

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/1/17 90/09/0136

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.01.1991

## Index

21/03 GesmbH-Recht;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §2 Abs2;  
AuslBG §3 Abs1;  
AuslBG §3;  
AuslBG §4 Abs1;  
GmbHG §15;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Karlik und die Hofräte Mag. Meisl und Dr. Höß als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Fritz, über die Beschwerde der A-GmbH gegen den Bescheid des Landesarbeitsamtes Wien vom 12. Juli 1990, Zl. Ilc/6702 B, betreffend Nichterteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Bescheid des Arbeitsamtes Persönliche Dienste - Gastgewerbe vom 9. November 1989 wurde der von der beschwerdeführenden Partei, die in Wien ein Restaurant betreibt, als Arbeitgeber eingebrachte Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den jugoslawischen Staatsangehörigen A als Koch (die zweite Berufsangabe "Geschäftsführer" ist am Originalantrag durchgestrichen) gemäß § 4 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 231/1988 (AuslBG) abgelehnt. Zur Begründung wurde nach Wiedergabe des § 4 Abs. 1 AuslBG ausgeführt, der Antrag sei wegen Nichtvorliegens eines unter Bedachtnahme auf die öffentlichen und gesamtwirtschaftlichen Interessen bestehenden besonderen Bedürfnisses der inländischen Wirtschaft abzulehnen gewesen.

In ihrer gegen den erstinstanzlichen Bescheid binnen offener Frist erhobenen Berufung brachte die beschwerdeführende Partei im wesentlichen vor, sie erachte das Vorgehen der Behörde erster Instanz für

verfassungsrechtlich bedenklich. Es liege eine Verletzung der freien Erwerbstätigkeit, der Gewerbefreiheit und der Unverletzlichkeit des Eigentumsrechtes vor. A sei einerseits Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei, andererseits auch Gesellschafter. Das Schwergewicht liege jedoch darauf, daß A Geschäftsführer der beschwerdeführenden Partei sei. Das GesmbH-Gesetz verlange, daß sich der Geschäftsführer innerhalb des Bundesgebietes aufhalte. Da A auf Grund seiner Stellung befugt sei, die Gesellschaft zu vertreten, könne diese Tätigkeit kein Inländer ausüben. Stehe aber kein Inländer zur Verfügung, müsse dem Ausländer die Beschäftigungsbewilligung erteilt werden. Im übrigen sei noch zu berücksichtigen, daß die beschwerdeführende Partei ein auf "serbo-kroatische Küche" spezialisiertes Restaurant betreibe. Da es sich um ein typisches Restaurant dieser Provinz handle, sei auch ein österreichischer Koch nicht imstande, typische serbo-kroatische Kost zuzubereiten.

Mit Schreiben vom 4. Dezember 1989 teilte die Behörde erster Instanz der beschwerdeführenden Partei mit, sie könne aus ihrem Stand an arbeitslos vorgemerkten Personen Arbeitskräfte anbieten, die für die beantragte Tätigkeit zur Verfügung stünden. Die beschwerdeführende Partei wurde eingeladen, einen Vermittlungsauftrag zu erteilen.

Auf dem angeschlossenen Formular kreuzte die beschwerdeführende Partei die Antwort "Ich wünsche keine anderen Kräfte anstelle des (r) beantragten Ausländers/Ausländerin" an.

Mit Schreiben vom 19. März 1990 brachte die belangte Behörde der beschwerdeführenden Partei zur Kenntnis, der beantragte Ausländer sei erst seit Juli 1989 in Österreich. Er könne noch keine entsprechenden Dienstverhältnisse in Österreich nachweisen, auf Grund deren er Ansprüche auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung habe. Derzeit sei eine Ersatzstellung durch inländische und ausländische Köche, die Arbeitslosengeld bezögen und beim Arbeitsamt in Vermittlungsvormerkung stünden, möglich. Beim Arbeitsamt Persönliche Dienste - Gastgewerbe stünden auch jugoslawische Köche in Vormerkung. An der Vermittlung dieser Personen bestehe im Hinblick auf die an sie zu erbringenden Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung ein dringendes öffentliches Interesse; diesem Personenkreis sei primär die Eingliederung in den Arbeitsprozeß zu ermöglichen. Der beschwerdeführenden Partei seien solche Personen als Ersatzkräfte angeboten worden, sie habe diese jedoch mit Schreiben vom 19. Dezember 1989 ausdrücklich abgelehnt. Der Umstand, daß der beantragte Ausländer mit 20 Prozent an der beschwerdeführenden Partei beteiligt und ihr Geschäftsführer sei, bedeute nicht, daß die beschwerdeführende Partei deshalb bereits einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung erworben habe. Vielmehr sei von der objektiven Situation am Arbeitsmarkt auszugehen.

In ihrer Äußerung vom 2. April 1990 stellte die beschwerdeführende Partei fest, sie habe in Österreich nicht einen Gastgewerbebetrieb zu dem Zweck eröffnet, um anderen Personen einen Dienstposten zu verschaffen. Dies sei letztlich auch die Ursache, daß andere Köche abgelehnt worden seien. Eine Eingliederung anderer Personen in den Arbeitsprozeß im Rahmen ihres Unternehmens komme erst dann in Frage, wenn der Geschäftsumfang so groß sei, daß Personen außerhalb der Familie Hutinec (Gesellschafter) beschäftigt werden müßten. Tatsache sei, daß A nicht nur Gesellschafter, sondern auch Geschäftsführer sei. Nach dem klaren Gesetzeswortlaut (des GesmbH-Gesetzes) habe sich der Geschäftsführer in Österreich aufzuhalten; dazu komme noch, daß A der einzige Geschäftsführer sei und ohne ihn die Gesellschaft als juristische Person nicht handlungsfähig sei. Außerdem sei A ausgebildeter Koch, der auf serbo-kroatische Küche spezialisiert sei. Die beschwerdeführende Partei wüßte, daß A ein guter Koch sei. Gerade bei einem Gastronomiebetrieb sei es von besonderer Bedeutung, daß die Gäste mit dem Essen zufrieden seien. Ihrer Auffassung nach gebe es, zumindestens in der angebotenen Gehaltskategorie, keinen besseren Koch als A.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 12. Juli 1990 wies die belangte Behörde die Berufung der beschwerdeführenden Partei gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AuslBG ab und bestätigte den Bescheid der Behörde erster Instanz. Zur Begründung führte sie nach Wiedergabe der §§ 3 und 4 AuslBG und (formularmäßigen) Erörterungen über die Lage des Arbeitsmarktes und die gesamtwirtschaftlichen Interessen im wesentlichen aus, A, der seit Juli 1989 in Österreich sei, könne noch keine entsprechenden Dienstverhältnisse in Österreich nachweisen, auf Grund derer er Ansprüche auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung habe. Derzeit sei eine Ersatzstellung durch in- und ausländische Köche, auch jugoslawische Köche, die Arbeitslosengeld bezögen und beim Arbeitsamt in Vermittlungsvormerkung stünden, möglich. An der Vermittlung dieser Personen bestehe - im Hinblick auf die für einen Großteil dieser Personen aus öffentlichen Mitteln zu erbringenden Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung - ein dringendes öffentliches Interesse; diesem Personenkreis sei primär die Eingliederung in den Arbeitsprozeß zu ermöglichen. Die Beteiligung von A mit 20 Prozent an der beschwerdeführenden Partei und seine Eigenschaft als Geschäftsführer bedeuteten noch nicht, daß die beschwerdeführende Partei daraus bereits einen

Anspruch auf Beschäftigungsbewilligung ableiten könne. Es sei von der objektiven Situation am Arbeitsmarkt auszugehen. Der beschwerdeführenden Partei seien anstelle des beantragten Ausländers beim Arbeitsamt in Vermittlungsvormerkung stehende Arbeitskräfte angeboten worden. Sie habe jedoch solche Arbeitskräfte ausdrücklich abgelehnt. Damit habe sie ihr Desinteresse an der Deckung eines konkreten Arbeitskräftebedarfes bekundet. Im Hinblick auf die aufgezeigten Umstände sei daher die Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung unter Bedachtnahme auf § 4 Abs. 1 AuslBG nicht für vertretbar erachtet worden.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, in der Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sowie dessen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

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

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

Ihrem gesamten Vorbringen nach erachtet sich die beschwerdeführende Partei in ihrem Recht auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG verletzt.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes bzw. einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften bringt die beschwerdeführende Partei im wesentlichen vor, sie habe sich die Führung eines Gastronomiebetriebes zum Ziel gesetzt, in dem Balkanspezialitäten und jugoslawische Spezialitäten angeboten werden sollten. Neben den gängigen und bekannten Balkanspezialitäten sollten auch Speisen angeboten werden, deren Zubereitung ganz besondere Kenntnisse voraussetze, die eben A mitbringe. Durch seine Kochkenntnisse solle er dem Lokal insgesamt seinen Stempel aufdrücken, was letztlich auch darin seinen Niederschlag finde, daß sich die Firma von seinem Namen ableite. Die belangte Behörde habe dies völlig verkannt, wenn sie darauf hinweise, daß sowohl in- und ausländische Köche, auch jugoslawische Köche, beim Arbeitsamt in Vermittlungsvormerkung stünden. Der der beschwerdeführenden Partei gehörige Betrieb erfordere besondere Qualifikationen, die jene Köche mit allergrößter Wahrscheinlichkeit nicht mitbrächten. Im Zuge des Bewilligungsverfahrens sei von der persönlichen und fachlichen Qualifikation des in Aussicht genommenen Ausländers für diesen konkreten Arbeitsplatz auszugehen und zu prüfen, ob gleich geeignete, aber auf dem Arbeitsmarkt bevorzugte Arbeitnehmer vorhanden seien. Es sei zu beachten, daß die Eignung der Ersatzkraft stets an Hand der Anforderungen des konkreten in Aussicht genommenen Arbeitsplatzes zu beurteilen sei. Im übrigen sei die beschwerdeführende Partei, die erst seit Juli 1989 existiere, aus kaufmännischen Überlegungen nicht in der Lage, auf für Köche marktübliche Lohnvereinbarungen einzugehen. Für den Fall, daß es einen Spezialitätenkoch gäbe und sich erst nach einer gewissen Zeit seine diesbezügliche Unfähigkeit bzw. Unbrauchbarkeit herausstellte, müßte die beschwerdeführende Partei einerseits den "teuren" Koch weiterbezahlen, andererseits müßte sie parallel dazu einen zweiten Spezialitätenkoch suchen. Dies würde bedeuten, daß die beschwerdeführende Partei mit allen Mitteln einen Spezialitätenkoch suchen müßte, während der geschäftsführende Gesellschafter, der diese Qualifikation mit Sicherheit mitbringe, tatenlos zusehen müsse. Dies sei einem Betrieb nicht zumutbar, der unter härtesten marktwirtschaftlichen Bedingungen in einer konkurrenzreichen Branche darum zu kämpfen habe, Fuß zu fassen. Auch aus Gründen der Unternehmensstruktur der beschwerdeführenden Partei wäre eine Beschäftigungsbewilligung für den beantragten Ausländer zu erteilen. Dieser halte 20 Prozent der Geschäftsanteile und sei zudem Geschäftsführer. Zwar gehe der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Judikatur davon aus, daß in einem solchen Fall einer Minderheitsbeteiligung der Geschäftsführer eine Beschäftigungsbewilligung benötige. Die wirtschaftliche Abhängigkeit von A von der beschwerdeführenden Partei sei durchaus zu bejahen. Der 20 prozentige Geschäftsanteil von A erkläre sich daraus, daß der beantragte Ausländer im Rahmen seiner finanziellen Möglichkeiten sich an der beschwerdeführenden Partei beteiligt habe. Umgekehrt sei die beschwerdeführende Partei von seinem "know how" abhängig, weil er der beschwerdeführenden Partei jene Kenntnisse zur Verfügung stelle, derentwegen die Gesellschaft überhaupt gegründet worden sei. Im übrigen sei zu berücksichtigen, daß es sich bei der beschwerdeführenden Partei um eine Familiengesellschaft handle, deren Zweck nicht darin bestehe, Beschäftigungsbewilligungen für Ausländer zu verschaffen.

Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, der Beschwerde zum Erfolg zu verhelfen.

Vorweg ist klarzustellen, daß Gegenstand des Verwaltungsverfahrens die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für die vom beantragten ausländischen Arbeitnehmer A geplante TÄTIGKEIT EINES KOCHES gewesen ist. Die

beschwerdeführende Partei hat nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes im Verwaltungsverfahren, insbesondere in ihrer Berufung, ihren ursprünglichen Antrag (eingelangt beim zuständigen Arbeitsamt am 23. Oktober 1989), in dem in der Spalte "Berufliche Tätigkeit" Koch angegeben war (die zusätzliche Anführung "Geschäftsführer" ist durchgestrichen; vgl. auch die in der Spalte "Spezielle Kenntnisse oder Ausbildung erforderlich" von der beschwerdeführenden Partei gemachte Angabe: "Koch") nicht inhaltlich dahin abgeändert, daß nunmehr eine Beschäftigungsbewilligung für A für die Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter der beschwerdeführenden Partei beantragt werde. Die diesbezüglichen Ausführungen in der Berufung dienen lediglich der Unterstützung des seinerzeit gestellten Antrages, sodaß sich auch im Verfahren vor der belangten Behörde der Verfahrensgegenstand nicht geändert hat. Zutreffend hat daher die belangte Behörde in Vermittlungsvormerkung stehende arbeitslose Köche als Ersatzkräfte angeboten.

Entgegen der Auffassung der beschwerdeführenden Partei läßt sich auch aus ihrer "Unternehmensstruktur" nichts für die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung für den beantragten Ausländer gewinnen: im Ausländerbeschäftigungsgesetz fehlt jeglicher Hinweis dafür, daß in einem solchen Fall (Beantragung einer Beschäftigungsbewilligung für eine - nicht in der Geschäftsführertätigkeit bestehende - Tätigkeit eines Ausländers, dem die Stellung eines geschäftsführenden Gesellschafters zukommt) im Bewilligungsverfahren andere Beurteilungsmaßstäbe als sonst zu gelten hätten.

Im übrigen sind bei der im Beschwerdefall unbestrittenen Sachlage (A ist Minderheitengesellschafter der beschwerdeführenden Partei ohne Sperrminorität) die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zutreffend davon ausgegangen, daß A trotz seiner Stellung als Geschäftsführer Arbeitnehmer der beschwerdeführenden Partei sein kann (vgl. dazu z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Februar 1988, Zl. 87/09/0267 = Slg. N.F. Nr. 12.642/A sowie das Erkenntnis vom 4. September 1989, Zl. 89/09/0066 u.a.).

Gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG ist die Beschäftigungsbewilligung, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt ist, zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zuläßt und wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen.

Die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung ist dem nach an zwei Voraussetzungen geknüpft, nämlich

1. daran, daß die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zuläßt UND
2. wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen.

Fehlt auch nur eine dieser beiden Tatbestandsvoraussetzungen, ist den Arbeitsämtern die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung verwehrt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. unter Hinweis auf Art. 14 Abs. 4 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 45/1965, beispielsweise das Erkenntnis vom 2. Juli 1987, Zl. 87/09/0051, vom 18. Februar 1988, Zl. 87/09/0289 und vom 25. April 1990, Zl. 89/09/0149) darf bei der Auslegung des § 4 Abs. 1 AuslBG nicht außer acht gelassen werden, daß die vom Gesetzgeber angesprochenen wichtigen öffentlichen und gesamtwirtschaftlichen Interessen erst dann zum Tragen kommen, wenn feststeht, für welche Beschäftigung konkret die Bewilligung beantragt wurde und ob die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes diese konkrete Beschäftigung zuläßt. Dies wird aber immer dann der Fall sein, wenn nicht feststeht, daß für die Beschäftigung wenigstens ein bestimmter Inländer oder im gegebenen Zusammenhang ein einem Inländer gleichgestellter oder begünstigt zu behandelnder Ausländer zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, diese Beschäftigung zu den gestellten (gesetzlich zulässigen) Bedingungen auszuüben.

Diese Beweisführung erübrigt sich dann, wenn seitens des Arbeitgebers die Stellung jeder Ersatzkraft von vornherein und unbegründet abgelehnt wird (vgl. in diesem Sinn z.B. die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. April 1987, Zl. 87/09/0012, vom 25. November 1987, Zl. 87/09/0164, vom 18. Februar 1988, Zl. 87/09/0289, sowie vom 25. April 1990, Zl. 89/09/0149).

Im Beschwerdefall ist die belangte Behörde im Einklang mit dem Inhalt der vorgelegten Akten davon ausgegangen, daß die beschwerdeführende Partei ausdrücklich die Deckung ihres konkreten Arbeitskräftebedarfes aus in Vermittlungsvormerkung stehenden Arbeitskräften ohne ausreichende Begründung abgelehnt hat. Diese von der beschwerdeführenden Partei abgegebene Erklärung vom 19. Dezember 1989, an der sie im Ergebnis auch in ihrer

Äußerung vom 2. April 1990 festgehalten hat, ist von ihr auch in ihrer Beschwerde nicht bestritten worden. Sie hat nach der Lage der Akten im Verwaltungsverfahren auch niemals vorgebracht, an der Stellung einer Ersatzkraft interessiert zu sein.

Auch dann, wenn die besonderen Anforderungen, die die beschwerdeführende Partei an die Tätigkeit eines Koches in ihrer Berufung (zur Zulässigkeit der Veränderung des Anforderungsprofils im Berufungsverfahren und den Grenzen nach § 66 Abs. 4 AVG 1950 vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. Juli 1990, Zl.90/09/0047 und die dort angeführte Vorjudikatur) im Hinblick auf die Beherrschung von "Balkanspezialitäten" ("serbo-kroatische Küche") objektiv berechtigt sein sollten, vermag der Verwaltungsgerichtshof im Beschwerdefall nicht zu erkennen, daß die Stellung von diesen Anforderungen entsprechenden Ersatzkräften im Beschwerdefall von vornherein als offenkundig aussichtslos angesehen werden muß: Abgesehen davon, daß die beschwerdeführende Partei eine derartige Befähigung des beantragten Ausländers ohne jedes Beweisangebot behauptet hat, hat die belangte Behörde im Schreiben vom 19. März 1990 unter anderem mitgeteilt, daß auch jugoslawische Köche in Vormerkung stünden; dessen ungeachtet hat die beschwerdeführende Partei in ihrer Äußerung vom 2. April 1990 an ihrer ablehnenden Haltung gegenüber Ersatzkräften festgehalten. Außerdem müßte auch ein österreichischer Koch grundsätzlich für die Zubereitung von (nicht näher spezifizierten) "Balkanspezialitäten" im Hinblick auf die geschichtlich und durch die geographische Nähe erklärbaren zahlreichen Einflüsse der jugoslawischen auf die österreichische Küche und die dadurch bedingte Ähnlichkeit beider Küchen als geeignet angesehen werden (vgl. dazu die das Verhältnis der österreichischen zur ungarischen Küche betreffenden Erkenntnisse vom 1. Dezember 1988, Zl. 88/09/0081 und vom 22. Februar 1990, Zl. 89/09/0120).

Die belangte Behörde konnte daher im Beschwerdefall unbedenklich davon ausgehen, die Ablehnung der Ersatzkraftstellung sei von der beschwerdeführenden Partei ohne ausreichende Begründung erfolgt. Sie konnte deshalb die Erteilung der begehrten Beschäftigungsbewilligung versagen.

Damit erweist sich die Beschwerde zur Gänze als unbegründet. Sie war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Pauschalierungsverordnung, BGBl. Nr. 206/1989.

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

ECLI:AT:VWGH:1991:1990090136.X00

#### **Im RIS seit**

17.01.1991

#### **Zuletzt aktualisiert am**

21.06.2012

**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)