

# TE Vwgh Erkenntnis 2006/11/20 2005/09/0131

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.11.2006

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
21/01 Handelsrecht;  
21/07 Sonstiges Handelsrecht;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §2 Abs4;  
EGG §4;  
HGB §164;  
HGB §170;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litb;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Blaschek, Dr. Rosenmayr und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde der K KEG in W, vertreten durch Dr. Herbert Rabitsch, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Petrusgasse 2/15, gegen den Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien vom 8. Juli 2005, Zl. 3/08115, betreffend Feststellungsantrag gemäß § 2 Abs. 4 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, zu Recht erkannt:

## Spruch

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

Das Arbeitsmarktservice hat der beschwerdeführende Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien-Hietzing vom 23. April 2003 wurde ein Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, der Nachweis für die tatsächliche Ausübung eines wesentlichen Einflusses auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den türkischen Staatsangehörigen CÖ habe nicht erbracht werden können, weil dieser nach dem am 27. März 2003 geänderten Gesellschaftsvertrag neben AK mit einem Geschäftsanteil von

45 % als persönlich haftender Gesellschafter (Komplementäre), sowie einer weiteren Gesellschafterin mit einem Geschäftsanteil von 5 % als Kommanditistin an der Gesellschaft, welche eine Kebab-Stube betreibt, beteiligt gewesen sei. Die dagegen erhobene Berufung war mit Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien vom 26. Mai 2003 als unbegründet abgewiesen worden; die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2004, Zl. 2003/09/0141, als unbegründet abgewiesen. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird in Bezug auf den Sachverhalt auf dieses Erkenntnis verwiesen.

Mit Eingabe vom 15. Februar 2005 beantragte die beschwerdeführende Partei neuerlich die Feststellung gemäß § 2 Abs. 4 AuslBG und brachte in ihrem Antrag unter Beilage eines geänderten Gesellschaftsvertrages vor, der bisherige Mitkomplementär AK trete aus der Gesellschaft aus, der in Rede stehende Ausländer trete als persönlich haftender Gesellschafter in die Gesellschaft ein und vertrete diese seit dem 2. Februar 2005 selbständig. Die bisherige Kommanditistin verbleibe in der Gesellschaft mit einer Vermögenseinlage von EUR 364. Der Firmennamen werde fortgeführt. Der in Rede stehende Ausländer sei nunmehr am Vermögen und Gewinn der Gesellschaft mit insgesamt 95 % beteiligt. Zur Eintragung dieses geänderten Gesellschaftsvertrages im Firmenbuch des Handelsgerichtes Wien werde die begehrte Feststellung benötigt.

Mit Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien-Hietzing wurde auch dieser Antrag abgewiesen. Die Behörde erster Instanz ging im Wesentlichen davon aus, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt gegen das Vorliegen eines wesentlichen tatsächlichen Einflusses des in Rede stehenden Ausländers auf die Geschäftsführung der KEG spreche. Es sei keinerlei Nachweis erbracht worden, der zu einer anderen rechtlichen Beurteilung der Sachlage als bereits im Vorverfahren hätte führen können. Diesen Nachweis für einen maßgeblichen Einfluss auf die geschäftlichen Belange der Gesellschaft habe der jeweilige Antragsteller zu erbringen. Allein die Tatsache, dass der in Rede stehende Ausländer nunmehr als alleiniger persönlich haftender Gesellschafter fungieren solle, impliziere nicht gleichzeitig eine wesentliche Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft.

Gegen diesen Bescheid erhob die beschwerdeführende Gesellschaft Berufung.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vom 8. Juli 2005 wurde dieser Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 2 Abs. 4 AuslBG keine Folge gegeben. Nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens führte die belangte Behörde begründend aus, der in Rede stehende Ausländer habe anlässlich seiner niederschriftlichen Befragung bekannt gegeben, er kenne mittlerweile die Gesellschaft und wolle in diese als alleiniger persönlich haftender Gesellschafter eintreten und den von der Gesellschaft geführten Gastgewerbebetrieb übernehmen. Er sei als Student nach Österreich gekommen und habe die Gesellschaft um 12.000 EUR gekauft, worüber es jedoch keinen schriftlichen Nachweis gebe. Für die Beurteilung, inwieweit im Konnex mit den üblicherweise in einem Arbeitsverhältnis geleisteten Tätigkeiten ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter im Sinne des § 2 Abs. 4 AuslBG tatsächlich persönlich ausgeübt wird, sei maßgeblich auf die tatsächliche Funktionsausübung des Gesellschafters abzustellen. Die nunmehrige Absicht des in Rede stehenden Ausländers, die Funktion des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters zu übernehmen, bedinge noch nicht die Erfüllung dieses Erfordernisses, da dies nur ein Bild nach außen ergebe. Die Geschäftsführung einer Gesellschaft setze unabdingbar allgemeine Führungs- und Entscheidungskompetenz in den Angelegenheiten der Organisation einer Gesellschaft, wie beispielsweise im Bereich der Investition, Produktion, Finanzierung und Personalwesen voraus. Ebenso seien für eine wesentliche persönliche Einflussnahme auf die Geschäftsführung einer Personengesellschaft Kenntnisse der steuerlichen und rechtlichen Bestimmungen erforderlich. Die Qualifikation eines ausländischen Staatsbürgers zur Führung eines Unternehmens müsse evident sein. Sei der ausländische Staatsbürger nicht in der Lage, diese Anforderungen zu erfüllen, könne auch nicht die Ausübung einer wesentlichen Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft als wirklich zutreffend erachtet werden. Ein Nachweis, wonach der in Rede stehende Ausländer tatsächlich einen maßgeblichen Einfluss auf die Führung der Geschäfte nehme und hiezu auch befähigt sei, sei nicht getätigt worden. Der Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen für einen Feststellungsbescheid nach § 2 Abs. 4 AuslBG sei auch für einen Einzelgesellschafter einer Kommanditerwerbsgesellschaft vom Antragsteller zu erbringen. Der in Rede stehende Ausländer verfüge auch nicht über ausreichende Deutschkenntnisse. Nach der Gesamtbetrachtung der evidenten Tatbestände sei die tatsächliche persönliche Ausübung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung der beschwerdeführenden Personengesellschaft nicht als gegeben zu erachten.

Zweck der Bestimmung des § 2 Abs. 4 AuslBG sei auch, die Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes durch

Gesellschaftskonstruktionen zu verhindern. Auszugehen sei davon, dass die Personengesellschaft für den in Rede stehenden Ausländer bereits einmal einen Antrag nach § 2 Abs. 5 AuslBG gestellt habe, wonach er als Kellner zu einer Bruttoentlohnung von EUR 972,38 hätte beschäftigt werden sollen. Es sei außerdem bereits einmal ein Antrag auf Feststellung nach § 2 Abs. 4 AuslBG erfolglos gestellt worden, die Abweisung dieses Antrages in allen Instanzen sei auch vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt worden. Im damaligen Verfahren sei eruiert worden, dass der in Rede stehende Ausländer lediglich Hauszustellungen durchgeführt habe, alle rechtlichen Angelegenheiten jedoch von einer Buchhalterin erledigt würden und er nicht über die erforderlichen Kenntnisse der steuerlichen und rechtlichen Bestimmungen sowie jene der Führung einer Buchhaltung verfüge, welche für einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft notwendig seien, zumal er auch nicht ausreichende Deutschkenntnisse besitze. Die nunmehrige Änderung der Gesellschaftsverhältnisse, wonach der in Rede stehende Ausländer zukünftig die Funktion des alleinigen Gesellschafters der KEG bekleiden solle, diene augenscheinlich der Umgehungen der Bestimmungen des AuslBG. Vom Antragsteller sei auch nicht dargelegt worden, welche Arbeitsleistungen, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis erbracht würden, der in Rede stehende Ausländer für die Personengesellschaft wahrnehmen solle und aus denen gleichzeitig auch die faktische Ausübung eines maßgeblichen Einflusses auf die Geschäftsführung geschlossen werden könne. Lediglich die Aufforderung des Handelsgerichtes Wien als Firmenbuchgericht auf Vorlage eines Feststellungsbescheides nach § 2 Abs. 4 AuslBG könne die Ausstellung eines solchen nicht begründen.

Ferner sei die Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet nur zulässig, wenn hierfür eine Niederlassungsbewilligung ausgestellt worden sei. Die zuständige Behörde habe dazu am 1. Juli 2003 ein negatives Gutachten erstellt, sodass der beantragte Ausländer derzeit über kein entsprechendes Aufenthaltsrecht verfüge.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften sowie die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides geltend gemacht werden.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in welcher die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 2 Abs. 4 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 in der im gegenständlichen Fall anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 133/2003 lautet:

"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 Gesellschaftsanteil 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."

Die Vorschrift des § 2 Abs. 4 zweiter Satz AuslBG soll die Umgehung der Bestimmungen dieses Gesetzes 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 hierfür typischen Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung ausgeübt werden soll. Diese Voraussetzung ist dann zu prüfen, wenn es sich um Arbeitsleistungen handelt, die "typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden" (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. September 2005, Zl. 2002/09/0175, m. w.N.). Im Beschwerdefall ist die belangte Behörde erkennbar davon ausgegangen, dass sich an der vom Ausländer für die Gesellschaft zu erbringende Arbeitsleistung (als Kellner) seit der ersten Antragstellung nichts Wesentliches geändert hat, somit auch diesem (zweiten) Antrag auf Feststellung daher eine Tätigkeit des Ausländers zu Grunde lag,

die "typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet" wird. Geändert hat sich jedoch seine gesellschaftsrechtliche Stellung. Es war von der Behörde daher die tatsächliche Stellung des Ausländers als einziger Komplementär und Geschäftsführer der beschwerdeführenden Personengesellschaft und sein tatsächlich persönlich ausgeübter Einfluss auf die Geschäftsführung im Sinne des § 2 Abs. 4 AuslBG zu prüfen.

Nach den Punkten I. und II. des vorgelegten Gesellschaftsänderungsvertrages vom 2. Februar 2005 ist der Ausländer nach Ausscheiden des bisherigen Mitgesellschafters A.K. alleiniger persönlich haftender Gesellschafter der KEG und hält 95% der Gesellschaftsanteile. Er ist alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft. Eine Mitgesellschafterin verbleibt in der Gesellschaft, die als einzige Kommanditistin mit 5% an der Gesellschaft beteiligt ist. Ihr stehen keine Geschäftsführungsbefugnisse zu.

Gemäß Punkt IV des Gesellschaftsänderungsvertrages bedürfen sämtliche Beschlüsse einer qualifizierten Mehrheit von 75 % der Geschäftsanteile. Der (einzige) Komplementär kann daher nach den Bestimmungen des Gesellschaftsänderungsvertrages allein ohne Mitwirkung der Mitgesellschafterin - und ohne dass dieser eine Sperrminorität zukäme - Gesellschaftsbeschlüsse fassen. Ausgehend von dem vorgelegten Gesellschaftsänderungsvertrag, welcher der Kommanditistin keine über einen gesetzlichen Rahmen hinausgehenden Rechte einräumt, hätte daher ein wesentlicher Einfluss des Ausländers als einziger Komplementär auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen werden können. Gemäß § 4 EGG in Verbindung mit § 164 HGB sind nämlich die Kommanditisten von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Diese obliegt vielmehr ebenso wie die Vertretung der KEG (§ 170 HGB) dem (hier: einzigen) Komplementär. Ein wesentlicher Einfluss des einzigen Komplementärs auf die Geschäftsführung der KEG im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG könnte nur in Frage gestellt werden, wenn konkrete Umstände für eine dem Gesellschaftsvertrag zuwiderlaufende tatsächliche Praxis, gesprochen hätten. Hatte die belangte Behörde daher daran Zweifel, dass der Inhalt des vorgelegten Gesellschaftsänderungsvertrages dem "wahren wirtschaftlichen Gehalt" im Sinne des ersten Satzes des § 2 Abs. 4 AuslBG entspricht, so hätte es bei Vorliegen konkreter Verdachtsgründe weiterer Feststellungen bedurft, aus denen erkennbar wäre, dass der Ausländer als einziger Komplementär trotz seiner nach dem Gesetz unbeschränkten Befugnisse zur Vertretung und Geschäftsführung keine Person im Sinne des § 2 Abs. 4 AuslBG ist, etwa weil die ermittelten Umstände auf eine "Scheingesellschaft" bzw. auf neben dem Gesellschaftsvertrag bestehende Treuhandverträge, aus denen sich allenfalls andere Rechtsverhältnisse ergeben, hindeuten. Es reicht jedenfalls nicht aus, auf mangelnde Deutschkenntnisse sowie mangelnde Führungs- und Entscheidungsfähigkeit hinzuweisen - abgesehen davon, dass unklar ist, woher die belangte Behörde diese Einschätzung bezieht -, weil es in diesem Zusammenhang auch auf Betriebsgröße und -gegenstand ankommt. Der Verwaltungsgerichtshof hat auch in seinem Erkenntnis vom 21. September 2005, Zl. 2002/09/175, bereits darauf verwiesen, dass ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung auch grundsätzlich durch eine Person mit nur mangelhaften Deutschkenntnissen und ohne genaue Kenntnis der Buchhaltung oder der österreichischen Behördenorganisation ausgeübt werden kann.

War die belangte Behörde der Meinung, der Ausländer sei in Wahrheit nicht Gesellschafter geworden - etwa weil kein Geldfluss über den Kauf der Gesellschaft nachweisbar sei - und/oder ihm lediglich eine Strohmannfunktion zukomme, hätte sie zumindest konkrete Tatsachen feststellen müssen, die eine solche Annahme hätte rechtfertigen können. In dieser Hinsicht hat die belangte Behörde aber jegliche Ermittlungstätigkeit unterlassen.

Die belangte Behörde hat ihren Bescheid aus den dargelegten Gründen mit für die Entscheidung wesentlichen Feststellungs- und Begründungsmängeln belastet, weshalb er wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufzuheben war.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. November 2006

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2006:2005090131.X00

**Im RIS seit**

27.12.2006

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

© 2025 JUSLINE

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

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