

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/4/6 2003/09/0128

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.04.2005

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §12 Abs1 Z1 idF 2002/I/126;  
AuslBG §12 Abs4 idF 2002/I/126;  
AuslBG §2 Abs5 idF 2002/I/126;  
AuslBG §2 Abs5 Z5 idF 2002/I/126;  
AuslBG §4 Abs1 idF 2002/I/126;  
AuslBG §4b idF 2002/I/126;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Graf und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Blaschek, Dr. Rosenmayr und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde 1. der O GmbH. N KG und 2. des D, beide in W, beide vertreten durch Dr. Herbert Rabitsch, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Petrusgasse 2/15, gegen den Bescheid der Landesgeschäftsstelle Wien des Arbeitsmarktservice vom 30. Juli 2003, Zl. 10/13113/226 5330, betreffend Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 2 Abs. 5 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes,

## Spruch

1. zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird hinsichtlich der Erstbeschwerdeführerin als unbegründet abgewiesen, und

2. den Beschluss gefasst:

Die Beschwerde wird hinsichtlich des Zweitbeschwerdeführers zurückgewiesen.

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

## Begründung

Mit Bescheid der regionalen Geschäftsstelle Wien des Arbeitsmarktservice vom 28. Mai 2003 wurde der Antrag der Beschwerdeführer auf Zulassung des Zweitbeschwerdeführers als Schlüsselkraft im Unternehmen der

Erstbeschwerdeführerin gemäß § 2 Abs. 5 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975 i.d.F. BGBl. I Nr. 126/2002, abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die Voraussetzungen dieser Gesetzesstelle nicht vorlägen.

Dagegen erhob die erstbeschwerdeführende Partei Berufung. Diese wurde mit dem angefochtenen Bescheid vom 30. Juli 2003 gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 12 Abs. 1 und § 2 Abs. 5 AuslBG nach Anhörung des Regionalbeirates abgewiesen. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass für die vorgesehene Verwendung des Zweitbeschwerdeführers im Betrieb der Erstbeschwerdeführerin als Verkaufsleiter nicht eine besondere, am inländischen Arbeitsmarkt nachgefragte Ausbildung notwendig sei und er nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens auch über keine speziellen Kenntnisse und Fertigkeiten mit entsprechender beruflicher Erfahrung verfüge. Der Zweitbeschwerdeführer halte sich seit Beginn des Jahres 2001 in Österreich auf und studiere seither an der Wirtschaftsuniversität Wien. Die erstbeschwerdeführende Partei habe vorgebracht, dass ihr Unternehmen mit dem Import von türkischen Lebensmitteln im Umfang eines Euromillionenbetrages befasst sei. Die "lohnrechtlichen Voraussetzungen" wären erfüllt, der Zweitbeschwerdeführer sei daher eine Führungskraft, wodurch eine wesentliche Ankurbelung des Umsatzes aus Export- und Importtätigkeit prognostiziert sei. Er sei für die Koordination der Importe auf Grund seiner perfekten Türkischkenntnisse in Wort und Schrift unbedingt erforderlich, und seine Einstellung sei für das Unternehmen der Erstbeschwerdeführerin von ganz entscheidender Bedeutung. Es gehe im gegenständlichen Fall auch darum, dass hinsichtlich der Vorschriften des Lebensmittelgesetzes eine Abstimmung mit den türkischen Lieferanten erfolge, da in Österreich im Unterschied zum übrigen EG-Raum Spezialvorschriften bestünden, die von den türkischen Lieferanten erfüllt werden müssten. Der Zweitbeschwerdeführer beziehe einen Bruttolohn in der Höhe von 60 Prozent der Höchstbeitragsgrundlage, auch daraus wäre eine große Bedeutung für das Unternehmen der Erstbeschwerdeführerin zu ersehen.

Die belangte Behörde führte aus, dass die Erstbeschwerdeführerin mit diesem Vorbringen nicht die Erfüllung der in § 2 Abs. 5 AuslBG aufgestellten Erfordernisse für die Zulassung als Schlüsselkraft darlegen habe können. "Bei der vorgesehenen Verwendung" des Zweitbeschwerdeführers als Verkaufsleiter handle "es sich nicht um eine besondere, am inländischen Arbeitsmarkt nachgefragte Ausbildung" und er verfüge auch über keine speziellen Kenntnisse und Fertigkeiten mit entsprechender beruflicher Erfahrung. Auch übe der Zweitbeschwerdeführer keinen maßgeblichen Einfluss auf die Unternehmensleitung aus, eine Geschäftsführerbefugnis besitze er nicht. Dies sei auch nicht aus einer Bruttoentlohnung von EUR 2.050,- pro Monat als evident anzusehen, weil allein die Entlohnung noch nicht die Funktion einer Führungskraft begründe. Der Zweitbeschwerdeführer habe keinen Abschluss einer Hochschul- oder Fachhochschulausbildung oder einer sonstigen fachlich besonders anerkannten Ausbildung und mit der beabsichtigten Einstellung sei auch kein Transfer von Investitionskapital nach Österreich verbunden. Im Übrigen habe die Erstbeschwerdeführerin eine Ersatzkraftstellung abgelehnt.

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. 126/2002, 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.

...

Beschäftigungsbewilligung

Voraussetzungen

§ 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.

...

Prüfung der Arbeitsmarktlage

§ 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.

(2) Die Prüfung gemäß Abs. 1 entfällt, wenn dem Arbeitgeber eine Sicherungsbescheinigung für den beantragten Ausländer ausgestellt wurde.

...

Sonderbestimmungen für die Neuzulassung von Schlüsselkräften

§ 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.

(2) Die Zulassung als Schlüsselkraft ist vom Ausländer zu beantragen. Der Antrag hat auch die begründete Zustimmung des Arbeitgebers zu enthalten (Abs. 1 Z 1). Der Antrag ist vom Arbeitgeber für den Ausländer bei dem nach dem beabsichtigten Wohnsitz des Ausländers zuständigen Landeshauptmann einzubringen.

...

(4) Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat den Regionalbeirat anzuhören und dem Landeshauptmann binnen drei Wochen das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs. 1 Z 1 schriftlich mitzuteilen. ...

(5) Bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs. 1 Z 1 hat die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice die Zulassung zu versagen und den diesbezüglichen Bescheid unverzüglich dem Landeshauptmann zur Zustellung an den Arbeitgeber und den Ausländer zu übermitteln. ...

...

(7) Über die Berufung gegen die Ablehnung der Zulassung durch den Landeshauptmann entscheidet der Bundesminister für Inneres. Über die Berufung gegen den Bescheid der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice entscheidet die Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice nach Anhörung des Landesdirektoriums. Eine weitere Berufung ist nicht zulässig."

In der Beschwerde wird geltend gemacht, den Beschwerdeführern sei die Stellungnahme des Regionalbeirates im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vor der Behörde erster Instanz nicht zur Kenntnis gebracht worden. Damit wird jedoch deswegen keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides aufgezeigt, weil das Gesetz dem Antragsteller ein derartiges Recht nicht einräumt.

Die Beschwerdeargumentation geht weiters dahin, dass es sich beim Zweitbeschwerdeführer durchaus um eine Schlüsselkraft im Sinne des § 2 Abs. 5 AuslBG handeln könne, auch wenn dieser nicht über Geschäftsführerbefugnisse verfüge. Durch seine Beschäftigung im Unternehmen der erstbeschwerdeführenden Partei sei jedenfalls eine Verbesserung des operativen Ergebnisses dieses Unternehmens und selbstverständlich auch die Möglichkeit der Schaffung neuer Arbeitsplätze gegeben. Eine Ersatzkraftstellung gemäß § 4 Abs. 1 und § 4b AuslBG sei bei Schlüsselkräften nicht notwendig.

Auch damit wird eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht aufgezeigt, weil weder im Verwaltungsverfahren noch auch in der Beschwerde dargelegt wurde, inwiefern der Zweitbeschwerdeführer im Sinne des § 2 Abs. 5 Z. 3 AuslBG als Führungskraft einen maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Betriebes der Erstbeschwerdeführerin ausüben solle oder über den Abschluss einer fachlich besonders anerkannten Ausbildung im Sinne des § 2 Abs. 5 Z. 5 AuslBG verfüge. Die bloße Kenntnis der türkischen Sprache kann nicht als ein solcher Abschluss angesehen werden. Auch dass der Zweitbeschwerdeführer über spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten mit entsprechender beruflicher Erfahrung verfüge, wurde im Übrigen im Verwaltungsverfahren nicht aufgezeigt, der belangten Behörde kann daher kein Vorwurf gemacht werden, dass sie die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 AuslBG nicht als gegeben ansah.

In der Beschwerde wird nicht bestritten, dass die Erstbeschwerdeführerin eine Ersatzkraftstellung gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG abgelehnt habe, eine solche ist nach dem klaren Wortlaut des § 12 Abs. 1 Z. 1 AuslBG aber - anders als in der Beschwerde vertreten - auch bei der Zulassung einer Schlüsselkraft erforderlich. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 20. November 2001, Zl. 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 als Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12 Abs. 1 Z. 1 AuslBG. Der angefochtene Bescheid erweist sich daher schon angesichts der unbestritten von der Erstbeschwerdeführerin abgelehnten Ersatzkraftstellung als nicht rechtswidrig.

Nach dem Gesagten war die Beschwerde der Erstbeschwerdeführerin gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Die Beschwerde des Zweitbeschwerdeführers war deswegen gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen, weil er den Bescheid der Behörde erster Instanz nicht mit Berufung bekämpft und dergestalt entgegen Art. 131 Abs. 1 Z. 1 B-VG den Instanzenzug nicht ausgeschöpft hat (vgl. dazu etwa den hg. Beschluss vom 25. Februar 2005, Zl. 2004/09/0013).

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 6. April 2005

**Schlagworte**

Individuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2003090128.X00

**Im RIS seit**

09.05.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

01.01.2009

**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)