

# TE Vwgh Erkenntnis 1994/4/21 93/09/0309

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.04.1994

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren;

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §4 Abs1;

AuslBG §4 Abs6 Z2 litd idF 1990/450;

AVG §10 Abs1;

AVG §10 Abs6;

AVG §63 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 Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerde der S in W, vertreten durch Dr. E, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Landesarbeitsamtes Wien vom 14. Mai 1993, Zl. IIc/6702 B, betreffend Nichterteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von S 11.510,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

## Begründung

Die Beschwerdeführerin ersuchte am 18. Dezember 1992 um Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) für die rumänische Staatsangehörige A. als "Heimpflegerin" (zur Altenbetreuung). In einem Begleitschreiben zu diesem Antrag wies die (87jährige) Beschwerdeführerin darauf hin, daß sie ständig Hilfe für Einkaufen, Wohnungsreinigung, Wäsche, Körperpflege etc. benötige. Sie wolle A. zwei Stunden täglich (6x pro Woche) zu einem Stundenlohn von S 80,- beschäftigen. Sie kenne A. seit langem, sodaß ein Vertrauensverhältnis zwischen ihnen bestehe. A. sei verheiratet und habe eine Aufenthaltsbewilligung; der Ehemann von A. habe eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung.

Diesen Antrag wies das Arbeitsamt Persönliche Dienste - Gastgewerbe mit Bescheid vom 17. Februar 1993 gemäß § 4 Abs. 6 AuslBG ab. Der Vermittlungsausschuß habe die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung nicht befürwortet; darüber hinaus habe "das Ermittlungsverfahren" ergeben, daß keine der im § 4 Abs. 6 Z. 2 bis 4 AuslBG vorgesehenen Voraussetzungen vorliege.

In ihrer dagegen erhobenen Berufung brachte die Beschwerdeführerin vor, sie benötige auf Grund ihres Gesundheitszustandes persönliche Betreuung. Zu A. habe sie eine persönliche Beziehung aufgebaut, die in diesen Fällen von besonderer Bedeutung sei. Immerhin sei es nicht so angenehm, sich etwa bei der Körperpflege von anderen, womöglich unbekanntenen Personen, helfen lassen zu müssen; es liege somit ein typischer Fall des § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. d AuslBG vor.

Mit Schreiben vom 18. März 1993 teilte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin mit, daß diese vor etwa 2 Wochen einen Herzinfarkt erlitten habe und voraussichtlich am 24. März 1993 aus dem Spital entlassen werde. Laut Auskunft des behandelnden Arztes werde die Beschwerdeführerin eine Heimpflege benötigen, weil sie außer Stande sein werde, auch nur die kleinsten, im Haushalt erforderlichen Handgriffe selbst zu verrichten. Für ein Rehabilitationszentrum sei die Beschwerdeführerin allerdings zu alt, sodaß sie ohne die Pflege von A. nicht werde auskommen können.

Im Vorhalt vom 5. März 1993 (den die belangte Behörde ungeachtet des Umstandes, daß nach der Aktenlage die Beschwerdeführerin bereits im erstinstanzlichen Verfahren durch den nunmehrigen Beschwerdevertreter vertreten wurde, an die Beschwerdeführerin selbst richtete) teilte die belangte Behörde mit, sie könne aus dem Stand an arbeitslos vorgemerkten Personen Arbeitskräfte anbieten, die für die beantragte Tätigkeit zur Verfügung stünden. Dieses Schreiben ist am 9. März 1993 beim Postamt 1238 Wien hinterlegt und am 29. März 1993 an das Arbeitsamt zurückgeschickt worden, weil es von der Beschwerdeführerin nicht behoben worden ist.

Mit dem nunmehr vor dem Verwaltungsgerichtshof angefochtenen Bescheid vom 14. Mai 1993 gab die belangte Behörde der Berufung der Beschwerdeführerin ohne weitere Verfahrensschritte gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 4 Abs. 6 sowie § 4 Abs. 1 und § 13a AuslBG idF der Novelle BGBl. Nr. 684/1991 keine Folge.

In der Begründung des angefochtenen Bescheides führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der einschlägigen Gesetzesstellen aus, die zuletzt mit Verordnung vom 30. November 1992, BGBl. Nr. 254/1992 (richtig wohl: 738/1992) für das Bundesland Wien festgesetzte Landeshöchstzahl an beschäftigten und arbeitslosen Ausländern von 97.000 sei seit Beginn des Kalenderjahres 1993 weit überschritten. Bei Anträgen auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung seien daher sowohl die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 als auch des Abs. 6 AuslBG zu prüfen. Die Beschwerdeführerin habe A. für die Beschäftigung als Hauspflegerin beantragt. 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 nach § 4b AuslBG begünstigten Personenkreis angehörten, zur Deckung des Arbeitskräftebedarfes der Beschwerdeführerin zu 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. Die Berufungsausführungen seien daher gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG nicht geeignet, die Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung zu begründen. Außerdem seien weder im Ermittlungsverfahren Gründe festgestellt noch in der Berufung vorgebracht worden, durch die ein Tatbestand des § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. a bis d und Z. 3 AuslBG zur Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung erfüllt werde.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und in der Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid auf § 4 Abs. 1 und Abs. 6 AuslBG idF gemäß der Novelle BGBl. Nr. 684/1991 gestützt. Schon die Berechtigung auch nur eines dieser Versagungsgründe würde die Abweisung der Beschwerde rechtfertigen.

Zu § 4 Abs. 1 AuslBG:

Nach § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber in der Regel einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde oder wenn der Ausländer einen Befreiungsschein oder eine Arbeitserlaubnis besitzt. Die Beschäftigungsbewilligung ist nach § 4 Abs. 1 AuslBG im allgemeinen 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 (Inländer, Flüchtlinge, Ausländer mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung etc.) 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 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 (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. September 1992, 92/09/0179, u. v.a.).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 23. April 1993, 93/09/0039) darf bei der Auslegung des § 4 Abs. 1 AuslBG nicht außer acht gelassen werden, daß die vom Gesetzgeber angesprochenen 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 Inländer gleichgestellter oder begünstigt zu behandelnder Ausländer (in der Reihenfolge nach § 46 AuslBG) zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, diese Beschäftigung zu den gestellten (gesetzlich zulässigen) Bedingungen auszuüben. Diese Beweisführung erübrigt sich dann, wenn seitens des Arbeitgebers die Stellung jeder Ersatzkraft von vornherein und unbegründet abgelehnt wird (vgl. in diesem Sinne etwa die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. April 1987, 87/09/0012, und vom 25. November 1987, 87/09/0164).

Im Beschwerdefall hat die Beschwerdeführerin nicht von vornherein die Stellung jeder Ersatzkraft abgelehnt. Eine entsprechende negative Stellungnahme der Beschwerdeführerin liegt nämlich nicht vor. Abgesehen davon wäre die belangte Behörde auf Grund der nach der Aktenlage bereits im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren bestandenen und der Behörde auch mitgeteilten Bevollmächtigung des Beschwerdevertreters gehalten gewesen, ihren Vorhalt vom 5. März 1993 an den Vertreter der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren zu richten. Die Bestellung eines Bevollmächtigten (im Beschwerdefall ist die Vollmachtsurkunde schon mit dem Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung der Behörde vorgelegt worden) in einem Verwaltungsverfahren schließt es nicht aus, daß die Berufung von der Vollmachtgeberin selbst eingebracht wird. Dieser Umstand allein berechtigt daher die Behörde noch nicht zur Annahme, die Vollmacht sei gekündigt worden; im übrigen ist nach der Aktenlage die Berufung in einem Geschäftskuvert des Beschwerdevertreters eingebracht worden. Die belangte Behörde ist auch im angefochtenen Bescheid gar nicht von einer unbegründeten Ablehnung einer Ersatzkraftstellung ausgegangen, sie hat sich vielmehr auf die Ergebnisse einer Überprüfung der Arbeitsmarktlage berufen, über die allerdings nachvollziehbare Unterlagen in den Verwaltungsakten ebenso wie überprüfbare Feststellungen im angefochtenen Bescheid fehlen. Es ist daher die rechtserhebliche Frage ungeklärt geblieben, ob es nun überhaupt taugliche Ersatzkräfte zur Deckung des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Arbeitskräftebedarfes gibt und ob deren Einstellung allenfalls aus von der Beschwerdeführerin zu vertretenden Gründen unterblieben ist. Der bloße Hinweis auf das Vorhandensein von derzeit zur Vermittlung vorgemerkten (für die konkret beantragte Beschäftigung) geeigneten Ersatzarbeitskräften vermag die Vornahme konkreter Vermittlungsversuche nicht zu ersetzen (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 6. September 1993, 93/09/0139). Der Verwaltungsgerichtshof teilt ferner die Auffassung der Beschwerdeführerin, daß wegen der Art der von der beantragten Ausländerin zu erbringenden Leistungen im höchstpersönlichen Lebensbereich der Beschwerdeführerin die Forderung nach der Vertrauenswürdigkeit der Arbeitskraft nach objektiven Gesichtspunkten sachlich gerechtfertigt ist und daher zulässigerweise zum Anforderungsprofil gemacht werden kann.

Zu § 4 Abs. 6 AuslBG:

§ 4 Abs. 6 AuslBG (Z. 1 in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 684/1991, die übrigen Bestimmungen in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 450/1990) lautet:

"Über bestehende Kontingente (§ 12) hinaus sowie nach Überschreitung der Landeshöchstzahlen (§§ 13 und 13a) dürfen Beschäftigungsbewilligungen nur erteilt werden, wenn die Voraussetzungen der Abs. 1 und 3 vorliegen und

1.

bei Kontingentüberziehung und bei Überschreitung der Landeshöchstzahl der Vermittlungsausschuß gemäß § 44a des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, BGBl. Nr. 31/1969, in der jeweils geltenden Fassung, einhellig die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung befürwortet, oder

2.

die Beschäftigung des Ausländers aus besonders wichtigen Gründen, insbesondere

a)

als Schlüsselkraft zur Erhaltung von Arbeitsplätzen inländischer Arbeitnehmer, oder

b)

in Betrieben, die in strukturell gefährdeten Gebieten neu gegründet wurden, oder

c)

als dringender Ersatz für die Besetzung eines durch Ausscheiden eines Ausländers frei gewordenen Arbeitsplatzes, oder

d)

im Bereich der Gesundheits- oder Wohlfahrtspflege erfolgen soll, oder

3.

öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen die Beschäftigung des Ausländers erfordern, oder

4.

die Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 4 gegeben sind."

Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, daß die belangte Behörde mit Recht das nach dieser Gesetzesstelle erschwerte Verfahren anwenden durfte, denn die Beschwerdeführerin hat weder bestritten, daß der Vermittlungsausschuß ihren Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nicht befürwortet hat, noch hat sie etwas gegen die Feststellung der belangten Behörde vorgebracht, daß die Landeshöchstzahl in dem für die Berufungsentscheidung maßgebenden Zeitpunkt überschritten gewesen ist.

Wenn die belangte Behörde dazu jedoch in der Begründung des angefochtenen Bescheides die weitere Aussage trifft, es seien weder im Ermittlungsverfahren im Sinne des § 4 Abs. 6 AuslBG Gründe festgestellt, noch solche in der Berufung vorgebracht worden, so ist dem ersten Argument entgegenzuhalten, daß dafür kein Ermittlungsverfahren aktenkundig ist; die zweite Behauptung ist aktenwidrig, weil die Beschwerdeführerin in ihrer Berufung ausdrücklich - unter Hinweis auf § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. d AuslBG - geltend gemacht hat, die vorgesehene Tätigkeit von A. falle in den Bereich der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege. Hiezu sei bemerkt, daß die Tätigkeit einer "Heimpflegerin" (hier: zur Pflege und Betreuung eines alten, hilfsbedürftigen Menschen unmittelbar in dessen Wohnung) in den Bereich der Gesundheits- oder Wohlfahrtspflege (iSd § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. d AuslBG) eingereicht werden kann (vgl. dazu das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Mai 1993, 93/09/0022). Entgegen der von der belangten Behörde in der Gegenschrift (offenbar) vertretenen Auffassung schließt allein der Umstand, daß es sich bei der Beschwerdeführerin um eine "private" Dienstgeberin handelt, nicht aus, ihr auf der Grundlage des § 4 Abs. 6 Z. 2 lit. d AuslBG die beantragte Beschäftigungsbewilligung zu erteilen. Für eine nur an der Person des Dienstgebers orientierte Auslegung bietet nämlich der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung keinen Ansatzpunkt (vgl. zum § 4 Abs. 6 Z. 3 AuslBG das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Mai 1993, 93/09/0020).

Das Verfahren erweist sich daher in der Frage der Ablehnung der beantragten Beschäftigungsbewilligung sowohl nach § 4 Abs. 1 als auch nach § 4 Abs. 6 AuslBG als ergänzungsbedürftig. Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß die

belangte Behörde bei Vermeidung der aufgezeigten Mängel zu einem anderen Bescheid hätte kommen können, war der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Für das fortgesetzte Verfahren wird bemerkt, daß darauf Bedacht zu nehmen sein wird, daß die beantragte Ausländerin gegebenenfalls (nach dem Beschwerdevorbringen arbeitet der Ehegatte der beantragten Ausländerin seit Jahren in Österreich) aus berücksichtigungswürdigen Gründen zu der nach § 4b Z. 3 lit. a AuslBG begünstigten Gruppe zu zählen sein wird und ihr daher nur die unter Z. 1 und 2 der genannten Bestimmung fallenden Personen vorgezogen werden dürften.

Die Entscheidung über den Aufwändersatz stützt sich auf die §§ 47 und 48 Abs. 1 Z. 1 und 2 VwGG iVm Art. I A Z. 1 der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 104/1991. Die Abweisung des Mehrbegehrens geht darauf zurück, daß das Gesetz einen gesonderten Ersatz der Umsatzsteuer neben dem pauschalierten Schriftsatzaufwand nicht vorsieht (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. Juli 1992, 92/09/0052) und daß Stempelgebühren nur in der erforderlichen Höhe zuzusprechen sind.

### **Schlagworte**

Ende Vertretungsbefugnis

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

ECLI:AT:VWGH:1994:1993090309.X00

### **Im RIS seit**

20.11.2000

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

© 2025 JUSLINE

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

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