichen Einflussnahmen" auf die Geschäftsführung geprüft werden können. Da die Beschwerdeführerin die Beweislast treffe, wäre es in ihrem rechtlichen Interesse gelegen, eine Stellungnahme dazu abzugeben.

Nach dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. Juni 1994 sei sich der dortige Beschwerdeführer seiner Stellung als Arbeitsgesellschafter bei der Beschwerdeführerin überhaupt nicht bewusst gewesen. Er sei vielmehr der Meinung gewesen, wie ein Arbeitnehmer einer Beschäftigung nachzugehen.

Da auf den Behördenvorhalt vom 8. September 1994 nicht reagiert worden sei und die vertragliche Grundlage mit jener im genannten verwaltungsgerichtlichen Verfahren übereinstimme, sei im vorliegenden Verfahren nicht nachgewiesen worden, dass tatsächlich ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung möglich sei bzw. durch den jeweiligen "Arbeitsgesellschafter" persönlich ausgeübt werde.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof stellte mit Beschluss vom 7. Mai 1997, A 88/97 (Zl. 95/09/0025), aus Anlass des vorliegenden Beschwerdefalles an den Verfassungsgerichtshof gemäß Art 140 B-VG (mit verschiedenen Eventualanträgen) den Antrag, die einschlägige Bestimmung des § 2 Abs. 4 zweiter und dritter Satz AuslBG wegen dort näher dargelegter verfassungsrechtlicher Bedenken aufzuheben. Der Verfassungsgerichtshof teilte die Bedenken nicht und wies mit Erkenntnis vom 27. Februar 1998, G 326/97-9, u.a. (= VfSlg. 15.099), die Anträge ab.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

I. Rechtslage

Der im Beschwerdefall relevante Abs. 4 des § 2 AuslBG wurde dieser Bestimmung durch Art. III Z. 1 der Beschäftigungssicherungsnovelle 1993, BGBl. Nr. 502/1993, angefügt. Die Bestimmung lautet (in der im Beschwerdefall maßgebenden Fassung des AMS-Begleitgesetzes, BGBl. Nr. 314/1994, das nur eine Neubezeichnung der Behörde vornahm):

"(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 liegt insbesondere auch dann vor, wenn

1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder

2. ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25 %

Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag fest, dass ein wesentlicher Einfluss auf die Gesellschaftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hiefür hat der Antragsteller zu erbringen."

Als Beschäftigung gilt nach § 2 Abs. 2 AuslBG (Stammfassung, BGBl. Nr. 218/1975) u.a. die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a) und in einem arbeitnehmerähnlichem Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird (lit. b).

II. Beschwerdeausführungen und Erwägungen:

1.1. Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhalts macht die Beschwerdeführerin zunächst geltend, die am 1. August 1993 in Kraft getretene Vorschrift des § 2 Abs. 4 AuslBG sei zu Unrecht für anwendbar erklärt worden, obwohl bereits vor diesem Zeitpunkt die atypische stille Gesellschaft gegründet worden sei und die Gesellschafter ihrer Tätigkeit aufgenommen hätten. Eine Rückwirkung sei dieser Bestimmung vom Gesetzgeber nicht beigemessen worden. Eine Auslegung wie die der belangten Behörde, die die Anwendbarkeit dieser Norm auf Gesellschaftsbeteiligungen, die schon lange vor dem 1. August 1993 in Vollzug gesetzt worden seien, bejahe, unterstelle der Bestimmung einen verfassungsrechtlich unzulässigen, weil unsachlichen und wohlerworbene Rechte verletzenden Eingriff.

1.2. Dem ist Folgendes zu erwidern:

§ 2 Abs. 4 AuslBG ist gemäß § 34 Abs. 11 leg. cit. mit 1. August 1993 in Kraft getreten. Ab diesem Zeitpunkt - nicht für die Vergangenheit - kam eine Prüfung der hier strittige Tätigkeit der atypischen stillen Gesellschafter anhand des § 2 Abs. 4 leg. cit. auf ihre Bewilligungsbedürftigkeit nach diesem Gesetz in Betracht. Bei § 2 Abs. 4 AuslBG handelt es sich demnach nicht um eine Bestimmung mit rückwirkender Verbindlichkeit. Ihre Anwendung auf Fälle, in denen die Gesellschaft vor Inkrafttreten der genannten Bestimmung errichtet wurde, bedeutet noch keinen verfassungsrechtlich unzulässigen Eingriff in "wohlerworbene Rechte", zumal das Vertrauen auf den unveränderten Fortbestand der gegebenen Rechtslage als solches keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz genießt (siehe dazu allgemein z.

B. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 17. Dezember 1993, Slg. Nr. 13.657, und die auf § 2 Abs. 4 AuslBG bezogenen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. Juni 1994, Zl. 94/18/0258 = Slg. NF Nr. 14.068/A, vom 8. September 1994, Zl. 94/18/0454, sowie vom 21. Oktober 1998, Zl. 98/09/0178).

2.1. Die Beschwerdeführerin bringt weiters vor, bei der im Beschwerdefall gegebenen Gesellschaftskonstruktion einer atypisch stillen Gesellschaft liege eine Personengesellschaft vor. Die am Unternehmen der Beschwerdeführerin als atypische stille Gesellschafter beteiligten Personen hätten neben ihrer Verpflichtung zu einer Tätigkeit auch eine Kapitaleinlage zu leisten gehabt. Aus dem Zusammenhalt der Vorschriften des § 2 Abs. 4 zweiter Satz Z. 1 und 2 AuslBG ergebe sich aber die Absicht des Gesetzgebers, bei Personengesellschaften eine Bewilligungspflicht dann nicht anzunehmen, wenn der Personengesellschafter (auch) eine Kapitaleinlage zu leisten habe.

2.2. Die Regelung des § 2 Abs. 4 zweiter Satz AuslBG spricht zwei Tatbestände an. Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist nicht erkennbar, warum sich aus dem Wortlaut des ersten Tatbestandes der zitierten Bestimmung (Z. 1 des zweiten Satzes) ergeben sollte, dass lediglich "bloße" Arbeitsgesellschafter ohne Kapitaleinlage angesprochen sein sollten. Auch ist es keineswegs ausgeschlossen, dass ein mit einer Geldanlage an einem Unternehmen Beteiligter zudem Arbeiten für das Unternehmen verrichtet und dabei neben dem Gesellschaftsvertrag ein Arbeitsvertrag in Erscheinung tritt (vgl. Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages, 131 ff, sowie Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht I, 33 f, sowie das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 98/09/0178).

Unbestritten ist, dass (jedenfalls bei der im Beschwerdefall vorliegenden Konstruktion) eine Personengesellschaft vorliegt. Dass diese nicht unter den Begriff der Personengesellschaft im Sinn des § 2 Abs. 4 zweiter Satz Z. 1 AuslBG fiele, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Es ist daher die Eingangsvoraussetzung für das in dieser Bestimmung vorgesehene Feststellungsverfahren für die Widerlegbarkeit der Vermutung des Vorliegens einer nach dem AuslBG bewilligungspflichtigen Beschäftigung, das auch Gegenstand des angefochtenen Bescheides war, gegeben. Zur Klarstellung wird darauf hingewiesen, dass dies nicht im Gegensatz zum hg Erkenntnis vom 1. Juni 1994, Slg. NF Nr. 14.068/A, steht, das diese Frage ausdrücklich offen gelassen hat. Aus der Sicht des damaligen (fremdenpolizeilichen) Beschwerdefalles war es nämlich für den Ausgang jenes Beschwerdeverfahrens letztlich irrelevant, aus welchem Grund das Vorliegen einer nach dem AuslBG illegalen Beschäftigung zutreffend bejaht werden konnte.

Da die im Beschwerdefall laut Gesellschaftsvertrag für die atypischen stillen (ausländischen) Gesellschafter bestehende Verpflichtung zur persönlichen Mitwirkung und Mitarbeit zur Erreichung des Unternehmenszweckes des Unternehmens der Beschwerdeführerin unbestritten (jedenfalls auch, wenn nicht überhaupt nur) Arbeitsleistungen umfasst, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, ist auch die weitere Voraussetzung nach § 2 Abs. 4 Satz 2 AuslBG erfüllt.

3.1. Schließlich bringt die Beschwerdeführerin vor, der Schluss der belangten Behörde, die stillen Gesellschafter würden keinen persönlichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens tatsächlich ausüben, beruhe sowohl auf einem mangelhaften Verfahren als auch auf einer unrichtigen Auffassung. Auch wenn § 2 Abs. 4 AuslBG eine Beweislastregel normiere, regle er nicht, wie der Beweis zu erbringen wäre. Als Nachweis kämen daher alle Beweismittel in Betracht. Neben der Vorlage des Gesellschaftsvertrages und einer "Vielzahl von Urkunden und Belegen" habe die Beschwerdeführerin mehrfach die Einvernahme ihres Geschäftsführers sowie der atypisch stillen Gesellschafter beantragt. Bei Durchführung eines gesetzmäßigen Ermittlungsverfahrens hätte die beantragte Einvernahme "nie und nimmer" unterbleiben dürfen. Durch diese Aussagen hätte nämlich nachgewiesen werden können, dass die Gesellschafter wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübten. Keinesfalls hätten die im angefochtenen Bescheid angeführten Umstände die belangte Behörde von der Durchführung der beantragten Beweise entbunden. Zur Frage des Erfordernisses einer Gewerbeberechtigung habe die Beschwerdeführerin ausführlich Stellung genommen. Im Übrigen sei die Frage, ob die atypischen stillen Gesellschafter eine Gewerbeberechtigung erlangt hätten oder nicht, für die Beurteilung des Gesellschaftsverhältnisses unter dem Blickwinkel des AuslBG unerheblich. Bei richtiger rechtlicher Würdigung des Gesellschaftsvertrages ergebe sich zwingend, dass den atypisch stillen Gesellschaftern tatsächlich ein beherrschender und wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens der Beschwerdeführerin eingeräumt sei und von diesen auch tatsächlich persönlich ausgeübt werde. Gerade weil die Gewinnbeteiligung nach den geleisteten Einlagen und nicht nach dem Umfang der "Arbeit" erfolge, zeige sich deutlich, dass die Mitwirkung keinesfalls so im Vordergrund stehe, wie dies die belangte Behörde angenommen habe. Im Gesellschaftsvertrag sei detailliiert bestimmt, welche

Geschäftsführungshandlungen nur mit Zustimmung der atypisch stillen Gesellschafter vorgenommen werden dürften (Hinweis auf die Rechte nach Punkt 4, 9 und 10 des Gesellschaftsvertrages). All dies zeige den weit gehenden Einfluss der Gesellschafter auf Geschäftsführungsangelegenheiten. Dass dieser auch faktisch ausgeübt werde, sei unter Beweis gestellt worden. Vorgelegt worden seien auch die Einkommensteuererklärungen der Gesellschafter für das Kalenderjahr 1992; aus diesen ergebe sich, dass sie korrekt Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb angegeben hätten.

3.2. Damit ist strittig, ob die im Ergebnis von der belangten Behörde vertretene Auffassung zutrifft, dass der Beschwerdeführerin nicht der Beweis (im Sinn des § 2 Abs. 4 letzter Satz AuslBG) für die Widerlegung der Vermutung einer Beschäftigung gelungen ist, also der Nachweis dafür, dass die atypischen stillen Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft (hier: des an der atypischen stillen Gesellschaft beteiligten Unternehmens der Beschwerdeführerin) tatsächlich persönlich ausüben.

Die Vorschrift des § 2 Abs. 4 zweiter Satz soll die Umgehung des AuslBG durch Vortäuschen von Gesellschaftsverhältnissen verhindern. Im Zusammenhalt mit dem Gebot, nicht auf die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, sondern auf seinen wahren Gehalt zu sehen (§ 2 Abs. 4 erster Satz leg. cit.), bringt das Erfordernis einer "tatsächlichen" Ausübung von Gesellschafterbefugnissen nur die Voraussetzung zum Ausdruck, dass die beabsichtigte Tätigkeit nicht nur nach den formellen rechtlichen Gegebenheiten des (vielleicht nur vorgeschobenen) Gesellschaftsvertrages, sondern nach der wahren Absicht der Parteien wirklich als Ausfluss der Gesellschafterstellung in Verbindung mit der hiefür typischen Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung (vgl. dazu die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. Juni 1996, Zl. 95/09/0102, und vom 26. September 1996, Zl.94/09/0175) ausgeübt werden soll. Diese Voraussetzung ist nur dann zu prüfen, wenn es sich um Arbeitsleistungen handelt, die "typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden" - weshalb etwa bloße Geschäftsführungstätigkeiten nicht darunter fallen (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. Februar 1998, G 326/97, u.a., sowie das hg. Erkenntnis vom 17. Jänner 2000, Zl. 98/09/0215).

Auch bei stillen Gesellschaften kann die Gesellschaftseinlage in der Erbringung von Arbeitsleistungen bestehen (vgl. dazu zB Straube in Straube (Hrsg), Kommentar zum Handelsgesetzbuch,

1. Band2, Rz 32 zu § 178). Trifft dies zu, dann erfordert dies eine am Gesamtbild (den tatsächlichen Gesamtumständen) und den wirtschaftlichen Verhältnissen orientierte Abgrenzung vom Dienstvertrag. In dieser Hinsicht kommt es im Wesentlichen auf die zwischen dem Geschäftsinhaber und dem unechten stillen Gesellschafter bestehende Abhängigkeit an. Dabei wird etwa eine zwischen Arbeitsleistung und Entlohnung bestehende (vom Einlagestand unabhängige) Äquivalenz in der Regel für ein Dienstverhältnis sprechen (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 10. April 1997, Zl. 95/09/0354, mit Hinweisen auf die Literatur).

Für den Beschwerdefall bedeutet dies, dass der belangten Behörde keine Rechtswidrigkeit vorgeworfen werden kann, wenn sie zu Beurteilung der hier strittigen Tatbestandsvoraussetzung nicht allein vom Wortlaut der vom Beschwerdeführer vorgelegten Vertragsurkunde (Gesellschaftsvertrag) ausgegangen ist, sondern unter Bedachtnahme auf die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse die tatsächliche Umsetzung in ihre Überlegungen miteinbezogen hat

Im Beschwerdefall ist unbestritten und auch durch entsprechende vom Beschwerdeführer vorgelegte Unterlagen belegt, dass die stillen Gesellschafter im Sinn des Punktes 3 zweiter Absatz des Gesellschaftsvertrags (fixe) monatliche Teilentnahmen als Gegenleistung für ihre Verpflichtung zur persönliche Mitwirkung und Mitarbeit zur Ereichung des Unternehmenszweckes bezogen haben. Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid ausdrücklich festgestellt, dass ein Gewinn der Gesellschaft nicht nachgewiesen wurde. Davon ausgehend fehlt aber auch der Nachweis, dass am Betriebsergebnis des Handelsgewerbes orientierte Auszahlungen von Gewinnanteilen (am Schluss des Geschäftsjahres) (vgl. dazu § 182 HGB) sowie eine Verrechnung dieser Entnahmen mit dem Gewinnanteil stattfanden. Dass der Gesellschaftsvertrag in dieser Hinsicht tatsächlich vollzogen worden wäre, behauptet die Beschwerdeführerin nicht.

Dazu kommt, dass die belangte Behörde die den stillen Gesellschaftern laut Gesellschaftsvertrag (Punkt 13b) zustehende Berechtigung, ihre Verpflichtung zur persönlichen Mitarbeit durch Dritte erbringen zu lassen, u.a. unter Hinweis auf deren geringes Einkommen, das nicht ausreiche, Erfüllungsgehilfen zu bezahlen, als Scheinklausel gewertet hat und davon ausgegangen ist, dass die Leistungen von den Arbeitsgesellschaftern persönlich erbracht werden. Damit im Zusammenhang steht auch die Feststellung, dass die Beschwerdeführerin dem Behördenvorhalt vom 8. September 1994, bestimmte Aktivitäten offen zulegen, ohne nähere Begründung nicht nachgekommen ist.

Dem ersten Argument ist die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde überhaupt nicht entgegengetreten. Dem zweiten Argument hält sie die Unterlassung der Durchführung der von ihr im Verwaltungsverfahren mehrfach beantragten Einvernahme der stillen Gesellschafter sowie ihres (handelsrechtlichen) Geschäftsführers entgegen. Richtig ist zwar, dass der von der Beschwerdeführerin als Antragstellerin nach § 2 Abs. 4 letzter Satz AuslBG zu erbringende Nachweis durch jedes Beweismittel, das geeignet ist, zur Feststellung des maßgebenden Sachverhalts beizutragen und nach der Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist, erbracht werden kann. Dazu gehören zweifellos neben der Vorlage schriftlicher Unterlagen (wie Gesellschaftsvertrag, bestimmte Geschäftsunterlagen) auch die Einvernahme von Beteiligten bzw. Zeugen. Das schließt aber nicht aus, dass die belangte Behörde nach § 39 Abs. 2 AVG den Gang des Ermittlungsverfahrens zu bestimmen hat, wozu auch die Festlegung der Reihenfolge der einzelnen Beweise unter Berücksichtigung der nach der Lage des Falles gebotenen Zweckmäßigkeit und der Verfahrensökonomie gehört. Im Beschwerdefall waren die im Behördenvorhalt vom 8. September 1994 gewünschten Informationen und Unterlagen, die Rückschlüsse auf die Art, den Umfang, die Modalitäten der Erfüllung der Verpflichtung der stillen Gesellschafter zur Mitarbeit (die im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Punktes 13a des Gesellschaftsvertrages, der eine Weisungsbindung des stillen Gesellschafter nicht schlechthin ausschließt und auf den die belangte Behörde in diesem Zusammenhang auch verwiesen hat, geboten war) und deren Stellenwert im Unternehmen der Beschwerdeführerin zugelassen hätten, zur Klärung der hier strittigen Frage geeignet. Ein solche "Vorabinformation" war auch zweckmäßig und verfahrensökonomisch, hätte doch eine entsprechende Information bei einer allenfalls noch erforderlichen Einvernahme von Beteiligten bzw. Zeugen zumindest eine gezieltere Fragestellung ermöglicht. Die beweispflichtige Partei kann ein solches behördliches Verlangen nicht schon deshalb unbeantwortet lassen, weil sie in einem früheren Verfahrensstadium die Einvernahme von Beteiligten bzw. Zeugen beantragt hat. In dieses Situation ist sie gehalten, der Behörde die Gründe bekannt zugeben, weshalb sie diesem Verlangen nicht nachkommt (z.B. dass keine Unterlagen (mehr) vorhanden sind oder die Frage nicht zum Beweisthema gehören usw). Unterlässt sie dies, kann sie der Behörde nicht entgegentreten, wenn diese daraus Rückschlüsse für die Erbringung des Nachweises nach § 2 Abs. 4 letzter Satz AuslBG zieht. Dazu kommt, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde die Relevanz des von ihr behaupteten Verfahrensfehlers (trotz konkreter Feststellungen in der Begründung des angefochtenen Bescheides) nicht näher dargelegt hat.

Schon diese Umstände lassen unter Berücksichtigung der nach § 2 Abs. 4 Satz 1 AuslBG gebotenen Orientierung am "wahren wirtschaftlichen Gehalt" im Ergebnis die von der belangten Behörde vertretene Auffassung, dass dem Beschwerdeführer der Nachweis im Sinn des § 2 Abs. 4 zweiter und dritter Satz AuslBG nicht gelungen sei, als nicht rechtswidrig erscheinen.

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

4. Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 47, 48 Abs. 2 Z. 1 und 2 und § 49 VwGG in Verbindung mit § 41 AMSG und der gemäß ihrem § 3 Abs. 2 anzuwendenden Verwaltungsgerichtshof-Aufwandersatzverordnung 2001, BGBl. II Nr. 501.

Wien, am 17. April 2002

Schlagworte

Ablehnung eines Beweismittels Definition von Begriffen mit allgemeiner Bedeutung VwRallg7 Grundsatz der Unbeschränktheit Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1 Rechtsgrundsätze Treu und Glauben erworbene Rechte VwRallg6/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2002:1998090174.X00

Im RIS seit

08.07.2002

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at