

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/11/20 2006/09/0221

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.11.2008

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §12 Abs1 Z1;  
AuslBG §4 Abs1;  
AuslBG §4b;  
AVG §66 Abs1;  
AVG §66 Abs2;  
AVG §66 Abs4;  
B-VG Art130 Abs2;  
VwGG §41 Abs1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Rosenmayr, Dr. Bachler und Dr. Doblinger als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Kühnberg, über die Beschwerde der RS Gebrauchtwarenhandel in W, vertreten durch Dr. Herbert Eisserer, Rechtsanwalt in 1090 Wien, Alser Straße 34/40, gegen den Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien vom 6. Oktober 2006, Zl. 3/08114/259 9928, betreffend Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 2 Abs. 5 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Arbeitsmarktservice Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit der an den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 35, gerichteten Eingabe vom 10. August 2006 beantragte

der serbische Staatsangehörige BJ die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung mit dem Aufenthaltzweck "Schlüsselkraft - unselbständig". Die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde übermittelte diesen Antrag samt dem von der Beschwerdeführerin ausgefüllten Beiblatt für Arbeitgeber der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice.

Mit Bescheid der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice vom 8. September 2006 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Zulassung des Ausländers als Schlüsselkraft nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß § 12 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 4b des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, die Beschwerdeführerin habe die Stellung von Ersatzkräften abgelehnt, was eine Prüfung nach § 12 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AuslBG hindere.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin Berufung.

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 6. Oktober 2006 gab die belangte Behörde dieser Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Z. 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 2 Abs. 5 AuslBG keine Folge.

Sie begründete ihre Entscheidung nach Darstellung des Verfahrensganges im Wesentlichen damit, das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG, wonach die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulassen müsse, und § 4b AuslBG stellten eine Grundbedingung für die Zulassung eines Ausländers als Schlüsselkraft dar. Nach der zuletzt genannten Bestimmung erlaube die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes dann eine Zulassung als Schlüsselkraft, wenn für die zu besetzende offene Stelle weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung stehe, der bereit und fähig sei, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben, wobei unter den verfügbaren Ausländern jene mit Anspruch auf eine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung, Inhaber einer Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises sowie EWR-Bürger und türkische Assoziationsarbeitnehmer zu bevorzugen seien. Sinn und Zweck einer Ersatzkraftstellung sei es daher, zu eruieren, ob sich unter den beim Arbeitsmarktservice in Vermittlungsvormerkung stehenden Arbeitsuchenden, die durch ihre Zugehörigkeit zum Personenkreis des § 4b AuslBG bevorzugter zu betreuen seien, eine befände, die bereit und fähig sei, die konkret beantragte Beschäftigung auszuüben. Dazu sei es erforderlich, dem Arbeitgeber objektiv geeignete Bewerber zu vermitteln. Erst wenn kein Arbeitnehmer, der das dargelegte Anforderungsprofil erfülle, hätte beigelegt werden können, erlaube die Arbeitsmarktlage die Beschäftigung des beantragten Ausländers. Die Abdeckung des konkret beschriebenen Arbeitskräftebedarfes an einem Handelsarbeiter im Bereich "Sekundärrohstoffhandel-Schrott" sei generell nicht aussichtslos gewesen. Eine weitere Prüfung habe aber nicht stattfinden können, weil der Arbeitgeber die Stellung von Ersatzkräften begründungslos abgelehnt habe. Das Vorbringen in der Berufung zur Frage des dringenden Bedarfs sei ungeeignet, die Zulassung des Ausländers als Schlüsselkraft zu begründen. Dieser verfüge über keine hochqualifizierte Ausbildung, es bestehe auch keine spezielle Nachfrage, im Verfahren sei kein Nachweis über die beruflichen Erfahrungswerte des beantragten Ausländers erbracht worden. Es läge auch keine der in den Z. 1 bis 5 des § 2 Abs. 5 AuslBG genannten speziellen Voraussetzungen vor. Die behauptete Mangelhaftigkeit des Verfahrens vor der Erstbehörde hätte auch bei Vorliegen einer solchen mangels Eignung des beantragten Ausländers im Sinne der Bestimmungen des § 2 Abs. 5 AuslBG nicht entscheidungsrelevant sein können.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit sowie wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975 i.d.F. BGBl. I Nr. 101/2005, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2. ...

...

(5) Als Schlüsselkräfte gelten Ausländer, die über eine besondere, am inländischen Arbeitsmarkt nachgefragte

Ausbildung oder über spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten mit entsprechender beruflicher Erfahrung verfügen und für die beabsichtigte Beschäftigung eine monatliche Bruttoentlohnung erhalten, die durchwegs mindestens 60 vH der Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) zuzüglich Sonderzahlungen zu betragen hat. Überdies muss mindestens eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

1. die beabsichtigte Beschäftigung hat eine besondere, über das betriebsbezogene Interesse hinausgehende Bedeutung für die betroffene Region oder den betroffenen Teilarbeitsmarkt oder
2. die beabsichtigte Beschäftigung trägt zur Schaffung neuer Arbeitsplätze oder zur Sicherung bestehender Arbeitsplätze bei oder
3. der Ausländer übt einen maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Betriebes (Führungskraft) aus oder
4. die beabsichtigte Beschäftigung hat einen Transfer von Investitionskapital nach Österreich zur Folge oder
5. der Ausländer verfügt über einen Abschluss einer Hochschul- oder Fachhochschulausbildung oder einer sonstigen fachlich besonders anerkannten Ausbildung.

§ 4. (1) Die Beschäftigungsbewilligung ist, soweit im Folgenden nicht anderes bestimmt ist, zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt und wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen.

...

§ 4b. (1) Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) lässt die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zu, wenn für die vom beantragten Ausländer zu besetzende offene Stelle weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben. Unter den verfügbaren Ausländern sind jene mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, Inhaber einer Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises sowie türkische Assoziationsarbeitnehmer zu bevorzugen. Der Prüfung ist das im Antrag auf Beschäftigungsbewilligung angegebene Anforderungsprofil, das in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung finden muss, zu Grunde zu legen. Den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen hat der Arbeitgeber zu erbringen.

....

§ 12. (1) Ausländer, die über keine Niederlassungsbewilligung verfügen, werden zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn

1. die Voraussetzungen der §§ 2 Abs. 5, 4 Abs. 1 und 3 (mit Ausnahme der Z 7) und 4b vorliegen,
2. keine fremdenrechtlichen Bedenken gegen die Niederlassung bestehen und
3. das in der Niederlassungsverordnung vorgesehene Länderkontingent für Schlüsselkräfte noch nicht ausgeschöpft ist.

...."

In Ausführung ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, die Behörde erster Instanz habe kein Ermittlungsverfahren durchgeführt und mit einer praktisch begründungslosen Entscheidung das Rechtsmittelrecht der Beschwerdeführerin verkürzt. Auch die belangte Behörde habe den unzulänglich begründeten erstinstanzlichen Bescheid nicht aufgehoben, sondern in der Sache selbst entschieden, womit sie de facto der Beschwerdeführerin das Recht auf Durchführung eines zweigliedrigen Instanzenzuges entzogen habe.

Ihr Recht auf Parteigehör sei verletzt worden, indem ihr das Recht auf Stellungnahme zu den Verfahrensergebnissen und auf Information über die Rechtsansicht und beabsichtigte Vorgangsweise der Behörde nicht zugestanden worden sei. Eine solche Vorgangsweise widerspreche rechtsstaatlichen Prinzipien.

Auch inhaltlich treffe der angefochtene Bescheid weitgehend ins Leere, da nur in allgemeiner Weise Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft reflektiert werden würden, ohne dass die Umstände des konkreten Falles beleuchtet und berücksichtigt worden wären. Es sei daher im Hinblick auf das Neuerungsverbot auch unmöglich, die gegenständliche Beschwerde mit sachlichen Argumenten zu untermauern.

Dieses Vorbringen zeigt keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf.

Wiewohl die Begründung des erstinstanzlichen Bescheides sich auf eine knappe Darstellung der Rechtslage beschränkt, stand es der Beschwerdeführerin offen (und wurde von ihr auch genutzt), in ihrer Berufung auf die konkreten Verhältnisse hinzuweisen, die nach ihrer Ansicht die Zulassung des Ausländers als Schlüsselkraft rechtfertigen könnten. Dass sie in irgend einer Weise an einem zweckentsprechenden Vorbringen gehindert worden wäre, ist jedenfalls nicht erkennbar.

In der Beschwerde wird nicht bestritten, dass die Beschwerdeführerin eine Ersatzkraftstellung gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG abgelehnt habe, eine solche ist nach dem klaren Wortlaut des § 12 Abs. 1 Z. 1 AuslBG aber auch bei der Zulassung einer Schlüsselkraft erforderlich. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 20. November 2001, ZI. 99/09/0242, dargelegt, dass das AuslBG dem Arbeitgeber grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung für den individuell von ihm gewünschten Ausländer eröffnet, solange die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gegenüber diesem gemäß § 4b AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften besteht. Dies gilt auch für die Anwendung der § 4 Abs. 1 und § 4b AuslBG im Verfahren über einen Antrag auf Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12 Abs. 1 Z. 1 AuslBG. Der angefochtene Bescheid erweist sich daher schon angesichts der unbestritten von der Beschwerdeführerin abgelehnten Ersatzkraftstellung als nicht rechtswidrig (vgl. das hg. Erkenntnis vom 6. April 2005, ZI. 2003/09/0128).

Wenn die Beschwerdeführerin vorbringt, ihr sei im Verfahren vor der belangten Behörde kein Parteiengehör eingeräumt worden, so ist darauf hinzuweisen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 27. Januar 1997, ZI. 93/10/0190, und vom 25. September 1992, ZI. 92/09/0072) das Parteiengehör nur zu Tatfragen (Sachverhaltsfragen) und nicht auch zu Rechtsfragen zu gewähren ist. Abgesehen davon hat die Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht dargelegt, was sie bei Gewährung des Parteiengehörs vorgebracht hätte und warum die belangte Behörde bei der Einhaltung dieser Verfahrensvorschrift zu einem anderen Bescheid hätte kommen können (siehe § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG); sie hat damit die Relevanz des Verfahrensmangels nicht dargetan.

Die Beschwerdeführerin rügt auch, sie habe nicht damit rechnen müssen, dass die belangte Behörde in der Sache selbst (negativ) entschieden habe. Damit macht sie erkennbar geltend, die belangte Behörde hätte nach § 66 Abs. 2 AVG vorgehen müssen. Dem ist entgegen zu halten, dass die Berufungsbehörde notwendige Ergänzungen des Ermittlungsverfahrens durch die Behörde erster Instanz durchführen zu lassen oder selbst vorzunehmen (§ 66 Abs. 1 AVG) und über die Berufung, die sie als zulässig erachtet, außer dem in § 66 Abs. 2 AVG erwähnten Fall immer in der Sache selbst zu entscheiden hat (§ 66 Abs. 4 AVG; vgl. dazu die auszugsweise Wiedergabe von Gesetzesmaterialien bei Walter/Thienel, *Verwaltungsverfahrensgesetze I*, 2. Auflage, 1998, 1239). Aufgabe der Berufungsbehörde ist es daher regelmäßig, die mit dem angefochtenen Bescheid bereits entschiedene Sache neuerlich zu entscheiden, und zwar im Prinzip so, als ob diese Sache erstmals entschieden würde (vgl. Walter/Thienel, aaO, Anm. 1, sowie die unter E 237 ff zu § 66 AVG wiedergegebene Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes). Eine Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens ermächtigt die Berufungsbehörde zur (ersatzlosen) Aufhebung des angefochtenen Bescheides nicht grundsätzlich, sondern nur ausnahmsweise. Liegen die Voraussetzungen des § 66 Abs. 2 AVG nicht vor, so hat sie die Mängel zu beheben, insbesondere notwendige Ermittlungen nachzutragen. Ob diese Voraussetzung zutrifft, hat die Berufungsbehörde danach zu beurteilen, ob zur Klärung des (mangelhaften) Sachverhalts die Durchführung (Wiederholung) einer mündlichen Verhandlung unvermeidlich ist. Der Partei steht ein Recht darauf, dass die Behörde von der Vorschrift des § 66 Abs. 2 AVG in einer bestimmten Richtung Gebrauch macht, nicht zu, wohl aber darauf, dass sie ihr Ermessen "im Sinne des Gesetzes" (Art. 130 Abs. 2 B-VG) ausübt (vgl. Walter/Thienel, aaO 1239, Anm. 1 bis 8, sowie die unter E 237 ff, E 347 ff und E 380 ff zu § 66 AVG wiedergegebene hg. Judikatur).

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin jedoch in ihrer Berufung kein Vorbringen erstattet, das ein Vorgehen nach § 66 Abs. 2 AVG indiziert hätte. Insbesondere hat sie - worauf unten noch einzugehen sein wird - keine Umstände geltend gemacht, die eine andere Bewertung der Eignung des beantragten Ausländers nach den Kriterien des § 2 Abs. 5 AuslBG nahe gelegt hätten. Schon aus diesem Grund erweist es sich als nicht rechtswidrig, wenn die belangte Behörde gemäß § 66 Abs. 4 AVG in der Sache selbst entschieden hat.

Auch die pauschale und nicht näher begründete Behauptung der Beschwerdeführerin, der angefochtene Bescheid sei auch inhaltlich rechtswidrig, ist ohne ein konkretes Vorbringen nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit des angefochtenen

Bescheides darzulegen. Insbesondere ist es unzutreffend, dass das im verwaltungsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich geltende Neuerungsverbot sie daran gehindert hätte, alles Entscheidungswesentliche darzulegen. Der Verwaltungsgerichtshof hat nämlich gemäß § 41 Abs. 1 VwGG auf Grund des von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalts zu entscheiden, sofern dieser in einem mängelfreien Verfahren erhoben wurde und vollständig (in dem Sinne, dass er eine Beurteilung der maßgeblichen Rechtsfragen erlaubt) ist. Liegt ein Verfahrensmangel in Richtung eines Ermittlungsfehlers der Behörde vor und wird dies in der Beschwerde gerügt, hat daher der Beschwerdeführer das Recht und die Möglichkeit, im Rahmen seiner Relevanzbehauptungen (siehe oben) alles vorzubringen, was er bei Vermeidung des gerügten Verfahrensmangels der belangten Behörde vorgetragen hätte. Allerdings könnte die Tatsache, dass ein Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren trotz gebotener Gelegenheit untätig geblieben ist und erst vor dem Verwaltungsgerichtshof seine Zurückhaltung ablegt, mit Aussicht auf Erfolg nicht der belangten Behörde zum Vorwurf gemacht werden. Dieser Fall liegt aber hier nicht vor, weil auch in der Beschwerde nicht einmal ein konkretes, auf die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 AuslBG Bezug nehmendes Vorbringen, etwa das Vorliegen "entsprechender beruflicher Erfahrung" im Sinne der allgemeinen Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle oder einer der in den Z. 1 bis 5 leg. cit. genannten speziellen Erfordernisse, erstattet wurde.

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

Die Entscheidung über den Aufwändersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwändersatzverordnung, BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 20. November 2008

#### **Schlagworte**

Ermessen  
Angenommener Sachverhalt (siehe auch Sachverhalt Neuerungsverbot Allgemein und Sachverhalt Verfahrensmängel)  
Individuelle Normen und Parteienrechte  
Rechtsanspruch  
Antragsrecht  
Anfechtungsrecht  
VwRallg9/2  
Besondere verfahrensrechtliche Aufgaben der Berufungsbehörde  
Spruch des Berufungsbescheides

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

ECLI:AT:VWGH:2008:2006090221.X00

#### **Im RIS seit**

29.12.2008

#### **Zuletzt aktualisiert am**

15.04.2009

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

© 2024 JUSLINE

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

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