

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/3/23 93/09/0187

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.03.1994

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §4 Abs1;

AuslBG §4 Abs6 Z2 lita idF 1990/450;

AuslBG §4 Abs6 Z2 ltc idF 1990/450;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürnsinn und Dr. Fuchs als Richter, im Beisein des Schriftführers Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerde des F in R, vertreten durch Dr. W, Rechtsanwalt in T, gegen den Bescheid des Landesarbeitsamtes Niederösterreich vom 25. August 1992, Zl. Ille 6702 B/802 435, betreffend Nichterteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.510,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehr wird abgewiesen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer, der einen Gasthof betreibt, ersuchte am 2. Juli 1992 beim Arbeitsamt Lilienfeld um Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) für die am 26. August 1956 geborene "jugoslawische" Staatsangehörige V. für die berufliche Tätigkeit als "gewerbl. Hilfskraft" (keine speziellen Kenntnisse oder Ausbildung erforderlich). Der Bruttostundenlohn sollte bei der beabsichtigten Teilzeitbeschäftigung (20 Stunden) S 70,-- betragen. In einem Begleitschreiben zu diesem Antrag wies der Beschwerdeführer darauf hin, daß V. als Ersatz für D. benötigt werde, die das Dienstverhältnis per 21. Juli 1992 gelöst habe.

Diesen Antrag wies das Arbeitsamt mit Bescheid vom 24. Juli 1992 gemäß § 4 Abs. 6 AuslBG ab. Der Vermittlungsausschuß habe die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung nicht befürwortet; darüber hinaus habe "das Ermittlungsverfahren" ergeben, daß keine der im § 4 Abs. 6 Z. 2 bis 4 AuslBG vorgesehenen Voraussetzungen vorliege.

In seiner gegen diesen Bescheid erhobenen (als "Einspruch" bezeichneten) Berufung brachte der Beschwerdeführer

vor, bei der zu besetzenden Stelle handle es sich um die einer Putzfrau, die die Zimmer, Toiletten usw. zu reinigen habe. Da sich bis jetzt noch keine geeignete Inländerin für diese Arbeiten gefunden habe und das Haus derzeit voll belegt sei, sei äußerste Dringlichkeit geboten. Gemäß § 4 Abs. 2 (gemeint wohl: § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. a) AuslBG handle es sich bei V. um eine Schlüsselkraft zu Erhaltung von Arbeitsplätzen für inländische Arbeiter, weil für den Fall, daß die Reinigung des Hauses nicht mehr gewährleistet sei und auch die Fremdenzimmer nicht mehr gereinigt werden könnten, keine Gäste mehr aufgenommen werden könnten und somit das Küchen- und Servicepersonal teilweise arbeitslos werden würde. Des weiteren sei die beantragte Arbeitskraft als dringender Ersatz für die Besetzung eines durch Ausscheiden einer Ausländerin (D. - Kündigung durch die Dienstnehmerin mit 21. Juli 1992) freigewordenen Arbeitsplatzes notwendig.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 25. August 1992 gab die belangte Behörde der Berufung des Beschwerdeführers gemäß §§ 66 Abs. 4 AVG und 20 Abs. 3 iVm §§ 4 Abs. 1 und 4 Abs. 6 AuslBG idF gemäß BGBl. Nr. 684/1991 keine Folge. Zur Begründung führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des § 3 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 AuslBG aus, im Rahmen der Entscheidung über die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung sei nicht nur eine Prüfung der Lage des Arbeitsmarktes zum Zeitpunkt der Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung, sondern eine solche auch unter Bedachtnahme auf die weitere Entwicklung des Arbeitsmarktes erforderlich; insbesondere seien dabei bestehende Tendenzen und abzusehende Entwicklungen in bevölkerungspolitischer, struktureller und konjunktureller Hinsicht zu berücksichtigen.

Es folgt dann in der Begründung des angefochtenen Bescheides die weiters maßgebende Rechtslage und die Feststellung, daß die für das Bundesland Niederösterreich "vereinbarte" Landeshöchstzahl für 1992 überschritten sei und der aus Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertretern zusammengesetzte Unterausschuß des Vermittlungsausschusses aus arbeitsmarktpolitischen und gesamtwirtschaftlichen Erwägungen keine einhellige Befürwortung zum Antrag des Beschwerdeführers ausgesprochen habe. Schließlich führte die belangte Behörde in der Begründung noch aus, der Beschwerdeführer habe in seiner Berufung vorgebracht, die beantragte Ausländerin solle als Ersatz für eine ausgeschiedene ausländische Arbeitnehmerin eingestellt werden. Dazu sei festzustellen, daß die am 21. Juli 1992 ausgeschiedene Ausländerin laut Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung als Serviererin tätig gewesen sei. Die Beschäftigungsbewilligung für V. werde jedoch für die berufliche Tätigkeit als Hausgehilfin beantragt. Da es sich bei einer Serviererin und einer Hausgehilfin um zwei verschiedene Tätigkeiten handle, könne hier nicht von einer Ersatzkraftstellung i.S.d. § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. c AuslBG gesprochen werden. Zum Vorbringen des Beschwerdeführers, bei V. handle es sich um eine Schlüsselkraft zur Erhaltung von Arbeitsplätzen für inländische Arbeiter, müsse festgestellt werden, daß der Beschwerdeführer dem Arbeitsamt bis jetzt keinen Vermittlungsauftrag für die berufliche Tätigkeit einer Hausgehilfin erteilt habe und es sich laut Antrag um eine Beschäftigung von 20 Stunden wöchentlich handle. Wenn die Existenz eines Betriebes und somit der Arbeitsplätze dieses Betriebes bereits gefährdet sei, sei eine Arbeitskraft, die 20 Stunden wöchentlich eingesetzt werden solle, nach allen wirtschaftlichen Lehren keinesfalls in der Lage, diesen Betrieb zu retten. Somit könne die belangte Behörde beim besten Willen in V. keine Schlüsselkraft zur Erhaltung der Arbeitsplätze der inländischen Arbeitnehmer des Betriebes des Beschwerdeführers erkennen, sodaß auch die Voraussetzung des § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. a AuslBG nicht zutreffe. Da die Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 und Abs. 6 AuslBG nicht erfüllt seien, hätten auch die Berufungseinwendungen keine andere Entscheidung erwirken können.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Der Verfassungsgerichtshof lehnte mit Beschuß vom 22. März 1993, B 1520/92-4 u.a., die Behandlung der Beschwerde ab und trat diese antragsgemäß an den Verwaltungsgerichtshof ab.

In seiner an den Verwaltungsgerichtshof gerichteten Beschwerde macht der Beschwerdeführer Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und Aktenwidrigkeit geltend. Er erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in seinem Recht auf Erteilung der für V. beantragten Beschäftigungsbewilligung verletzt.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten (in Kopie) vorgelegt und in der Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

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

Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid auf § 4 Abs. 1 und Abs. 6 AuslBG idF gemäß der Novelle

BGBI. Nr. 684/1991 gestützt. Schon die Berechtigung auch nur eines dieser Versagungsgründe würde die Abweisung der Beschwerde rechtfertigen.

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

§ 4 Abs. 6 AuslBG (Z. 1 in der Fassung der NovelleBGBI. Nr. 684/1991, die übrigen Bestimmungen in der Fassung der Novelle BGBI. Nr. 450/1990) lautet:

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

1.

bei Kontingentüberziehung und bei Überschreitung der Landeshöchstzahl der Vermittlungsausschuß gemäß § 44a des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, BGBI. Nr. 31/1969, in der jeweils geltenden Fassung, einhellig die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung befürwortet, oder

2.

die Beschäftigung des Ausländer aus besonders wichtigen Gründen, insbesondere

a)

als Schlüsselkraft zur Erhaltung von Arbeitsplätzen inländischer Arbeitnehmer, oder

b)

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

c)

als dringender Ersatz für die Besetzung eines durch Ausscheiden eines Ausländer frei gewordenen Arbeitsplatzes, oder

d)

im Bereich der Gesundheits- oder Wohlfahrtspflege

erfolgen soll, oder

3.

öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen die Beschäftigung des Ausländer erfordern, oder

4.

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

Im Beschwerdefall erübrigen sich weitere Erwägungen zur Berechtigung der Ablehnung des Antrages des Beschwerdeführers nach § 4 Abs. 1 AuslBG, weil die belangte Behörde darauf in der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht mehr näher eingegangen ist. Es ist daher im Beschwerdefall ausschließlich zu prüfen, ob die Versagung auf § 4 Abs. 6 AuslBG gestützt werden konnte oder nicht.

Die im Beschwerdefall eingeschrittenen Behörden sind ersichtlich davon ausgegangen, daß der Vermittlungsausschuß die Erteilung der vom Beschwerdeführer beantragten Beschäftigungsbewilligung nicht befürwortet hat und daß die Landeshöchstzahl für Niederösterreich für das Jahr 1992 überschritten ist. Dagegen hat der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren nichts vorgebracht. Der in der Beschwerde (erstmals) erhobene Vorwurf, die Behörde hätte konkret und in substantieller Weise darzutun gehabt, daß das "Kontingent" ausgeschöpft sei, geht schon deshalb ins Leere, weil weder das erstinstanzliche Arbeitsamt noch die belangte Behörde von einer Kontingentüberschreitung "(vgl. § 4 Abs. 6 iVm § 12 AuslBG) ausgegangen sind. Auch wenn man dieses Vorbringen als Bestreitung der Überschreitung der Landeshöchstzahl umdeuten würde, so läge eine im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unbeachtliche Neuerung (§ 41 VwGG) vor. Der Verwaltungsgerichtshof geht daher im folgenden auf Grund des von der belangten Behörde dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegten Sachverhaltes vom Vorliegen dieser beiden Voraussetzungen für die Anwendung des erschwerten Verfahrens gemäß § 4 Abs. 6 AuslBG aus.

Der Verwaltungsgerichtshof vermag beim vorliegenden Sachverhalt dem Vorbringen des Beschwerdeführers darin nicht zu folgen, daß einer teilzeitbeschäftigte Hilfskraft für die Küche die Stellung einer Schlüsselkraft zur Erhaltung inländischer Arbeitskräfte (iSd § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. a AuslBG) zukäme. Keine Bedeutung kommt jedoch bei Prüfung des Vorliegens dieser Voraussetzung (entgegen den diesbezüglichen Feststellungen im angefochtenen Bescheid) der Frage zu, ob der antragstellende Arbeitgeber einen Vermittlungsauftrag für den freien Arbeitsplatz beim Arbeitsamt gestellt hat; nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bedarf es nämlich nicht zusätzlich zum Antrag auf Beschäftigungsbewilligung eines "Vermittlungsauftrages" an das Arbeitsamt, weil das Ziel der Arbeitsvermittlung von amtswegen durch das Arbeitsamt anzustreben ist (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Februar 1994, ZI. 93/09/0374, und die dort angeführte Vorjudikatur). Das erstmals in der Beschwerde enthaltene Vorbringen, öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen (iSd § 4 Abs. 6 Z. 3 AuslBG) erforderten die Beschäftigung der V., ist schon als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gemäß § 41 Abs. 1 VwGG unzulässige Neuerung unbeachtlich.

Der Beschwerdeführer hat aber bereits im Verwaltungsverfahren und nunmehr erneut in seiner Beschwerde darauf hingewiesen, daß er die beantragte Ausländerin als dringenden Ersatz für die Besetzung eines durch Ausscheiden einer Ausländerin frei gewordenen Arbeitsplatzes benötige (§ 4 Abs. 6 Z. 2 lit. c AuslBG).

Dazu hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid festgestellt, daß die am 21. Juli 1992 ausgeschiedene Ausländerin als Serviererin tätig gewesen sei, während V. als Hausgehilfin tätig sein solle (diesen Ausführungen liegen keine aktenmäßig nachvollziehbaren Ermittlungen der belangten Behörde zugrunde). Damit hat die belangte Behörde allerdings die Rechtslage verkannt, weil das AuslBG die von der belangten Behörde vorausgesetzte Identität der Bezeichnung der beiden in Betracht kommenden Arbeitsplätze nicht fordert.

Es ist das Recht jedes Arbeitgebers, sofern er damit nicht gegen zwingende Bestimmungen verstößt, die Anforderungen festzusetzen, die er an eine von ihm zu beschäftigende Person stellt. Finden diese Anforderungen in objektiven Notwendigkeiten eine Grundlage, dann gehören sie zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen der Beschäftigung. Davon ist auch im Falle der Suche nach einem Ersatz für einen ausgeschiedenen Mitarbeiter auszugehen, es sei denn, die Änderung des Anforderungsprofiles ließe an sich bereits erkennen, daß durch die neue Kraft eine von der freigewordenen gänzlich verschiedene Arbeitsstelle ausgefüllt werden soll. "Ersatz" bedeutet ganz allgemein eine Person, die anstelle einer nicht mehr vorhandenen oder nicht mehr geeigneten Person eingesetzt werden soll. Es ist daher auch im Falle der V. ohne jedwede Erforschung der tatsächlich gegebenen Umstände nicht zulässig, allein aus der Bezeichnung "gewerbl. Hilfskraft" (die belangte Behörde spricht von "Hausgehilfin") abzuleiten, V. werde im Betrieb des Beschwerdeführers keinesfalls in jenem Bereich eingesetzt werden, welchen vor ihr eine andere Ausländerin als "Serviererin" (in der Beschwerde als "Küchengehilfin" bezeichnet) abgedeckt hat (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Februar 1994, ZI. 93/09/0465, und die dort angeführte Vorjudikatur); dies umso mehr, als es sich jeweils um gastgewerbliche Hilfstätigkeiten handelt. Es ist noch darauf hinzuweisen, daß allein eine - allfällige - Verkürzung der vorgesehenen Arbeitszeit (auch um die Hälfte) an der Identität des Arbeitsplatzes nichts zu ändern vermag (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Mai 1993, ZI. 93/09/0022).

Die belangte Behörde hat damit insoweit den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet, weshalb dieser gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben war.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit Art. I A Z. 1 der Verordnung des Bundeskanzlers

BGBI. Nr. 104/1991. Die Abweisung des Mehrbegehrens beruht darauf, daß zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung Stempelgebühren lediglich in der Höhe von S 390,-- (je S 120,-- für drei Beschwerdeauffertigungen und S 30,-- für eine Auffertigung des angefochtenen Bescheides) zu entrichten waren.

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

ECLI:AT:VWGH:1994:1993090187.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)