

# TE Vwgh Erkenntnis 2007/6/28 2005/09/0186

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.06.2007

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §4 Abs1;

AuslBG §4b Abs1 idF 2004/I/028;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Marzi, über die Beschwerde des H A in B, vertreten durch Summer - Schertler - Stieger, Rechtsanwälte in 6900 Bregenz, Kirchstraße 4, gegen den Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Vorarlberg vom 17. November 2005, Zl. LGSV/3/08114/2005 ABB 2500020, betreffend Nichterteilung einer Beschäftigungsbewilligung, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Begründung

Mit Eingabe vom 22. August 2005 beantragte der Beschwerdeführer die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für einen namentlich genannten türkischen Staatsangehörigen als "Buffetkraft" in seinem Betrieb in B.

Mit Bescheid der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice vom 9. September 2005 wurde dieser Antrag gemäß § 4 Abs. 6 Z. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes abgewiesen.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde dieser Berufung gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 4c Abs. 1 und § 4 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes keine Folge. Nach ausführlicher Darstellung des bisherigen Verfahrensganges stellte die belangte Behörde fest, der beantragte türkische Staatsangehörige sei erst seit dem 27. August 2003 in Österreich polizeilich gemeldet und erst seit dem 21. Dezember 2004 im Besitz einer Niederlassungsbewilligung. Damit habe er frühestens ab diesem Zeitpunkt im Sinne des Einleitungssatzes des Art. 7 ARB Nr. 1/80 die Genehmigung erhalten, zu seinem im Bundesgebiet beschäftigten Vater zu ziehen. Er erfülle daher weder die (gemeint: zeitliche) Voraussetzung des ersten noch des

zweiten Unterabsatzes dieser Bestimmung. Unbestritten sei weiters, dass der beantragte türkische Staatsangehörige keine Berufsausbildung in Österreich abgeschlossen habe und daher auch nicht die Voraussetzungen im Sinne des letzten Satzes des Art. 7 ARB Nr. 1/80 vorlägen.

Der in Rede stehende türkische Staatsangehörige sei für die berufliche Tätigkeit als Küchengehilfe bzw. "Buffetkraft" ohne erforderliche spezielle Kenntnisse oder Ausbildung beantragt worden. Er zähle mangels Anspruches auf Leistung aus der Arbeitslosenversicherung nicht zu den verfügbaren Ausländern im Sinne des § 4b AuslBG. Daher sei im Sinne des § 4 Abs. 1 AuslBG zu prüfen gewesen, ob die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung des beantragten Ausländers zulasse und wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen dem nicht entgegenstünden. Dies sei der Fall, wenn für die vom beantragten Ausländer zu besetzende offene Stelle weder ein Inländer, noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zu Verfügung stehe, der bereit und fähig sei, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben. Unter den verfügbaren Ausländern seien jene mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, Inhaber einer Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises sowie EWR-Bürger (§ 2 Abs. 6) und türkische Assoziationsarbeitnehmer zu bevorzugen. Der Prüfung sei das im Antrag auf Beschäftigungsbewilligung angegebene Anforderungsprofil, das in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung finden müsse, zu Grunde zu legen. Den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen habe der Arbeitgeber zu erbringen. Die im vorliegenden Verfahren durchgeführte Ersatzkraftstellung habe ergeben, dass auf Grund des Auftrages auf Vermittlung einer Buffetkraft vom 23. August 2005 vom regionalen Arbeitsmarktservice u.a. ein namentlich genannter als arbeitslos vorgemerkter türkischer Befreiungsscheininhaber empfohlen worden sei. Dieser habe sich noch am 19. September 2005 im Betrieb des Beschwerdeführers beworben, sei von diesem lediglich vorgemerkt, jedoch mit der Begründung nicht eingestellt worden, der im gegenständlichen Antrag beantragte türkische Staatsangehörige habe diese Tätigkeit bereits in der Türkei ausgeübt. Würden daher von diesem Bewerber Vorkenntnisse erwartet, so sei anzumerken, dass für die berufliche Tätigkeit des antragsgegenständlichen Ausländers als Küchengehilfe bzw. Buffetkraft keine speziellen Kenntnisse oder Ausbildung als erforderlich erachtet worden sei. Bei der im Antrag genannten Tätigkeit handle es sich auch nicht um einen Lehrberuf im Sinne des Berufsausbildungsgesetzes, sondern um eine Hilfstätigkeit, die keine besonderen Fertigkeiten und Vorkenntnisse erfordere und nach den Erfahrungen des beruflichen Lebens auch von Personen, die keine körperlichen oder geistigen Einschränkungen hätten, in kürzester Zeit gelernt und ausgeübt werden könne. Der von der regionalen Geschäftsstelle des AMS empfohlene Bewerber sei bereit und fähig gewesen, die Tätigkeit als Buffetkraft beim Beschwerdeführer aufzunehmen. Damit stehe fest, dass für die vorgesehene Stelle als Buffetkraft ein Befreiungsscheininhaber, somit eine Person mit höherem Integrationsgrad gegenüber dem beantragten Ausländer, hätte vermittelt werden können. Dem Arbeitgeber stehe grundsätzlich kein Anspruch auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für einen individuell von ihm gewünschten Ausländer zu, solange die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gegenüber diesen gemäß § 4b AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften bestehe. Daher sei die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den beantragten Ausländer nach den §§ 4 Abs. 1 und 4c Abs. 1 AuslBG nicht möglich gewesen.

In Beantwortung der in der Berufung erhobenen Rüge, die von der Behörde erster Instanz herangezogene Überschreitung der Landeshöchstzahl sei weder konkretisiert noch objektivierbar gewesen, werde entgegengehalten, dass auf diese Frage nicht mehr eingegangen werden müssen, weil die Ablehnung nunmehr auf § 4 Abs. 1 und nicht mehr auf § 4 Abs. 6 AuslBG gestützt worden sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie die Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht werden.

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

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

Der Beschwerdeführer bestreitet in seiner Beschwerde die von der belangten Behörde getroffene Feststellung nicht, dass der beantragte türkische Staatsangehörige erst seit dem 21. Dezember 2004 im Besitz einer Niederlassungsbewilligung sei. Er bekämpft auch die von der belangten Behörde - zutreffend - daraus gezogene

Schlussfolgerung nicht, dass dieser deshalb die zeitlichen Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 erster und zweiter Gedankenstrich ARB 1/80 nicht erfüllt. Anhaltspunkte dafür, dass die im letzten Satz dieser Bestimmung genannten Kriterien vorlägen, lassen sich den Akten nicht entnehmen und werden auch in der Beschwerde nicht behauptet.

Der Beschwerdeführer macht lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides geltend, die - gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG zu prüfende Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes betreffende - Annahme der belangten Behörde, er habe die Stellung einer Ersatzkraft abgelehnt, sei unrichtig. Vielmehr hätten die bei ihm vorstellig gewordenen, vom AMS vermittelten Personen bereits beim ersten Gespräch durchscheinen lassen, dass sie an der gegenständlichen Arbeitsstelle nicht interessiert seien und die Anreise zu weit sei.

Auch habe die belangte Behörde die bereits fortgeschrittene Integration des beantragten türkischen Staatsangehörigen nicht ausreichend gewürdigt.

Darüber hinaus sei die von der erstinstanzlichen Behörde angenommene Quote (offenbar gemeint: Landeshöchstzahl) unrichtig angenommen worden. Diesbezügliche Ermittlungsergebnisse fehlten gänzlich.

Unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften macht der Beschwerdeführer geltend, es sei in der gegenständlichen Angelegenheit keine Anhörung des Landesdirektoriums vorgenommen worden.

Es sei auch unberücksichtigt geblieben, dass der Beschwerdeführer in seiner Äußerung vom 14. Oktober 2005 dargetan habe, dass der Vater des beantragten türkischen Staatsangehörigen nach langjähriger Tätigkeit bei einem inländischen Unternehmen nunmehr arbeitslos geworden sei, den beantragten Ausländer daher eine Unterhalts- und Beistandspflicht diesem gegenüber zukomme.

Vorauszuschicken ist, dass der Beschwerdeführer offenbar übersehen hat, dass die angefochtene und vom Verwaltungsgerichtshof zu überprüfende Entscheidung der belangten Behörde im Rahmen ihrer Ersetzungsbefugnis im Sinne des § 66 Abs. 4 AVG auf den §§ 4 Abs. 1 und 4c Abs. 1 AuslBG fußt und damit eine andere rechtliche Grundlage für ihre Entscheidung wählte als die Behörde erster Instanz, die ihre Ablehnung der Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung noch auf § 4 Abs. 6 Z. 1 AuslBG stützte. Die Frage der von der erstinstanzlichen Behörde angenommenen "Quote" (offenbar gemeint: Landeshöchstzahl) kann aus diesem Grunde als nicht mehr entscheidungswesentlich dahinstehen ebenso wie die Beantwortung jener Ausführungen in der Beschwerde, welche sich auf die unrichtige Anwendung des "erschweren Verfahrens" nach § 4 Abs. 6 leg. cit. beziehen.

Aktenwidrig ist die Annahme des Beschwerdeführers, es sei im Berufungsverfahren keine Anhörung des Landesdirektoriums erfolgt, findet sich doch ein entsprechendes Protokoll dieses Gremiums als OZl. 4 im vorgelegten Verwaltungsakt.

Es blieb daher zu prüfen, ob im Beschwerdefall vom Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 AuslBG auszugehen gewesen wäre.

Nach § 4 Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung BGBl. I Nr. 28/2004, ist die Beschäftigungsbewilligung zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt und wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen.

In § 4b Abs. 1 AuslBG wird näher definiert, wann "die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes" im Sinne des § 4 Abs. 1 AuslBG die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zulässt. Dies ist der Fall, 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 EWR-Bürger (§ 2 Abs. 6) und 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.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargelegt hat (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 28. Februar 2002, Zl. 99/09/0093, mwN), 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.

Von einer solchen Ablehnung einer Ersatzkraft durch den Beschwerdeführer 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. Im Beschwerdefall wurde vom zuständigen AMS ein (namentlich bezeichneter) Befreiungsscheininhaber vermittelt, vom Beschwerdeführer aber nicht eingestellt.

Es trifft zwar zu, dass der Beschwerdeführer in seinem Antrag die Stellung von Ersatzkräften nicht ausdrücklich abgelehnt hat (keines der in Frage kommenden Antwortkästchen wurde angekreuzt), doch verweist die belangte Behörde mit Recht darauf, dass ein Ausländer mit einem höheren Integrationsgrad als der vom Beschwerdeführer gewünschte türkische Staatsangehörige habe vermittelt werden können, der bereit und fähig gewesen wäre, die Tätigkeit als Buffetkraft beim Beschwerdeführer aufzunehmen, vom Beschwerdeführer jedoch mit Hinweis auf die gewünschte Einstellung des antragsgegenständlichen Ausländers lediglich vorgemerkt, nicht aber eingestellt worden sei. Im Rahmen des dazu gewährten Parteiengehörs wies der Beschwerdeführer in seinem Schriftsatz vom 14. Oktober 2005 darauf hin, der von ihm gewünschte Ausländer sei "besser qualifiziert", bereits fortgeschritten integriert und gegenüber seinem arbeitslos gewordenen Vater unterhaltspflichtig. Er wies ferner lediglich pauschal darauf hin, dass "ein Großteil der Personen", welche über das AMS bei ihm vorgesprochen hätten, "gleich zu Anfang des Gespräches" hätten "durchscheitern lassen, dass sie kein großes Interesse" hätten, "diese Tätigkeit auszuüben bzw. die Anreise eher zu weit sei". Dass die konkrete vom AMS vermittelte ausländische Arbeitskraft die Einstellung abgelehnt habe, wurde in diesem Schriftsatz nicht behauptet. Wenn sich diese Behauptung nunmehr in der Beschwerde dahin verdichtet, der vermittelte Ausländer habe aus den genannten Gründen die Einstellung abgelehnt, so wird damit eine Neuerung vorgebracht, auf die der Verwaltungsgerichtshof im Sinne des § 41 VwGG nicht mehr einzugehen vermag.

Der Beschwerdeführer wendet sich auch nicht gegen die Feststellung der belangten Behörde, es habe sich bei der vermittelten Arbeitskraft um den Inhaber eines Befreiungsscheins gehandelt, welcher nach der oben wiedergegebenen Reihenfolge des § 4b AuslBG aber gegenüber dem beantragten Ausländer bevorzugt zu behandeln ist. Auf andere Kriterien kommt es dabei nicht an.

Insoweit der Beschwerdeführer darauf verweist, der von ihm gewünschte türkische Staatsangehörige weise eine "bessere Qualifikation" auf, so hat ihm bereits die belangte Behörde zutreffend geantwortet, dass er in seinem Antrag vom 22. August 2005 die Frage nach "speziellen Kenntnissen und Fähigkeiten" für die beantragte Tätigkeit verneint hat und es sich bei der Tätigkeit einer Buffetkraft um eine solche handelt, die von jeder Person ohne geistige oder körperliche Einschränkungen in kürzester Zeit erlernbar ist, es daher auf Vorkenntnisse oder Qualifikationen nicht ankommt.

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.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit § 41 AMSG und der VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl. II Nr. 333/2003.

Wien, am 28. Juni 2007

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2007:2005090186.X00

**Im RIS seit**

01.08.2007

**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)