

# RS UVS Oberösterreich 1995/05/06 VwSen-250478/27/Lg/Bk

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.05.1995

## Rechtssatz

Zur angewendeten Rechtslage ist insbesondere anzumerken, daß zur Tatzeit bereits § 2 Abs.4 AuslBG (eingefügt durch Art.III Z1 der "Beschäftigungssicherungs-Novelle 1993", BGBl. Nr.502) in Geltung stand und daher im Verfahren vor dem unabhängigen Verwaltungssenat anzuwenden ist. Hingegen sind die mit dem "Antimißbrauchsgesetz" (BGBl. Nr.895/1995) verschärften Strafsätze des § 28 Abs.1 Z1 lit.a AuslBG noch nicht anzuwenden.

Gemäß § 28 Abs.1 Z1 lit.a AuslBG ist nach der hier anzuwendenden Rechtslage strafbar, wer entgegen den § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt wurde.

Gemäß § 3 Abs.1 AuslBG darf nach der hier anzuwendenden Rechtslage ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

§ 2 Abs.4 AuslBG lautet: "Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung iSd Abs.2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Eine Beschäftigung iSd Abs.2 liegt insbesondere auch dann vor, wenn

1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder
2. ein Gesellschafter 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 Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hierfür hat der Antragsteller zu erbringen."

Der Berufungswerber ging offensichtlich von der Auffassung aus, daß die Einfügung des § 2 Abs.4 Z2 AuslBG (BGBl. Nr.502/1993; in Kraft getreten am 1.8.1993 - § 34 Abs.11 AuslBG) Klarstellungsfunktion in der Richtung hatte, daß Gesellschafter mit einer Beteiligung von 25 % und mehr nicht als Beschäftigte iSd AuslBG zu gelten haben. Der rechtsfreundliche Vertreter des Berufungswerbers vertrat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung ebenfalls diese Auffassung. Diese Auffassung wird von der Literatur (vgl. Bachler, Ausländerbeschäftigung - Eine Gratwanderung zwischen Legalität und Illegalität, 1995, S 127; sinngemäß auch Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung, 1995, S 84ff) nicht geteilt. Diese Autoren gehen (in Übereinstimmung mit einem Erlaß des BMAS vom 3.12.1993, ZI.35.402/28-2/93) davon aus, daß für Gesellschafter einer GmbH im gegenständlichen Ausmaß nach wie vor die "bisherige" Rechtslage (also die Rechtslage vor der erwähnten AuslBG-Nov. BGBl. Nr.502/1993) maßgebend ist (im folgenden kurz als "frühere Rechtslage") bezeichnet.

Nach "früherer Rechtslage" stand, wie zu zeigen sein wird, eine 25%-Beteiligung keineswegs der Annahme einer Beschäftigung entgegen. Der unabhängige Verwaltungssenat tritt dieser Rechtsauffassung im Hinblick auf den zu vermutenden (der AB, 1222 BlgNR 18. GP schweigt zur Anfügung des § 2 Abs.4 AuslBG) Regelungszweck der Bestimmung bei. In diesem Zusammenhang sind die EB 1451 BlgNR, S 20 zur Stammfassung des § 2 AuslBG (und damit zum Beschäftigungsbegriff schlechthin) beachtlich, nach denen die Umschreibung des Beschäftigungsbegriffes "der vollständigen Erfassung" der in Frage kommenden Ausländer diene, wobei es nicht darauf ankomme, in welchem Rechtsverhältnis die Vertragspartner zueinander stehen bzw - unter gewissen Umständen - ob überhaupt ein Rechtsverhältnis vorliegt. Seither versucht eine rege Novellierungstätigkeit des Gesetzgebers das "Netz engmaschiger" zu machen. Vor diesem Hintergrund und unter Beachtung des Titels, unter dem § 2 Abs.4 AuslBG eingefügt wurde - "Beschäftigungssicherungs-Novelle" - kann ausgeschlossen werden, daß der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung den Ausländerzustrom zum österreichischen Arbeitsmarkt liberalisieren wollte; eher war daran gedacht, Restriktionen zu verschärfen und/oder auf eine sicherere gesetzliche Basis zu stellen. Die "Verschärfungstendenz" zeigt sich letztlich auch an der Einführung des Kriteriums des "wahren wirtschaftlichen Gehalts" für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung vorliegt, durch § 2 Abs.4 AuslBG, mag auch bei genauerem Hinsehen der Effekt dieser Einrichtung geringer sein als vom Gesetzgeber erhofft. Zur arbeitsrechtlichen Einordnung der GmbH-Gesellschafter im allgemeinen:

Die arbeits- und sozialrechtliche Einordnung der Geschäftsführer einer GmbH war und ist Gegenstand lang anhaltender Diskussion. Dabei hat sich - in Anlehnung an die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Sozialversicherungspflicht und zur Frage des Insolvenz-Ausfallgeld-Anspruches - der Standpunkt durchgesetzt, daß in den genannten Bereichen grundsätzlich der Arbeitnehmerbegriff des Arbeitsvertragsrechts maßgeblich ist, daß zwischen Anstellungsvertrag und Organschaftsverhältnis zu unterscheiden ist, daß die Geschäftsführerstellung die Qualifikation als Arbeitnehmer nicht von vornherein ausschließt und daß der Einfluß auf die Willensbildung in der Generalversammlung in dem Sinne entscheidend ist, daß bei der Möglichkeit Weisungen der Generalversammlung zu verhindern, die Arbeitnehmereigenschaft ausgeschlossen ist. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann immer noch ein freier Dienstvertrag gegeben sein, was sich danach richtet, ob der Betreffende aufgrund des Anstellungsvertrages den Ablauf der Tätigkeit weitgehend selbst gestalten und jederzeit frei ändern kann. (Vgl. dazu insbesondere Koppensteiner, GmbH-Gesetz, 1994, RZ 27ff zu § 15; Malek, Die Mitarbeit des GmbH-Gesellschafter, 1989, S 101ff; Runggaldier-Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften, 1991, S 8ff; alle mit zahlreichen weiteren Nachweisen.)

Hingegen wird für Vorstandsmitglieder einer AG die Qualifikation als Arbeitnehmer (arbeitnehmerähnliche Person) grundsätzlich abgelehnt (vgl. statt vieler Strasser, in Schiemer-Jabornegg-Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz, RZ 63ff zu §§ 75, 76, mit zahlreichen weiteren Nachweisen). Auch dies spricht übrigens dafür, daß sich § 2 Abs.4 Z2 AuslBG, welcher Gesellschafter einer AG unerwähnt läßt, letztlich an der Diskussion über die arbeitsrechtliche Einordnung der Organmitglieder orientiert und an die Rechtslage vor der Novelle BGBl. Nr.502/1993 anknüpft.

Ohne die hier cursorisch wiedergegebene "herrschende Auffassung" zur Stellung der GmbH-Gesellschafter zu vertiefen, ist darauf hinzuweisen, daß auch durchaus unterschiedliche Auffassungen in wesentlichen Punkten vertreten wurden und auch vertretbar sind (vgl. zB die Kritik bei Runggaldier-Schima, ebd, S 12ff). Weniger Beachtung - wohl weil als weniger problematisch empfunden - wurde in der Literatur der Frage der Stellung der nicht geschäftsführenden Gesellschafter geschenkt. Hier herrscht die Auffassung, daß der bloße Besitz von Aktien, Stammanteilen und dgl. in der Regel zu keinen die Dienstnehmerqualifikation in Frage stellenden Einflußmöglichkeiten auf die Unternehmensführung führt (so Krejci, in: Rummel, ABGB I, 2.A 1990, RZ 101 zu § 1151). In ähnlichem Sinn argumentiert Tomandl, Arbeitsrecht 1, 3.A 1993, S 92, wenn er die Arbeitnehmereigenschaft von Gesellschaftern (mit Arbeitsvertrag) grundsätzlich bejaht, außer der Gesellschafter kann kraft Gesellschafterstellung die Ausübung der Arbeitgeberfunktion der Gesellschaft mitregeln. Man wird dies dahingehend zu verstehen haben, daß, im Einklang mit der oben angesprochenen herrschenden Auffassung zu den Geschäftsführern der GmbH, die (bei Vorliegen ausreichender arbeitsrechtlicher Anhaltspunkte grundsätzlich anzunehmende) Qualifikation als Dienstnehmer aus dem Blickwinkel des Gesellschaftsrechts nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Gesellschafter Mehrheitsgesellschafter ist (bzw über eine zum gleichen Effekt führende "Sperrminorität" verfügt) und so Weisungen an sich selbst verhindern kann.

Geht man iSd ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon aus, daß für die Auslegung der Begriffe

Arbeitnehmer/arbeitnehmerähnliches Verhältnis (§ 2 Abs.2 lit.a und lit.b AuslBG) das Begriffsverständnis des allgemeinen Arbeitsrechts maßgeblich ist (vgl. zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17.6.1993, Zl. 92/09/0075; ähnlich Schnorr, AuslBG, 3.A 1995, RZ 2 und 3 zu § 2), so ergibt sich von selbst, daß die skizzierte Abgrenzung auch für die Anwendung des AuslBG entscheidend ist (vgl. zB auch Koppensteiner, ebd, RZ 28 zu § 15).

Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur - für die Beurteilung der auch nach der Novelle BGBl. Nr.502/1993 noch maßgebenden - "früheren Rechtslage" ist wie folgt zu umreißen (zum AuslBG vor Inkrafttreten der Beschäftigungssicherungsnovelle 1993, BGBl. Nr.502/1993 vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.5.1995, Zl. 94/09/0280, vom 15.9. 1994, Zl.94/09/0137, vom 26.11.1992, Zl.92/09/0189, vom 26.6.1991, Zl. 92/09/0189, vom 4.5.1990, Zl. 89/09/0156, vom 25.4.1990, Zl.89/09/0146 und vom 18.2.1988, Zl. 87/09/0267; zur Versicherungspflicht von Gesellschafter - Geschäftsführern nach dem ASVG vgl. insbesondere die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.2.1991, Zl. 90/08/0092 und vom 10.12.1986, Zl. 83/08/0200 = VwSlg. 12.325 A/1986; zur Anwendung des IESG (vor der Novelle BGBl. Nr.580/1980) vgl. insbesondere das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.5.1980, Zl. 2397/79 = VwSlg 10.140 A/1980):

Eine entscheidende Rolle spielt der Einfluß auf die Willensbildung in der Generalversammlung. Maßgebend ist dabei, ob der die Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringende Gesellschafter Weisungen der Gesellschafter an sich selbst gestalten oder zumindest verhindern kann. Den Hintergrund bildet die Weisungsbindung der Geschäftsführer der GmbH gegenüber den Gesellschaftern gemäß § 20 Abs.1 GmbHG. Diesbezüglich besteht ein Unterschied zwischen dem geschäftsführenden Gesellschafter (der bloß einen Hälfteanteil dafür benötigt) und dem "schlichten" Gesellschafter (der dafür Mehrheitsgesellschafter sein muß - vgl. auch Schrammel, ebd, S 85, mit Kritik an der (vereinzelt) Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (zum AuslBG) hinsichtlich der Aussage des Verwaltungsgerichtshofes, daß auch beim "schlichten" Gesellschafter ein Hälfteanteil genüge). Auch der Begriff der "Sperrminorität" ist ausschließlich auf diesen Weisungszusammenhang bezogen.

Aus der ausschließlichen Maßgabe dieses Bezugspunktes ergeben sich wichtige Konsequenzen:

Mehrheitserfordernisse bzw Sperrminoritäten in anderen Angelegenheiten (zB für Großinvestitionen -§ 35 Abs.1 Z7 GmbHG) als im Zusammenhang mit der gegenständlichen Weisungsbindung sind im vorliegenden Kontext ohne Bedeutung und zwar gleichgültig, ob die Grundlage der Beschlusserfordernisse auf dem GmbHG (vgl. dazu den Überblick bei Kastner-Doralt-Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5.A 1990, S 425f) oder auf dem Gesellschaftsvertrag beruht.

Die ausschließlich maßgeblichen Begriffe "Mehrheitsgesellschafter", "Hälfteanteil", "Sperrminorität" stellen auf die rechtliche Möglichkeit der Weisungsfreistellung ab. Faktische Verhältnisse spielen dabei keine Rolle (so ausdrücklich VwSlg 10.140 A/1980). Der "beherrschende Einfluß auf die Gestion des Unternehmens" ist daher nicht davon abhängig, ob der Ausschluß oder das Bestehen von Weisungsmöglichkeiten (geschweige denn andere Gesellschafterrechte) tatsächlich aktualisiert wurden.

Hervorzuheben ist, daß die Relevanz der erwähnten Beteiligungsgrenzen für die Willensbildung bei Beschlüssen gemäß § 20 Abs.1 GmbHG zunächst auf die Regelfälle nach § 39 Abs.1 (Beschlusserfordernis: einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen) und Abs.2 (Stimmgewicht: je 100 S einer übernommenen Stammeinlage gewähren eine Stimme) abstellt, dabei aber zu beachten ist, daß (so § 39 Abs.1 und 2 GmbHG) im Gesellschaftsvertrag in beiderlei Hinsicht abweichende Regelungen getroffen werden können. Insbesondere können für Beschlüsse über Weisungen an bestimmte Gesellschafter solche Beschlusserfordernisse festgelegt werden, die bewirken, daß es ein Minderheitsgesellschafter in der Hand hat, Weisungen an sich selbst zu verhindern. Im Falle von Abweichungen richten sich die Mehrheitsverhältnisse bzw die Sperrminorität nach den besonderen Regelungen im Gesellschaftsvertrag.

Wenn verkürzend von "Beteiligungsverhältnissen" udgl gesprochen wird, ist die Möglichkeit zum Weisungsausschluß aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten gemeint.

Andererseits ist nicht aus den Augen zu verlieren, daß die in Rede stehende Argumentation des Verwaltungsgerichtshofes darauf gerichtet ist, eine bestimmte Kategorie von GmbH-Gesellschaftern von vornherein aus dem Kreis der Arbeitnehmer herauszuheben. Dahinter steht der Gedanke, daß bei bestimmten Beteiligungsverhältnissen das - für die Arbeitnehmereigenschaft wichtige - Merkmal der persönlichen Abhängigkeit schon aus gesellschaftsrechtlichen Gründen (eben wegen der Gestaltbarkeit bzw Unterbrechbarkeit des Weisungszusammenhanges durch den bzw zum Betroffenen) nicht mehr gegeben ist. Dies läßt die Frage nach der

Rechtslage bei Gesellschaftern offen, die den für den Ausschluß der Arbeitnehmereigenschaft unter diesem Titel erforderlichen Beteiligungsgrad nicht aufweisen.

Im Zusammenhalt mit der sonstigen zitierten Rechtsprechung, insbesondere mit VwSlg 10.140 A/1980, ist für geschäftsführende Gesellschafter davon auszugehen, daß eine Gesamtbeurteilung (Abwägung) im Einzelfall vorzunehmen ist, wobei demonstrativ einige für und wider sprechende Momente aufgezeigt werden (ähnlich das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.2.1991, Zl. 90/08/0092). Letztlich dürfte diese Rechtsprechung für geschäftsführende Gesellschafter ohne beherrschenden (maßgebenden) Einfluß auf die Geschäftsführung (iSd Gestaltbarkeit/Unterbrechbarkeit des gesellschaftsrechtlichen Weisungszusammenhanges) auf die allgemeinen Kriterien eines Arbeitsverhältnisses (iS eines "beweglichen Systems") verweisen (iS auch Koppstein, ebd, RZ 28 zu § 15 und Grillberger, Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH als Dienstnehmer, in Aicher-Koppstein (Hrsg), FS-Ostheim, 1990, S 541ff, S 552f). Hervorzuheben ist, daß für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft aus dem Titel seines schuldrechtlichen Verhältnisses zur Gesellschaft die rechtliche, nicht bloß die faktische Gestaltung des Vertragsverhältnisses maßgebend ist (so VwSlg 10.140 A/1980; dem folgend Schrammel, ebd, S 85). Es entspricht der Logik der dargestellten Gedankenführung, daß ein nicht geschäftsführender Gesellschafter mit einer Beteiligung von 50% (und weniger) nicht anders zu beurteilen ist, als der geschäftsführende Gesellschafter (vgl. die Hervorhebung dieses Grundsatzes in den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom 4.5.1990, Zl. 89/09/0156 und vom 25.4.1990, Zl. 89/09/0146), daß mithin seine Arbeitnehmereigenschaft nach allgemeinen Kriterien zu prüfen ist.

Aus der zitierten Rechtsprechung ist nicht erkennbar, daß sowohl bei Geschäftsführern als auch bei sonstigen Gesellschaftern, die über keinen für einen Ausschluß der Beschäftigung ausreichenden Beteiligungsgrad verfügen, die rechtliche und/oder faktische Rolle des Gesellschafters in der Gesellschaft im Rahmen der allgemeinen Kriterien eines Arbeitsverhältnisses eine Rolle spielen. Dies wäre im Hinblick auf die für die Grenzziehung zu den Fällen, in denen schon kraft "Beteiligungsstärke" eine Beschäftigung auszuschließen ist, maßgeblichen Kriterien wohl auch inkonsequent. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist daher wohl dahingehend zu verstehen, daß zwar ein entsprechend hoher Geschäftsanteil zum Ausschluß der Beschäftigung führt, daß aber bei minderer Beteiligung die Beurteilung der arbeitsrechtlichen Einordnung nach arbeitsrechtlichen Gesichtspunkten nicht mehr wesentlich von der gesellschaftsrechtlichen Position des Gesellschafters beeinflusst wird.

Der unabhängige Verwaltungssenat geht, unter Berücksichtigung der zitierten Rechtsprechung und Literatur, von folgender Rechtsauffassung aus:

Für die Frage, ob aus gesellschaftsrechtlichen Gründen eine Beschäftigung auszuschließen ist, sind die oben entwickelten Richtpunkte zugrundezulegen. Die geschilderten Gründe für den Ausschluß einer Beschäftigung aus gesellschaftsrechtlichen Gründen setzen (da sich sonst das Problem nicht stellen würde) voraus, daß nach den "allgemeinen Kriterien" ausreichende Anhaltspunkte für eine Beschäftigung vorliegen. Dafür maßgebend sind die Begriffe des Arbeitsverhältnisses bzw des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses (§ 2 Abs.2 lit.a und b AuslBG). Diese Begriffe sind im AuslBG nicht anders auszulegen als in anderen arbeitsrechtlichen Vorschriften. Hinsichtlich des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses werden - in der Literatur und Rechtsprechung in ihrer Relevanz unterschiedlich bewertete - Gesichtspunkte (Weisungsgebundenheit in persönlicher Hinsicht; Art der Tätigkeit, Arbeitsort, Ausmaß und Verteilung der Arbeitszeit, Reihenfolge der Tätigkeiten, Verwendung von Arbeitsgeräten und -material, Arbeitsmethode; Entgeltlichkeit;

Entgeltsbemessungsmethode; Kontrolle; Haupterwerbszweig des Dienstnehmers; Einschränkung sonstiger Tätigkeiten; Eingliederung in die Betriebsorganisation; Bereitstellung der Arbeitsmittel;

disziplinarische Sanktionen; stille Autorität; Verteilung des unternehmerischen Risikos; persönliche Arbeitspflicht) ins Spiel gebracht, wobei die Gewichtung nach einem "beweglichen System" anerkannt ist (vgl statt vieler Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag, DRdA 1992, S 93ff). Diese Gesichtspunkte werden auch vom Verwaltungsgerichtshof - je nach Lage des Falles in unterschiedlicher Breite - herangezogen; vgl. zB das Erkenntnis vom 19.2.1993, Zl. 92/09/0085, über die Maßgeblichkeit der Gesichtspunkte der Weisungsunterworfenheit, der Pflicht zur Einhaltung der Arbeitszeit, der Unterstellung unter eine Beaufsichtigung bzw Anleitung sowie der Entgeltzusage bzw der Gegenleistung. Daß mit der Gesamtabwägung nach einem "beweglichen System" ein sehr breiter Entscheidungsspielraum verbunden ist, liegt auf der Hand und wird immer wieder hervorgehoben (vgl. zB Strasser, ebd, S 93f und Tomandl, ebd. S 90f).

Liegt kein Arbeitsvertrag vor, so kann ein sog. "freier Dienstvertrag" gegeben sein, welcher nach herrschender Auffassung (vgl. zB Strasser, ebd, S 99) und der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. das Erkenntnis vom 12.12.1994, Zl. 94/09/0092) unter dem Titel des "arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses" den Beschäftigungsbegriff des AuslBG erfüllen kann (unklar Schrammel, der einerseits (ebd, S 82) meint, daß freie Dienstnehmer "grundsätzlich nicht dem AuslBG unterliegen", der aber andererseits die Subsumtion unter den Begriff des "Arbeitnehmerähnlichen" im Rahmen der diesbezüglichen Ausführungen (ebd, S 87f) nicht dezidiert ausschließt). "Differentia specifica" des abhängigen Arbeitsvertrages ist die "persönliche Abhängigkeit" (vgl. Strasser, ebd, S 94f), um welche die erwähnten "Subkriterien" kreisen.

Hinsichtlich des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses gilt als Richtlinie die Gleichstellung hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit bei mangelnder Ausprägung der persönlichen Abhängigkeit. Maßgebend ist die "wirtschaftliche Unselbständigkeit", die - nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gegeben ist, wenn die Person trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage ist, ihre Arbeitskraft - soweit sie durch das konkrete Rechtsverhältnis in der Verfügung über dieselbe gehindert ist - anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen (vgl. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.12.1994, Zlen. 94/09/0092 und 94/09/0091, vom 17.11.1994, Zl. 94/09/0195, vom 21.1. 1994, Zl. 93/09/0468 und vom 2.9.1993, Zl92/09/0322). Die Hinderung des anderweitigen Einsatzes der Arbeitskraft zu Erwerbszwecken sei nicht durch isolierte Betrachtung der für und wider sprechenden Umstände, sondern in einer Gesamtbetrachtung zu beurteilen (so zB das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.9.1995, Zl. 94/09/0395; ausdrücklich auf die zitierte Arbeit Strassers beziehend das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12.12.1994, Zl. 94/09/0092). Mitunter stellt der Verwaltungsgerichtshof auf die wirtschaftliche Abhängigkeit (mithin auf eine gewisse Regelmäßigkeit der Arbeitsleistungen iVm einem Angewiesensein auf die Entlohnung zur Bestreitung des Lebensunterhaltes) ab - vgl. die Erkenntnisse vom 17.6.1993, Zl. 92/09/0075, vom 19.2.1993, Zl. 92/09/0085 und vom 17.1.1991, Zl.90/09/0159. Nach der Rechtsprechung des OGH kommt es darauf an, ob der Verpflichtete in bezug auf die ausgeübte Beschäftigung in seiner Entschlußfähigkeit auf ein Minimum beschränkt ist (Nachweise zB bei Schwarz-Löschnigg, Arbeitsrecht, 5.A 1995, S 166). Auch hier kommen "verschiedenartige, erschöpfend nicht faßbare und im Einzelfall in unterschiedlicher Intensität ausgeprägte" Kriterien zum Tragen (Mangel einer eigenen Betriebsstätte; längere Dauer der Beschäftigung; in regelmäßigen Zeitabschnitten vorgenommene Honorierung; bestimmte, nicht ständig wechselnde Zahl von Arbeitgebern); vgl etwa dazu Schwarz-Löschnigg, ebd S 165ff. Tomandl, ebd, S 103 problematisiert diese Kategorie dahingehend, daß die schuldrechtliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung in persönlicher Selbständigkeit, aber wirtschaftlicher Unselbständigkeit "unsicher" sei, wie die reichhaltige Judikatur belege; ebensowenig wie es gelungen sei, einen operationalen Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit als Abgrenzungskriterium für den Arbeitnehmerbegriff zu entwickeln, habe sich bisher die "wirtschaftliche Unselbständigkeit" als taugliches Instrument erwiesen. Strasser, ebd, S 103, hält die Auffassung für begründet, daß der Gesetzgeber mit wirtschaftlicher Unselbständigkeit eigentlich die wirtschaftliche Abhängigkeit gemeint hatte und vertritt - in Anschluß an Jabornegg - die Meinung, daß eine nähere Befassung mit dem Inhalt des Begriffs der wirtschaftlichen Unabhängigkeit zu dem Ergebnis führt, daß diese, wörtlich genommen, fast deckungsgleich durch dieselben Merkmale konstituiert wird, die die persönliche Abhängigkeit ausmachen. Dies läßt sich zB an Bachler, ebd, S 9ff, zeigen, der für das arbeitnehmerähnliche Verhältnis folgende Abwägungsgesichtspunkte (is eines "beweglichen Systems") anführt: Typische Merkmale wirtschaftlicher Unselbständigkeit seien: Die Verrichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers; eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit; die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung; Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, "Stille Autorität"); die Berichterstattungspflicht; die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers; das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringe Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer; die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in bezug auf andere Personen (Unternehmerbindung, Konkurrenzverbot); die Entgeltlichkeit und die Frage, wem die Arbeitsleistung zugute kommt. Wenn dem so ist, so kann zwischen dem die persönliche Abhängigkeit voraussetzenden Begriff des Arbeitsverhältnisses und dem das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit einschließenden Begriff des arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses nicht scharf unterschieden werden, sodaß eher das Bild eines graduellen Gefälles passend erscheint, je nachdem, ob die einzelnen Elemente des Begriffes der persönlichen Abhängigkeit nach Zahl und Intensität in den Vordergrund treten oder nicht. In ähnlichem Sinn spricht der

Verwaltungsgerichtshof mitunter (vgl. das Erkenntnis vom 17.11.1994, Zl. 94/09/0195) von Faktoren, die für oder gegen ein "zumindest" arbeitnehmerähnliches Verhältnis sprechen - eine Ausdrucksweise, die nicht auf ein "aliud", sondern auf ein graduelles Gefälle paßt.

Vor diesem Hintergrund verliert die Frage an Bedeutung, ob für die Annahme der Beschäftigung eines Gesellschafters einer GmbH ein Arbeitsverhältnis erforderlich ist oder ob ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis "ausreicht". Es wird vielmehr zu prüfen sein, ob im Rahmen sämtlicher relevanter Aspekte die Umstände, welche für ein Beschäftigungsverhältnis sprechen, überwiegen, ohne daß es darauf ankommt, ob diese einzelnen Kriterien scharf von einander trennbar und exklusiv dem Begriff der persönlichen Abhängigkeit oder dem der Arbeitnehmerähnlichkeit (wirtschaftlichen Unselbständigkeit) zugeordnet werden können. Bei der für einen Ausschluß von Weisungen nicht ausreichenden Beteiligung stellt sich die Frage, ob die gesellschaftsrechtliche Position des Gesellschafters in die angesprochene Abwägung im Rahmen der "allgemeinen Kriterien" des Beschäftigungsbegriffes einzufließen hat. Man wird davon auszugehen haben, daß für die arbeitsrechtliche Beurteilung grundsätzlich das die Grundlage der Arbeitsleistungen bildende und vom gesellschaftsrechtlichen Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft zu unterscheidende Rechtsverhältnis maßgebend ist. Der Ausschluß der persönlichen Abhängigkeit aus gesellschaftsrechtlichen Gründen bildet eine Ausnahme aus diesem Prinzip; wo dieser Ausschlußmechanismus nicht greift, bleibt die gesellschaftsrechtliche Position des Arbeitsleistungen erbringenden Gesellschafters unbeachtet. Dieser Standpunkt scheint auch mit der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes zur "früheren Rechtslage" und Stellungnahmen in der Literatur zur arbeitsrechtlichen Einordnung der nicht geschäftsführenden Gesellschafter besser zu harmonieren als die gegenteilige Auffassung. Dagegen, die rechtliche und/oder faktische Rolle des Gesellschafters "als Gesellschafter" im vorliegenden Zusammenhang ins Spiel zu bringen, sprechen insbesondere auch gravierende Bedenken aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit. Es würden dadurch die aus dem "reinen" Arbeitsrecht kommenden großen "Entscheidungsspielräume" infolge der Mannigfaltigkeit der Gestaltungsmöglichkeiten der gesellschaftsrechtlichen Position des Gesellschafters, deren Gesichtspunkte ihrerseits als "bewegliches System" apostrophiert werden könnten, in kaum mehr akzeptablem Ausmaß weiter ausgedehnt. Zusätzlich verschärft würde die Problematik, wollte man darüber hinaus auch den faktischen Verhaltensweisen und Fähigkeiten der Gesellschafter Gewicht beimessen.

Der unabhängige Verwaltungssenat geht weiters davon aus, daß die angeführten beiden Kriterien des § 2 Abs.4 Z2 AuslBG (Erbringung von Arbeitsleistungen, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden; tatsächliche und persönliche Ausübung eines wesentlichen Einflusses auf die Geschäftsführung der Gesellschaft) im Bereich der Gesellschafter mit über 24% Beteiligung nicht anzuwenden sind, da diese Kriterien nach der für den gegenständlichen Bereich immer noch maßgebenden "früheren Rechtslage" zumindest idS keine Rolle spielten, daß sie keine ausdrückliche Erwähnung fanden (Der Sache nach sind infolge der Unschärfe des Begriffssystems natürlich Übereinstimmungen möglich). Diese Auffassung hat auch den Vorzug der größeren Rechtssicherheit im Vergleich zur gegenteiligen Meinung. Es ist an sich schon unklar, ob aus der Einführung dieser beiden Kriterien in Verbindung mit der Einziehung der 25%-Grenze der Schluß gezogen werden muß, daß über dieser Grenze andere Kriterien als für den darunterliegenden Bereich eingreifen (weil ansonsten der Sinn dieser Grenze fragwürdig ist). Andererseits ist sicherlich der Gesichtspunkt der Wertungshomogenität beachtlich und zwar in dem Sinne, daß für geringer Beteiligte keine günstigeren Regeln gelten können als für höher Beteiligte. Als weiterer Richtpunkt kann unterstellt werden, daß der Gesetzgeber mit der Novelle BGBl. Nr. 502/1993 insgesamt keine Liberalisierung des Zuganges von Ausländern zum österreichischen Arbeitsmarkt herbeiführen wollte. Trotz dieser Richtpunkte bleibt festzustellen, daß die beiden Kriterien im hohen Maße auslegungsbedürftig sind und daß bei ihrer Anwendung über dem 24%-Bereich unklar bliebe, in welcher Weise sie die "frühere Rechtslage" überlagern.

Bei entsprechender Auslegung dieser beiden Kriterien erscheint allerdings eine weitgehende Harmonisierung mit der hier vertretenen Auffassung möglich:

Nimmt man an, daß das Kriterium der "arbeitnehmertypischen Arbeitsleistungen" auf die Art der Tätigkeit abstellt (in diesem Sinne die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.9.1994, Zl. 94/09/0137 und vom 8.9.1994, Zl. 94/18/0145 - Servieren, Montieren) so würde dieses Kriterium auch im Bereich von 25% (und darüber) nicht sonderlich stören, da dieses Merkmal ohnehin so gut wie keine Unterscheidungskraft hat, weil kaum Tätigkeiten denkbar sind, deren Vornahme in einem Arbeitsverhältnis atypisch wäre; dies trifft insbesondere auch auf Leitungsfunktionen zu. Das Kriterium des "Einflusses auf die Geschäftsführung" könnte so ausgelegt werden, daß darunter nichts anderes zu

verstehen ist, als die iSd nach der Rechtsprechung und Literatur zur "früheren Rechtslage" maßgebende Unterbindbarkeit von Weisungen gemäß § 20 Abs.1 GmbHG. Eine solche Prüfung ist aus den erwähnten Gründen - Dispositivität der Mehrheitserfordernisse bzw des Stimmgewichts - auch bei Gesellschaftern mit einem Geschäftsanteil unter 25% sinnvoll. Es bleibt jedoch die nicht hinwegzudiskutierende Ungereimtheit, daß nach dem Wortlaut des § 2 Abs.4 Z2 AuslBG die faktische ("tatsächliche", "persönliche") Ausübung dieses "Einflusses" zu prüfen ist, während dieser Aspekt nach hier vertretener Auffassung keine Rolle spielt.

Abzulehnen wären Auffassungen, wonach unter dem Titel der "Einflußnahme auf die Geschäftsführung" und/oder der "arbeitnehmertypischen Arbeitsleistungen" darauf abgestellt wird, ob der Ausländer handelsrechtlicher Geschäftsführer ist und/oder diese Funktion tatsächlich wahrnimmt. Wäre dem so, so hätte § 2 Abs.4 Z2 AuslBG eine dem gefestigten Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Einordnung der Arbeitsleistungen erbringenden Gesellschafter einer GmbH völlig konträre Lösung getroffen (da nicht mehr auf die Beteiligung und die schuldrechtliche Regelung der Arbeitsbeziehung abzustellen wäre), welche zudem den Zugang von Ausländern zum österreichischen Arbeitsmarkt erleichtern würde. Kann sohin die bloße Geschäftsführerposition nicht genügen, so gilt dies umso mehr für sonstige "Einflußnahmen" auf die Geschäftsführung durch nicht geschäftsführende Gesellschafter und für die "zweite Führungsebene", auch wenn es sich dabei um sogenannte "leitende Angestellte" (vgl. dazu den Überblick bei Schwarz-Löschnigg, ebd, S 153) handelt.

Im Kern läuft die hier vertretene Rechtsauffassung auf folgenden Rechtssatz hinaus:

Steht ein nicht geschäftsführender Gesellschafter einer GmbH in einem Arbeitsverhältnis oder einen arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zur GmbH, so gilt er als beschäftigt iSd AuslBG, es sei denn, er verfügt über die Mehrheit (im Fall, daß er nicht Geschäftsführer ist) bzw über die Hälfte (im Fall, daß er Geschäftsführer ist) der Geschäftsanteile der GmbH oder es ist ihm aufgrund vertraglicher Gestaltung der gesellschaftsrechtlichen Rechtsbeziehungen möglich, Weisungen der Geschäftsführer an ihn zu verhindern. Im gegenständlichen Fall liegt keine gesellschaftsrechtliche Gestaltung vor, die die Ausländer von vornherein aus dem Bereich der Beschäftigungsverhältnisse herausheben würde. Die informelle Einbeziehung der Ausländer in Diskussionen über Möglichkeiten zur Verbesserung der Ertragslage vermag daran selbstverständlich nichts zu ändern.

Unter Abwägung aller Umstände gelangt der unabhängige Verwaltungssenat zur Auffassung, daß die für das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses sprechenden Umstände bei weitem überwiegen. Mithin ist davon auszugehen, daß der Berufungswerber den ihm vorgeworfenen Tatbestand in objektiver Hinsicht verwirklicht hat.

Auf der Schuldebene ist zu berücksichtigen, daß der Berufungswerber glaubwürdig von einer verfehlten Rechtsauffassung ausging. Dieser Rechtsirrtum vermag den Berufungswerber jedoch nicht zu entschuldigen.

Dem Berufungswerber ist einzuräumen, daß sich die Rechtslage dem unbefangenen Leser des § 2 Abs.4 AuslBG nicht klar präsentiert. Das grundlegende Problem der Einordnung von Gesellschaftern, die gleichzeitig Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringen, wird von der Rechtsordnung in verschiedenen Zusammenhängen unterschiedlich gelöst. Bei einer Beteiligung von mehr als 25% am Stammkapital der GmbH gelten die Einkünfte des Beschäftigten der GmbH als Einkünfte aus selbständiger Arbeit (§ 22 Z2 EStG), bei geringerer Beteiligung als Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit (§ 25 Abs.1 Z1 lit.b EStG). In der Literatur wird mitunter eine "gewisse Unabhängigkeit" des zu 25% beteiligten Geschäftsführers betont (vgl. Runggaldier-Schima, ebd, S 11); man spricht im GmbH-Recht im Zusammenhang mit den 25% auch von einer "magischen Zahl" (Runggaldier-Schima, ebd). Dennoch mußte vor der Novelle BGBl. Nr. 502/1993 AuslBG der um die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Wissende erkennen, daß nicht die 25%-Grenze, sondern andere Maßstäbe den Ausschlag für die Anwendbarkeit des AuslBG geben.

In diese Situation stellte der Gesetzgeber mit der AuslBG-Novelle BGBl. Nr. 502/1993 das Gebot der Beurteilung nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt und zwar in Form zweier Beispielsfälle. Die "GmbH-Regelung" lautet (auf unklare Weise durch das Wort "insbesondere" erfaßt) dahingehend, daß eine Beschäftigung "auch" dann vorliegt, wenn ein Gesellschafter unter 25% beteiligt ist und keine entsprechende Feststellung des Arbeitsmarktservice vorliegt. Diese Formulierung erzeugt eine gewisse Suggestivwirkung in der Richtung, daß bei einer Beteiligung von 25% und darüber keine Beschäftigung vorliegt. Dies umso mehr, als bei anderer Auffassung (also der, daß ab 25% aufwärts die alte Rechtslage gilt) der Sinn einer Sonderregelung für den Bereich unter 25% nicht erkennbar ist, da ja auch dieser Bereich von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes, der bei Minderheitsgesellschaftern den Ausschluß der Beschäftigung aus dem Umstand der Gesellschafterstellung heraus grundsätzlich ablehnte, selbstverständlich miterfaßt war, und

zwar vom rechtspolitischen Anliegen des AuslBG her in durchaus befriedigender Weise. Dies öffnet folgender Überlegung den Weg: Hätte der Gesetzgeber die Maßgeblichkeit der "bisher" entscheidenden Kriterien für die Beurteilung der Situation des arbeitenden ausländischen Gesellschafters gewollt, hätte es in diesem Zusammenhang keiner neuen Regelung innerhalb der Novelle BGBl. Nr. 502/1993 bedurft bzw hätte der Gesetzgeber, wenn er eine Klarstellung der Maßgeblichkeit dieser Kriterien gewünscht hätte, eine Formulierung wählen müssen, in der dies deutlich zum Ausdruck gelangt. Auch der Zweck der Einrichtung eines besonderen Verfahrens zur Feststellung, daß keine Beschäftigung vorliegt, für die am geringsten am Stammkapital Beteiligten, liegt im Dunkeln. Der Normunterworfenen muß den Eindruck gewinnen, daß dieses Sonderverfahren im Interesse des Vertrauensschutzes, also zugunsten einer bindenden Klärung der Situation, geschaffen wurde. Dies umso mehr, als in Anbetracht der großen Auslegungsschwierigkeiten, vor die das Zusammenspiel von Arbeits- und Gesellschaftsrecht im gegebenen Zusammenhang stellt und die aus "Gesamtabwägungen" ("beweglichen Systemen") resultierenden Unsicherheiten ein Rechtssicherheitsbedürfnis gewiß nicht zu leugnen ist. Wenn die Regelung des § 2 Abs.4 Z2 AuslBG aber Klärungsfunktion hat, so liegt in weiterer Konsequenz die Schlußfolgerung nahe, daß die Klarstellung - iSd Kalkulierbarkeit des Rechts - dahingehend gerichtet ist, daß sich der Arbeitgeber entweder einem Feststellungsverfahren unterziehen muß (dessen günstiger Ausgang Vertrauensschutz gewährt) oder wenn die Voraussetzungen für die Notwendigkeit eines solchen Verfahrens nicht vorliegen, weil der ausländische Gesellschafter mit 25% oder höher beteiligt ist, keine Beschäftigung iSd AuslBG gegeben ist. Die Anordnung, daß für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung iSd § 2 Abs.2 AuslBG vorliegt, nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, sondern der "wahre wirtschaftliche Gehalt" maßgebend ist (§ 2 Abs.4 AuslBG), führt zu großen Unsicherheiten. "Die normative Bedeutung und Tragweite dieser Regelung liegt im Dunkeln" (Schrammel, ebd, S 80). Im angestammten Anwendungsbereich der "wirtschaftlichen Betrachtungsweise", im Steuerrecht, gibt es eine breite und anspruchsvolle Diskussion über die Bedeutung und Funktion dieses Kriteriums (vgl. etwa den Überblick bei Malek, Die Mitarbeit des GmbH-Gesellschafters, 1989, S 21ff).

Der unabhängige Verwaltungssenat geht - mit Schnorr, ebd, RZ 9 zu § 2 - davon aus, daß damit Schein- und Umgehungsgeschäfte angesprochen werden sollten (vgl. die EB, 470 Blg.NR 17. GP zu § 4 AÜG, der für den vorliegenden Zusammenhang wohl Vorbildwirkung hatte). Es ließe sich kritisch fragen, ob die Einführung dieses Begriffes bei solcherart eingeschränktem Verständnis dann nicht überflüssig ist - so Mazal, Arbeitskräfteüberlassung, 1988, S 17; ähnlich Schrammel, ebd, S 81 für das AuslBG; vgl. ferner Bachler, ebd, 8 f und Geppert, Arbeitskräfteüberlassungsgesetz, 1989, S 52). Im gegenständlichen Fall "benötigte" der unabhängige Verwaltungssenat freilich diese Kategorie nicht einmal in ihrer reduzierten Bedeutung, da kein Scheingeschäft vorlag und vom (im Zusammenhang mit dem Umgehungsgeschäft relevanten) Normzweck her ohnehin von einer Beschäftigung auszugehen war.

Thienel-Walter, Die Verwaltungsverfahrensnovellen 1995, S 144, bezeichnen es als "die wesentliche Errungenschaft des modernen Rechtsstaates", daß "das Gesetz im formellen Sinn dem einzelnen eine einigermaßen verständliche und vorhersehbare Leitlinien für sein Verhalten bietet, auf die er sich verlassen kann." Im Hinblick auf das sog. "Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg 12.420/1990), mit welchem der Verfassungsgerichtshof eine Verordnungsbestimmung aufgehoben hatte, die das rechtsstaatlich gebotene "Mindestmaß an Verständlichkeit" nicht aufwies, wurde in der Literatur die Frage nach der Verständlichkeit von Gesetzesbestimmungen als Verfassungsmaßstab aufgeworfen (vgl zusammenfassend Jabloner, Das "Denksporterkenntnis" des VfGH im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: Funk et al, Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels, Adamovich-FS, 1992, S 189ff). Ungeachtet der letztendlich im allgemeinen einzunehmenden verfassungsdogmatischen Position zum "Verständlichkeitskriterium" bleibt festzuhalten, daß für die Kalkulierbarkeit strafrechtlicher Normen ein Klarheitsgebot unstrittig ist (zum Klarheitsgebot für strafrechtliche Regelungen vgl zusammenfassend Mayer, B-VG, 1994, S. 441 mwN). Der unabhängige Verwaltungssenat verkennt nicht, daß bei Zusammenschau aller oben angestellten Erwägungen die gegenständliche Regelung des AuslBG unter diesem Blickwinkel nicht unproblematisch ist und daß die schwierige Durchschaubarkeit der rechtlichen Situation bei der Beurteilung der Vorwerfbarkeit eines Rechtsirrtums nicht gänzlich außer Acht gelassen werden darf.

Dessenungeachtet besteht bei unklaren Rechtssituationen eine Erkundigungspflicht. Als Geschäftsführer eines Unternehmens hätten dem Berufungswerber, der selbst gebürtiger Ausländer ist, in Anbetracht der Sensibilität der Materie und der Unwahrscheinlichkeit, daß der Gesetzgeber den Zugang von Ausländern zum österreichischen

Arbeitsmarkt erleichtern wollte, Zweifel kommen müssen, ob seine Rechtsauffassung richtig ist, zumal er anhand der eigenen Vorgangsweise sah, daß der Einbau der benötigten Arbeitskräfte in die Gesellschaft keine erhebliche Hürde darstellte, wobei er sich außerdem über die Bewilligungspflicht der Ausländerbeschäftigung grundsätzlich im klaren war und er auch richtig die Anmeldung zur Sozialversicherung vornahm. In einer solchen Situation wäre es dem Berufungswerber oblegen, sich bei der zuständigen Behörde über die Rechtslage zu erkundigen. Da der Berufungswerber dies unterließ, ist ihm der Rechtsirrtum vorzuwerfen und sein Verhalten nicht entschuldigt.

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvv/index.html>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)