

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/9/26 I406 2178487-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.09.2018

## Entscheidungsdatum

26.09.2018

## Norm

AusIBG §12b

B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

I406 2178487-1/3E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Gerhard Knitel als Vorsitzenden, den fachkundigen Laienrichter Thomas Geiger MBA als Beisitzer und die fachkundige Laienrichterin Maria Wodounik als Beisitzerin über die Beschwerde des XXXX, vertreten durch die Rechtsanwaltskanzlei Witzlsteiner, Maria-Theresien Straße 21/III, 6020 Innsbruck, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservices Innsbruck vom 11.09.2017, GZ: 08114/ GF: 3869323, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang und Sachverhalt:

1. XXXX (im Folgenden: Beschwerdeführer), ein am XXXX geborener chinesischer Staatsangehöriger, stellte am 05.07.2017 beim Stadtmagistrat Innsbruck einen Antrag auf Rot-Weiß-Rot-Karte als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AusIBG. Laut der dem Antrag angeschlossenen Arbeitgebererklärung soll er bei XXXX, XXXX-Restaurant, XXXX (im Folgenden: Arbeitgeber) für die berufliche Tätigkeit als "Geschäftsführer" in "der Küche" mit einem monatlichen Bruttolohn von € 2.500 Vollzeit an einem Arbeitsplatz im eigenen Betrieb beschäftigt werden.

2. Mit Schreiben der belannten Behörde vom 26.07.2017 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, folgende Unterlagen nachzureichen:

Zeugnis oder Diplom der abgeschlossenen Berufsausbildung und Nachweis(e) über die Dauer der Ausbildung (dem

beiliegenden Befähigungszertifikat ist dies nicht zu entnehmen), soweit vorliegend: Zeugnis über einen Schulabschluss, der der allgemeinen Universitätsreife entspricht, Urkunde über den erfolgreichen Abschluss eines dreijährigen Studiums an einer Universität oder einer anderen tertiären Bildungseinrichtung, Sprachdiplom oder Kurszeugnis, das Deutschkenntnisse auf A1 oder A2-Niveau oder Englischkenntnisse auf B1 oder B2-Niveau des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen nachweist.

4. Mit Schreiben des Beschwerdeführers vom 08.08.2017 wurde ein ÖSD Sprachzertifikat Deutsch A2 vom 03.07.2017 vorgelegt. Weiters wurde betreffend die Berufsausbildung auf das bereits vorgelegte Befähigungszertifikat der chinesischen Behörde verwiesen.

5. Mit Schreiben des Arbeitgebers vom 08.08.2017 wurde darauf hingewiesen, dass dieser bereits seit über drei Monaten vergeblich einen Koch suche, welcher eine Ausbildung in der traditionellen chinesischen Küche habe. Der Beschwerdeführer würde die vom Arbeitgeber aufgestellten Kriterien bestens erfüllen.

6. Mit Bescheid vom 11.09.2017, GZ: 08114/ GF: 3869323, wies die belangte Behörde den Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12 b Z1 AuslBG ab. Begründend wurde ausgeführt, das Ermittlungsverfahren habe ergeben, dass statt der erforderlichen Mindestpunkteanzahl von 50 nur 43 angerechnet werden könnten.

Es seien für die unten angeführten Kriterien gemäß Anlage C folgende

Punkte vergeben worden:

Qualifikation: 20

Ausbildungsadäquate Berufserfahrung: 8

Sprachkenntnisse: 15

Alter (23 Jahre): 0

Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen: 0

Der Beschwerdeführer habe Urkunden über den Nachweis einer abgeschlossenen Berufsausbildung, ein ÖSD-Zertifikat und ein Nachweis über die ausbildungsadäquate Berufserfahrung vorgelegt. Ein Zeugnis über einen Schulabschluss, der der allgemeinen Universitätsreife entspreche bzw. eine Urkunde über den erfolgreichen Abschluss eines dreijährigen Studiums seien vom Beschwerdeführer nicht vorgelegt worden. Weiters sei der Beschwerdeführer am XXXX geboren, weshalb ihm laut Anlage C keine Punkte angerechnet werden können. Es sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

7. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer mit Schriftsatz vom 10.10.2017 Beschwerde, wiederholte im Wesentlichen sein bisheriges Vorbringen und führte weiters aus, die Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte seien verfassungswidrig.

8. Die Beschwerde und der bezughabende Verwaltungsakt wurden dem Bundesverwaltungsgericht von der belangten Behörde am 01.12.2017 vorgelegt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer, ein chinesischer Staatsangehöriger, stellte am 05.07.2017 einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "Rot-Weiß-Rot-Karte" für die berufliche Tätigkeit als Geschäftsführer in der Küche bei dem Arbeitgeber mit 40 Wochenstunden und einer Entlohnung von € 2.500,00,-.

Der Beschwerdeführer ist 48 Jahre alt und absolvierte eine zweijährige Ausbildung als Koch. Er weist ein Beschäftigungszertifikat der Volksrepublik China als Koch vor.

Der Beschwerdeführer war von Juni 2011 bis zum 20.05.2016 als Koch im Restaurant Haiyi in Rongcheng tätig.

Der Beschwerdeführer hat Deutschkenntnisse auf dem Niveau A2, welche er durch die Vorlage eines ÖSD Sprachzertifikat Deutsch A2 vom 03.07.2017 belegt hat.

Es werden gemäß Anlage C folgende Punkte vergeben:

Qualifikation/abgeschlossene Berufsausbildung: 20

Ausbildungsadäquate Berufserfahrung: 8

Sprachkenntnisse: 15

Alter: 0

Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen: 0

Insgesamt: 43

## 2. Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Einsicht in den vorliegenden Verwaltungsakt, insbesondere in die vorgelegten Urkunden.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß §§ 6 und 7 Bundesverwaltungsgerichtsgesetz (BVwGG) in Verbindung mit § 20f Absatz 1 AusIBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservices, die in Angelegenheiten des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergangen sind, das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem neben der / dem Vorsitzenden auch zwei fachkundige LaienrichterInnen, je eine/r aus dem Kreis der ArbeitgeberInnen und eine/r aus dem Kreis der ArbeitnehmerInnen, angehören.

Über die Beschwerde hat daher der zuständige Senat des Bundesverwaltungsgerichts unter Beteiligung fachkundiger Laienrichter zu entscheiden.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (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.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

## Zum Unterbleiben 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.

Gemäß § 24 Abs. 2 VwGVG kann die Verhandlung entfallen, wenn

1. der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist oder

2. die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen ist.

Gemäß § 24 Abs. 3 VwGVG hat der Beschwerdeführer die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im

Vorlageantrag zu beantragen. Den sonstigen Parteien ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Partei zurückgezogen werden.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwG VG kann, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

Da eine Vergabe der Punkte anhand von vorgelegten Unterlagen erfolgt, konnte eine mündliche Verhandlung unterbleiben.

Zu A) Abweisung der Beschwerde:

3.1. Gemäß § 12b Z 1 AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung zugelassen, wenn sie 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 Höchstsbeitragsgrundlage 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 § 20d Abs. 1 Z 3 AuslBG ist der Antrag auf eine Rot-Weiß-Rot-Karte bei der nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 idgF, zuständigen Behörde einzubringen. 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 als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 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.

Gemäß Anlage C zu § 12b Z 1 AuslBG müssen folgende - hier die den Arbeitnehmer betreffenden angeführt - Zulassungskriterien erfüllt sein:

Tabelle kann nicht abgebildet werden

3.2. Die in § 12b Z. 1 AuslBG unter anderem enthaltenen Tatbestandselemente "Mindestpunktezahl" und "Mindestbruttoentgelt" müssen kumulativ erfüllt sein und sind zwingende Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft. Ein Ermessen ist hier nicht gegeben. Liegt daher eine Minderentlohnung vor, ist der Antragsteller schon aus diesem Grund nicht als Schlüsselkraft zuzulassen. Bei diesem Ergebnis braucht auf Ausführungen zum Tatbestandselement "Mindestpunktezahl" nicht mehr eingegangen zu werden. (VwGH 26.01.2013, 2011/09/0207)

[...] Mit der Formulierung "bis 40 Jahre" wird ein Endzeitpunkt jenes Zeitraumes von der Vollendung des 30. Lebensjahres an bis zur Vollendung des 40. Lebensjahres an bezeichnet, innerhalb dessen 15 Punkte im Sinne der angeführten Anlage C zu vergeben sind. Daraus geht auch hervor, dass mit Beendigung des 40. Lebensjahres unter dem Gesichtspunkt "Alter" nach der Anlage C keine Punkte anzurechnen sind. (VwGH 24.06.2015, Ro 2014/09/0063)

3.3. Für den gegenständlichen Fall bedeutet das:

Der Beschwerdeführer beantragte die Zulassung als sonstige Schlüsselkraft bei der Niederlassungsbehörde (Stadtmagistrat Innsbruck), welche ihrerseits die belangte Behörde (Arbeitsmarktservice Innsbruck) mit der Frage, ob die Voraussetzungen gemäß § 12b Z 1 AuslBG vorliegen befasste.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte daher die Voraussetzungen gemäß § 12b Z 1 AuslBG zu prüfen.

Der Verfassungsgerichtshof hat am 13.12.2017, G281/2017, zwar festgestellt, dass das Punktesystem der Anlage C (Schlüsselarbeitskräfte) im Hinblick auf die Altersbestimmungen unsachlich ist, hat aber für das Außerkrafttreten der aufgehobenen Gesetzesstellen eine Frist bis 31.12.2018 bestimmt.

Daher ist Anlage C im Beschwerdefall derzeit anzuwenden.

Die belangte Behörde hat dem Beschwerdeführer bereits für seine Qualifikation (20 Punkte) und Berufserfahrung (8 Punkte) und seine Sprachkenntnisse (15 Punkte) Punkte zuerkannt; diese sind auch aus Sicht des Senats zuzuerkennen.

In Summe können daher 43 Punkte zuerkannt werden.

Der Beschwerdeführer hat allerdings seinen Antrag nach seinem 40. Geburtstag gestellt, weshalb ihm keine Punkte für sein Lebensalter zuerkannt werden können.

Es waren daher 0 Punkte anzurechnen.

Die Beschwerde war daher spruchgemäß mangels Erreichens der erforderlichen Mindestpunkteanzahl gemäß Anlage C als unbegründet abzuweisen.

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.

#### **Schlagworte**

Altersgrenze, Rot-Weiß-Rot-Karte, Schlüsselkraft

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

ECLI:AT:BVWG:2018:I406.2178487.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

25.02.2019

**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)