

# TE Vwgh Erkenntnis 1993/7/1 93/09/0059

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 01.07.1993

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
60/04 Arbeitsrecht allgemein;  
62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

AuslBG §4 Abs6 idF 1991/684;  
AVG §37;  
AVG §45 Abs3;  
VwGG §41 Abs1;  
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;

## Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 93/09/0067 E 13. Juli 1993

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Hoffmann und die Hofräte Mag. Meinl, Dr. Fürnsinn, Dr. Germ und Dr. Höß als Richter, im Beisein des Schriftführers Kommissär Mag. Fritz, über die Beschwerde des L in W, vertreten durch Dr. M, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Landesarbeitsamtes Wien vom 21. Jänner 1993, Zl. IIc/6702 B/7924, betreffend Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

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

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 11.720,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer stellte am 15. Oktober 1992 beim Arbeitsamt Handel - Transport - Verkehr - Landwirtschaft den Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) für den bosnischen Staatsangehörigen O.S. als Lagerbetreuer.

Diesen Antrag wies das Arbeitsamt mit Bescheid vom 28. Oktober 1992 gemäß § 4 Abs. 6 iVm § 4 Abs. 1 AuslBG ab. Begründend führte das Arbeitsamt aus, auf Grund der Ergebnisse "des Ermittlungsverfahrens" sei davon auszugehen,

daß auf dem relevanten Teilarbeitsmarkt der Lagerarbeiter Arbeitssuchende vorgemerkt seien und für eine Vermittlung in Betracht kämen; es spreche daher die Lage auf dem Arbeitsmarkt gegen die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung. Außerdem habe der Vermittlungsausschuß die Erteilung der Bewilligung nicht befürwortet, und es habe "das Ermittlungsverfahren" ergeben, daß keine der im § 4 Abs. 6 Z. 2 bis 4 AuslBG vorgesehenen Voraussetzungen vorliege.

Vom Beschwerdeführer wurde gegen diesen Bescheid eine in den vorgelegten Verwaltungsakten nicht enthaltene Berufung eingebracht.

Eine formularmäßige Zuschrift des Arbeitsamtes vom 19. November 1992 beantwortete der Beschwerdeführer am 25. November 1992 durch Ankreuzen des Vordruckes mit dem Text:

"Ich ersuche um Zuweisung von Arbeitskräften, die ich ANSTELLE des(r) beantragten Ausländer/Ausländerin beschäftigen möchte und lege den ausgefüllten Vermittlungsauftrag bei."

In den Verwaltungsakten finden sich ferner fünf mit der Firmenstampiglie des Beschwerdeführers versehene, nur zum Teil datierte und paraphierte Formulare, denen zufolge der Beschwerdeführer die ihm vorgeschlagenen Arbeitskräfte HK, MR, DP, GB und AV nicht eingestellt habe und keine weiteren Vorstellungen wünsche; ferner drei Niederschriften vom 15. und 16. Dezember 1992 mit ZS, AV und HK, in welchen diese Personen bestätigten, Herr bzw. Frau L hätten ihnen bei der Vorstellung erklärt, daß die Stelle schon besetzt sei, sowie schließlich ein unleserlich gezeichneter Aktenvermerk vom 14. Dezember 1992 folgenden Inhaltes:

"Laut telefonischer Rücksprache mit Herrn L am 14.12.92,

12.45 Uhr, wünscht die Firma die Einstellung der Ersatzkraftstellung und weiterhin den beantragten Ausländer. Aus diesem Grund wurde der Auftrag telefonisch bei Kollegin C storniert."

In den Akten erliegt auch noch ein erstinstanzliches Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 25. November 1992, wonach der Beschwerdeführer den O.S. vom 13. bis 20. August 1992 illegal beschäftigt und dadurch eine Übertretung gemäß § 28 Abs. 1 lit. a AuslBG begangen habe.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 21. Jänner 1993 gab die belangte Behörde der Berufung des Beschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG iVm § 4 Abs. 1 und 6 sowie § 13a AuslBG idF gemäß BGBI. Nr. 684/1991 keine Folge.

Dazu führte die belangte Behörde nach Wiedergabe der einschlägigen Gesetzesstellen aus, die gemäß den Verordnungen BGBI. Nr. 598/1991 und BGBI. Nr. 739/1992 für 1992 und 1993 festgesetzten Landeshöchstzahlen seien jeweils seit Beginn dieser Kalenderjahre weit überschritten. Es seien daher die Voraussetzungen für die Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung nach § 4 Abs. 1 und Abs. 6 AuslBG zu prüfen. Werde ein Ausländer mit geringerem Integrationsgrad als gemäß § 4b AuslBG beantragt, dann sei zu prüfen, ob vorrangige Arbeitskräfte in der dort normierten Reihenfolge zur Verfügung stünden. O.S. gehöre diesem bevorzugten Personenkreis nicht an. Derzeit stünden für die konkret beantragte Beschäftigung geeignete Ersatzarbeitskräfte, die dieser Personengruppe angehörten, zur Deckung des Arbeitskräftebedarfes des Beschwerdeführers zur Verfügung. Somit sei gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG die Zulässigkeit zur Erteilung der Beschäftigungsbewilligung im Hinblick auf die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes nicht gegeben.

Es sei daher an den Beschwerdeführer seitens des Arbeitsamtes die Anfrage gerichtet worden, ob er Interesse an geeigneten Ersatzkräften habe, worauf der Beschwerdeführer einen Vermittlungsauftrag erteilt habe. Mit den zahlreichen zugewiesenen Arbeitskräften sei jedoch kein Dienstverhältnis begründet worden. Der Beschwerdeführer habe vielmehr telefonisch sowie auf fünf "Vorstellungskarten" bekanntgegeben, daß die Stelle bereits besetzt sei und weitere Zuweisungen nicht mehr gewünscht würden. Außerdem hätten drei der vermittelten Arbeitskräfte bestätigt, daß der Arbeitsplatz bereits besetzt sei. Dasselbe sei aus einem vom Beschwerdeführer persönlich mit dem Arbeitsamt Persönliche Dienste - Gastgewerbe geführten Telefonat hervorgegangen. In seiner Berufung habe der Beschwerdeführer vorgebracht, daß er seinen Arbeitskräftebedarf dem Arbeitsamt bekanntgegeben habe, daß jedoch die Arbeitskräfte die erforderliche Qualifikation nicht besessen hätten. Dies sei jedoch bei dem beantragten Posten eines Lagerarbeiters ohne besondere Kenntnisse oder Ausbildung nicht der Fall. Auch wenn im Unternehmen des Beschwerdeführers Sonderabfall entsorgt werde, sei für einen Lagerarbeiter keine besondere Qualifikation erforderlich; dies habe der Beschwerdeführer auch gar nicht dargelegt. Die Tatsache allein, daß der Bruder des O.S.

bereits seit Jahrzehnten zur Zufriedenheit des Beschwerdeführers in dessen Unternehmen arbeite, stelle keinen anerkennenswerten Grund für die Erteilung der beantragten Bewilligung dar. Das vom Beschwerdeführer für die beantragte Tätigkeit im Hinblick auf die Entsorgung von Sonderabfall aus Krankenhäusern behauptete Vertrauensverhältnis könne für die Beschäftigung eines Lagerarbeiters nicht als objektive Notwendigkeit angesehen werden. Es bestehe auch weiterhin jederzeit die Möglichkeit, geeignete Ersatzarbeitskräfte aus dem Personenkreis des § 4b AuslBG zu stellen, dies vor allem im Hinblick auf den hohen Vorgemerkenstand an Lagerarbeitern. Nur wenn im Zuge dieser Ersatzkraftstellung keine Arbeitnehmer gestellt werden könnten, die das dargelegte Anforderungsprofil erfüllten, erlaube die Arbeitsmarktlage die Beschäftigung des beantragten Ausländer. Somit stehe § 4 Abs. 1 AuslBG der beantragten Beschäftigungsbewilligung für O.S. entgegen.

Zu § 4 Abs. 6 AuslBG führte die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid noch aus, die Landeshöchstzahl sei keinesfalls - wie der Beschwerdeführer behauptet habe - unter 100 % gesunken; aus dem künftigen Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) stammende Ausländer würden auf diese Zahl nicht angerechnet. Besondere Gründe im Sinne des § 4 Abs. 6 AuslBG habe der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht. Er habe in seiner Berufung die Ansicht vertreten, O.S. solle wegen der Entsorgung von Sonderabfall aus Krankenhäusern im Bereich der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege beschäftigt werden (§ 4 Abs. 6 Z. 2 lit. d AuslBG); die Entsorgung von Sondermüll aus Spitäler sei jedoch nach dem Gesetz nicht der Beschäftigung in einem Spital gleichzuhalten, zumal es sich nur um einen von vielen Einsatzorten handle. Überhaupt stelle die Verwendung als Lagerarbeiter keine Tätigkeit im Bereich der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege dar.

Der auch formell einwandfreie Bescheid des Arbeitsamtes sei auf Grund dieser Überlegungen schon wegen des Fehlens der Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 AuslBG zu bestätigen gewesen.

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 Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für O.S. verletzt.

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

Der Beschwerdeführer hat in einem weiteren Schriftsatz zur Gegenschrift der belangten Behörde Stellung genommen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid auf § 4 Abs. 1 und Abs. 6 AuslBG in der im Beschwerdefall anzuwendenden Fassung gemäß der Novelle BGBI. Nr. 684/1991 gestützt. Schon die Berechtigung auch nur eines dieser Versagungsgründe würde die Abweisung der Beschwerde rechtfertigen. Schon an dieser Stelle ist allerdings anzumerken, daß die Beschwerdebehauptung, dem Beschwerdeführer sei zu den dem angefochtenen Bescheid zugrunde gelegten Ermittlungsergebnissen kein Parteiengehör gewährt worden, in den vorgelegten Akten Bestätigung findet. Diese Akten sind zwar offenbar nicht vollständig (jedenfalls fehlt die Berufung des Beschwerdeführers, aber nach seiner Darstellung etwa auch der von ihm erteilte Vermittlungsauftrag), doch ist hier auf Grund der Regel des § 38 Abs. 2 VwGG jedenfalls von den Behauptungen des Beschwerdeführers auszugehen.

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 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, Zl. 92/09/0179, u.v.a.).

§ 4 Abs. 6 AuslBG in der hier anzuwendenden Fassung 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 Ausländer 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 Ausländer frei gewordenen Arbeitsplatzes, oder

d)

im Bereich der Gesundheits- oder Wohlfahrtspflege erfolgen soll, oder

3.

öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen die Beschäftigung des Ausländer erfordern, oder

4.

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

Zu § 4 Abs. 1 AuslBG:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. das Erkenntnis 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 angesprochenen wichtigen 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) Bedingungen auszuüben.

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

Im Beschwerdefall hat der Beschwerdeführer nicht von vornherein die Stellung jeder Ersatzkraft abgelehnt, er hat vielmehr über amtliche Aufforderung ausdrücklich um die Zuweisung geeigneter Ersatzkräfte ersucht. Nach den in den vorgelegten Verwaltungsakten enthaltenen Urkunden hat der Beschwerdeführer allerdings in der Folge keine Ersatzkraft eingestellt; die belangte Behörde geht vielmehr davon aus, daß er diese Kräfte mit der Behauptung weggeschickt habe, die zu besetzende Arbeitsstelle sei bereits vergeben. Dagegen bringt der Beschwerdeführer unter neuerlichem Hinweis darauf, daß ihm zu den entsprechenden Ermittlungsergebnissen Parteiengehör nicht gewährt worden sei, vor, keiner der vermittelten Arbeitslosen habe den für die in Aussicht genommene Tätigkeit erforderlichen

Voraussetzungen entsprochen, erst "nach zahllosen vergeblichen Vermittlungsversuchen" habe der Beschwerdeführer das Arbeitsamt ersucht, "von weiteren offensichtlich ergebnislosen Vermittlungsaufträgen Abstand zu nehmen". Mit Rücksicht darauf, daß den vorgelegten Akten tatsächlich nicht zu entnehmen ist, daß der Beschwerdeführer mit den Entscheidungsgrundlagen der belangten Behörde vor Erlassung des angefochtenen Bescheides konfrontiert worden ist, stellt das diesbezügliche Vorbringen des Beschwerdeführers keine im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof unzulässige Neuerung dar, sodaß der Gerichtshof nicht vom Feststehen von Echtheit und Richtigkeit der aktenkundigen Urkunden, Niederschriften und Aktenvermerke ausgehen kann. Es fehlt daher an vom Verwaltungsgerichtshof verwertbaren einwandfreien Feststellungen darüber, aus welchen Gründen eine Beschäftigung von Ersatzkräften durch den Beschwerdeführer nicht zustande gekommen ist. Erst auf Grund von mängelfreien Feststellungen wird rechtlich einwandfrei beurteilt werden können, ob der Beschwerdeführer tatsächlich kein Interesse an einer Ersatzkraftstellung hat und somit zu Unrecht ausschließlich auf dem ihm geeignet erscheinenden Ausländer beharrt.

Zu § 4 Abs. 6 AuslBG:

Die Anwendung des nach dieser Gesetzesstelle erschwerten Verfahrens für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung setzt voraus, daß entweder eine Kontingentüberschreitung oder eine Überschreitung der Landeshöchstzahl vorliegt und daß es an einer einhelligen Befürwortung durch den Vermittlungsausschuß fehlt.

Daß der Vermittlungsausschuß den vorliegenden Antrag "nicht befürwortet" habe, hat bereits das Arbeitsamt im erstinstanzlichen Bescheid festgestellt. Ob der Beschwerdeführer diese Feststellung in seiner Berufung ausdrücklich bekämpft hat, ist mangels Vorliegens dieses Rechtsmittels nicht unzweifelhaft feststellbar; allerdings hat der Beschwerdeführer einen diesbezüglichen Inhalt seiner Berufung nicht behauptet. Ohne ein entsprechendes Vorbringen im Verwaltungsverfahren ist aber sein Beschwerdevorbringen, es fehle überhaupt an jeder Stellungnahme des Vermittlungsausschusses, als im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unzulässige Neuerung unbedeutlich.

Anders verhält es sich mit der von der belangten Behörde angenommenen Überschreitung der (infolge Erlassung des angefochtenen Bescheides in diesem Jahr maßgebenden) Landeshöchstzahl für 1993. Eine einschlägige Feststellung hat der erstinstanzliche Bescheid naturgemäß nicht enthalten. Auch abgesehen davon, daß die Fragen, wie die Landeshöchstzahl zu ermitteln, und welcher Stand dem Verfahren zugrunde zu legen ist, gemäß der Begründung des angefochtenen Bescheides bereits im Berufungsverfahren vom Beschwerdeführer aufgeworfen wurden, wäre die belangte Behörde nach § 45 Abs. 3 AVG verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer vom Ergebnis ihrer diesbezüglichen Beweisaufnahmen und von ihren sonstigen für die Sachverhaltsfeststellung maßgebenden Grundlagen in Kenntnis zu setzen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Unzutreffend ist in diesem Zusammenhang die von der belangten Behörde in der Gegenschrift vertretene Auffassung, die Annahme der Überschreitung der Landeshöchstzahl stelle "eine rechtliche, vom Parteiengehör ausgenommene Beurteilung der Behörde" dar.

Ausgehend von diesen Erwägungen stellen die Ausführungen in der Beschwerde zur Tatsachenfrage der Überschreitung der Landeshöchstzahl nicht etwa unzulässige Neuerungen, sondern vom Verwaltungsgerichtshof zu beachtende Hinweise auf der belangten Behörde im Rahmen der Tatsachenfeststellung unterlaufene relevante Verfahrensmängel dar.

Da somit im vorliegenden Beschwerdefall die Überschreitung der Landeshöchstzahl nicht unbestritten geblieben ist und das auch hier gegebene Unterbleiben der Gewährung des Parteiengehörs den angefochtenen Bescheid somit auch insoweit mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet, erübrigen sich weitere Erwägungen zur Frage, ob und unter Bezugnahme auf welche Bestimmung des § 4 Abs. 6 AuslBG der Beschwerdeführer allenfalls für seinen Antrag auch wichtige Gründe im Sinne dieser Gesetzesstelle in Anspruch nehmen kann.

Der angefochtene Bescheid erweist sich somit sowohl hinsichtlich der auf § 4 Abs. 1, als auch hinsichtlich der auf § 4 Abs. 6 AuslBG gestützten Bestätigung der abweislichen erstinstanzlichen Entscheidung als rechtswidrig infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Es ist nicht auszuschließen, daß die belangte Behörde bei Vermeidung dieser Mängel zu einem anderen Bescheid hätte kommen können. Der angefochtene Bescheid war deshalb - unter Abstandnahme von der beantragten Verhandlung gemäß § 39 Abs. 2 Z. 3 VwGG - gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet 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.

**Schlagworte**

Sachverhalt Neuerungsverbot Allgemein (siehe auch Angenommener Sachverhalt) Parteiengehör Verletzung des Parteiengehörs Verfahrensmangel

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1993:1993090059.X00

**Im RIS seit**

27.11.2000

**Zuletzt aktualisiert am**

01.10.2008

**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)