

# TE Vwgh Erkenntnis 1993/5/19 93/09/0044

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.05.1993

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §4 Abs1;  
AuslBG §4b idF 1990/450;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürnsinn und Dr. Germ als Richter, im Beisein des Schriftführers Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerde der A Apotheke des J in W, vertreten durch Dr. K, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Landesarbeitsamtes Wien vom 30. Dezember 1992, Zl. IIc 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 3.035,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Nach Ausweis der Akten des Verwaltungsverfahrens ersuchte die beschwerdeführende Partei mit ihrem (undatierten) Antrag beim Arbeitsamt Angestellte um Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) für die am 18. Dezember 1968 geborene polnische Staatsbürgerin K. für die berufliche Tätigkeit als "Apothekenhelferanlernling". Als spezielle Kenntnisse bzw. (besonderes) Ausbildungserfordernis gab die beschwerdeführende Partei "Sprachkenntnisse" an. In einem Schreiben vom 10. August 1992 an das Arbeitsamt Angestellte ergänzte die beschwerdeführende Partei, daß K. dem Angestelltengesetz unterliege und im ersten Jahr als Ausbildungsentzädigung einen Bruttobezug von S 8.500,-- erhalte; die Ausbildungszeit betrage drei Jahre und ende mit der Apothekenhelferprüfung.

Im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens gab die beschwerdeführende Partei über entsprechende Anfrage am 17. August 1992 bekannt, keine anderen Bewerber anstelle von K. zu wünschen, weil diese für den in Frage stehenden Ausbildungsplatz auf Grund erworbener Vorkenntnisse verspreche, in einer relativ kurzen Ausbildungszeit die nötigen

Kenntnisse zu erwerben. Hinsichtlich der Stellung von K. als Ausländerin werde bemerkt, daß deren Tante für alle Aufenthaltsunkosten aufkomme; die beschwerdeführende Partei sei daher "betrieblich" an K. interessiert und ersuche daher um Bewilligung.

Mit Bescheid vom 21. August 1992 lehnte das Arbeitsamt Angestellte den Antrag der beschwerdeführenden Partei auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für K. für die berufliche Tätigkeit als "Apothekenhelperanlernling" gemäß § 4 Abs. 6 iVm § 4 Abs. 1 AuslBG ab. Begründend führte die Behörde erster Instanz nach Wiedergabe der beiden genannten Gesetzesstellen aus, auf Grund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens sei davon auszugehen, daß auf dem relevanten Teilarbeitsmarkt der "Apothekenhelperanlernlinge" Arbeitssuchende vorgemerkt seien und für eine Vermittlung in Betracht kämen. Es spreche daher die Lage auf dem Arbeitsmarkt gegen die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung. Der Vermittlungsausschuß habe die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung im gegenständlichen Verfahren nicht befürwortet; das Ermittlungsverfahren habe darüber hinaus ergeben, daß keine der im § 4 Abs. 6 Z. 2 bis 4 AuslBG vorgesehenen Voraussetzungen vorliege.

In ihrer dagegen erhobenen Berufung brachte die - nunmehr anwaltlich vertretene - beschwerdeführende Partei vor, ihre Apotheke befindet sich in unmittelbarer Nähe des Schlosses Schönbrunn, sodaß sie häufig ausländische Kunden habe; K. sei daher auf Grund ihres Intelligenzgrades und ihrer Sprachkenntnisse besonders geeignet. K. besitze nicht nur bereits einschlägige Vorkenntnisse, sondern habe auch chemische, botanische, mathematische und lateinische Kenntnisse bereits erworben. Auf Grund der bereits erworbenen Vorkenntnisse und sonstigen Fähigkeiten von K. sei zu erwarten, daß diese bereits in kurzer Zeit voll für den Dienst an der Gesundheit der inländischen Bevölkerung und auch der Touristen zum Einsatz kommen könne. Auf Grund der speziellen Ausbildung und Fähigkeiten von K. müsse gesagt werden, daß auf dem relevanten Teilarbeitsmarkt der Apothekenhelperanlernlinge keine ebenso qualifizierten Arbeitssuchenden vorgemerkt seien.

Dieser Berufung gab die belangte Behörde ohne weitere Verfahrensschritte mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 30. Dezember 1992 gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 4 Abs. 6 iVm § 4 Abs. 1 und § 13a AuslBG idF der NovelleBGBI. Nr. 684/1991, keine Folge und bestätigte den erstinstanzlichen Bescheid.

Begründend gab die belangte Behörde die in Betracht kommenden Gesetzesstellen wieder, stellte fest, daß die gemäß § 13a Z. 3 AuslBG für 1992 festgesetzte Landeshöchstzahl für das Bundesland Wien laut der offiziellen Statistik des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales seit Beginn des Kalenderjahres 1992 weit überschritten sei und ergänzte dazu betreffend die beantragte Beschäftigung der K. als "Apothekenhelperanlernling":

Eine Überprüfung der Lage auf dem Arbeitsmarkt habe ergeben, daß derzeit für die konkret beantragte Beschäftigung geeignete Ersatzarbeitskräfte, die zur Vermittlung vorgemerkt seien und gleichzeitig dem eingangs zitierten begünstigten Personenkreis angehörten, zur Deckung des Arbeitskräftebedarfes der beschwerdeführenden Partei zur Verfügung stünden. Die beantragte ausländische Arbeitskraft erfülle hingegen nicht die Voraussetzungen, durch die sie dem vorrangig zu vermittelnden Personenkreis des § 4b AuslBG zugeordnet werden könne. Angesichts der dargestellten Situation auf dem verfahrensrelevanten Teilarbeitsmarkt sei der beschwerdeführenden Partei im Zuge des Berufungsverfahrens (nach der Aktenlage richtig: im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens) mit Schreiben vom 10. August 1992 die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung angeboten worden. Die beschwerdeführende Partei habe von diesem Angebot "leider" keinen Gebrauch machen wollen, weil sie in ihrem Antwortschreiben vom 17. August 1992 ausdrücklich erklärt habe, nur K. auf Grund ihrer bereits erworbenen Vorkenntnisse beschäftigen zu wollen. Durch ihr Desinteresse an der angebotenen Ersatzkraftstellung hätte die beschwerdeführende Partei 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. Zur Zeit seien in Wien 49 Apothekerhelper- bzw. helperinnen zur Vermittlung vorgemerkt. Ob eine dieser Personen für den konkreten Arbeitsplatz in Betracht komme, könne nur bei Durchführung eines Ersatzkraftvermittlungsverfahrens geklärt werden. Die Berufungsausführungen seien daher gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG nicht geeignet, die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für die beantragte Ausländerin zu begründen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, in der Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden. Die beschwerdeführende Partei erachtet sich durch den angefochtenen Bescheid in ihrem "aus dem

Ausländerbeschäftigungsgesetz erhellenden Recht auf Beschäftigung der Arbeitnehmerin K" verletzt.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

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

Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid im Spruch auf § 4 Abs. 1 und § 4 Abs. 6 AuslBG in der im Beschwerdefall anzuwendenden, seit 1. Jänner 1992 in Kraft stehenden Fassung gemäß der Novelle BGBl. Nr. 684/1991 gestützt. Schon die Berechtigung auch nur eines dieser Versagungsgründe rechtfertigt die Abweisung der Beschwerde.

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.

Nach der Anordnung des § 4b AuslBG lässt die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes im Sinne des § 4 Abs. 1 die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nur zu, wenn für den zu besetzenden Arbeitsplatz keine der dort taxativ aufgezählten und vorrangig zu behandelnden Arbeitskräfte vermittelt werden können. Diese Bestimmung bezweckt 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 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. Diese Prüfung der Arbeitsmarktlage erübrigt sich indes dann, wenn seitens des Arbeitgebers die Stellung jeder Ersatzkraft von vornherein abgelehnt wird (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17. Dezember 1992, ZI. 92/09/0215, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Im vorliegenden Fall hat die beschwerdeführende Partei in ihrer Mitteilung vom 17. August 1992 unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß sie AUSSCHIEßLICH K. als "Apothekenhelperanlernling" beschäftigen wolle. Sie hat dabei darauf hingewiesen, daß die Tante der K. für alle Aufenthaltsunkosten aufkommen würde. Daraus kann indes kein Argument FÜR die Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung gewonnen werden. Die beschwerdeführende Partei hat im erstinstanzlichen Verfahren eine Ersatzkraftstellung AUSDRÜCKLICH abgelehnt; im weiteren Verwaltungsverfahren hat sie diese ablehnende Haltung nicht aufgegeben, sondern nur anders begründet. Sie hat nämlich in ihrer Berufung - ohne sich vorher vom (Nicht-)Vorhandensein geeigneter Ersatzarbeitskräfte beim ARBEITSAMT (trotz hiezu gebotener Gelegenheit) ein Bild gemacht zu haben - vorgebracht, auf Grund von (nicht näher konkretisierten) Sprachkenntnissen und der besonderen Ausbildung und Fähigkeiten der K. müsse gesagt werden, daß auf dem relevanten Teilarbeitsmarkt der "Apothekenhelperanlernlinge" keine ebenso qualifizierten Arbeitssuchenden vorgemerkt seien. Mit Rücksicht auf die von vornherein gegen jede Ersatzkraftstellung gerichtete Haltung der beschwerdeführenden Partei war die belangte Behörde auch nicht gehalten, vor ihrer die Abweisung des Antrages auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung für die genannte ausländische Staatsbürgerin bestätigenden Entscheidung den Versuch zu unternehmen, der beschwerdeführenden Partei Ersatzarbeitskräfte anzubieten. Daß die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheides ausgeführt hat, die Verweigerung der Ersatzkraftstellung habe "im Berufungsverfahren" stattgefunden, kann vor diesem Hintergrund zu keiner anderen Betrachtung führen.

Soweit die beschwerdeführende Partei in ihrer Beschwerde vorbringt, die belangte Behörde sei in keiner Weise auf die zusätzlichen Qualifikationen (für die beschwerdeführende Partei seien die Kenntnisse von Polnisch, Deutsch und Russisch auschlaggebend gewesen, was den wirtschaftlichen Erfordernissen der Apotheke mit internationalem Publikum entspreche) der K. eingegangen, ist folgendes zu entgegnen: Die im Antrag der beschwerdeführenden Partei in der Spalte "Spezielle Kenntnisse oder Ausbildung erforderlich" gemachte Angabe "Sprachkenntnisse" läßt mangels weiterer Konkretisierung kein spezielles Anforderungsprofil erkennen, das in den objektiven Gegebenheiten des Betriebes der beschwerdeführenden Partei seine Grundlage finden könnte. Weitere Angaben hiezu hat die beschwerdeführende Partei trotz gebotener Gelegenheit im Verwaltungsverfahren, insbesondere in ihrer Berufung, nicht gemacht. In der Berufung findet sich (neben dem Hinweis auf - abermals nicht näher konkretisierte - Sprachkenntnisse der K.) lediglich eine allgemeine Aussage über die angeblich besondere Eignung der K. für den in Frage stehenden Arbeitsplatz; so besitze K. nicht nur bereits einschlägige Vorkenntnisse, sondern habe auch chemische, botanische, mathematische und lateinische Kenntnisse bereits erworben. Mit diesem Vorbringen hat die

beschwerdeführende Partei ausschließlich dargetan, aus welchen Gründen ihr gerade K. als für die offene Stelle besonders geeignet erschien. Nicht dargetan hat die beschwerdeführende Partei damit weder, daß diese Gründe wesentlicher Bestandteil des objektiv gerechtfertigten Anforderungsprofiles an die zu besetzende Stelle wären noch warum diese Gründe angeblich besonderer Qualifikation (für die Tätigkeit als ApothekenhelferANLERNLING) bei anderen, zur Vermittlung vorgesehenen Arbeitskräften keinesfalls zutreffen könnten (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 1. März 1989, Zl. 88/09/0150). Der Verwaltungsgerichtshof vermag jedenfalls weder zu erkennen, daß die genannten Vorkenntnisse für die Tätigkeit als Anlernling zwingend notwendig sind (- daß sie vorteilhaft sind, genügt nicht -) noch kann die Stellung von diesen Anforderungen entsprechenden Ersatzkräften im Beschwerdefall von vornherein als offenkundig aussichtslos angesehen werden (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. Juli 1990, Zl. 90/09/0047). Der Hinweis auf die für die beschwerdeführende Partei nach ihrem nunmehrigen Vorbringen ausschlaggebenden Kenntnisse von Polnisch, Deutsch und Russisch findet sich erstmals in der Beschwerde und ist daher als Neuerung unbeachtlich (vgl. § 41 Abs. 1 VwGG).

Wenn die beschwerdeführende Partei rügt, die belangte Behörde habe rechtsirrtümlich den relevanten Teilarbeitsmarkt der Apothekenhelfer bzw. -helferinnen zur Grundlage ihrer Entscheidung gemacht (tatsächlich sei jedoch die Beschäftigungsbewilligung für einen Apothekenhelferanlernling beantragt worden), so ist ihr zu erwidern, daß sowohl die Behörde erster Instanz als auch die belangte Behörde davon ausgegangen sind, daß die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für K. für die berufliche Tätigkeit als "Apothekerhelferanlernling" beantragt worden ist. In der Begründung des angefochtenen Bescheides hat die belangte Behörde darauf hingewiesen, daß in Wien derzeit 49 Apothekerhelfer- bzw. helferinnen zur Vermittlung vorgemerkt seien; in ihrer Gegenschrift hat die belangte Behörde hiezu näher ausgeführt, daß es sich dabei nicht nur um Personen mit abgeschlossener Berufsausbildung, sondern auch um Lehrstellensuchende und sonstige Ausbildungsplatzsuchende handle (in den Verwaltungsakten befindet sich auch eine "Anweisung für die berufssystematische Einordnung der Arbeitskräfte bei den Arbeitsämtern", aus der hervorgeht, daß Lehrstellensuchende und sonstige Ausbildungsplatzsuchende der dem angestrebten Beruf entsprechenden Berufsart zuzuordnen sind). Soweit die beschwerdeführende Partei in ihrer Beschwerde auf 11 namentlich genannte, bei der "Apothekerkammer" vorgemerkte Bewerber hinweist, die alle aus verschiedenen Gründen für den in Frage stehenden Arbeitsplatz nicht in Frage kämen, so reicht dies nicht zur Widerlegung der Feststellung der belangten Behörde aus, es stünden beim Arbeitsamt nach der Reihenfolge des § 4b AusIBG Ersatzarbeitskräfte für die von der beschwerdeführenden Partei zu besetzenden Arbeitsstelle zur Verfügung.

Die Beschwerde war deshalb schon wegen des Fehlens einer der beiden gemäß § 4 Abs. 1 AusIBG rechtserheblichen Tatsachen als Voraussetzung für die Erteilung der begehrten Beschäftigungsbewilligung gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen, ohne daß es einer Erörterung der Voraussetzung des erschwereten Verfahrens gemäß § 4 Abs. 6 AusIBG bedurfte, auf welches im übrigen nur im erstinstanzlichen Bescheid und im Spruch des angefochtenen Bescheides, nicht aber in dessen Begründung bzw. im Beschwerdevorbringen Bezug genommen worden ist.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 2 Z. 1 und 2 VwGG iVm Art. I B Z. 4 und 5 der Verordnung des Bundeskanzlers, BGBl. Nr. 104/1991.

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

ECLI:AT:VWGH:1993:1993090044.X00

#### **Im RIS seit**

20.11.2000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.01.2011

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