

# TE Vwgh Erkenntnis 2002/2/28 99/09/0093

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.02.2002

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §4 Abs1;

AuslBG §4b Abs1 idF 1997/II/078;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Germ und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Blaschek als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Flendrovsky, über die Beschwerde der T Reiseagentur GmbH in W, vertreten durch Dr. Werner Walch, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Biberstraße 10, gegen den Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien vom 25. März 1999, Zl. 10/13114/945.032/1999, betreffend Sicherungsbescheinigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die beschwerdeführende Partei hat dem Arbeitsmarktservice Aufwendungen in der Höhe von 332,-- EUR binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die beschwerdeführende Partei stellte am 28. Dezember 1998 beim Arbeitsmarktservice Persönliche Dienstleistungen Gastgewerbe Wien den Antrag auf Ausstellung einer Sicherungsbescheinigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) für die philippinische Staatsangehörige Q (geboren 9. Mai 1977) für die berufliche Tätigkeit als "Marketingassistentin-Asien". Als spezielles Bildungserfordernis wurde im Antrag "Marketingausbildung, Sprachen" angegeben. Die Vermittlung von Ersatzkräften verneinte die beschwerdeführende Partei in ihrem Antrag mit der Begründung "betroffene Person mit Geschäftskontakten". Die voraussichtliche Beschäftigung der beantragten Ausländerin soll nach den Antragsangaben als Angestellte mit einem monatlichen Bruttolohn in der Höhe von S 10.000,-- erfolgen. Als Ausbildungsnachweis der beantragten ausländischen Arbeitskraft legte die Beschwerdeführerin das Zeugnis der "University of St. La Salle" vom 22. März 1998 vor, wonach die beantragte Ausländerin zum "Bachelor of Science in Commerce Major in Business Management" graduiert worden sei.

Diesen Antrag - der mit Verfügung vom 20. Jänner 1999 der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice weitergeleitet wurde - lehnte das Arbeitsmarktservice Angestellte West Wien mit Bescheid vom 28. Jänner 1999 gemäß § 11 Abs. 2 Z 1 in Verbindung mit 4 Abs. 6 Z 1 AuslBG ab.

In der gegen diesen Bescheid gerichteten Berufung führte die Beschwerdeführerin aus, sie beabsichtige ihre Aktivitäten auf dem chinesischen und philippinischen Reisemarkt erheblich auszudehnen; sie suche als junges Unternehmen Marktnischen auf dem touristischen Incoming und Outgoing Markt in Asien. In Österreich bestünde eine "philippinische Gemeinde" von rund 30.000 Personen. Hinsichtlich dieses Personenkreises wolle sie eine Marktlücke auf dem österreichischen Reisemarkt nützen und eine neue Abteilung mit neu anzustellenden österreichischen Mitarbeitern schaffen. Neben fachlicher Kompetenz sei auch die sprachliche Kompetenz erforderlich. Für diesen Bereich seien keine geeigneten Mitarbeiter auf dem Heimischen Arbeitsmarkt zu finden. Die beantragte Ausländerin verfüge über die erforderlichen Qualifikationen, nämlich Universitätsabschluss im Wirtschafts- und Marketingbereich, freiberufliche Erfahrung im Reise- und Tourismusgeschäft sowie Sprachkenntnisse in Chinesisch, Philippinisch, Englisch und Deutsch. Die beantragte Ausländerin habe ausgezeichnete Kontakte auf höchster Ebene in den Philippinen und soziale Kontakte in W und zur "Philippinischen Kommune". Aufgrund dieser Fähigkeiten könne die beantragte Ausländerin der Beschwerdeführerin helfen "einen neuen Geschäftsbereich zu eröffnen, neue inländische Arbeitsplätze zu schaffen und den Transfer von Investitionskapital zu fördern". Die Voraussetzungen als Schlüsselkraft seien erfüllt.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 11 Abs. 2 Z 1 und den §§ 4 Abs. 1 sowie 4 Abs. 6 Z. 1 AuslBG der Berufung keine Folge.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides wurden die Voraussetzungen wiedergegeben, unter denen gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG (in Verbindung mit § 4b Abs. 1 AuslBG) Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden dürfen. Wenn ein Ausländer mit geringerem Integrationsgrad beantragt werde, sei zu prüfen, ob vorrangige Arbeitskräfte in der Reihenfolge nach § 4b Abs. 1 AuslBG für die Vermittlung auf den Arbeitsplatz zur Verfügung stünden. Die beantragte ausländische Arbeitskraft gehöre jedenfalls nicht "zu den Gruppen 3-1 der oben angeführten Reihung". Eine Ersatzstellung durch inländische und ausländische Marketing-Assistenten/innen, die beim Arbeitmarktservice in Vermittlungsvormerkung stünden und den Gruppen 3-1 angehörten, sei möglich, diese gingen daher der beantragten ausländischen Arbeitskraft im Rang vor. Die Beschwerdeführerin habe jedoch in ihrem Antrag die Vermittlung von Arbeitskräften abgelehnt. Durch das Desinteresse an der Ersatzkraftstellung habe sie sich die Möglichkeit genommen, sich von der Eignung der zur Verfügung stehenden Ersatzkräfte zu überzeugen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die offene Stelle mit einer begünstigt zu vermittelnden Arbeitskraft hätte besetzt werden können. Die "Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung" (richtig: Ausstellung der beantragten Sicherungsbescheinigung) sei daher unter Bedachtnahme auf § 4 Abs. 1 AuslBG nicht vertretbar (die weitere Bescheidbegründung betrifft den Ablehnungsgrund nach § 4 Abs. 6 Z 1 AuslBG).

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die beschwerdeführende Partei erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid nach ihrem gesamten Beschwerdevorbringen in dem Recht auf Ausstellung der beantragten Sicherungsbescheinigung verletzt. Sie beantragt, die Durchführung einer Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof und danach den angefochtenen Bescheid "gem. § 42(2) VwGH" kostenpflichtig aufzuheben.

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

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

Gemäß § 11 Abs. 2 Z 1 AuslBG darf die Sicherungsbescheinigung nur ausgestellt werden, wenn die Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1, 2 oder 6 und Abs. 3 Z 1, 4, 6, 8 und 12 gegeben sind.

Die belangte Behörde hat die Ablehnung der Ausstellung der beantragten Sicherungsbescheinigung auf § 4 Abs. 1 (in Verbindung mit § 4b Abs. 1) AuslBG und auf § 4 Abs. 6 Z 1 AuslBG gestützt. Bereits das Zutreffen eines dieser beiden Versagungsgründe rechtfertigt die Abweisung der Beschwerde.

Nach § 4 Abs. 1 AuslBG ist die Beschäftigungsbewilligung - soweit im folgenden nicht anderes bestimmt ist - zu erteilen bzw. zufolge § 11 Abs. 2 Z 1 AuslBG die Sicherungsbescheinigung auszustellen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt und wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen.

Nach § 4b Abs. 1 AuslBG in der Fassung der NovelleBGBl. I Nr. 78/1997 lässt die Lage und Entwicklung des

Arbeitsmarktes im Sinne des § 4 Abs. 1 die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung, insbesondere auch im Rahmen von Verordnungen gemäß § 9 des Fremdengesetzes 1997 für Saisonkräfte, nur zu, wenn für den zu besetzenden Arbeitsplatz keine Arbeitskräfte in folgender Reihenfolge vermittelt werden können :

1.

Inländer oder Flüchtlinge gemäß § 1 Abs. 2 lit. a;

2.

Befreiungsscheininhaber;

3.

Ausländer, die einen Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung ausschließlich durch Beschäftigungsverhältnisse im Inland erworben haben;

4. a) jugendliche Ausländer, sofern sie das letzte volle Schuljahr vor Beendigung ihrer Schulpflicht gemäß dem Schulpflichtgesetz 1985, BGBl. Nr. 76, in Österreich absolviert haben und wenigstens ein Elternteil, der nach dem Fremdengesetz 1997 niedergelassen ist, während der letzten fünf Jahre mindestens drei Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet erwerbstätig war, oder

b) Ausländer, die seit mindestens acht Jahren in Österreich gemäß dem Fremdengesetz 1997 niedergelassen sind;

5. Ausländer, die, sofern sie nicht bereits einer der vorgenannten Personengruppen zuzurechnen sind, von einer Verordnung gemäß § 12a Abs. 2 erfasst sind und für eine Vermittlung in Betracht kommen;

6. Ausländer, die nach mindestens dreijähriger erlaubter Beschäftigung im Inland einen Leistungsanspruch gemäß Z 3 erschöpft haben und seitdem durchgehend beim Arbeitsmarktservice zur Vermittlung vorgemerkt sind;

7. Ausländer, die sich länger als drei Jahre erlaubt im Bundesgebiet aufhalten und deren Beschäftigung zur Sicherung des Lebensunterhaltes von Ehegatten und minderjährigen Kindern, die von ihnen wirtschaftlich abhängig sind und sich ebenso lang im Bundesgebiet rechtmäßig aufhalten, notwendig ist;

8. Ausländer, die sich länger als fünf Jahre erlaubt im Bundesgebiet aufhalten und deren Vermittlung auf offene Stellen nicht aussichtslos erscheint;

9. Asylwerber gemäß den §§ 7a und 8 des Asylgesetzes 1991, BGBl. Nr. 8/1992, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 76/1997.

Bei der Prüfung, ob für den zu besetzenden Arbeitsplatz anstelle des beantragten Ausländers Arbeitskräfte nach der Reihenfolge des Abs. 1 vermittelt werden können, ist zufolge Abs. 4 leg. cit. zu beachten, dass die zu vermittelnden Arbeitskräfte einen höheren Integrationsgrad aufweisen als der beantragte Ausländer selbst.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargelegt hat (vgl. zuletzt etwa die hg. Erkenntnisse vom 3. Juli 2000, Zl. 99/09/0041, und jeweils vom 20. November 2001, Zl. 99/09/0223, Zl. 99/09/0242, und Zl. 2000/09/0052), bezweckt diese Bestimmung einen Vorrang von Inländern und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmern bei der Arbeitsvermittlung. Diesem Zweck würde es widersprechen, wenn entgegen der allgemeinen Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes eine Beschäftigungsbewilligung zu erteilen wäre, weil z.B. der einzelne (ausländische) Arbeitnehmer einen - aus welchen Gründen auch immer - zu seiner Einstellung bereiten Arbeitgeber gefunden hat. Mit Hilfe dieser Bestimmung soll in rechtsstaatlichen Grenzen aus arbeitsmarktpolitischen Gründen die Möglichkeit für einen lenkenden Einfluss auf die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet gewährleistet sein. Die Prüfung der Arbeitsmarktlage erübrigt sich indes dann, wenn seitens des Arbeitgebers die Stellung jeder Ersatzkraft begründungslos abgelehnt wird (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 22. April 1993, Zl. 93/09/0118, und vom 19. Mai 1993, Zl. 93/09/0130).

Von einer solchen Ablehnung einer Ersatzkraft durch die Beschwerdeführerin ist die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid ausgegangen. Das AuslBG eröffnet dem Arbeitgeber grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung für den individuell von ihm gewünschten Ausländer, solange die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gegenüber diesem gemäß § 4b AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften besteht.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass sie bereits in ihrem Antrag ausdrücklich die Vermittlung von Ersatzkräften als nicht erwünscht bezeichnete. Sie hat diese Ablehnung einer Ersatzkraftstellung nach dem Inhalt ihrer Berufungsausführungen weiter erhärtet, wird darin doch unter anderem behauptet, es seien (derzeit und in der Vergangenheit) keine geeigneten Arbeitskräfte auf dem inländischen Arbeitsmarkt zu finden. Dass ausschließlich an der Beschäftigung der beantragten ausländischen Arbeitskraft Interesse besteht, ist den Berufungsausführungen klar zu entnehmen. Auch in der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof behauptet die Beschwerdeführerin, es seien keine geeigneten vorrangig zu vermittelnden Arbeitskräfte vorhanden.

Die Behauptungen der Beschwerdeführerin, dass tatsächlich solche Arbeitskräfte nicht vorhanden seien und die belangte Behörde detaillierte Feststellungen über tatsächlich vorhandene Ersatzkräfte hätte treffen müssen, gehen an der Begründung des angefochtenen Bescheides vorbei, wonach es möglich gewesen wäre, geeignete Vorzugspersonen im Sinne des § 4b Abs. 1 Z. 1 bis 3 AuslBG zu vermitteln, die Beschwerdeführerin es jedoch abgelehnt habe, sich von der Eignung der Ersatzkräfte zu überzeugen. Der belangten Behörde ist darin Recht zu geben, dass - wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat - ein Ersatzkräfteverfahren von der belangten Behörde nur dann durchzuführen ist, wenn die Stellung einer Ersatzkraft vom Antragsteller nicht ausdrücklich abgelehnt wird (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 6. März 1997, Zl. 94/09/0387). Es waren demnach keine Feststellungen darüber zu treffen, zu welchem Ergebnis ein Ersatzkraftstellungsverfahren - hätte die Beschwerdeführerin ein solches zugelassen - tatsächlich geführt hätte. Hat der antragstellende Arbeitgeber offensichtlich nur an der Einstellung eines(r) bestimmten Ausländers(in) - wie im Beschwerdefall - Interesse und lehnt deshalb die Stellung von Ersatzkräften ab, hindert dies die Behörde, konkrete Feststellungen über das Vorhandensein entsprechender Ersatzkräfte zu treffen (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 25. September 1992, Zl. 92/09/0179, und vom 20. November 2001, Zl. 2000/09/0052).

Im übrigen - ohne dass es darauf noch ankommt - ist zu dem Vorbringen, es könnten möglicherweise ausländische Marketing-Assistenten vermittelt werden aber nicht "philippinisch Sprechende" zu bemerken, dass dem Antrag der Beschwerdeführerin ein derartiges Bildungserfordernis nicht entnehmbar ist, wurde darin neben der geforderten Marketingausbildung doch lediglich die Kenntnis von "Sprachen" angegeben und demnach das Anforderungsprofil nicht auf konkrete Sprachen eingeschränkt. Mit den Beschwerdebehauptungen, die im Antrag mit "Marketingassistent-Asien" umschriebene berufliche Tätigkeit sei auf den chinesischen und philippinischen Reisemarkt eingeschränkt und habe auch "Kontakte auf den Philippinen" zu umfassen, weicht die Beschwerdeführerin gleichfalls von dem im Antrag zugrundegelegten Anforderungsprofil ab. Die Beschwerdeführerin bezweifelt zwar, dass die von ihr keiner näheren Prüfung unterzogenen Ersatzkräfte über bestimmte Sprachkenntnisse verfügen, sie übergeht jedoch mit Stillschweigen, dass nach Ausweis der vorgelegten Verwaltungsakten über die konkreten Sprachkenntnisse der beantragten ausländischen Arbeitskraft nicht der geringste Nachweis erbracht wurde. Ob die beantragte Ausländerin etwa Chinesisch oder Deutsch tatsächlich (und in welchem Ausmaß) beherrscht, ist - mangels jedeweden Nachweises - daher zweifelhaft.

Die belangte Behörde hat schon der Ablehnungsgrund des § 4 Abs. 1 AuslBG zu Recht herangezogen. Es erübrigt sich daher auf den anderen Ablehnungsgrund weiter einzugehen.

Es war somit nicht rechtswidrig, wenn die belangte Behörde im Beschwerdefall das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG verneint hat und demnach zu dem Ergebnis gelangte, dass eine Sicherungsbescheinigung nicht ausgestellt werden darf.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der Abhaltung der beantragten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte abgesehen werden, weil die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen ließen, dass von der mündlichen Erörterung eine Klärung der Rechtssache nicht zu erwarten war (§ 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG). Dem steht auch nicht Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, entgegen, weil mit verwaltungsrechtlichen Eingriffen in das Recht, Ausländer zu beschäftigen, "civil rights" nicht verletzt würden (vgl. insoweit etwa das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2001, Zl. 98/09/0032, und die darin angegebene weitere Judikatur).

Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit § 41 AMSG und der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. II Nr. 501/2001.

Wien, am 28. Februar 2002

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2002:1999090093.X00

**Im RIS seit**

21.05.2002

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

© 2026 JUSLINE

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

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