

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/11/23 W156 2168498-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.11.2018

## Entscheidungsdatum

23.11.2018

## Norm

AuslBG §12b

B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

W156 2168498-1/24E

W156 2168819-1/24E

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Alexandra Krebitz als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Mag. Peter Maska und Alexander Wirth als Beisitzer im Verfahren betreffend die Beschwerden der 1. L XXXX J XXXX S XXXX und der 2. F XXXX Gesellschaft mbH., vertreten durch Rae Ecker, Embacher, Neugschwendtner, 1040 Wien, Schleifmühlgasse 5/8, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung vom 16.08.2017, GZ: 08114/GF: XXXX , betreffend Nichtzulassung der L XXXX J XXXX S XXXX zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG bei der Arbeitgeberin FXXXX Gesellschaft mbH. zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. Frau L XXXX J XXXX S XXXX , eine 1988 geborene philippinische Staatsangehörige, (im Folgenden als BF1 bezeichnet) stellte am 04.11.2016 beim Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, einen Antrag auf Rot-Weiß-Rot-Karte als (sonstige) Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG. Aus der dem Antrag beigelegten Arbeitgebererklärung geht hervor, dass die F XXXX Gesellschaft mbH (im Folgenden als BF2) beabsichtigt, die BF1 im Personalmanagement mit einer Entlohnung von € 2.500 brutto/Monat bei einer Arbeitszeit von 38,5 Wochenstunden unbefristet zu beschäftigen, und die Vermittlung von Ersatzkräften erwünscht sei.

Weiters beigelegt waren dem Antrag:

Lebenslauf der BF1

ÖSD Zertifikat A1 vom 03.04.2017

ENIC NARIC-Bestätigung betreffend Bachelor of science in Nursing

Studienzulassungsbescheid zum Studium der Soziologie der Universität Wien

2. Mit Schreiben vom 14.03.2017 übermittelte die Magistratsabteilung 35 den Antrag der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien mit dem Ersuchen um schriftliche Mitteilung, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG vorliegen.

3. In einem an die BF2 adressierten Schreiben vom 09.05.2017 teilte das Arbeitsmarktservice Wien Estepitz (im Folgenden die belangte Behörde) mit, dass Beschäftigungsbewilligungen (gemeint: Rot-Weiß-Rot Karte) auch bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG nur dann erteilt werden könnten, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulasse. Dies sei nur dann der Fall, wenn eine Arbeitsmarktprüfung ergebe, dass für die beantragte Tätigkeit keine gleichqualifizierten, bevorzugt auf dem Arbeitsmarkt zu vermittelnden Personen vorgemerkt seien.

Die BF2 werde aufgefordert bis 17.05.2017 den beiliegenden Vermittlungsauftrag ausfüllen und innert der gesetzten Frist retournieren.

4. Mit Schreiben vom 16.05.2017 übermittelte die BF2 den ausgefüllten Vermittlungsauftrag. Nach dieser wurde als Berufsbezeichnung Beschäftigungs- und Arbeitstherapeutin ausgewiesen und als erforderliche höchste abgeschlossene Ausbildung der Bachelor Pflegewissenschaft gefordert. Die Tätigkeit umfasse arbeitstherapeutische Betreuung von 280 DN an 6 Standorten, Verbesserungen im Arbeits- und Gesundheitsschutz, Gefährdungsbeurteilungen, Arbeitsplatzbegehungen, Ausarbeiten von arbeitsmedizinischen Fragestellungen, Unterstützung von neuen DN bei Wiedereingliederung, Überprüfung von Mobbing und Krankenständen.

4. Mit Bescheid vom 01.06.2017 wies die belangte Behörde die Zulassung der BF1 zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß § 12b Z 1 AuslBG ab und begründete dies mit einem auf die BF1 abgestimmten Anforderungsprofil.

5. Dagegen erhoben die BF1 und BF2 durch ihren ausgewiesenen Rechtsvertreter mit Schriftsatz vom 12.06.2017 fristgerecht Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Begründend führten sie zusammengefasst aus, dass es an der belangten Behörde gewesen sei, Ersatzkräfte für die zu besetzende Position zu vermitteln, die belangte Behörde jedoch offensichtlich nicht in der Lage gewesen sei, dies zu tun, da weder ein Inländer noch eine am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung stehe.

6. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 16.08.2017 wies die belangte Behörde die Beschwerde als unbegründet ab und begründete dies im Wesentlichen damit, dass der mit dem Personalmanagement verbundene Aufgabenbereich keinesfalls die zusätzliche psychische und physische Unterstützung des Mitarbeiterstandes umfasse. Zudem attestiere die Ausbildung der BF1 nicht die Qualifikation zur seelischen und körperlichen Hilfestellung der Beschäftigten der BF2 und auch nicht wie im Vermittlungsauftrag abweichend angegebenen Berufsbezeichnung Arbeits- und Beschäftigungstherapeuten. Darüber hinaus werde die BF1 dem Anforderungsprofil betreffend die arbeitsmedizinischen Elemente mangels einer dementsprechenden beruflichen Qualifikation nicht gerecht.

7. Aufgrund des fristgerecht eingebrachten Vorlageantrages, dem kein neues Vorbringen zu entnehmen ist, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt den Bezug habenden Verwaltungsakten am 23.08.2017 einlangend dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

8. Die für den 16.01.2017 und 1.12.2017 anberaumten mündlichen Verhandlungen wurden wegen Erkrankung der erkennenden Richterin bzw. Erkrankung der BF1 abberaumt.

9. Mit Schreiben vom 21.01.2018 wurden die BF1 und BF2 aufgefordert, Unterlagen betreffend Qualifikation und Berufserfahrung der BF1 vorzulegen, da die Einholung eines berufskundlichen Gutachtens beabsichtigt sei.

10. Mit Schreiben vom 14.02.2018 wurden die Unterlagen vorgelegt.

11. Mit Schreiben vom 26.02.2018 wurde die BF1 und BF2 von der beabsichtigten Bestellung eines Sachverständigen informiert.

12. Mit Schreiben vom 14.03.2018 wurde der Antrag auf Ablehnung des in Aussicht genommenen Sachverständigen aufgrund seiner Zugehörigkeit zur FPÖ gestellt.

13. Nach neuerlichem Parteiengehör vom 10.04.2018 wurde mit Beschlüssen vom 09.05.2018, W156 2168819-1/15Z und W156 2168498-1/15Z, Dr. Harald Ecker zum nichtamtlichen Sachverständigen aus dem Fachgebiet Berufskunde bestellt.

14. Mit 31.08.2018 langte das Gutachten beim Bundesverwaltungsgericht ein.

15. Mit Schreiben vom 05.10.2018 wurden die BF1, die BF2 und die belangte Behörde zur Stellungnahme aufgefordert.

16. Mit Schreiben 05.11.2018 nahmen die BF1 und die BF2 schriftlich Stellung, wobei im Wesentlichen vorgebracht wurde, dass das Gutachten die Notwendigkeit des neuen Arbeitsreiches "Work-Life-Integration Managerin" bestätige als "den aktuellen gesellschaftlichen Arbeitstrends Rechnung tragende Position". Einzuräumen sei, dass die damalige Berufsbezeichnung "Arbeits- und Beschäftigungstherapeuten" den Tätigkeitbereich nicht präzise erfasst habe, die genaue Bezeichnung sei erst später gefunden worden. Die BF1 erfülle das betriebliche begründete Anforderungsprofil. Unter Zitierung des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 13.12.2016, Zl. 2016/09/0104, werde beantragt, der belangten Behörde das Gutachten mit der Aufforderung zu übermitteln, sich dahingehende zu äußern, warum kein Ersatzkraftverfahren durchgeführt worden sei.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Die BF1 stellte am 04.11.2016 beim Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, einen Antrag auf Rot-Weiß-Rot-Karte als (sonstige) Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG. Aus der dem Antrag beigelegten Arbeitgebererklärung geht hervor, dass die BF2 beabsichtigt, die BF1 im Personalmanagement mit einer Entlohnung von € 2.500 brutto/Monat bei einer Arbeitszeit von 38,5 Wochenstunden unbefristet zu beschäftigen, und die Vermittlung von Ersatzkräften erwünscht sei. Beigelegt waren dem Antrag:

Lebenslauf der BF1

ÖSD Zertifikat A1 vom 03.04.2017

ENIC NARIC-Bestätigung betreffend Bachelor of science in Nursing

Studienzulassungsbescheid zum Studium der Soziologie der Universität Wien

Nachgereicht wurde Unterlagen zur Ausbildung der BF1 und zur Berufserfahrung der BF1.

Der Vermittlungsauftrag enthält als Berufsbezeichnung "Arbeits- und Beschäftigungstherapeutin" und als höchste abgeschlossenen Ausbildung "Bachelor der Pflegewissenschaften".

Die BF1 hat am 13.03.2009 an der "XXXX University" in VALENZUELA-Stadt auf den Philippinen Bachelor-Studiengang in Gesundheits- und Krankenpflege abgeschlossen.

Der von der BF1 erworbene "Bachelor of Science of Nursing" entspricht am ehesten der österreichischen Ausbildung zu diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegerin. Sie ist nicht berechtigt, diesen Beruf in Österreich auszuüben.

Die BF1 besitzt keinen Abschluss "Bachelor der Pflegewissenschaften".

2. Beweiswürdigung:

Beweis erhoben wurde durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere die vorgelegten Qualifikationsnachweise der BF1 und das berufskundlichen Gutachten.

Dass die Ausbildung der BF1 nicht dem österreichischen Studium der Pflegewissenschaft entspricht, geht aus dem berufskundlichen Gutachten hervor, in den ausgewiesen wird, dass die Ausbildung an ehesten der österreichischen Ausbildung zur diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegerin entspricht.

Dass die BF1 nicht berechtigt ist, den Beruf der diplomierten Gesundheits- und Krankenpflegerin in Österreich auszuüben, ergibt sich aus dem berufskundlichen Gutachten, in den ausgeführt ist, dass dazu eine Nostrifikation unter Auflage von Ergänzungsprüfungen notwendig wäre. Diese wurde durch die BF1 nicht nachgewiesen.

Dass die BF2 als höchsten abgeschlossenen Ausbildung einen "Bachelor der Pflegewissenschaften" verlangt, ergibt sich aus dem Vermittlungsauftrag.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1 Gemäß § 12b Z1 AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens 50 vH oder, sofern sie das 30. Lebensjahr überschritten haben, mindestens 60 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, und sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind.

Gemäß § 4 Abs. 1 leg.cit. ist einem Arbeitgeber auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung (unter den Voraussetzungen der Z1 bis Z9) für den im Antrag angegebenen Ausländer zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen.

Gemäß § 4b Abs. 1 leg.cit. lässt die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) 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, EWR-Bürger, Schweizer, türkische Assoziationsarbeitnehmer (§ 4c) und Ausländer mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang (§ 17) 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.

### 3.2. Zu A) Abweisung der Beschwerde

Voraussetzung für die Zulassung zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft ist einerseits die Erreichung der erforderlichen Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien sowie, dass die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt, dass also das Arbeitsmarktservice dem Unternehmen keine gleich qualifizierten Arbeitskräfte, die beim AMS arbeitsuchend vorgemerkt sind, vermitteln kann (Arbeitsmarktprüfung). Den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen hat der Arbeitgeber zu erbringen.

Im Erkenntnis vom 15.09.2011, 2009/09/0149, nimmt der Verwaltungsgerichtshof ausführlich Bezug auf die Ersatzkraftstellung durch die belangte Behörde und führt dazu aus:

"Im Verfahren über einen Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung ist es grundsätzlich Sache des Beschäftigers, das Anforderungsprofil hinsichtlich des zu besetzenden Arbeitsplatzes und der konkreten von der Arbeitskraft zu leistenden Tätigkeiten auf abstrakte Weise festzulegen. Der Beschäftiger hat zwar nach § 4a Abs. 1 letzter Satz AuslBG den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen der gewünschten Arbeitskraft zu erbringen. Die belangte Behörde ist in diesem Rahmen aber grundsätzlich an das von der antragstellenden Partei formulierte Anforderungsprofil gebunden (vgl. auch VwGH vom 10.09.2015, Ro 2015/09/0011).

Auf den gegenständlichen Fall bezogen bedeute dies, dass die BF2 den Nachweis hätte erbringen müssen, dass die BF1 die im Anforderungsprofil von der BF2 vorausgesetzten Qualifikation erfüllt. Der Nachweis, dass die BF1 - wie verlangt - einen Bachelor der Pflegewissenschaften als höchste abgeschlossenen Ausbildung aufweist, wurde von der BF2 nicht erbracht. Damit mangelt es bereits an der Qualifikation der BF1 hinsichtlich des von der BF2 verlangten Anforderungsprofils für die zu besetzende Stelle. Daran vermag auch das wiederholte Vorbringen der BFs an der arbeitsmarkt- und gesellschaftspolitischen Notwendigkeit von "Work-Life-Integration" zu ändern.

Im vorliegenden Fall sind daher in weiterer Folge keine Feststellungen darüber zu treffen, warum ein Ersatzkraftverfahren von der belangten Behörde nicht eingeleitet wurde und zu welchem Ergebnis ein Ersatzkraftstellungsverfahren tatsächlich geführt hätte.

Somit war im Beschwerdefall das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 4b Abs. 1 letzter Satz AuslBG zu verneinen

und demnach die beantragte Zulassung als Schlüsselkraft nicht zu erteilen.

3.3. Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Die BF1 und BF2 haben eine Durchführung einer mündlichen Verhandlung weder in der Beschwerde noch im Vorlageantrag beantragt. Das Bundesverwaltungsgericht erachtete die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG nach Einholung eines berufskundlichen Gutachtens auch nicht für erforderlich. Weder kann dem Grundsatz der materiellen Wahrheit und der Wahrung des Parteiengehörs im vorliegenden Fall durch eine mündliche Verhandlung besser und effizienter entsprochen werden, noch erscheint eine mündliche Verhandlung im Lichte des Art. 6 EMRK und Art. 47 GRC geboten (vgl. mwN Fister/Fuchs/Sachs, Das neue Verwaltungsgerichtsverfahren [2013], Anm. 5 zu § 24 VwGVG).

Vielmehr erschien der Sachverhalt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bescheides aus der Aktenlage geklärt.

Zu B) (Un)Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Aus der in der Begründung zitierten Judikatur (VwGH vom 15.09.2011, 2009/09/0149; VwGH vom 10.09.2015, Ro 2015/09/0011) geht hervor, dass die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht.

Im Übrigen trifft § 4b Abs. 1 AuslBG eine klare Regelung (im Sinne der Entscheidung des OGH vom 22.03.1992, 5 Ob 105/90), weshalb keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

Berufsausbildung, Nachweismangel, Qualifikation, Schlüsselkraft

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W156.2168498.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.01.2019

**Quelle:** Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

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