

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/10/23 W209 2199577-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.10.2018

## Entscheidungsdatum

23.10.2018

## Norm

AuslBG §12b

B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

W209 2199576-1/4E; W209 2199577-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Benjamin NADLINGER und Philipp KUHLMANN als Beisitzer über die Beschwerde des XXXX , geb. XXXX , StA. Iran, und der XXXX GmbH, XXXX , XXXX , beide vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Alejandra Navarro de Chalupa, Kantgasse 3/1/9, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom 17.11.2017, GZ: 08114/ABB-Nr. 3876201, betreffend Nichtzulassung des XXXX zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG nach Beschwerdevorentscheidung vom 05.03.2018 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. XXXX (im Folgenden der Erstbeschwerdeführer), ein am XXXX geborener iranischer Staatsangehöriger, stellte am 01.08.2017 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 Zweitbeschwerdeführerin) als "Managing Director" mit einem monatlichen Bruttolohn von €

3.000,00 im Ausmaß von 38,5 Wochenstunden unbefristet an einem Arbeitsplatz im eigenen Betrieb beschäftigt werden. Dem Antrag angeschlossenen waren weiters eine Reisepasskopie, ein Diplom über den Abschluss eines

Bachelorstudiums im Fach "Englischübersetzung" an der Islamischen Azad Universität, eine Diplom der Universität Bordeaux über die Erlangung eines Doktorats in Business Administration, ein Zertifikat der Organisation für Industriemanagement der Islamischen Republik Iran über den Abschluss eines einem Masterstudium gleichwertigen Kurses "EMBA - Ausführungsmanagement - Serviceorientierte Organisation", der Gesellschaftsvertrag der Zweitbeschwerdeführerin, demzufolge der Erstbeschwerdeführer im Ausmaß von 25 % am Stammkapital der Zweitbeschwerdeführerin beteiligt ist, und ein Arbeitsvertrag.

2. Mit Schreiben vom 10.08.2017 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. Am 15.09.2017 informierte die belangte Behörde (im Folgenden: AMS) die Zweitbeschwerdeführerin darüber, dass eine Rot-Weiß-Rot-Karte gemäß § 12b Z 1 AuslBG für sonstige Schlüsselkräfte auch bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nur erteilt werden könne, wenn die ausländische Arbeitskraft zumindest 50 Punkte nach den Kriterien der Anlage C zu § 12b Z 1 AuslBG erreicht. Im vorliegenden Fall könnten nach den bisher vorgelegten Unterlagen nur 30 Punkte für das Studium des Erstbeschwerdeführers angerechnet werden. Für Sprachkenntnisse könnten mangels Nachweises keine Punkte angerechnet werden. Für die Berufserfahrung würden ebenfalls keine Punkte gebühren. Für das Lebensalter seien keine Punkte mehr möglich. Da die erforderliche Mindestpunktzahl von 50 Punkten nicht erreicht werde, seien nach derzeitiger Aktenlage die Voraussetzungen für die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte gemäß § 12b Z 1 AuslBG nicht gegeben. Die Zweitbeschwerdeführerin habe Gelegenheit, sich dazu schriftlich zu äußern und gegebenenfalls weitere Nachweise nachzureichen.

4. Mit Schriftsatz vom 28.09.2017 ersuchte die bevollmächtigte Rechtsvertreterin der Beschwerdeführer um zweiwöchige Fristerstreckung für die Vorlage der angeforderten Nachweise. Binnen gewährter Frist langten keine ergänzenden Nachweise ein.

5. Mit Bescheid vom 17.11.2017 wies das AMS die Zulassung des Erstbeschwerdeführers zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß § 12b Z 1 AuslBG ab und begründete dies damit, dass der Erstbeschwerdeführer mit einem Geschäftsanteil von 25 % an der zweitbeschwerdeführenden GmbH beteiligt und gemeinsam vertretungsbefugter Geschäftsführer der Gesellschaft sei. Damit liege eine selbständige Tätigkeit vor, die der Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG entgegenstehe.

6. Dagegen erhoben sowohl der Erst- als auch die Zweitbeschwerdeführerin seitens ihrer bevollmächtigten Rechtsvertreterin binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, die (u.a.) damit begründet wurde, dass der Erstbeschwerdeführer entgegen der Annahme des AMS nicht Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin sei, sondern von dieser lediglich als Mitarbeiter mit Leitungsfunktion angestellt werden solle. Somit liege eine unselbstständige Beschäftigung vor. Auch sozialversicherungsrechtlich sei der Erstbeschwerdeführer als Dienstnehmer zu qualifizieren. Zudem habe der Erstbeschwerdeführer zwischenzeitlich Geschäftsanteile im Ausmaß von 4 % abgetreten. Abschließend stellten die Beschwerdeführer den Antrag, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und sodann in der Sache selbst zu entscheiden und dem Antrag stattzugeben.

7. Mit Beschwerdeentscheidung vom 05.03.2018 wies das AMS die Beschwerde ab und begründete dies damit, dass dem Erstbeschwerdeführer aufgrund des Abschlusses des Bachelorstudiums "Englischübersetzung" an der Islamischen Azad Universität 30 Punkte gemäß Anlage C zum AuslBG gebühren würden. Es liege aber keine ausbildungsadäquate Berufserfahrung vor, weswegen hierfür keine Punkte angerechnet werden könnten. Beim Zertifikat der "Organisation für Industriemanagement" betreffend den Kurs "EMBA-Ausführungsmanagement-Serviceorientierte Organisationen" vom 21.11.2011 habe nicht zweifelsfrei festgestellt werden können, dass es sich hierbei um einen anerkannten Hochschulabschluss handle. Zum Diplom der Universität von Bordeaux vom 19.10.2015 seien keine weiteren Unterlagen übermittelt worden, sodass Feststellungen zu Dauer, Art und Inhalt des Studiums nicht möglich gewesen seien. Ein anerkanntes Sprachdiplom bzw. Sprachzertifikat sei ebenfalls nicht vorgelegt worden. Die Ausbildung als Englischübersetzer habe der Erstbeschwerdeführer bereits im Jahr 2000 abgeschlossen. Eine weitere Ausbildung im englischsprachigen Raum sei nicht dokumentiert. In der Kategorie "Sprachkenntnisse" könnten somit ebenfalls keine Punkte vergeben werden, wodurch die Mindestpunktzahl der Anlage C nicht erfüllt sei. Ferner verfüge der Erstbeschwerdeführer über 25 % der Geschäftsanteile der Zweitbeschwerdeführerin. Dem vorgelegten Gesellschaftsvertrag zufolge würden Gesellschafterbeschlüsse einer einfachen Mehrheit bedürfen.

Dementsprechend komme dem Erstbeschwerdeführer ein beherrschender Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft zu. Aufgrund der unternehmerischen Stellung des Erstbeschwerdeführers liege daher keine Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG vor.

8. In dem dagegen rechtzeitig erstatteten Vorlageantrag wird ergänzend vorgebracht, dass der Erstbeschwerdeführer aufgrund seines im Jahr 2000 abgeschlossenen Bachelorstudiums "Englischübersetzung" und der Verwendung von Englisch als Geschäftssprache über ausgezeichnete Englischkenntnisse verfüge. Darüber hinaus habe er sein Studium an der Universität von Bordeaux in Englisch absolviert, weswegen ihm für seine Englischkenntnisse 15 Punkte anzurechnen seien. Da der Erstbeschwerdeführer zumindest seit 2004 über Berufserfahrung als Managing Director eines international tätigen Unternehmens verfüge, seien ihm auch in der Kategorie "Berufserfahrung" 10 Punkte anzurechnen, wodurch er insgesamt 55 Punkte und damit mehr als die erforderliche Mindestpunktzahl gemäß Anlage C erreiche.

9. Am 29.06.2018 einlangend legte die belangte Behörde die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

10. Mit Parteiengehör vom 05.07.2018 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführer unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, der zufolge es dem Antragsteller obliege, Sprachkenntnisse durch Vorlage eines anerkannten Sprachzeugnisses im Sinne des GER nachzuweisen, noch einmal auf, einen entsprechenden Sprachnachweis vorzulegen. Ein derartiger Nachweis ist bislang nicht bei Gericht eingelangt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Feststellungen:

Der Erstbeschwerdeführer, ein am XXXX geborener iranischer Staatsangehöriger, verfügt über einen Studienabschluss im Bereich "Englischübersetzung" an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Minstdauer.

Darüber hinaus hat er am 19.10.2015 an der Universität Bordeaux ein Doktorat in Business Administration sowie am 21.11.2011 ein Zertifikat der Organisation für Industriemanagement der Islamischen Republik Iran über den Abschluss des Kurses "EMBA - Ausführungsmanagement - Serviceorientierte Organisation" erworben.

Der Erstbeschwerdeführer verfügt zumindest seit 2004 über Berufserfahrung als Managing Director eines international tätigen Unternehmens.

Der Erstbeschwerdeführer soll für die zweitbeschwerdeführende GmbH mit Sitz in XXXX als "Managing Director" tätig werden und dafür eine Entlohnung von € 3.000,00 brutto monatlich (2017) zusätzlich Sonderzahlungen erhalten.

Für die behaupteten Englischkenntnisse wurde kein Sprachnachweis iSd GER erbracht.

#### 2. Beweiswürdigung:

Die Erlangung der oben angeführten Ausbildungsabschlüsse sowie die erlangte Berufserfahrung stehen aufgrund der Aktenlage als unstrittig fest.

Die beabsichtigte Tätigkeit für die Zweitbeschwerdeführerin unter den angegebenen Bedingungen ergibt sich aus dem mit dem Antrag vorgelegten Arbeitsvertrag.

Dass der erforderliche Nachweis von Englischkenntnissen im Sinne des GER bislang nicht erbracht wurde, ergibt sich aus dem Gerichtsakt.

#### 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, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. 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, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. 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 BGBl. I Nr. 66/2017:

"Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen

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

1. 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, oder

2. [...]

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

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

Anlage C

Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1

Tabelle kann nicht abgebildet werden

§ 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) bis (4) [...]"

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Der Erstbeschwerdeführer verfügt unbestritten über einen Studienabschluss im Bereich "Englischübersetzung" an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer, wofür ihm 30 Punkte in der Kategorie "Qualifikation" der Anlage C zuerkannt werden können.

Gemäß Erkenntnis des VwGH vom 31.05.2012, Zl. 2012/09/0025, obliegt es dem Antragsteller, Sprachkenntnisse durch Vorlage eines anerkannten Sprachzeugnisses iSd Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens (GER) nachzuweisen, um dafür Punkte gemäß der Anlage C zu § 12b Z 1 AuslBG zu erlangen. Auf nicht derartig zertifizierte Sprachkenntnisse kann sich der Antragsteller nicht berufen und es sind dafür im Rahmen der Prüfung auch keine Punkte zu vergeben.

Da trotz mehrmaliger Aufforderung kein Sprachnachweis iSd GER vorgelegt wurde, sind somit in der Kategorie "Sprachkenntnisse" keine Punkte zu vergeben.

Der Beschwerdeführer hatte zum Zeitpunkt der Antragstellung das 40. Lebensjahr bereits vollendet. Dementsprechend gebühren ihm auch für sein Alter keine Punkte mehr.

Somit könnte auch bei Anrechnung der maximalen Punktzahl von 10 in der Kategorie "ausbildungsadäquate Berufserfahrung" der Anlage C die erforderliche Mindestpunktzahl von 50 nicht mehr erreicht werden, weswegen dahingestellt bleiben kann, ob dem Erstbeschwerdeführer, der zumindest seit 2004 nachweislich über Berufserfahrung als "Managing Director" eines international tätigen Unternehmens verfügt, in der Kategorie "ausbildungsadäquate Berufserfahrung" Punkte anzurechnen wären.

Damit war die Zulassung des Erstbeschwerdeführers zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft bereits mangels Erreichens der Mindestpunktzahl gemäß Anlage C zum AuslBG zu versagen und dementsprechend die Beschwerde gemäß § 28 Abs. 1 und 2 als unbegründet abzuweisen.

Zur aufgrund der Nichterreichung der Mindestpunktzahl im vorliegenden Fall nicht mehr relevanten Ablehnung der Zulassung mangels Vorliegens einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG durch das AMS siehe den hg. Beschluss vom 25.06.2018, W209 2193197-1, betreffend einen weiteren Gesellschafter der Zweitbeschwerdeführerin.

Entfall der mündlichen Verhandlung

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 Beschwerdeführer haben einen solchen Antrag auf mündliche Verhandlung gestellt. Der erkennende Senat erachtete die Durchführung einer mündlichen Verhandlung jedoch nicht für erforderlich, weil der festgestellte Sachverhalt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bescheides aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde hinreichend geklärt erschien und daher durch die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht zu erwarten war.

Da somit auch keine Fragen der Beweiswürdigung auftreten konnten, stehen dem Entfall der Verhandlung auch weder Artikel 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch

Artikel 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegen (vgl. Beschluss des VwGH 07.08.2017, Ra 2016/08/0140).

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**

Nachweismangel, Rot-Weiß-Rot-Karte, Schlüsselkraft, Sprachkenntnisse

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W209.2199577.1.00

**Zuletzt aktualisiert am**

13.02.2019

**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)