

# TE Bvgw Beschluss 2018/10/23 W209 2201747-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.10.2018

## Entscheidungsdatum

23.10.2018

## Norm

AuslBG §12b

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs3 Satz2

## Spruch

W209 2201747-1/4E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Benjamin NADLINGER und Philipp KUHLMANN als Beisitzer in der Beschwerdesache der XXXX GmbH, XXXX , XXXX , gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom 17.05.2018, GZ: 08114/ABB-Nr. 3918508, betreffend Nichtzulassung des XXXX , XXXX , zu einer Beschäftigung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG nach Beschwerdevorentscheidung vom 10.07.2018, GZ: 08114/ABB-BE 3928180, beschlossen:

A)

Die Beschwerdevorentscheidung wird gemäß § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen.

B)

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. XXXX (im Folgenden der mitbeteiligte Ausländer), ein 1992 geborener serbischer Staatsangehöriger, stellte am 27.03.2018 beim Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, einen Antrag auf Rot-Weiß-Rot-Karte als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG. Laut der dem Antrag angeschlossenen Arbeitgebererklärung soll er bei der XXXX GmbH (im Folgenden die Beschwerdeführerin) als Catering-Manager mit einer Entlohnung von ursprünglich € 2.500 brutto/Monat (inzwischen angehoben auf € 2.600 brutto/Monat) bei einer Arbeitszeit von 40h/W beschäftigt werden.

2. Mit Schreiben vom 28.03.2018 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. Mit Bescheid vom 17.05.2018 wies die belangte Behörde (im Folgenden AMS) die Zulassung des mitbeteiligten Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß § 12b Z 1 AuslBG ab und begründete dies damit, dass die Beschwerdeführerin im Vermittlungsauftrag angegeben habe, dass für die zu besetzende Stelle ein Staplerschein sowie Serbisch- und Englischkenntnisse erforderliche seien. Es sei jedoch weder ein Staplerschein noch ein Englisch-Zertifikat des mitbeteiligten Ausländer vorgelegt worden. Es sei daher von einem überzogenen Anforderungsprofil auszugehen, das der Durchführung einer Arbeitsmarktprüfung entgegenstehe.
4. Mit der dagegen seitens der Beschwerdeführerin binnen offener Rechtmittelfrist erhobenen Beschwerde wurden die fehlenden Nachweise nachgereicht und die in Aussicht gestellte Entlohnung auf € 2.600 brutto/Monat angehoben.
5. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 10.07.2018 wies das AMS die Beschwerde ab und begründete dies damit, dass dem Beschwerdeführer zwar aufgrund seiner Qualifikation (Universitätsreife), seiner Sprachkenntnisse (Deutsch B2) sowie seines Alters (unter 30) insgesamt 60 von 50 erforderlichen Punkten gemäß den Kriterien der Anlage C anzurechnen seien und die Beschwerdeführerin auch eine Entlohnung angeboten habe, die den Anforderungen des § 12b Z 1 AuslBG entspreche. Es sei auch ein Nachweis der geforderten Englischkenntnisse vorgelegt worden. Dieser sei allerdings nicht aktuell und daher nicht zu berücksichtigen. Englischkenntnisse könnten bei einem Ersatzkraftverfahren von den dem Antragsteller im Rang vorgehenden Ersatzkräften nur gefordert werden, wenn diese Qualifikation auch beim Antragsteller nachgewiesen sei. Darüber hinaus sei das Erfordernis, dass für die zu besetzende Stelle (als Catering-Manager) ein Staplerschein erforderlich sei, überzogen und objektiv nicht gerechtfertigt. Aktenwidrig führte das AMS im Folgenden aus, dass die Beschwerdeführerin die geforderte Tätigkeit selbst (indirekt) als administrative Tätigkeit bezeichnet habe. Die beantragte Arbeitskraft verfüge über keine einschlägige Berufsausbildung als Catering-Manager und habe bisher lediglich als Buffetkraft (aufgrund einer Beschäftigungsbewilligung für Studierende bei der Beschwerdeführerin) gearbeitet. Ein Ersatzkraftverfahren, wie von der Beschwerdeführerin ausdrücklich beantragt, führte das AMS nicht durch.
6. Aufgrund des rechtzeitig eingebrachten Vorlageantrages, mit dem noch einmal detailliert die Anforderungen an die zu besetzende Stelle dargelegt wurden und darauf hingewiesen wurde, dass der mitbeteiligte Ausländer auch im Rahmen seines Bachelorstudiums Internationale Betriebswirtschaft Englischkenntnisse erworben habe, legte das AMS die Beschwerde unter Anchluss der Akten des Verwaltungsverfahrens am 25.07.2018 einlangend dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der mitbeteiligte Ausländer, ein 1992 geborener serbischer Staatsangehöriger, verfügt über die allgemeine Universitätsreife sowie über Deutschkenntnisse auf dem Niveau B2 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen (GER).

Er soll für die Beschwerdeführerin als Catering-Manager tätig werden und dafür eine Entlohnung von 2.600,00 brutto monatlich erhalten.

Laut Vermittlungsauftrag sind für die auszuübende Tätigkeit unter anderem Englischkenntnisse sowie ein Staplerschein erforderlich.

2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt steht aufgrund der Aktenlage als unstrittig fest.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 20g Abs. 1 AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice, die in Angelegenheiten des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergangen sind, das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und einer aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG,BGBI. I 2013/33 idFBGBI. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBI. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBI. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG,BGBI. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A)

Die im vorliegenden Fall anzuwendenden maßgebenden Bestimmungen des AuslBG lauten:

§ 12b in der Fassung BGBI. I Nr. 66/2017:

"Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen

§ 12b. Ausländer werden zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie

1. die erforderliche Mindestpunkteanzahl 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), BGBI. Nr. 189/1955, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, oder

2. [...]

und sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. Bei Studienabsolventen gemäß Z 2 entfällt die Arbeitsmarktpflicht im Einzelfall.

Anlage C in der Fassung BGBI. I Nr. 25/2011:

Anlage C

Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1

Kriterien

Punkte

Qualifikation

maximal anrechenbare Punkte: 30

abgeschlossene Berufsausbildung oder spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung

20

allgemeine Universitätsreife im Sinne des § 64 Abs. 1 des Universitätsgesetzes 2002, BGBI. I Nr. 120

25

Abschluss eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer

30

ausbildungsadäquate Berufserfahrung

maximal anrechenbare Punkte: 10

Berufserfahrung (pro Jahr) Berufserfahrung in Österreich (pro Jahr)

## Sprachkenntnisse

maximal anrechenbare Punkte: 15

Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau oder Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung oder Englischkenntnisse zur vertieften selbständigen Sprachverwendung

10 15

## Alter

maximal anrechenbare Punkte: 20

bis 30 Jahre bis 40 Jahre

20 15

Summe der maximal anrechenbaren Punkte Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen

75 20

erforderliche Mindestpunkteanzahl

50

§ 20d in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2017:

"Zulassungsverfahren für besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte, sonstige Schlüsselkräfte, Studienabsolventen und Künstler

§ 20d. (1) Besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte sowie sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen haben den Antrag auf eine "Rot-Weiß-Rot - Karte", Schlüsselkräfte gemäß § 12c den Antrag auf eine "Blaue Karte EU" und ausländische Künstler den Antrag auf eine "Niederlassungsbewilligung - Künstler" gemeinsam mit einer schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, die im Antrag angegebenen Beschäftigungsbedingungen einzuhalten, bei der nach dem NAG zuständigen Behörde einzubringen. Der Antrag kann auch vom Arbeitgeber für den Ausländer im Inland eingebracht werden. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat den Antrag, sofern er nicht gemäß § 41 Abs. 3 Z 1 oder 2 NAG zurück- oder abzuweisen ist, unverzüglich an die nach dem Betriebssitz des Arbeitgebers zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zur Prüfung der jeweiligen Zulassungsvoraussetzungen zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle hat den Regionalbeirat anzuhören und binnen vier Wochen der nach dem NAG zuständigen Behörde - je nach Antrag - schriftlich zu bestätigen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung

1. als besonders Hochqualifizierter gemäß § 12
2. als Fachkraft gemäß § 12a,
3. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1,
4. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 2 (Studienabsolvent),
5. als Schlüsselkraft gemäß § 12c (Anwärter auf eine "Blaue Karte EU") oder
6. als Künstler gemäß § 14

erfüllt sind. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat die regionale Geschäftsstelle über die Erteilung des jeweiligen Aufenthaltstitels unter Angabe der Geltungsdauer zu verständigen. Bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen hat die regionale Geschäftsstelle die Zulassung zu versagen und den diesbezüglichen Bescheid unverzüglich der nach dem

NAG zuständigen Behörde zur Zustellung an den Arbeitgeber und den Ausländer zu übermitteln.

(2) Die Zulassung gemäß Abs. 1 gilt für die Beschäftigung bei dem im Antrag angegebenen Arbeitgeber im gesamten Bundesgebiet. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat unverzüglich nach Beginn der Beschäftigung die Anmeldung zur Sozialversicherung zu überprüfen. Entspricht diese nicht den für die Zulassung maßgeblichen Voraussetzungen, ist die nach dem NAG zuständige Behörde zu verständigen (§ 28 Abs. 6 NAG). Bei einem Arbeitgeberwechsel vor Erteilung einer "Rot-Weiß-Rot - Karte plus" (§ 41a NAG) ist Abs. 1 sinngemäß anzuwenden.

(3) bis (4) [...]"

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Gemäß § 28 Abs. 3 2. Satz VwG VG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn diese notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen hat.

Im gegenständlichen Fall erweist sich die bekämpfte Beschwerdevorentscheidung in Bezug auf den zu ermittelnden Sachverhalt aus folgenden Gründen als mangelhaft:

Die belangte Behörde begründete die Abweisung der Zulassung des mitbeteiligten Ausländer zu einer Beschäftigung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG damit, dass die Beschwerdeführerin angegeben habe, dass für die zu besetzende Stelle Englischkenntnisse und ein Staplerschein erforderlich seien. Englischkenntnisse könnten bei einem Ersatzkraftverfahren von den dem Antragsteller im Rang vorgehenden Ersatzkräften nur gefordert werden, wenn diese Qualifikation auch beim Antragsteller nachgewiesen sei. Die geforderten Englischkenntnisse seien jedoch nicht mit einem aktuellen Sprachzertifikat nachgewiesen worden. Das Erfordernis eines Staplerscheines sei nicht objektiv gerechtfertigt. Darüber hinaus verfüge der mitbeteiligte Ausländer über keine einschlägige Berufsausbildung als Catering-Manager.

Dem ist jedoch zunächst entgegenzuhalten, dass für die von AMS geforderte Aktualität des Sprachnachweises keine gesetzliche Grundlage besteht. Es ist im vorliegenden Fall auch nicht ersichtlich, dass der mitbeteiligte Ausländer seine bis zum Jahr 2008 erworbenen Englischkenntnisse wieder verloren hat, zumal er diese im Rahmen seines Studiums internationale Betriebswirtschaft benötigt und dort ebenfalls Englischkenntnisse vermittelt werden.

Die betriebliche Notwendigkeit eines Staplerscheines wurde im Rahmen des Ermittlungsverfahrens seitens der Beschwerdeführerin nachvollziehbar und schlüssig dargelegt. Es ist somit auch nicht ersichtlich, wie das AMS zu dem Schluss kommt, dass für die beabsichtigte Tätigkeit kein Staplerschein erforderlich ist, zumal es die Abweisung des Antrages im Ausgangsbescheid noch mit der nicht rechtzeitigen Vorlage eines Staplerscheines begründet hatte.

Auch die Forderung nach einer einschlägigen Berufsausbildung als Catering-Manager entbehrt jeglicher gesetzlichen Grundlage und widerspricht der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, der zufolge die Bestimmung des § 12b Z 1 AuslBG (im Gegensatz zur Bestimmung des § 12a AuslBG) nicht auf eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung abstellt, sondern ausbildungsrelevante Umstände ausschließlich im Rahmen der in Anlage C angeführten Kriterien bei der Ermittlung der Mindestpunktzahl (allenfalls) zu berücksichtigen sind (VwGH 13.12.2016, Ra 2016/09/0104).

Die Bereitschaft, zwecks Arbeitsmarktprüfung iSd § 4b AuslBG an einem Ersatzkraftverfahren mitzuwirken, wurde seitens der Beschwerdeführerin mit der Vorlage eines Vermittlungsauftrages dokumentiert.

Auch die Bereitschaft, eine § 12b Z 1 AuslBG entsprechende Mindestentlohnung (für unter 30-Jährige) zu gewähren, steht unstrittig fest.

Sonstige Ausschlussgründe wurden seitens des AMS nicht behauptet und sind auch auf Grund der Aktenlage nicht evident.

Gemäß § 12b AuslBG ist vor der Zulassung zu einer Beschäftigung als sonstige Schlüsselkraft eine Arbeitsmarktprüfung gemäß § 4 Abs. 1 iVm § 4b leg.cit. (Ersatzkraftstellungsverfahren) durchzuführen.

Die Prüfung der Arbeitsmarktlage erübrigts sich nur dann, wenn seitens des Arbeitgebers die Stellung jeder Ersatzkraft begründungslos abgelehnt wird (VwGH 14.10.2016, Ra 2016/09/0094, mwN).

Dies trifft im gegenständlichen Fall nicht zu. Wenn das AMS - wie im vorliegenden Fall - vermeint, dass das

Anforderungsprofil (wegen des geforderten Staplerscheines und der angeblich nicht nachgewiesenen Englischkenntnisse) überzogen ist, so hätte es dennoch eine Prüfung der Arbeitsmarktlage durchführen müssen und gegebenenfalls der Beschwerdeführerin Arbeitssuchende, die nach Meinung des AMS fähig und bereit sind, den von der Arbeitgeberin zu besetzenden Arbeitsplatz zu den angebotenen Bedingungen auszufüllen, namhaft machen. Erst dann kann rechtlich einwandfrei beurteilt werden, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich kein Interesse an einer solchen Vermittlung hat (vgl. VwGH 24.01.2014, Zl. 2013/09/0070, mwN).

Durch die Unterlassung eines Ersatzkraftstellungsverfahrens hat die belangte Behörde den entscheidungswesentlichen Sachverhalt nur sehr unzureichend festgestellt und damit keine für eine Entscheidung in der Sache nach § 28 Abs. 2 VwGVG ausreichenden "brauchbaren Ermittlungsergebnisse" geliefert, was das Bundesverwaltungsgericht dazu berechtigt, von einer Entscheidung in der Sache abzusehen und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen (vgl. VwGH 23.02.2017, Ra 2016/09/0103).

Bei diesem Ergebnis konnte gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 VwGVG eine mündliche Verhandlung unterbleiben.

Zu B) Unzulässigkeit 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.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

Ermittlungspflicht, Ersatzkraft, Kassation, mangelnde

Sachverhaltsfeststellung

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

ECLI:AT:BVWG:2018:W209.2201747.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

11.02.2019

**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)