

TE Vfgh Erkenntnis 1998/2/27 G326/97, G368/97, G369/97, G370/97, G398/97, G399/97, G400/97, G404/97,

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.02.1998

Index

62 Arbeitsmarktverwaltung

62/01 Arbeitsmarktverwaltung

Norm

B-VG Art7 Abs1 / Gesetz

B-VG Art10 Abs1 Z11

B-VG Art12 Abs1 Z6

B-VG Art18 Abs1

B-VG Art140 Abs1 / Prüfungsgegenstand

B-VG Art140 Abs1 / Allg

StGG Art5

EMRK Art6 Abs2

AuslBG §2 Abs4

AVG §8

BVG-Rassendiskriminierung Art1 Abs1

Leitsatz

Kein Verstoß einer Regelung des AuslBG zur Verhinderung der Umgehung dieses Gesetzes durch Vortäuschen von Gesellschaftsverhältnissen gegen den Gleichheitssatz, das Diskriminierungsverbot, die Privatautonomie und die Unschuldsvermutung; keine Beurteilung einer tatsächlich ausgeübten Tätigkeit sondern Prognoseentscheidung aufgrund der vorgelegten Vereinbarung und den gegebenen objektiven Begleitumständen; kein Verstoß gegen die Kompetenzverteilung und gegen das Determinierungsgebot

Spruch

.RS

Die Anträge werden abgewiesen.

Begründung

Entscheidungsgründe:

Das Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. 218/1975, regelt die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet. §2 Abs2 umschreibt den Begriff der Beschäftigung durch eine Aufzählung der darunter fallenden (Rechts-)Verhältnisse

(Arbeitsverhältnis, gewisse arbeitnehmerähnliche Verhältnisse und die Überlassung von Arbeitskräften). Sodann bestimmt Abs4 in der Fassung der Beschäftigungssicherungsnovelle 1993, BGBl. 502/1993, folgendes:

"(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Eine Beschäftigung im Sinne des Abs2 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, das Arbeitsamt 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."

Mit Art11 Z1 iVm 24 des Arbeitsmarktservice-Begleitgesetzes, BGBl. 314/1994, wurde der Ausdruck "Arbeitsamt" durch "regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice" ersetzt.

Die vorliegenden Verfahren betreffen den zweiten und dritten Satz des wiedergegebenen §2 Abs4.

I. Der Verwaltungsgerichtshof beantragt zu G326/97 (a) die Aufhebung des zweiten und dritten Satzes in §2 Abs4 AuslBG in der Fassung BGBl. 502/1993 als verfassungswidrig (und hinsichtlich des darin enthaltenen - bereits durch "regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice" ersetzen - Ausdrucks "Arbeitsamt" die Feststellung, daß dieser verfassungswidrig war), in eventu (b) die Aufhebung (bloß) des Satzteiles "das Arbeitsamt stellt auf Antrag fest" im zweiten Satz dieser Bestimmung (mit Einschluß der genannten Feststellung) oder aber (c) die Aufhebung der (gesamten) Z1 des zweiten Satzes. Er hat über die Beschwerde gegen einen Bescheid des Landesarbeitsamtes Niederösterreich vom 29. März 1994 (und eine Berichtigung vom 4. Mai 1994) zu erkennen, der eine Berufung von 43 slowakischen Staatsangehörigen gegen den Bescheid des Arbeitsamtes Korneuburg vom 15. November 1993 mangels Parteistellung zurückweist, worin einem von diesen gestellten Antrag auf Feststellung, daß die Beschwerdeführer wesentlichen Einfluß auf die Geschäftsführung der von ihnen als Kommanditisten gemeinsam mit österreichischen Staatsbürgern gebildeten Gesellschaft im Sinne des §2 Abs4 AuslBG ausüben, keine Folge gegeben wird. Insbesondere für die Lösung der Frage der Parteistellung der betroffenen Ausländer habe er die angegriffene Vorschrift anzuwenden. Dabei stellt sich ihm die Rechtslage wie folgt dar:

"Gemäß §3 Abs1 AuslBG (in der Fassung vor der Novelle BGBl. Nr. 895/1995) darf ein Arbeitgeber, soweit im AuslBG nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung (nach der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 auch: oder Entsendebewilligung) erteilt (nach der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 auch: oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt) wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt. Gemäß §3 Abs2 AuslBG darf ein Ausländer, soweit im AuslBG nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung (nach der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 auch: oder eine Entsendebewilligung) erteilt (nach der Novelle BGBl. Nr. 895/1995 auch: oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt) wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

§28 Abs1 AuslBG stellt u.a. die Beschäftigung eines Ausländers, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Arbeitserlaubnis oder ein Befreiungsschein ausgestellt wurde, unter Strafe.

Gemäß §18 Abs1 des Fremdengesetzes (FrG) ist gegen einen Fremden ein Aufenthaltsverbot zu erlassen, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, daß sein Aufenthalt die öffentliche Ruhe, Ordnung oder Sicherheit gefährdet oder anderen im Art8 Abs2 EMRK genannten öffentlichen Interessen zuwiderläuft. Als bestimmte Tatsache im Sinne der genannten Gesetzesstelle hat gemäß §18 Abs2 Z. 8 FrG insbesondere zu gelten, wenn ein Fremder von einem Organ der Arbeitsinspektorate, der regionalen Geschäftsstellen oder der Landesgeschäftsstellen des Arbeitsmarktservice (vor der Novelle BGBl. Nr. 314/1994: von einem Organ eines Landesarbeitsamtes oder Arbeitsamtes) bei einer Beschäftigung betreten wird, die er nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht ausüben hätte dürfen.

Gemäß §2 Abs2 AuslBG gilt als Beschäftigung die Verwendung

a) in einem Arbeitsverhältnis, b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht aufgrund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, c) in einem Ausbildungsverhältnis (nach der Novelle BGBI. Nr. 895/1995: einschließlich der Tätigkeit nach §3 Abs5), d) nach den Bestimmungen des §18 oder e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des §3 Abs4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBI. Nr. 196/1988.

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des §2 Abs2 AuslBG vorliegt, ist gemäß §2 Abs4 AuslBG der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Gemäß §2 Abs4 zweiter Satz leg. cit. i. d.F. der Novelle BGBI. Nr. 502/1993 liegt eine Beschäftigung im Sinne des §2 Abs2 AuslBG '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, das Arbeitsamt (nach der Novelle BGBI. Nr. 314/1994: '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'. Gemäß §2 Abs4 dritter Satz AuslBG hat den 'Nachweis hiefür ... der Antragsteller zu erbringen'.

Für die in §2 Abs4 zweiter Satz AuslBG genannten Fälle der Erbringung von Arbeitsleistungen von Personengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung sehen die angefochtenen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ein besonderes Feststellungsverfahren zur Klärung der Frage vor, ob eine Beschäftigung im Sinne des §2 Abs2 AuslBG vorliegt. Der in §2 Abs4 zweiter Satz AuslBG normierte Bescheid ist nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung als Feststellungsbescheid zu qualifizieren.

Der Gesetzgeber geht somit einerseits davon aus, daß dann, wenn durch den Gesellschafter ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich persönlich ausgeübt wird, keine Beschäftigung im Sinne des §2 Abs2 AuslBG vorliegen soll und diese Tätigkeit somit auch ohne Erfüllung der in §3 Abs1 oder 2 AuslBG genannten Erfordernisse ausgeübt werden darf.

§2 Abs4 zweiter Satz AuslBG setzt mit der Wendung 'wesentlicher Einfluß ... tatsächlich persönlich ausgeübt' von Gesetzes wegen auch voraus, daß die Gesellschaft ihre Tätigkeit bereits aufgenommen hat und somit auch die in §2 Abs4 zweiter Satz AuslBG näher umschriebenen Arbeitsleistungen bereits vom Gesellschafter persönlich erbracht werden; es kommt auf das 'Tatsächliche' und nicht etwa auf die bloße Gestaltung des Gesellschaftsvertrages an. Andererseits soll eine derartige Tätigkeit auch in diesen Fällen eines tatsächlichen persönlichen Einflusses jedenfalls so lange als Beschäftigung im Sinne des §2 Abs2 AuslBG gelten, solange nicht das Arbeitsamt (nunmehr: die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice) auf Antrag festgestellt hat, daß ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird.

Damit wird auch für jene Fälle, in denen - weil keine Beschäftigung gemäß §2 Abs2 AuslBG vorliegt - eine Erwerbstätigkeit auch ohne Erfüllung der in §3 Abs1 oder 2 AuslBG genannten Voraussetzungen ausgeübt können werden soll, im Ergebnis ein gesetzliches Verbot der Erbringung von Arbeitsleistungen so lange ausgesprochen, bis die Behörde auf Antrag festgestellt hat, daß ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird, wobei im übrigen unklar ist, welche Auswirkungen dies im Lichte des §879 ABGB auf den Gesellschaftsvertrag hat. Für die Dauer dieses Feststellungsverfahrens, in dem erst festgestellt werden soll, ob keine Beschäftigung im Sinne des §2 Abs2 AuslBG vorliegt, und in welchem die Beweislast gemäß §2 Abs4 letzter Satz AuslBG den Antragsteller trifft, gelten für den gemäß §9 VStG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen der als Arbeitgeber zu qualifizierenden Gesellschaft bzw. die Gesellschaft selbst die Strafdrohung des §28 Abs1 AuslBG bzw. damit im Zusammenhang die Rechtsfolge des §44 Abs1 Z. 4 des Bundesvergabegesetzes (Ausschließung vom Vergabeverfahren; vgl. §28b AuslBG i.d.F. BGBI. Nr. 776/1996). Die Betroffenen haben im Verwaltungsstrafverfahren keine Möglichkeit, den Nachweis zu führen, daß keine Beschäftigung im Sinne des §2 Abs2 AuslBG vorliegt: Dem steht nämlich die bis zum Abschluß des Feststellungsverfahrens bestehende gesetzliche Vermutung des 2 Abs4 zweiter Satz AuslBG entgegen.

Für den in §2 Abs4 zweiter Satz AuslBG genannten Gesellschafter ist die Erbringung von Arbeitsleistungen während des mit dieser Bestimmung geschaffenen Feststellungsverfahrens von Gesetzes wegen mit dem Risiko verbunden, daß gegen ihn im Fall seiner Betretung durch ein Organ der Arbeitsinspektorate, der regionalen Geschäftsstellen oder der

Landesgeschäftsstellen des Arbeitsmarktservice (vor der Novelle BGBl. Nr. 314/1994: durch ein Organ eines Landesarbeitsamtes oder Arbeitsamtes) gemäß §18 Abs1 i.V.m. Abs2 Z. 8 FrG ein Aufenthaltsverbot erlassen und er zu diesem Zwecke gemäß §§41 ff FrG in Schubhaft genommen wird (wobei es für die Rechtmäßigkeit der Schubhaft nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ausreicht, 'daß die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes möglich - d.h. nicht ausgeschlossen -' ist (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 23. August 1996, Zl. 95/02/0434, und vom 24. Jänner 1997, Zl. 95/02/0382))."

Gegen die angefochtenen Bestimmungen trägt der Verwaltungsgerichtshof verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitssatz (Art7 B-VG und Art1 Abs1 des Bundesverfassungsgesetzes zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung, BGBl. 390/1973), das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Achtung (Unversehrtheit) des Eigentums (Art5 StGG und Art1 des Zusatzprotokolls zur EMRK) und die Unschuldsvermutung (Art6 Abs2 EMRK) vor. Es sei nicht zu rechtfertigen,

"... wenn der Gesetzgeber die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit ausdrücklich erlaubt, ein besonderes Feststellungsverfahren zur Beurteilung der Zulässigkeit der - während dieses Feststellungsverfahrens notwendigerweise bereits ausgeübten - Tätigkeit vorsieht und gleichzeitig die Ausübung dieser Tätigkeit bis zur behördlichen Feststellung ihrer Zulässigkeit mit Strafen und anderen schwerwiegenden Sanktionen verknüpft. Schon von Gesetzes wegen ist somit die Ausübung der - gemäß §2 Abs4 zweiter Satz AusIBG grundsätzlich zulässigen - Tätigkeit nur dann möglich, wenn sich während des hier vorgesehenen Feststellungsverfahrens der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche dem Risiko einer Bestrafung gemäß §28 Abs1 AusIBG, die Gesellschaft selbst damit im Zusammenhang dem Risiko der Ausschließung vom Vergabeverfahren und die Gesellschafter im Falle einer Betretung gemäß §18 Abs2 Z. 8 FrG dem Risiko der Erlassung eines Aufenthaltsverbotes und damit im Zusammenhang einer Inschubhaftnahme ausgesetzt haben.

Diese Regelung ist deswegen nicht sachlich, weil der Gesetzgeber ganz offensichtlich mit §2 Abs4 AusIBG das Ziel verfolgt hat, daß die Erbringung der darin näher umschriebenen Arbeitsleistungen dann ohne die Erfüllung der Voraussetzungen gemäß §3 Abs1 oder 2 AusIBG zulässig sein soll, wenn der Gesellschafter einen wesentlichen Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübt. Mit §2 Abs4 zweiter Satz AusIBG schießt der Gesetzgeber somit über sein - grundsätzlich gewiß legitimes - offensichtlich ebenfalls bestehendes Ziel der Hintanhaltung von Mißbräuchen hinaus und spricht im Ergebnis das Verbot der Ausübung einer Tätigkeit aus, die er gerade erlauben will. Eine solche Regelung kann im Hinblick auf den Gleichheitssatz verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden (vgl. etwa die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs Slg. Nr. 9641/1983, 11.368/1987, 13.120/1992, 13.781/1994, und vom 14. März 1997, G401, 402/96).

Im Hinblick auf den Gleichheitssatz bedenklich erscheint die Regelung auch insoferne, als die durch die gesetzliche Vermutung, daß bis zur Erlassung des Feststellungsbescheides eine Beschäftigung im Sinne des §2 Abs2 AusIBG vorliegt, für die Betroffenen belastende Regelung nur in den in §2 Abs4 zweiter Satz AusIBG umschriebenen Fällen getroffen wurde, nicht jedoch in allen anderen Fällen, in denen fraglich erscheinen könnte, ob eine Beschäftigung gemäß §2 Abs2 AusIBG vorliegt. Hiefür ist ein sachlicher Grund nicht ersichtlich; zumal nicht nur die in §2 Abs4 AusIBG genannten gesellschaftsrechtlichen Konstruktionen zur Umgehung der in §3 Abs1 oder 2 AusIBG normierten Verpflichtung tatsächlich dienen oder dienen können.

Damit wird auch eine unsachliche Unterscheidung von Ausländern untereinander bewirkt. Insoferne erscheinen die angefochtenen Gesetzesstellen im Hinblick auf das BVG zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung, BGBl. Nr. 390/1973, welches ein Gebot der Gleichbehandlung von Fremden untereinander bewirkt (vgl. die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes vom 29. Juni 1995, B2318/94, und vom 5. Dezember 1996, B2965/95) verfassungsrechtlich bedenklich."

Zum Verstoß gegen die Eigentumsgarantie des Art5 StGG und die Gewährleistung vermögensrechtlicher Privatautonomie gemäß dem

1. ZPEMRK führt der Verwaltungsgerichtshof aus:

"Die angefochtenen Gesetzesstellen greifen in die durch die Eigentumsgarantie des Art5 StGG und des Art1 des Zusatzprotokolls zur EMRK, BGBl. Nr. 210/1958, gewährleistete vermögensrechtliche Privatautonomie ein. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes muß der Gesetzgeber bei derartigen Regelungen darauf achten, daß ein billiger Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses und denen des Grundrechtsschutzes des

einzelnen hergestellt wird. Der Gesetzgeber darf daher Regelungen, die sich als Beschränkungen des Grundrechtes erweisen, in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise nur vorsehen, soweit sie im öffentlichen Interesse liegen und nicht unverhältnismäßig und unsachlich sind (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13. Juni 1996, G1395/95, m.w.N.). Diesen Erfordernissen entsprechen die angefochtenen Gesetzesstellen aus den oben genannten Gründen ebenfalls nicht."

Angesichts der gegen den Arbeitgeber und seinen verwaltungsstrafrechtlichen Vertreter gerichteten Strafdrohung des §28 Abs1 AuslBG widersprüchen die Bestimmungen auch Art6 Abs2 EMRK

"... weil durch sie - während des Feststellungsverfahrens - hinsichtlich einer grundsätzlich vom Gesetz erlaubten Tätigkeit zugleich die gesetzliche Vermutung besteht, daß ein strafbares Verhalten vorliegt und für die betroffenen Gesellschafter und die für sie verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Organe nicht einmal die Möglichkeit besteht, den Beweis zu führen, daß die Tätigkeit nicht rechtswidrig war (vgl. dazu etwa das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11. Dezember 1986, Slg. Nr. 11.195).

Durch die - jedenfalls im Hinblick auf die zu lösende Rechtsfrage der Antragslegitimation der Beschwerdeführer präjudizielle - Regel des §2 Abs4 dritter Satz AuslBG wird die vorhin dargestellte verfassungsrechtliche Problematik des vorgehenden Satzes der betreffenden Gesetzesstelle noch verstärkt. Damit wird nämlich einerseits dem Antragsteller, der eine Bestrafung, eine Rechtsfolge gemäß §44 Abs1 Z. 4 des Bundesvergabegesetzes oder die Erlassung eines Aufenthaltsverbotes, das allenfalls mit einer Inschubhaftnahme verbunden ist, zu erwarten hat, auch hinsichtlich dieser Risiken eine erhöhte Beweislast aufgebürdet, was hinsichtlich des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 11. Dezember 1986, Slg. Nr. 11.195, bedenklich erscheint."

Darüber hinaus trägt der Verwaltungsgerichtshof noch Bedenken gegen die Kompetenz des Bundes vor. Die angefochtenen Bestimmungen seien insofern bedenklich,

"... als sie sich auf die Tätigkeit von Gesellschaftern auch in den in Art12 B-VG genannten Bereichen beziehen, insoferne dürften sie jedenfalls auf Art10 Abs1 Z. 11 B-VG, aber auch auf einen anderen Kompetenztatbestand, welcher ihre Vollziehung nicht durch den Landeshauptmann und die ihm unterstellten Landesbehörden, sondern durch ein insoferne dem Weisungsrecht eines Bundesministers unterstehendes Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts (vgl. §§1 Abs1 und 58 des Arbeitsmarktservicegesetzes) ohne die Zustimmung der Länder zuließe (Art102 Abs1 und 2 B-VG), nicht gestützt werden können (vgl. die kompetenzrechtlichen Ausführungen in den Erläuterungen der Regierungsvorlage zur Stammfassung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, 1451 Blg. NR, 13. GP, 17 f.).

Nach dem Wortlaut der angefochtenen Gesetzesstellen hat die Beteiligung von Ausländern an Personengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch dann als bewilligungspflichtige Beschäftigung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu gelten, wenn der betreffende Ausländer zwar Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, überwiegend aber seine unternehmerische Arbeitskraft in die Gesellschaft einbringt, wenn es sich also im Ergebnis um eine selbständige, vom Prinzip der Gleichordnung und Kooperation in der Gesellschaft getragene Tätigkeit handelt. Der Verwaltungsgerichtshof ist der Auffassung, daß in solchen Fällen eine an der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung orientierte Auslegung des Gesetzes zum Ergebnis führen muß, daß keine Beschäftigung im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vorliegt, weil Regelungen betreffend eine solche Tätigkeit dem Kompetenztatbestand 'Arbeitsrecht, soweit es nicht unter Art12 fällt' gemäß Art10 Abs1 Z. 11 B-VG nicht subsumiert werden können und auch sonst ein verfassungsrechtlicher Kompetenztatbestand, der die Vollziehung dieser Bestimmung nicht durch den Landeshauptmann und die ihm unterstellten Landesbehörden, sondern durch ein insoferne dem Weisungsrecht eines Bundesministers unterstehendes Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts (vgl. §§1 Abs1 und 58 des Arbeitsmarktservicegesetzes) ohne die Zustimmung der Länder zuließe, nicht zur Verfügung stehen dürfte (Art102 Abs1 und 2 B-VG). Sollte der Verfassungsgerichtshof diese Auffassung jedoch nicht teilen, so wurden auch diese Überlegungen gegen die Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen Gesetzesstellen sprechen."

Schließlich erscheinen die angegriffenen Gesetzesstellen dem Verwaltungsgerichtshof

"... im Hinblick auf Art18 Abs1 B-VG insoferne bedenklich, als damit keine ausreichend bestimmten Regelungen, insbesondere im Hinblick auf die Frage, welche Personen die darin vorgesehene Feststellung beantragen können,

sowie keine ausreichend genaue Umschreibung der sonst getroffenen Rechtsfolgen geschaffen wird."

II. Die Bundesregierung hält den Antrag für unzulässig:

"Gegenstand des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ist die Frage, ob der angefochtene Bescheid (vom 29. März 1994) zum Zeitpunkt seiner Erlassung rechtmäßig war. Hinsichtlich der maßgeblichen Rechtslage ist die zum Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides geltende Rechtslage heranzuziehen.

Zu diesem Zeitpunkt standen die angefochtenen Bestimmungen in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 502/1993 in Kraft, die allerdings nicht der geltenden Fassung des §2 Abs4 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes entspricht, welche diese Bestimmung durch ArtXI Z1 des Arbeitsmarktservice-Begleitgesetzes BGBl. Nr. 314/1994 erhielt. Gemäß Art11 Z34 leg. cit. trat diese Bestimmung mit 1. Juli 1994 in Kraft. Mit der genannten Novelle wurde nämlich der Ausdruck 'Arbeitsamt' durch 'Arbeitsmarktservice' ersetzt. Bei einer Novellierungsanordnung, bei der nur ein Teil eines Absatzes geändert wird, ist davon auszugehen, daß der Absatz insgesamt eine neue Fassung erhält.

Dies bedeutet, daß der Verwaltungsgerichtshof §2 Abs4 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in der geltenden Fassung nicht anzuwenden hat und der Antrag auf Aufhebung insoweit mangels Präjudizialität zurückzuweisen ist.

Was allerdings die von ihm anzuwendende Fassung (BGBl. Nr. 502/1993) betrifft, begeht der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich nur hinsichtlich des Ausdruckes 'Arbeitsamt' den Ausspruch, daß dieser verfassungswidrig war. Allerdings werden gegen diesen Ausdruck keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht, weshalb der Antrag auch diesbezüglich unzulässig ist, da gemäß §62 Abs1 VerfGG 1953 die Bedenken im einzelnen darzulegen sind.

Der Antrag des Verwaltungsgerichtshofes kann auch nicht dahingehend interpretiert werden, daß dieser den Ausspruch begeht, daß §2 Abs4 zweiter und dritter Satz des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 502/1993 verfassungswidrig war. Dies verbietet sich nach Ansicht der Bundesregierung, da der Antrag zwischen den Bestimmungen, deren Aufhebung beantragt wird, und der begehrten Feststellung, daß ein bestimmter Ausdruck verfassungswidrig war, klar differenziert.

Der Verfassungsgerichtshof müßte also Vermutungen über den Inhalt des Antrages des Verwaltungsgerichtshofes anstellen, der, insbesondere was die vom Aufhebungsantrag betroffene Fassung betrifft, kaum eruierbar ist. Nach Auffassung der Bundesregierung wäre der Antrag daher zur Gänze mangels Vorliegens der Prozeßvoraussetzungen (vgl. Beschuß des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 1995, G279/94) zurückzuweisen."

In der Sache hält die Bundesregierung dem Verwaltungsgerichtshof folgendes entgegen:

"1. Grundsätzliche Überlegungen:

Ziel des §2 Abs4 zweiter und dritter Satz des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AusIBG) ist es, bestimmten gesellschaftsrechtlichen Umgehungskonstruktionen zu begegnen. Jede sozialpolitisch gebotene Restriktion des Zuzuges von ausländischen unselbständigen Arbeitskräften wäre wirkungslos, überließe man auch jenen Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit, der nicht mehr unternehmerische Tätigkeit, sondern Arbeitsleistung in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Gegenstand hat, der freien Gestaltungsautonomie. Angesichts der unkontrollierbaren Gründungen von Gesellschaften, die keinen anderen Zweck hatten, als die Flucht aus der Bewilligungspflicht nach dem AusIBG, war es dringend geboten auch diese Umgehungskonstrukte in den Geltungsbereich dieses Gesetzes miteinzubeziehen.

Bei der gesetzlichen Regelung waren einander widerstrebende Interessenslagen zu vereinen: Einerseits sollte nicht in das Gesellschaftsrecht eingegriffen werden und schon gar nicht sollten zusätzliche Hindernisse für unternehmerische Tätigkeiten aufgestellt werden, andererseits aber mußte Mißbräuchen entgegengewirkt werden. Wie auszuführen sein wird, hat der Gesetzgeber nicht den Weg gewählt, Minderheitsbeteiligungen an Gesellschaften in Verbindung mit unternehmerischer Funktion der Bewilligungspflicht nach dem AusIBG zu unterwerfen. Für die notwendige Kontrolle wurde nicht die Beschäftigungsbewilligung mit all ihren arbeitsmarktpolitischen Implikationen und ihren Konsequenzen auf das zugrundeliegende Vertragsverhältnis gewählt. Vielmehr wurde ein 'gelinderes' Mittel ergriffen, nämlich die bescheidmäßige Feststellung, daß im Einzelfall ein wesentlicher Einfluß des Gesellschafters auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich gewährleistet ist.

Vor diesem Hintergrund ist auch die beim Verwaltungsgerichtshof anhängige Beschwerde zu sehen. Dieser liegt ein Fall zugrunde, wo 43 slowakische Staatsbürger an einer GmbH & Co. KG als Kommanditisten mit einer bar

eingebrochenen Vermögenseinlage von jeweils öS 5.000,-- beteiligt sind. Als Komplementär fungiert eine GmbH, an deren Stammkapital österreichische Staatsbürger beteiligt sind; von der Vertretung nach außen und von der Geschäftsführung der GmbH sind die Kommanditisten ausgeschlossen.

Gegenstand des Unternehmens ist die Ausübung des Baumeister- und Gärtnergewerbes, der Deichgräberei und des Handels mit Waren aller Art. Es wurde nie bestritten, daß die Kommanditisten Arbeitsleistungen als Maurer und Gärtner - also Tätigkeiten, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis erbracht werden - für die Gesellschaft leisten.

Es liegt folglich auf der Hand, daß diese Gesellschaftskonstruktion als Scheingeschäft zur Umgehung des AuslBG gewählt wurde. Es ist Erfahrungstatsache, daß angesichts der großen Zahl von Gesellschaftern in Relation zum Geschäftsumfang die tatsächliche Ausübung des im Gesellschaftsvertrag rechtlich vorgesehenen wesentlichen Einflusses auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den einzelnen Gesellschafter unmöglich ist. Es kann daher bereits vor Aufnahme der Arbeitstätigkeit der Schluß gezogen werden, daß eine derartige Gesellschaft handlungsunfähig wird, würde auch nur ein Teil der Gesellschafter einen wesentlichen Einfluß auf die Gesellschaft tatsächlich geltend machen.

2. Zu den gleichheitsrechtlichen Bedenken:

Der Verwaltungsgerichtshof stellt die Wendung 'wesentlicher Einfluß ... tatsächlich persönlich ausgeübt' im §2 Abs4 zweiter Satz AuslBG in den Mittelpunkt seiner Darstellung der Verfassungswidrigkeit der genannten Bestimmung und folgert daraus, daß damit von Gesetzes wegen vorausgesetzt werde, die Gesellschafter müßten ihre Tätigkeit bereits aufgenommen haben und es daher auf das 'Tatsächliche' und nicht etwa auf die bloße Gestaltung des Gesellschaftsvertrages ankomme. Ein Feststellungsverfahren sei somit erst möglich, wenn die Tätigkeit bereits durchgeführt werde. Es sei daher im Hinblick auf den Gleichheitssatz sachlich nicht zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit ausdrücklich erlaubt und ein besonderes Feststellungsverfahren zur Beurteilung der Zulässigkeit der - während dieses Feststellungsverfahrens notwendiger Weise bereits ausgeübten - Tätigkeit vorsieht, jedoch gleichzeitig die Ausübung dieser Tätigkeit bis zur behördlichen Feststellung ihrer Zulässigkeit mit Strafen und anderen schwerwiegenden Sanktionen verknüpft. Zwangsläufig ginge der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche während des Feststellungsverfahrens das Risiko einer Bestrafung nach §28 Abs1 AuslBG ein.

Die Behauptung des Verwaltungsgerichtshofes, es liege eine widersprüchliche Rechtslage vor, ist jedoch unzutreffend.

Aus dem klaren und eindeutigen Wortlaut des §2 Abs4 AuslBG ergibt sich nämlich, daß der in dieser Bestimmung genannte Personenkreis vor Aufnahme der Tätigkeit eines Feststellungsbescheides der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice bedarf. (arg. 'Eine Beschäftigung ... liegt insbesondere auch dann vor, ..., es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag fest, daß ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung tatsächlich persönlich ausgeübt wird.') Angesichts dieser ihrem Wortsinn nach unzweifelhaften Formulierung, kann dem Wort 'tatsächlich' in dieser Bestimmung keinesfalls die vom Verwaltungsgerichtshof unterstellte Bedeutung beigemessen werden. Vielmehr kann dieser Begriff im vorliegenden Zusammenhang nur so verstanden werden, daß damit (im Rahmen einer Prognoseentscheidung) auf die denkmögliche potentielle Durchführbarkeit einer im Vertrag ausbedungenen, erst in Zukunft durchzuführenden Tätigkeit abgestellt wird.

Nach Ansicht der Bundesregierung sind somit die Bedenken im Hinblick auf die Gleichheitswidrigkeit der Regelung unberechtigt, da auf Grund der dargelegten Auslegung keine widersprüchliche Rechtslage besteht.

Vielmehr handelt es sich bei dem Verfahren gemäß §2 Abs4 AuslBG um einen für das Verwaltungsrecht geradezu typischen Fall, wonach zur Abwehr bestimmter Gefahren die Aufnahme gewisser Tätigkeiten von der Erteilung eines vorangehenden Verwaltungsaktes abhängig gemacht wird. Zwar haben solche Anforderungen dem Gleichheitssatz zu genügen, doch bestehen insoweit nach Ansicht der Bundesregierung keine Zweifel an der Verfassungskonformität von §2 Abs4 AuslBG. Vor dem Hintergrund der 'Grauzone' zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit - vor allem was Umgehungs möglichkeiten der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG betrifft - erscheint es sachlich gerechtfertigt, die Feststellung, ob eine Beschäftigung vorliegt, nicht dem Rechtsunterworfenen zu überlassen, sondern von einer behördlichen Feststellung abhängig zu machen.

Auch die gleichheitsrechtlichen Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes zu dem Umstand, daß nur in den in §2 Abs4 zweiter Satz AuslBG umschriebenen Fällen ein Feststellungsbescheid verlangt wird, nicht jedoch in allen anderen

Fällen, in denen fraglich erscheinen könnte, ob eine Beschäftigung gemäß §2 Abs2 AuslBG vorliegt, obwohl auch andere als in §2 Abs4 AuslBG genannte gesellschaftliche Konstruktionen der Umgehung dienen können, geht nach Ansicht der Bundesregierung ins Leere. Die Gründe für diese Sonderregelung sind bei Schnorr (AuslBG3, Rz 10 zu §2) zu lesen:

'Betroffen sind die GesmbH und alle Personengesellschaften, bei denen die Einbringung einer Arbeitsleistung möglich ist: die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die eingetragene Erwerbsgesellschaft, die OHG und die KG. Nicht in Betracht kommen die AG, weil sich das Gesellschaftsverhältnis im Aktienbesitz erschöpft, die stille Gesellschaft, weil der stille Gesellschafter nur kapitalmäßig beteiligt ist, und die Gewinnbeteiligung, weil sie lediglich eine Form der Entlohnung im Arbeitsverhältnis ist.' ...

Dies zeigt, daß die in §2 Abs4 AuslBG vorgenommene Beschränkung auf GmbH's und Personengesellschaften vor dem Hintergrund der Gefahr einer Umgehung einer bewilligungspflichtigen Beschäftigung sachlich gerechtfertigt ist.

In §2 Abs4 AuslBG erblickt der Verwaltungsgerichtshof aber auch eine unsachliche Unterscheidung von Ausländern untereinander, was dem BVG zur Durchführung des internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung, BGBl. Nr. 370/1973, widersprechen würde. Auch darauf ist zu erwidern, daß gerade bei den von §2 Abs4 AuslBG erfaßten Fällen die Gefahr einer Umgehung besonders groß ist, und daher die durch diese Bestimmung bewirkte Differenzierung bei einer Durchschnittsbetrachtung - die wohl auch bei der Prüfung einer Regelung im Hinblick auf das BVG zur Durchführung des internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassischer Diskriminierung zum Tragen kommt - sachlich gerechtfertigt erscheint.

3. Eigentumsgarantie

Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Beschuß aus, daß die angefochtenen Bestimmungen in unverhältnismäßiger und unsachlicher Weise in die von der gemäß Art5 StGG und Art1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK verfassungsgesetzlich gewährleisteten Eigentumsgarantie mitumfaßten Privatautonomie eingreifen. Es liege kein billiger Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Allgemeininteresses und des Grundrechtschutzes vor.

Die angefochtene Bestimmung liegt nach Ansicht der Bundesregierung zweifellos im öffentlichen Interesse, nämlich dem Schutzinteresse des österreichischen Arbeitsmarktes. Die Arbeitsaufnahme von Menschen aus dem Ausland hat weittragende sozial- und arbeitsmarktpolitische Folgen. Es liegt daher im ganz erheblichen öffentlichen Interesse, angesichts des notwendigen rigiden Zuwanderungsstops für unselbständig Erwerbstätige auch dort die Zuwanderung zu beschränken, wo sich die Beschäftigung im Grenzbereich zur selbständigen Erwerbstätigkeit bewegt.

Die Regelung des §2 Abs4 AuslBG ist aber auch nicht unsachlich bzw. unverhältnismäßig. Der Verwaltungsgerichtshof begründet die Unverhältnismäßigkeit der Regelung insbesondere mit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13. Juni 1996, G1395/95 in welchem dieser ausgesprochen hat, daß §4 Abs7 AuslBG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 450/1990 und auch in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 257/1995 bis zur Erlassung einer Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung verfassungswidrig war. Die Gründe für den Ausspruch lagen darin, daß aufgrund dieser Bestimmung im Zusammenhang mit der Erlassung bzw. der Nichterlassung von Überziehungsverordnungen der Zustand eintreten konnte, keine einzige zusätzliche Beschäftigungsbewilligung erteilen zu können. Durch diese absolute Sperre wurde ein unsachlicher und unverhältnismäßiger Eingriff in die Privatautonomie bewirkt, da unter Umständen selbst Arbeitsverträge mit aufenthaltsberechtigten Ausländern nicht mehr abgeschlossen werden konnten.

Zu diesem vom Verwaltungsgerichtshof in seiner Begründung herangezogenen Erkenntnis ist zu sagen, daß vor dem Hintergrund der im gegenständlichen Verfahren angefochtenen Bestimmung keine auch nur vergleichbaren Auswirkungen festgestellt werden können. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß mit der vorliegenden Regelung keine absolute Sperre - wie im genannten Erkenntnis - bewirkt wird. Aber auch die Tätigkeit von ausländischen Minderheitsgesellschaftern ist unter der Voraussetzung der Erteilung eines Feststellungsbescheides keineswegs gänzlich ausgeschlossen. Selbst die Tätigkeiten, die unter Minderheitsbeteiligung ohne unternehmerische Funktion durchgeführt werden, unterliegen keinem absoluten Verbot, denn auch hier ist potentiell der Weg der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung offen, weshalb §2 Abs4 nach Ansicht der Bundesregierung keinen unverhältnismäßigen und unsachlichen Eingriff in die von der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Eigentumsgarantie mitumfaßten Privatautonomie darstellt.

4. Kompetenzrechtliche Bedenken

Der Verwaltungsgerichtshof erachtet §2 Abs4 AuslBG auch im Hinblick auf die Kompetenzverteilung für verfassungswidrig, da sich diese Bestimmung auch auf Tätigkeiten von Gesellschaftern beziehe, die dem Art12 B-VG unterliegen und dem Bund somit keine Gesetzgebungskompetenz zukomme. Des weiteren führt der Verwaltungsgerichtshof auch aus, daß ein Verstoß gegen Art102 Abs1 und 2 B-VG vorliege, da die nicht von Art102 Abs2 umfaßten Materien nur in mittelbarer Bundesverwaltung und nicht durch das dem Weisungsrecht des Bundesministers unterstehende Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts (das Arbeitsmarktservice) vollzogen werden können.

Die Bundesregierung vermag dieser Argumentation nicht zu folgen, da der angefochtenen Bestimmung kompetenzrechtlich keine andere Regelungsmaterie zugrunde liegt als dem Ausländerbeschäftigungsgesetz schlechthin. Die kompetenzrechtlichen Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes in Verbindung mit seinen Darlegungen zur mittelbaren Bundesverwaltung vermögen die Bundesregierung nicht zu überzeugen. Der Verwaltungsgerichtshof führt nämlich auf Seite 11 seines Beschlusses aus, daß die Bewilligungspflicht von Tätigkeiten von Gesellschaftern nicht unter Art10 Abs1 Z11 B-VG ('Arbeitsrecht ...') zu subsumieren sei. Worin allerdings der konkrete Verstoß gegen Art102 Abs2 B-VG liegen soll, ist unklar. Offensichtlich geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, daß es sich bei der genannten Regelung nicht um 'Arbeitsrecht' sondern um 'Zivilrecht einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens' (Art10 Abs1 Z6 B-VG) handelt. Vor dem Hintergrund des Art102 Abs2 B-VG ist allerdings anzumerken, daß auch der Kompetenztatbestand 'Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens' in Art102 Abs2 B-VG genannt ist und unmittelbar von Bundesbehörden vollzogen werden kann.

5. Unschuldsvermutung

Das Problem der Unschuldsvermutung stellt sich nur unter Zugrundelegung der - wie unter Punkt 2. bereits dargelegt unzutreffenden - Auslegung des §2 Abs4 durch den Verwaltungsgerichtshof. Teilt man hingegen die Interpretationen dieser Vorschrift durch die Bundesregierung, dann ist keinerlei Vermutung für das Vorliegen einer strafbaren Handlung ersichtlich. Vielmehr wird dann durch diese Bestimmung eine Anforderung für die Aufnahme einer Beschäftigung aufgestellt, deren Übertretung durch den betroffenen Personenkreis aber in keiner Weise vermutet wird.

Nur am Rande braucht daher darauf hingewiesen werden, daß die EMRK gesetzliche Vermutungen nicht grundsätzlich verbietet. Sie verlangt jedoch von den Vertragsstaaten, daß, was strafrechtliche oder diesen gleichzuhaltende Sanktionen betrifft, in dieser Hinsicht bestimmte Grenzen zu beachten seien (vgl. EGMR vom 7. Oktober 1988, Salabiaku, ÖJZ 1989, 347).

6. Parteistellung

Der Verwaltungsgerichtshof sieht die angefochtene Bestimmung auch im Hinblick auf Art18 Abs1 B-VG als bedenklich an, da sie nicht ausreichend bestimme, wer antragsberechtigte Partei im Feststellungsverfahren sei.

Im konkreten Fall war die Tätigkeit von Kommanditisten ohne Vertretungsbefugnis nach außen Gegenstand des Verfahrens. Die belangte Behörde ging von der Überlegung aus, daß die Parteistellung auf die Gesellschaft, d.h. auf die nach außen vertretungsbefugten Organe, beschränkt sei. Dabei kam sie zum Ergebnis, daß nur diejenigen antragslegitimiert seien, die eine Beschäftigungsbewilligung für ihren ausländischen Gesellschafter zu beantragen haben oder gehabt hätten. Diese Überlegung ist insofern naheliegend, als es die Gesellschaft ist, für die die Arbeitsleistung erbracht wird und die diese entgegennimmt. Demnach wären die vertretungsbefugten Organe der Gesellschaft als antragslegitimiert zu betrachten.

Das Ausländerbeschäftigungsgesetz läßt jedoch hinsichtlich der Antragslegitimation und der damit verbundenen Parteistellung eine andere Auslegung zu, zumal die Funktion der Gesellschaft als Arbeitgeber während des Feststellungsverfahrens zumindest zweifelhaft ist. Für die Beurteilung der Antragslegitimation und der Parteistellung sind diesfalls §2 Abs3 und 4 im Zusammenhang mit §21 AuslBG als maßgeblich anzusehen. Gemäß §21 AuslBG hat der Ausländer in allen Verfahren, in denen seine persönlichen Umstände maßgeblich für die Entscheidung sind, sowie in jenen Fällen, in denen keine Person im Sinn des §2 Abs3 vorhanden ist, Parteistellung. Nach Ansicht der Bundesregierung ist die Beteiligung eines Gesellschafters an einer Gesellschaft als persönlicher Umstand im Sinn des §21 AuslBG anzusehen, der auch im Sinn dieser Bestimmung maßgeblich für die Entscheidung ist.

Daß die belangte Behörde des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens unter Außerachtlassung des §21 AuslBG die

Parteistellung verneinte und somit §2 Abs4 AuslBG möglicherweise einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt hat, kann nicht dazu führen, daß §2 Abs4 AuslBG selbst mit Verfassungswidrigkeit belegt ist. Die Antragslegitimation ist folglich nach Ansicht der Bundesregierung im Zusammenhang der Bestimmungen des §2 Abs4 AuslBG i.V.m. §21 AuslBG zu sehen. Diesfalls kann auch nicht davon gesprochen werden, daß diesbezüglich eine mangelnde Determination vorliegt."

Demgemäß beantragt die Bundesregierung die Zurückweisung des Antrages, in eventu die Aussprüche, daß die angefochtenen Bestimmungen nicht verfassungswidrig sind oder waren.

III. In weiterer Folge hat der Verwaltungsgerichtshof aus Anlaß anderer bei ihm anhängigen Beschwerdeverfahren weitere neun gleichartige Anträge eingebracht (G368-370/97, G398-400/97, G404/97, G411/97 und G452/97), die teilweise statt des Feststellungsbegehrens (für das Wort "Arbeitsamt") das Aufhebungsbegehren auch auf die Fassung der Novelle 1994 ausdehnen (wobei ein Antrag (G452/97) das Begehren auf einen Teil des zweiten Satzes beschränkt und die Aufhebung des dritten Satzes nicht begeht, während ein anderer (G398/97) den dritten Satz auch in sein Eventualbegehren einschließt) und sich im subsidiären Eventualantrag, soweit sie einen solchen enthalten, - der Lage des Beschwerdefalles entsprechend - teilweise gegen die Z1 und teilweise gegen die Z2 wenden. Die diesen Anträgen zugrundeliegenden Beschwerden richten sich teils gegen Bescheide von Landesgeschäftsstellen des Arbeitsmarktservice, mit denen Feststellungsbegehren abgewiesen werden (darunter zu G368/97 auch das jener Gesellschaft, an welcher die Rechtsmittelwerber des führenden Verfahrens ihre Beteiligung behaupten), teils gegen Bescheide unabhängiger Verwaltungssenate in Verwaltungsstrafsachen wegen Beschäftigung ohne Erwirkung eines Feststellungsbescheides (G369/97, G411/97 und G452/97).

In der Begründung dieser Anträge wird jeweils auf jene im führenden Antrag verwiesen. Auch die Bundesregierung bezieht sich in allen Fällen auf die zu G326/97 erstattete Äußerung. Zu G411/97 hat auch der beim Verwaltungsgerichtshof belangte Unabhängige Verwaltungssenat für die Steiermark eine Äußerung abgegeben, in der er dem Antrag nur teilweise beitritt.

IV. Die Anträge sind zulässig.

Es sind keine Zweifel darüber entstanden, daß der Verwaltungsgerichtshof bei Entscheidung über die bei ihm anhängigen Beschwerden §2 Abs4 AuslBG anzuwenden hätte. Er bringt auch in den vom Einwand der Bundesregierung getroffenen Fällen zureichend zum Ausdruck, daß er den Text in jener Fassung würde anwenden müssen, die die Gesetzesstelle vor der Änderung der Behördenbezeichnung durch das Arbeitsmarktservice-Begleitgesetz in der Fassung der Beschäftigungssicherungsnovelle 1993 aufwies. Dieser Beurteilung kann der Verfassungsgerichtshof im führenden Fall schon angesichts des Umstandes nicht entgegentreten, daß der beim Landesarbeitsamt angefochtene Bescheid vom Arbeitsamt erlassen wurde und selbst die Berufungsbehörde noch vor Inkrafttreten des Arbeitsmarktservice-Begleitgesetzes am 1. Juli 1994, nämlich im März und Mai 1994 entschieden hat. Und sie leuchtet auch in jenen Fällen ein, in denen die Strafbehörde auf den Tatzeitpunkt abzustellen hat.

Unklar ist - und von der Bundesregierung in Zweifel gezogen wird - nur, ob die angefochtenen Bestimmungen (genauer: der zweite Satz des §2 Abs4) ungeachtet der Ersetzung des Ausdrucks "Arbeitsamt" durch "regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice" im Jahre 1994 noch in der Fassung 1993 in Geltung steht oder die Fassung 1993 zur Gänze außer Kraft getreten ist und der zweite Satz des §2 Abs4 insgesamt in der Fassung des Arbeitsmarktservice-Begleitgesetzes in Kraft steht, mit anderen Worten, ob es nur betreffs des Wortes "Arbeitsamt" mit einer Feststellung des Verfassungsgerichtshofs sein Bewenden hätte oder eine solche Feststellung den gesamten zweiten Satz des §2 Abs4 treffen müßte. (Daß der dritte Satz noch in der Fassung 1993 in Geltung steht, ist offenkundig).

Ob die angefochtene Vorschrift jedoch noch in Kraft steht und daher im Falle der Verfassungswidrigkeit der Gerichtshof wegen ihres Außerkrafttretens nur mehr ihre Verfassungswidrigkeit feststellen kann, ist nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs keine Frage der Zulässigkeit des Antrags, sondern gegebenenfalls in der Sachentscheidung zu berücksichtigen (vgl. VfSlg. 11469/1987). Es ist darauf also erst einzugehen, wenn die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Vorschrift feststeht.

V. Der Antrag ist indessen nicht begründet. Die gegen den zweiten und dritten Satz des §2 Abs4 AuslBG vorgetragenen Bedenken treffen nicht zu.

1. In erster Linie bezweifelt der Verwaltungsgerichtshof die Sachlichkeit einer Regelung, die den Arbeit leistenden Gesellschafter zwinge, zwecks Ermöglichung der Ausübung einer erlaubten Beschäftigung das Risiko einer unerlaubten, mit Strafe bedrohten Tätigkeit einzugehen. Die erklärte Prämisse dieser Bedenken ist also die Annahme, im Feststellungsverfahren sei eine bereits ausgeübte Tätigkeit zu beurteilen.

Dem Verwaltungsgerichtshof ist zuzugeben, daß die Formulierung des Gesetzes ("... ein wesentlicher Einfluß ... tatsächlich persönlich ausgeübt wird") zur Annahme eines solchen Gesetzesinhaltes verleiten kann und sich dieser Eindruck insbesondere in der Übergangsphase nach Einführung einer solchen Bestimmung in den Vordergrund schieben kann (wobei freilich nicht übersehen werden darf, daß sich die Frage nach dem Vorliegen eines echten Gesellschaftsverhältnisses schon vor der Beschäftigungssicherungsnovelle gestellt hat). Die Vorschrift will aber nur die Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes durch Vortäuschen von Gesellschaftsverhältnissen verhindern. Im Zusammenhang mit dem Gebot, nicht auf die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, sondern auf seinen wahren Gehalt zu sehen (§2 Abs4 erster Satz) 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 ausgeübt werden soll. Da das Vorliegen dieser Voraussetzung nur dann zu prüfen ist, wenn es sich um beabsichtigte Arbeitsleistungen handelt, die "typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden" - weshalb etwa bloße Geschäftsführungstätigkeiten nicht darunter fallen -, zieht diese Bestimmung also nur jene Grenze nach, die für die Unterscheidung von Gesellschafts- und Arbeitsverhältnis auch sonst maßgebend ist. Nur daß eben häufig - wenn es sich nicht um ein bereits längere Zeit bestehendes Gesellschaftsverhältnis handelt und eine ohnehin schon bisher entfaltete Tätigkeit nur ins Inland verlegt wird - eine Prognoseentscheidung aufgrund der vorgelegten Vereinbarung und den gegebenen objektiven Begleitumständen zu treffen ist. Bei solchem genaueren Zusehen entpuppt sich der angebliche Gesellschaftsvertrag gegebenenfalls als ein verkappter Arbeitsvertrag (vgl. Krejci in: Rummel, ABGB2, Rz 100 zu §1151; Grillberger in: Schwimann, ABGB2, Rz 32 zu §1151 und nunmehr Pfeil, ebenda2, Rz 39; Floretta-Spielbüchler-Strasser, Arbeitsrecht I3, 40) oder erscheint neben dem Gesellschafts- eben auch ein Arbeitsverhältnis (insbesondere Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages 131 ff., und Mayer-Maly, Österreichisches Arbeitsrecht I, 33). Eben weil es sich dabei um eine schwierige Beurteilung handelt, die im gegebenen Regelungszusammenhang nicht auf sich beruhen und nachträglich geprüft werden kann, ist das in Rede stehende gesonderte Feststellungsverfahren im Interesse der Rechtssicherheit in Grenzfällen vorgesehen.

Fällt aber die Prämisse des Verwaltungsgerichtshofs, daß im Feststellungsverfahren nach §2 Abs4 AusIBG eine tatsächlich ausgeübte Tätigkeit beurteilt werden muß, erledigen sich auch alle auf das behauptete Risiko der Beteiligten gegründeten Bedenken aus dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes, des Diskriminierungsverbotes, der Achtung des Eigentums (der vermögensrechtlichen Privatautonomie) und der Unschuldsvermutung. Daß die Hintanhaltung von Mißbräuchen ein legitimes Ziel der Gesetzgebung ist und im öffentlichen Interesse liegt, bezweifelt der Verwaltungsgerichtshof selbst nicht. Auf Schuld oder Unschuld kommt es in einem vor Beginn der "typischerweise in einem Arbeitsverhältnis ... geleisteten" Arbeitsleistungen abzuführenden Feststellungsverfahren nicht an.

Auch der Vergleich der vom zweiten Satz des §2 Abs4 erfaßten Fallgruppe mit anderen Fällen, in denen das Vorliegen einer Beschäftigung im Sinne des §2 Abs2 zweifel

Quelle: Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>