

# TE Vwgh Erkenntnis 1995/1/19 94/09/0253

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 19.01.1995

## Index

60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §4 Abs1;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Dr. Fürnsinn, Dr. Germ, Dr. Höß und Dr. Fuchs als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Simetzberger, über die Beschwerde des E in W, vertreten durch Dr. T, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Arbeitmarktservice, Landesgeschäftsstelle Wien, vom 30. August 1994, betreffend Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer ist praktischer Arzt in Wien. Er stellte am 11. Jänner 1993 beim Arbeitsamt Persönliche Dienste - Gastgewerbe den Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) für die "jugoslawische" Staatsbürgerin D.R. als Reinigungsfrau für seine Ordination. Im Antragsformular waren zur näheren Beschreibung der Tätigkeit der gesuchten Reinigungsfrau ein monatlicher Verdienst von S 9.353,-- bei "ganztags, feste Arbeitszeit" sowie der Umstand bezeichnet, daß für diese Tätigkeit spezielle Kenntnisse oder Ausbildung nicht erforderlich seien.

Dieser Antrag wurde in der Folge in beiden Verwaltungsinstanzen abgewiesen. Diese Abweisung war Gegenstand des Verfahrens zur Zl. 93/09/0379 des Verwaltungsgerichtshofes, welcher mit Erkenntnis vom 21. Jänner 1994 den damals angefochtenen Bescheid des Landesarbeitsamtes Wien (LAA) vom 6. Juli 1993 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufhob. Auf dieses den Parteien des nunmehrigen Verfahrens bekannte Erkenntnis wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. In der Begründung führte der Verwaltungsgerichtshof im wesentlichen aus, die belangte Behörde sei zu Unrecht von einer unbegründeten Ablehnung von Ersatzkräften durch den Beschwerdeführer

ausgegangen, weil dieser in seiner Berufung nur erklärt hatte, die bis dahin bei ihm erschienenen Bewerber um die offene Stelle abzulehnen. Erst entsprechende Ermittlungen würden die Beurteilung der allfälligen Berechtigung oder Nichtberechtigung einer Ablehnung gestellter Ersatzkräfte durch den Beschwerdeführer ermöglichen.

Im fortgesetzten Verfahren nahm das Arbeitsamt weitere Versuche einer Ersatzkraftstellung beim Beschwerdeführer vor, die jedoch zu keiner Anstellung einer Ersatzkraft durch den Beschwerdeführer führten. Mit Vorhalt vom 13. Juni 1994 teilte das LAA dem Beschwerdeführer die Ergebnisse der Vermittlungsbemühungen im einzelnen mit, wobei es die Auffassung vertrat, der Beschwerdeführer habe zahlreiche der angebotenen Ersatzkräfte zu Unrecht abgelehnt.

Dazu nahm der Beschwerdeführer am 28. Juni 1994 ausführlich schriftlich Stellung. Er beklagte darin die lange Verfahrensdauer und vertrat die Auffassung, die belangte Behörde hätte ohne weitere Ermittlungen auf Grund des aufhebenden Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes längst einen Ersatzbescheid erlassen müssen. In dieser Stellungnahme präzisierte der Beschwerdeführer ferner die Arbeitszeiten der gesuchten Reinigungskraft mit Montag 14 bis 18,

Dienstag 8 bis 14, Mittwoch 6 bis 8 und 13 bis 18, Donnerstag 0, Freitag 8 bis 18 und Samstag mit 8 bis 13 Uhr. Abgesehen von diesen fixen Dienstzeiten benötige der Beschwerdeführer "selbstverständlich auch dann eine Reinigungskraft, wenn aufgrund von Notfällen oder Behandlungen außerhalb der genannten Dienstzeiten Reinigungsarbeiten vorgenommen werden müssen". Er lege deshalb Wert auf "Erreichbarkeit" und auf "einen in Ordinationsnähe liegenden Wohnort, damit die Reinigungskraft bei Bedarf schnell verfügbar ist." Auch sollte diese Kraft auf Grund der bisherigen Erfahrungen und wegen der Schwere der Arbeit nicht wesentlich über 35 Jahre alt sein. Notwendig seien ferner Vertrauenswürdigkeit, Verständigungsmöglichkeit, Auffassungsgabe und Intelligenz. Dieses Anforderungsprofil sei bei allen Bewerberinnen angewendet worden. Des weiteren nahm der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme im einzelnen auf die Vorsprachen von insgesamt 32 der ihm vermittelten Bewerberinnen Bezug und legte die Gründe dar, warum mit diesen keine Anstellung zustande gekommen sei. Er beantrage daher, nach nochmaligem Scheitern der Bemühungen des LAA um Beschaffung einer geeigneten und willigen Ersatzarbeitskraft die bereits am 11. Jänner 1993 beantragte Beschäftigungsbewilligung für D.R. zu erteilen.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 30. August 1994 gab die belangte Behörde der Berufung des Beschwerdeführers erneut gemäß § 66 Abs. 4 AVG und § 4 Abs. 1 AuslBG keine Folge. Nach einer Darstellung der Rechtslage führte die belangte Behörde dazu in der Begründung des angefochtenen Bescheides aus, es sei festgestellt worden, daß bei D.R. keine Umstände vorlägen, durch die sie zu den gemäß § 4b AuslBG begünstigt zu behandelnden Arbeitssuchenden zu zählen sei. Es sei aber die Stellung einer entsprechenden Ersatzkraft jederzeit möglich. Es seien dem Beschwerdeführer auch zahlreiche Bewerberinnen zugewiesen worden, zu einer Einstellung sei es jedoch aus diversen, zum Teil berechtigten Gründen nicht gekommen. Die Personen aber, die der Beschwerdeführer wegen zu hohen Alters (hier werden vier konkrete Ersatzkräfte genannt) oder wegen zu weit entfernter Wohnung (hier werden weitere sechs konkrete Ersatzkräfte genannt) nicht eingestellt habe, seien unberechtigterweise abgelehnt worden. Diese Personen seien bereit und fähig gewesen, die beantragte Beschäftigung auszuüben. Die Voraussetzungen für die Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung seien somit nicht erfüllt. Daß es trotzdem zu keiner Einstellung gekommen sei, beruhe auf Umständen, die der Beschwerdeführer zu vertreten habe. Es sei objektiv nicht gerechtfertigt, Personen wegen zu hohen Alters nicht einzustellen. Ältere Arbeitnehmer erfüllten im allgemeinen ihre Aufgaben genau so wie jüngere. Auch stehe es im öffentlichen und gesamtwirtschaftlichen Interesse, daß Arbeitnehmer bis zur Erreichung des Pensionsalters im Arbeitsprozeß stünden. Es sei ferner nicht einzusehen, daß eine Bedienerin immer in Bereitschaft und innerhalb von zehn Minuten in der Ordination zur Reinigung sein müsse. Die Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung werde daher gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG für nicht vertretbar erachtet.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde. Der Beschwerdeführer erachtet sich in seinem Recht "auf Zuerkennung einer Beschäftigungsbewilligung für D.R. trotz Vorliegens der Voraussetzungen" verletzt.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Auch in seiner Beschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, die belangte Behörde habe dadurch

Verfahrensvorschriften verletzt, daß sie nicht sofort nach der Aufhebung ihres Bescheides vom 6. Juli 1993 durch Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Jänner 1994 auf Grund der Aktenlage einen neuen Bescheid erlassen, sondern statt dessen das Ersatzkraftstellungsverfahren ergänzt habe. Dabei übersieht der Beschwerdeführer, daß gerade eine solche Ergänzung des Verfahrens vom Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 21. Jänner 1994 verlangt worden ist, weil erst entsprechende Ermittlungen die Beantwortung der Frage der Berechtigung oder Nichtberechtigung der Ablehnung von Ersatzkräften durch den Beschwerdeführer ermöglichen würden. Die Aufhebung des Bescheides vom 6. Juli 1993 durch den Verwaltungsgerichtshof wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes war gerade deshalb erfolgt, weil die belangte Behörde das Ersatzkraftstellungsverfahren unter der unzutreffenden Annahme, der Beschwerdeführer habe auf Ersatzkräfte verzichtet, vorzeitig abgebrochen hatte. Der behauptete Verfahrensmangel liegt daher nicht vor.

Es liegt auch kein Anlaß vor, der belangten Behörde vorzuwerfen, sie sei im nunmehr angefochtenen Bescheid nur auf die seit der Aufhebung durch den Verwaltungsgerichtshof dem Beschwerdeführer vermittelten Ersatzkräfte eingegangen. Wie noch zu zeigen sein wird, reichte das fortgesetzte Verfahren dafür aus, die Abweisung des Antrages des Beschwerdeführers auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für D.R. nunmehr auf gesetzmäßige Weise zu bestätigen.

Unter dem Titel der Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides führt der Beschwerdeführer aus, er habe mit Recht das Anforderungsprofil für die gesuchte Arbeitskraft sowohl im Hinblick auf ihr Alter als auch wegen ihres Wohnortes eng gezogen. Unbestrittenmaßen habe keine der seit Herbst 1992 beim Beschwerdeführer vorstellig gewordenen insgesamt 69 Bewerberinnen alle gestellten Anforderungen erfüllt, weshalb die belangte Behörde verhalten gewesen wäre, nunmehr endlich die beantragte Beschäftigungsbewilligung für D.R. zu erteilen.

Auch dieses Vorbringen ist nicht geeignet, der Beschwerde zum Erfolg zu verhelfen.

Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid auf § 4 Abs. 1 AuslBG gestützt.

Nach dieser Gesetzesstelle ist die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung an zwei Voraussetzungen geknüpft, nämlich

1. daran, daß die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zuläßt und
2. wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen.

Bei Fehlen auch nur eines dieser beiden Tatbestandselemente ist den Arbeitsämtern die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung verwehrt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. April 1993, Zl. 93/09/0039) darf bei der Auslegung des§ 4 Abs. 1 AuslBG nicht außer acht gelassen werden, daß die vom Gesetzgeber angesprochen wichtigen öffentlichen und gesamtwirtschaftlichen Interessen erst dann zum Tragen kommen, wenn feststeht, für welche Beschäftigung konkret die Bewilligung beantragt wurde und ob die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes diese konkrete Beschäftigung zuläßt. Das wird aber immer dann der Fall sein, wenn nicht feststeht, daß für die Beschäftigung wenigstens ein bestimmter Inländer oder im gegebenen Zusammenhang ein einem Inländer gleichgestellter oder begünstigt zu behandelnder Ausländer zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, diese Beschäftigung zu den gestellten (gesetzlich zulässigen) Bedingung auszuüben.

Diese Beweisführung erübrigt sich dann, wenn seitens des Arbeitgebers die Stellung jeder Ersatzkraft von vornherein abgelehnt wird (vgl. in diesem Sinne die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. April 1987, Zl. 87/09/0012, vom 25. November 1987, Zl. 87/09/0164, u.v.a.).

Von einer solchen unbegründeten Ablehnung von Ersatzkräften durch den Beschwerdeführer ist die belangte Behörde im nunmehr angefochtenen Bescheid nicht ausgegangen. Sie hat vielmehr, dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 21. Jänner 1994 folgend, den Versuch unternommen, aus der Zahl der als arbeitsuchend vorgemerkt Bewerberinnen für die Bedürfnisse des Beschwerdeführers geeignete Ersatzkräfte zu vermitteln. Zu prüfen blieb daher, ob sich, wie der Beschwerdeführer meint, unter diesen Ersatzkräften tatsächlich keine geeignete Person befunden hat, oder ob, wie die belangte Behörde meint, der Beschwerdeführer zu diesem Ergebnis nur durch eine ungerechtfertigte Einengung des Anforderungsprofils gekommen ist.

Grundsätzlich ist es das Recht jedes Arbeitgebers, sofern er damit nicht gegen zwingendes Recht verstößt, die Anforderungen festzusetzen, die er an eine von ihm zu beschäftigende Person stellt. Finden die Anforderungen in objektiven Notwendigkeiten eine Grundlage, dann gehören sie zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen der Beschäftigung, die bei einer Prüfung nach § 4 Abs. 1 AuslBG zugrunde zu legen sind (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. September 1994, Zl. 94/09/0096, und die dort angeführte Vorjudikatur).

Im ursprünglichen Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für D.R. war das an die gewünschte Reinigungsfrau gestellte Anforderungsprofil ausschließlich durch Hinweise auf die feste Arbeitszeit und die Entlohnung ergänzt worden. Erst im Zuge des fortgesetzten Verfahrens hat der Beschwerdeführer dann (in seiner Stellungnahme vom 28. Juni 1994) dieses Anforderungsprofil in mehreren Richtungen entscheidend eingeengt. So wurde die täglich wechselnde "fixe" Dienstzeit angeführt und dazu ergänzt, die Reinigungsfrau müsse darüber hinaus jederzeit zur Durchführung in der Ordination anfallender außerordentlicher Reinigungsarbeiten abrufbar und zu diesem Zweck in unmittelbarer Nähe der Ordination wohnhaft sein. Darüber hinaus wurde nun seitens des Beschwerdeführers ein Alterslimit von nicht wesentlich mehr als 35 Jahren eingezogen.

Mit Recht hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid die Auffassung vertreten, der Beschwerdeführer habe mit diesen Anforderungen an die gesuchte Reinigungsfrau das Anforderungsprofil für eine solche Hilfskraft in unzulässiger Weise eingeengt. So vermag auch der Verwaltungsgerichtshof nicht zu erkennen, warum eine für die Zwecke des Beschwerdeführers geeignete Reinigungsfrau nicht älter als 35 Jahre sein dürfte, zumal die dabei anfallenden Arbeiten durchaus auch von älteren Arbeitskräften zu bewältigen sind. Die weitere Forderung nach einer Reinigungskraft, die jederzeit in Rufbereitschaft stehen und innerhalb weniger Minuten auch außerhalb ihrer Dienstzeit für Reinigungsarbeiten zur Verfügung stehen müsse, ist schon deshalb überzogen, weil eine derartige Forderung nach einer Bereitschaft rund um die Uhr von einer einzigen Arbeitskraft überhaupt nicht verlangt werden kann. Überzogen ist aber auch die Forderung, die Hilfskraft müsse in der Nähe der Ordination wohnhaft sein, zumal im Bereich der Großstadt Wien mit ihrem ausgebauten öffentlichen Verkehrsnetz die entsprechend rasche Anreise auch aus anderen Bezirken in zumutbarer Zeit möglich wäre.

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid insgesamt 11 Ersatzkräfte angeführt, die der Beschwerdeführer ausschließlich wegen ihres Alters oder wegen ihres angeblich zu weit entfernten Wohnortes abgelehnt hat. Der Beschwerdeführer ist darauf in seiner Beschwerde nicht im einzelnen eingegangen. Der Verwaltungsgerichtshof hatte daher gemäß § 41 Abs. 1 VwGG von dem von der belangten Behörde festgestellten Sachverhalt auszugehen, der im übrigen seine ausreichende Begründung im Akteninhalt (Stellungnahme des Beschwerdeführers vom 28. Juni 1994) findet.

Da der Beschwerdeführer somit Bewerberinnen ausschließlich aus Gründen abgelehnt hat, die im zulässigen Anforderungsprofil an eine Reinigungskraft keine Deckung finden, kann nicht davon ausgegangen werden, daß keine tauglichen Ersatzkräfte vorhanden seien und dem Beschwerdeführer zur Deckung seines Arbeitskräftebedarfes zur Verfügung stünden. Davon ausgehend erweist sich die Beschwerde als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 2 Z. 1 und 2 VwGG in Verbindung mit Art. I B Z. 4 und 5 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 416/1994.

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

ECLI:AT:VWGH:1995:1994090253.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)