

# TE Vwgh Erkenntnis 1997/5/7 94/09/0239

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.05.1997

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §4 Abs6 Z2;

AuslBG §4 Abs6 Z3;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Fürnsinn und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Fuchs, Dr. Blaschek und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Loibl, über die Beschwerde der M-Gesellschaft m.b.H. in T, vertreten durch Dr. J, Rechtsanwalt in E, gegen den Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Oberösterreich vom 21. Juli 1994, Zl. IIIId-6702 B Mag.Wo/Eb, betreffend Nichtausstellung einer 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 S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Die beschwerdeführende Partei beantragte am 15. Juni 1994 die Ausstellung einer Sicherungsbescheinigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) zur Anwerbung der slowakischen Staatsangehörigen P. als "Gastgewerbeassistentin" und V. als "Serviererin". Laut Antragsformular war kein spezielles Bildungserfordernis für die beiden beruflichen Tätigkeiten notwendig und die Entlohnung für P. sollte bei 25 Stunden/Woche S 7.500,-- für V. bei 30 Stunden/Woche S 8.040,-- betragen. Nach den weiteren Angaben im Antragsformular war insgesamt ein Inländer im Betrieb ("Cafe-Restaurant") der beschwerdeführenden Partei beschäftigt. Dem Beiblatt zum Antrag über die namentlich genannten anzuwerbenden Ausländerinnen ist auch der Vermerk zu entnehmen:

"Es liegt keinerlei Qualifikationsnachweis vor".

Mit Bescheid vom 27. Juni 1994 lehnte das Arbeitsamt Freistadt die Ausstellung der Sicherungsbescheinigung gemäß § 11 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 6 AuslBG ab. Dazu wird nach Zitierung der einschlägigen Gesetzesstellen ausgeführt, der Vermittlungsausschuß habe im gegenständlichen Verfahren die Erteilung einer

Sicherungsbescheinigung nicht befürwortet. Darüber hinaus habe das Ermittlungsverfahren ergeben, daß keine der im § 4 Abs. 6 Z. 2 bis 4 AuslBG vorgesehenen Voraussetzungen vorliege.

In der Berufung vom 1. Juli 1994 machte die beschwerdeführende Partei geltend, obwohl keine geeigneten Ersatzkräfte zugewiesen worden seien, seien die beantragten Arbeitnehmer "abgewiesen" worden. Da im Moment der Kunsthandel der beschwerdeführenden Partei zur Bestreitung der hohen Ausgaben zu wenig erwirtschaftete, müsse zusätzlich das Cafe-Restaurant betrieben werden. Im Falle der Schließung des Betriebes müßten auch der Arbeiter Franz L. und der Angestellte Otto M. gekündigt werden. Seit ca. vier Monaten vor der Gewerbeanmeldung sei die beschwerdeführende Partei auf der Suche nach geeigneten Arbeitskräften, ohne diese zu finden.

In einer "Verständigung vom Ergebnis der Beweisaufnahme" vom 13. Juli 1994 teilte die belangte Behörde der beschwerdeführenden Partei mit, daß gemäß § 4 Abs. 3 Z. 11 AuslBG eine Beschäftigungsbewilligung nur erteilt werden dürfe, wenn die Beschäftigung nicht bereits begonnen habe. Anlässlich von Betriebskontrollen am 25. Juni und 2. Juli 1994 seien die beiden beantragten Ausländerinnen bei Kellnerarbeiten angetroffen worden. Bei der Amtshandlung am 25. Juni 1994 sei auch mitgeteilt worden, daß im Betrieb keine weiteren Arbeitskräfte beschäftigt seien.

In einer Stellungnahme vom 18. Juli 1994 teilte die beschwerdeführende Partei mit, daß der Betrieb seit der Scheidung des Geschäftsführers Gerhard M. von seiner Frau geschlossen gewesen sei. Der Betrieb werde völlig neu umgebaut. Während dieser Umbauarbeiten seien immer wieder Stammgäste zu Besuch gekommen. Die vorrätigen Waren seien an "diese Besucher abverkauft" worden, um den Kontakt zu den Stammgästen nicht zu verlieren. Aufgrund einer Anzeige der Gewerbebehörde habe die beschwerdeführende Partei den Betrieb vorzeitig, noch vor der geplanten Neueröffnung voll aufnehmen müssen. Da der Betrieb somit gezwungenerweise zu führen gewesen sei, ohne daß dafür irgendwelche Arbeitskräfte zugewiesen worden seien, habe notgedrungen die Lebensgefährtin des Geschäftsführers P. ("unentgeltlich") aushelfen müssen. Dem Arbeitsamt Freistadt sei bekannt, daß weitere Arbeitskräfte bei der beschwerdeführenden Partei beschäftigt seien. Auch im "Einspruch" sei auf eine zwangsweise Kündigung des Franz L. und Otto M. hingewiesen worden. Bei der Amtshandlung am 25. Juni 1994 könne es sich nur um ein "Mißverständnis" gehandelt haben. Am 3. Juli 1994 sei eine Geburtstagsparty abgehalten worden, wobei sich um die Gäste des Lokals lediglich Gerhard M. und sein Vater gekümmert hätten.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 4 Abs. 6, § 4 Abs. 3 Z. 11 und § 11 AuslBG keine Folge. In der Begründung zu diesem Bescheid wird die Überschreitung der für das Bundesland Oberösterreich für das Jahr 1994 festgesetzten Landeshöchstzahl (32.000) mit Stichtag Ende Juni 1994 dargestellt. Im Anschluß daran wird die Bestimmung des § 4 Abs. 6 AuslBG, die nach Überschreitung der Landeshöchstzahl zur Anwendung komme, zitiert. Sodann wird ausgeführt, gemäß § 4 Abs. 3 Z. 11 AuslBG dürfe eine Beschäftigungsbewilligung nur erteilt werden, wenn die Beschäftigung nicht bereits begonnen habe. Bei Betriebskontrollen durch das Arbeitsamt Freistadt am 25. Juni 1994 und 2. Juli 1994 seien beide Ausländerinnen bei Kellnerarbeiten angetroffen worden. Ungeachtet der vorgebrachten Rechtfertigungen sei bei beiden Ausländerinnen von einer vorzeitigen Arbeitsaufnahme auszugehen und es könne schon deshalb keine Sicherungsbescheinigung ausgestellt werden. Weiters seien die im § 4 Abs. 6 Z. 2 AuslBG normierten Voraussetzungen nur dann erfüllt, wenn an der Beschäftigung eines beantragten Ausländers ein qualifiziertes Interesse bestehe, das über das betriebsbezogene wirtschaftliche Interesse des Arbeitgebers an der Befriedigung eines dringenden Arbeitskräftemangels hinausgehe. Aus der Aktenlage und dem Berufungsvorbringen lasse sich ein solch qualifiziertes Interesse nicht ableiten. Als Schlüsselkraft nach § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. a AuslBG sei nur ein Arbeitnehmer anzusehen, dem aufgrund seiner besonderen Qualifikation und/oder der vorgesehenen Stellung im Betriebsgeschehen (z.B. Entscheidungsverantwortung) eine besondere arbeitsplatzerhaltende Position zukäme. Dafür ergebe sich hinsichtlich der beantragten Ausländerinnen (Teilzeittätigkeiten einer Gastgewerbeassistentin bzw. einer Serviererin, wobei in beiden Fällen keinerlei Qualifikation vorliege) kein Anhaltspunkt. Außerdem sei aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, daß im Gastgewerbebetrieb nur ein Inländer (Otto M.) beschäftigt werde, sodaß auch aus diesem Grund die genannte Bestimmung nicht erfüllt sein könnte. Das Vorbringen zu § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. b AuslBG könne nicht als ausreichende Grundlage für die Annahme angesehen werden, es handle sich um eine Neugründung in einem strukturell gefährdeten Gebiet. Zu § 4 Abs. 6 Z. 3 AuslBG sei zu sagen, daß aus dem gesamten Vorbringen nicht abgeleitet werden könne, daß dem Betrieb eine dafür erforderliche überregionale Bedeutung ("für den Bund oder einzelne Länder") zukomme. Bei dieser Sach- und Rechtslage hätten daher die Einwände in die Berufung zu keiner anderen Entscheidung führen können.

In der Beschwerde werden Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in der Gegenschrift die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid (u.a.) auf § 4 Abs. 6 AuslBG in Verbindung mit § 11 Abs. 2 AuslBG gestützt. Nach § 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 AuslBG gegeben sind. Schon das Zutreffen der Versagung der beantragten Sicherungsbescheinigung auf Grundlage des § 4 Abs. 6 AuslBG würde die Abweisung der Beschwerde rechtfertigen. § 4 Abs. 6 AuslBG in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung (Z. 1 i.d.F. der Novelle BGBl. Nr. 314/1994, die übrigen Bestimmung i.d.F. der Novelle BGBl. Nr. 450/1990) lautet:

"Über bestehende Kontingente (§ 12) hinaus sowie nach Überschreitung der Landeshöchstzahlen (§§ 13 und 13a) dürfen Beschäftigungsbewilligungen nur dann erteilt werden, wenn die Voraussetzungen der Abs. 1 und 3 vorliegen und

1. bei Kontingentüberziehung und bei Überschreitung der Landeshöchstzahl der Regionalbeirat einhellig die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung befürwortet, oder

2. die Beschäftigung des Ausländers aus besonders wichtigen Gründen, insbesondere

a) als Schlüsselkraft zur Erhaltung von Arbeitsplätzen inländischer Arbeitnehmer,

b) in Betrieben, die in strukturell gefährdeten Gebieten neu gegründet wurden, oder

c) als dringender Ersatz für die Besetzung eines durch Ausscheiden eines Ausländers frei gewordenen Arbeitsplatzes, oder

d) im Bereich der Gesundheits- oder Wohlfahrtspflege erfolgen soll, oder

3. öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen die Beschäftigung des Ausländers erfordern, oder

4. die Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 4 gegeben sind."

Die belangte Behörde ist vom Vorliegen der Anwendungsvoraussetzungen für das nach § 4 Abs. 6 AuslBG erschwerte Verfahren ausgegangen. Die beschwerdeführende Partei hat das Vorliegen dieser Anwendungsvoraussetzungen (insbesondere die Überschreitung der Landeshöchstzahl 1994) nicht bestritten.

Damit wäre es Aufgabe der beschwerdeführenden Partei gewesen, Gründe vorzubringen, die für die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung im erschwerten Verfahren im Sinne des § 4 Abs. 6 AuslBG hätten maßgebend sein können (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Februar 1993, 92/09/0302, und die dort angeführte Judikatur).

Ein betriebsbezogener (auch dringender) Arbeitskräftebedarf stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kein qualifiziertes Interesse an der Beschäftigung eines Ausländers im Sinne des § 4 Abs. 6 AuslBG dar, auch wenn die Beschäftigung zur Aufrechterhaltung der Geschäftstätigkeit erforderlich sein sollte (vgl. dazu beispielsweise die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. Dezember 1993, 93/09/0273, vom 24. Mai 1995, 94/09/0343, m.w.N., zum grundsätzlich sehr hoch angesetzten Kalkül der Z. 2 bis 4 des § 4 Abs. 6 AuslBG z.B. das Erkenntnis vom 21. April 1994, 94/09/0001, sowie insbesondere auch das Erkenntnis vom 17. November 1994, 93/09/0431, in dem ebenfalls die Existenzgefährdung eines Gastgewerbebetriebes behauptet wurde). Ein derartiges qualifiziertes Interesse läßt sich auch nicht aus dem Beschwerdevorbringen ableiten, der Gastgewerbebetrieb der beschwerdeführenden Partei habe eine entsprechende Anzahl von Stammkunden gehabt und zudem bestehe ein "voller Bedarf hinsichtlich der Nahversorgung des ländlichen Gebietes in Form eines Gastbetriebes". Eine besondere überregionale Bedeutung des Gastgewerbebetriebes der beschwerdeführenden Partei wird auch in der Beschwerde nicht behauptet und die Lage eines Gastgewerbebetriebes in einer Landgemeinde allein erfüllt noch nicht das Tatbestandserfordernis des öffentlichen oder gesamtwirtschaftlichen Interesses im Sinne des § 4 Abs. 6 Z. 3 AuslBG an der Beschäftigung des beantragten Ausländers (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Jänner 1997, 94/09/0125). Der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Sachverhalt erfüllt weiters nicht den Tatbestand

nach § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. b AuslBG (Betriebsneugründung in einem strukturell gefährdeten Gebiet). In der Beschwerde wird ausgeführt, daß "aufgrund der schweren Ehekrise zwischen den Ehegatten M. im Mai 1993 und der im Oktober 1993 erfolgten Scheidung sowie der damit einhergehenden Zurücklegung des Gewerbescheines für das Cafe-Restaurant" an eine "Auflassung des Gasthauses und Verkauf" gedacht gewesen sei. Die sodann jedoch nach "Neustrukturierung, Renovierung und Neueinrichtung des völlig verwahrlosten Cafe-Restaurants" im Jahr 1994 erfolgte "Neuaufnahme des Geschäftsbetriebes" stellt sich als Weiterführung des schon bisher von der beschwerdeführenden Partei (als juristischer Person) geführten Gastgewerbebetriebes und nicht als begünstigungsfähige Neugründung eines Betriebes im Sinne des § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. b AuslBG dar.

Zum in der Beschwerde neuerlich vorgetragenen Schlüsselkraftargument nach § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. a AuslBG hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid zutreffend auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen, wonach ein Arbeitnehmer nur dann als Schlüsselkraft anzusehen ist, wenn ihm aufgrund seiner besonderen Qualifikation und/oder vorgesehenen Stellung im Betriebsgeschehen (z.B. Entscheidungsverantwortung) eine besondere

- arbeitsplatzerhaltende - Position zukommt (zum Schlüsselkraftbegriff, der Hilfstätigkeiten grundsätzlich nicht umfaßt, siehe beispielsweise das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Jänner 1995, 94/09/0389, m. w.N.). Unter Berücksichtigung dieser Kriterien hat die belangte Behörde zu Recht die Schlüsselkraftfunktion der als "Gastgewerbeassistentin" bzw. "Serviererin" beantragten ausländischen Arbeitskräfte P. und V. verneint. Auch aus dem Beschwerdevorbringen wird nicht deutlich, warum den beiden Ausländerinnen aufgrund einer besonderen Qualifikation und/oder der vorgesehenen Stellung im Betriebsgeschehen (z.B. Entscheidungsverantwortung) eine - besondere - arbeitsplatzerhaltende Position zukommen sollte. Daß für die zu besetzenden Arbeitsplätze keine besonderen Bildungserfordernisse erforderlich seien, hat die beschwerdeführende Partei in ihrem Antrag außerdem selbst angegeben. Der Umstand allein, daß jeder Arbeitnehmer notwendigerweise in Erfüllung der ihm zugewiesenen Aufgaben zur Erreichung der Unternehmensziele und damit - unabhängig von der Betriebsgröße - zur Sicherung des Bestandes des Unternehmens seinen Beitrag leistet, macht ihn noch nicht zur "Schlüsselkraft" im Sinne des § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. a AuslBG (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. März 1994, 93/09/0185). Nicht von ausschlaggebender Bedeutung konnte auch sein, daß seitens der Arbeitsmarktverwaltung keine anderen (inländischen) Arbeitskräfte hätten vermittelt werden können. Das erschwerte Verfahren nach § 4 Abs. 6 AuslBG hat vielmehr u.a. zur Voraussetzung, daß § 4 Abs. 1 AuslBG der Erteilung der Beschäftigungsbewilligung (bzw. Sicherungsbescheinigung) nicht entgegensteht (somit nach Prüfung der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes gemäß § 4b AuslBG keine Besetzung des Arbeitsplatzes durch die dort genannten Arbeitskräfte möglich ist). Die weiters in der Beschwerde bestrittene Annahme des angefochtenen Bescheides, es sei im Gastgewerbebetrieb der beschwerdeführenden Partei nur ein Inländer beschäftigt worden, kann bei dieser Sachlage (keine Schlüsselkraftposition von V. und P. nach § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. a AuslBG), dahingestellt bleiben.

Die Versagung der Ausstellung der beantragten Sicherungsbescheinigung erweist sich somit nach § 11 Abs. 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 6 AuslBG als gesetzmäßig.

Die Beschwerde war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Dies ungeachtet des Umstandes, daß die belangte Behörde den weiteren Versagungsgrund nach § 4 Abs. 3 Z. 11 AuslBG zu Unrecht zur Ablehnung der Erteilung der Sicherungsbescheinigung herangezogen hat (§ 11 Abs. 2 Z. 1 AuslBG enthält die Voraussetzung des § 4 Abs. 3 Z. 11 leg. cit. nicht).

Die Entscheidung über den Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit § 41 AMSG und der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994. Der zuerkannte Aufwandersatz hat dem Arbeitsmarktservice als Rechtsträger im Sinne des § 47 Abs. 5 VwGG zuzufließen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. Juni 1996, 95/09/0261).

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

ECLI:AT:VWGH:1997:1994090239.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

**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)