

TE Vwgh Erkenntnis 1990/5/4 89/09/0152

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.05.1990

Index

21/03 GesmbH-Recht;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;
66/01 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz;

Norm

ASVG §4 Abs2;
AuslBG §2 Abs2;
AuslBG §3 Abs1;
AuslBG §3 Abs2;
AuslBG §4 Abs1;
GmbHG §15;
GmbHG §39 Abs1;

Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden): 89/09/0156

Betreff

S-GmbH gegen Landesarbeitsamt Wien vom 18. Oktober 1989, Zl. IIc/6702 B (zu hg. Zl. 89/09/0152), und vom 25. Oktober 1989, Zl. IIc/6702 B (zu hg. Zl. 89/09/0156), jeweils betreffend Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz

Spruch

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 2.760,-- (zu Zl. 89/09/0152) und S 2.760,-- (zu Zl. 89/09/0156) binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Zwecks Vermeidung entbehrlicher Wiederholungen ist zur Vorgesichte der beiden vom Verwaltungsgerichtshof zur gemeinsamen Entscheidung verbundenen Beschwerden auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. März 1989, Zlen. 88/09/0152, 0153, zu verweisen, welches den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bekannt ist. Mit diesem Erkenntnis wurden auf Grund der damaligen Beschwerden der Beschwerdeführerin zwei Bescheide der belangten Behörde vom 12. Oktober 1988 wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben, mit welchen Berufungen der Beschwerdeführerin gegen erstinstanzliche Bescheide abgewiesen

worden waren, welche die Abweisung von Anträgen der Beschwerdeführerin auf Beschäftigungsbewilligungen gemäß dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975 (AuslBG), für A und für E zum Gegenstand gehabt hatten. In der Begründung des oben angeführten Erkenntnisses vom 1. März 1989 hatte der Verwaltungsgerichtshof im wesentlichen ausgeführt, die entscheidende Feststellung der belangten Behörde, es sei davon auszugehen, daß die Beschwerdeführerin Ersatzkräfte für die beiden beantragten Ausländer ablehne, habe im durchgeführten Verwaltungsverfahren keine ausreichende Deckung gefunden. Zwar treffe mit einiger Sicherheit die Vermutung der belangten Behörde zu, daß die Beschwerdeführerin eine Beschäftigung der beiden von ihr beantragten Ausländer einer Beschäftigung von Ersatzkräften vorziehen würde, doch könne der Vorwurf, die Beschwerdeführerin habe Ersatzkräfte nicht angestellt, weil sie die an ihrem Unternehmen beteiligten Ausländer präferiere, erst dann mit Recht und mit dem Ergebnis einer Abweisung der gestellten Anträge erhoben werden, wenn feststehe, daß die Beschwerdeführerin tatsächlich geeignete und gewillte Ersatzkräfte abgelehnt hätte. Die belangte Behörde werde daher im fortgesetzten Verfahren zu prüfen haben, ob nun tatsächlich für die Beschäftigung bei der Beschwerdeführerin wenigstens je eine Ersatzkraft zur Verfügung stehe, die bereit und fähig sei, diese Beschäftigung zu den gestellten Bedingungen auszuüben. Die belangte Behörde werde aber im fortgesetzten Verfahren auch der Frage nachzugehen haben, ob nicht allenfalls infolge der Beteiligung der beiden beantragten Ausländer am Stammkapital der Beschwerdeführerin ein Fall vorliege, in welchem es im Sinne des hg. Erkenntnisses vom 18. Februar 1988, Zl. 87/09/0267, mangels Zutreffens der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 AuslBG gar keiner Beschäftigungsbewilligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AuslBG für die beantragten Ausländer bedürfe.

Im fortgesetzten Verfahren verwies vorerst der Rechtsanwalt der Beschwerdeführerin in Schreiben vom jeweils 3. April 1989 auf die aufrechte Vollmacht und auf das bisherige Vorbringen der Beschwerdeführerin. Hierauf erhob die belangte Behörde, daß auf Grund einer Gesellschafterliste vom 30. November 1988 am Stammkapital der Beschwerdeführerin E mit S 250.000,-- (50 %) und B mit S 250.000,-- (50 %) beteiligt seien; A schien seither nicht mehr unter den Gesellschaftern auf.

Hierauf erließ die belangte Behörde am 31. August 1989 in beiden Verfahren den nachstehenden Vorhalt an die Beschwerdeführerin:

"Nach Aufhebung der beiden ha. Berufungsbescheide durch den Verwaltungsgerichtshof wurde durch Einsicht in das Handelsregister sowie in den Registerakt betreffend Ihre Gesellschaft (HRB. 37.159) festgestellt, daß A als Gesellschafter aus Ihrer Gesellschaft ausschied und aufgrund der letzten im Registerakt aufliegenden Gesellschafterliste vom 30.11.1988 E mit 50 % im Stammkapital Ihrer Firma beteiligt ist. Nach herrschender Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes sind Gesellschafter mit 50 % oder mehr als 50 % Geschäftsanteilen - sogenannte Mehrheitseigentümer - nicht in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt anzusehen, und zwar unabhängig davon, ob der Gesellschafter Geschäftsführer der GmbH ist oder nicht. Es liegt keine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vor. Ein Mehrheitseigentümer bedarf für die Erbringung von Arbeitsleistungen demnach keiner Beschäftigungsbewilligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AuslBG.

Bezüglich des A werden Sie ersucht, mitzuteilen, ob Sie für ihn den Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung noch aufrecht halten wollen. Da er aus der Gesellschafterliste ausschied, wird daraus ha. geschlossen, daß Sie an ihm kein Interesse mehr besitzen.

Sollten Sie an einer Beschäftigung des A weiter interessiert sein, so wird dazu ausgeführt, daß derzeit eine Ersatzstellung durch inländische und ausländische Filialleiter, die Arbeitslosengeld beziehen und beim Arbeitsamt in Vermittlungsvormerkung stehen, möglich ist.

An der Vermittlung dieser Personen besteht - im Hinblick auf die für einen Großteil dieser Personen aus öffentlichen Mitteln zu erbringenden Leistungen der Arbeitslosenversicherung - ein dringendes öffentliches Interesse; dem oa. Personenkreis ist primär die Eingliederung in den Arbeitsprozeß zu ermöglichen.

Es wurde festgestellt, daß A seit 10/87 in Österreich aufhältig ist und es sich um die erstmalige Arbeitsaufnahme handelt. Der beantragte Ausländer kann noch keine entsprechenden Dienstverhältnisse in Österreich nachweisen, aufgrund deren er Ansprüche auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung hat. Er gehört demnach nicht dem oa. Personenkreis an.

Sie werden ersucht, bekanntzugeben, ob Sie an solchen beim Arbeitsamt in Vermittlungsvormerkung stehenden Ersatzkräften interessiert sind, damit die Zuweisung von geeigneten Filialleitern veranlaßt werden kann.

Sie haben Gelegenheit, zu obigen Feststellungen binnen 14 Tagen ab Erhalt dieses Schreibens schriftlich Einwendungen anzubringen, ansonsten die Entscheidung aufgrund der derzeitigen Aktenlage erfolgt."

Dieser Vorhalt wurde der Beschwerdeführerin zu Handen ihres Rechtsanwaltes am 4. September 1989 zugestellt. Die Beschwerdeführerin hat diesen Vorhalt unbeantwortet gelassen.

Mit den nunmehr angefochtenen Bescheiden vom 18. Oktober 1989 (betreffend A) und vom 25. Oktober 1989 (betreffend E) hat die belangte Behörde den beiden Berufungen der Beschwerdeführerin erneut gemäß § 66 Abs. 4 AVG 1950, und zwar im Falle des A in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AuslBG und im Falle des E in Verbindung mit § 2 Abs. 2 AuslBG, keine Folge gegeben.

Begründend führte die belangte Behörde in dem A betreffenden angefochtenen Bescheid nach Wiedergabe des § 3 Abs. 1 und 2 und des § 4 Abs. 1 AuslBG allgemein jene Grundsätze aus, die ihrer Meinung nach bei der Beurteilung der Bewilligungsvoraussetzungen der zuletzt zitierten Norm zu beachten seien. Zum Fall des A im speziellen verwies die belangte Behörde wie bereits in ihrem Vorhalt auf die bestehende Möglichkeit der Stellung entsprechender Ersatzkräfte. Es sei festgestellt worden, daß sich A seit Oktober 1987 in Österreich aufhalte. Er könne noch keine entsprechenden Dienstverhältnisse in Österreich nachweisen, auf Grund deren er Ansprüche auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung habe. Er gehöre daher nicht dem Personenkreis an, welchem primär die Eingliederung in den Arbeitsprozeß ermöglicht werden müsse. Weiters sei festgestellt worden, daß A als Gesellschafter aus der beschwerdeführenden Gesellschaft ausgeschieden sei. Daraus habe die belangte Behörde geschlossen, daß die Beschwerdeführerin an A kein Interesse mehr habe. Dieser Umstand sei der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gebracht worden, doch habe diese darauf nicht mit einer Stellungnahme reagiert. Ferner seien der Beschwerdeführerin an Stelle des A beim Arbeitsamt in Vermittlungsvormerkung stehende Arbeitskräfte angeboten worden; die Beschwerdeführerin habe aber auch nicht auf die Anfrage reagiert, ob sie noch an einer Ersatzstellung interessiert sei, damit die Zuweisung von Filialleitern hätte veranlaßt werden können. Im Hinblick auf die aufgezeigten Umstände sei die Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung unter Bedachtnahme auf § 4 Abs. 1 AuslBG nicht für vertretbar erachtet worden.

Den E betreffenden angefochtenen Bescheid begründete die belangte Behörde ausgehend von der Bestimmung des § 2 Abs. 2 AuslBG damit, daß sie nach Einsicht in das Handelsregister und den Registerakt betreffend die Beschwerdeführerin festgestellt habe, daß auf Grund der letzten Gesellschafterliste E mit 50 % am Stammkapital der Beschwerdeführerin beteiligt sei. Nach herrschender Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes seien Gesellschafter mit 50 % oder mehr als 50 % Geschäftsanteilen - sogenannte Mehrheitseigentümer - nicht in einem Arbeitsverhältnis oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt anzusehen, und zwar unabhängig davon, ob der Gesellschafter Geschäftsführer der Ges.m.b.H. sei oder nicht. Es liege keine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vor. Ein Mehrheitseigentümer bedürfe für die Erbringung von Arbeitsleistungen demnach keiner Beschäftigungsbewilligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AuslBG. Dies sei der Beschwerdeführerin nachweislich zur Kenntnis gebracht worden, es sei darauf jedoch trotz Aufforderung keine Reaktion erfolgt.

Gegen diese beiden Bescheide richten sich die vorliegenden Beschwerden, in denen jeweils Rechtswidrigkeit des Inhaltes, Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird. In beiden Fällen erachtet sich die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung verletzt.

Die belangte Behörde hat zu beiden Beschwerden die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und Gegenschriften erstattet, in welchen sie die Abweisung der Beschwerden als unbegründet beantragt.

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

Der Verwaltungsgerichtshof teilt einleitend die von der Beschwerdeführerin als Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde vorgebrachte Auffassung nicht, daß in beiden Fällen - ausgehend vom Standpunkt der belangten Behörde - richtig mit der Zurück- statt mit Abweisung (gemeint wohl: der Anträge der Beschwerdeführerin) vorzugehen gewesen sei. Völlig unbegründet sind die in den Beschwerden geltend gemachten Zweifel an der Zuständigkeit der belangten Behörde, als Berufungsbehörde über die beiden Berufungen der Beschwerdeführerin gegen erstinstanzliche Entscheidungen des Arbeitsamtes Angestellte meritorisch zu entscheiden.

1.) ZUR BESCHWERDE BETREFFEND A (ZL. 89/09/0152):

Gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG, auf den die belangte Behörde ihre ablehende Entscheidung stützte, ist die Beschäftigungsbewilligung zu erteilen, wenn 1. die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zuläßt und
2. wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 28. Juni 1989, Zl. 89/09/0007, und die dort angeführte Vorjudikatur) 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 immer dann der Fall sein, wenn nicht feststeht, daß für die Beschäftigung wenigstens ein bestimmter oder im gegebenen Zusammenhang ein bestimmter 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.

Im Ergebnis stützt die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid auf diesen Umstand, indem sie im Unterbleiben einer Stellungnahme der Beschwerdeführerin auf den Vorhalt vom 31. August 1989 deren Ablehnung ihr angebotener Ersatzkräfte erblickt hat.

Es trifft zwar zu, daß die Beschwerdeführerin in früheren Stadien des Verwaltungsverfahrens wiederholt erklärt hat, an der Stellung geeigneter und gewillter Ersatzkräfte interessiert zu sein; nicht zuletzt hat dies ja zur Aufhebung der ersten Berufungsentscheidung durch das eingangs genannte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes geführt. Trotzdem durfte die Beschwerdeführerin den Vorhalt der belangten Behörde vom 31. August 1989 nicht unbeantwortet lassen, wollte sie mit Rücksicht auf dessen Inhalt nicht Gefahr laufen, daß ihre Absichten von der belangten Behörde nunmehr anders gedeutet würden als früher. Die belangte Behörde hat der Beschwerdeführerin ausdrücklich das Ergebnis ihrer Ermittlungen vorgehalten, wonach inzwischen A als Gesellschfter aus der beschwerdeführenden Gesellschaft ausgeschieden war, was sie als Indiz dafür deutete, die Beschwerdeführerin würde an A nicht mehr das früher bekundete Interesse aufrechterhalten. Diese Annahme der belangten Behörde war gewiß nicht zwingend; dadurch jedoch, daß ihr die Beschwerdeführerin über gezielte Anfrage nicht widersprochen hat, erhielt sie erst die von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid verwertete entscheidungswesentliche Bedeutung. Wenn die belangte Behörde das Verhalten der Beschwerdeführerin im fortgesetzten Verfahren als eine unbegründete Ablehnung jeder (weiteren) Ersatzkraftstellung angesehen und infolgedessen ohne weitere Ermittlungsschritte die Abweisung des gestellten Antrages auf Beschäftigungsbewilligung für A neuerlich bestätigt hat, dann bewirkte dieses behördliche Vorgehen weder die behauptete inhaltliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides noch eine vom Verwaltungsgerichtshof aufzugreifende Mängelhaftigkeit des diesem vorangegangenen Verfahrens.

2.) ZUR BESCHWERDE BETREFFEND E (ZL. 89/09/0156):

Nach § 2 Abs. 2 AuslBG gilt u.a. als Beschäftigung die Verwendung in einem Arbeitsverhältnis (lit. a) oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird (lit. b).

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, daß auch ein Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b.H. deren Arbeitnehmer sein kann. Ist er Mehrheitsgesellschafter und kann er dadurch die Beschußfassung der Generalversammlung bestimmen, oder verfügt er doch über einen solchen Geschäftsanteil, der ihn in Verbindung mit einer im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen qualifizierten Mehrheit bei Abstimmungen in die Lage versetzt; Beschlüsse der Generalversammlung zumindest zu verhindern ("Sperrminorität"), so ist er nicht als abhängiger Arbeitnehmer anzusehen. In einem solchen Fall kann seine Tätigkeit auch nicht als Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis qualifiziert werden. Ein derartiger Geschäftsführer bedürfte daher mangels Zutreffens der Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 AuslBG keiner Beschäftigungsbewilligung im Sinne des § 3 Abs. 1 AuslBG (vgl. dazu die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. September 1989, Zl. 89/09/0066, vom 18. Februar 1988, Zl. 87/09/0267, und das zu einer vergleichbaren Regelung des IESG ergangene Erkenntnis vom 20. Mai 1980, Zl. 2397/79 = Slg. 10.140/A).

Dieselben Grundsätze gelten für einen Gesellschafter auch dann, wenn er nicht gleichzeitig als Geschäftsführer

fungiert. Ist er Mehrheitsgesellschafter oder kann er doch mit einem Minderheitsanteil Beschlüsse der Generalversammlung zumindest verhindern, dann ist er kein abhängiger Arbeitnehmer und bedarf daher keiner Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG. Im Beschwerdefall ist unbestritten geblieben, daß E mit 50 % an der beschwerdeführenden Gesellschaft m.b.H. beteiligt ist. Damit ist er zwar nicht, wie die belangte Behörde meint, "Mehrheitseigentümer", doch kann er mit seinem Hälftenanteil jedenfalls eine ihm nicht genehme Beschußfassung in der Generalversammlung der Beschwerdeführerin verhindern. Eine Sonderbestimmung im Gesellschaftsvertrag der Beschwerdeführerin, wonach bei Stimmengleichheit die Stimmen des oder der anderen Gesellschafter stärker wiegen würden als die des E, ist im Beschwerdefall nicht hervorgekommen und von der Beschwerdeführerin, trotz gebotener Möglichkeit zur Stellungnahme zu der von der belangten Behörde ermittelten Beteiligung des E an der Beschwerdeführerin, auch gar nicht behauptet worden.

Die belangte Behörde durfte daher auf Grund der von ihr erzielten Ermittlungsergebnisse mit Recht davon ausgehen, daß E bei der Beschwerdeführerin nicht eine abhängige Dienstnehmereigenschaft einnimmt und daher einer Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG nicht bedarf. Im Verwaltungsverfahren unterlassene Gegenbehauptungen der Beschwerdeführerin in der nunmehrigen Beschwerde konnten als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren verbotene Neuerungen (§ 41 Abs. 1 VwGG) keine Beachtung finden.

Es entsprach daher die Bestätigung der Abweisung der Anträge der Beschwerdeführerin auf Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen nach dem AuslBG sowohl für A als auch für E dem Gesetz. Die gegen die angefochtenen Bescheide erhobenen Beschwerden waren gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Dabei konnte von der von der Beschwerdeführerin beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden, weil die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen ließen, daß die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten ließ.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 2 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit Art. I B Z. 4 und 5 der Verordnung vom 17. April 1989, BGBl. Nr. 206/1989.

Schlagworte

Dienstnehmer Begriff Einzelne Berufe und Tätigkeiten Diverses

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:1990:1989090152.X00

Im RIS seit

03.04.2001

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at