

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/1/17 G304 2193579-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.01.2019

## Entscheidungsdatum

17.01.2019

## Norm

AuslBG §12b

B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

G304 2193579-1/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Beatrix LEHNER als Vorsitzende, und die fachkundigen Laienrichter Dr. Peter Josef DEMSCHAR und Kurt ALLMANNSDORFER als Beisitzer über die Beschwerde derXXXX, vertreten durch Dr. Klaus KOCHER für KOCHER u BUCHER Rae OG, gegen den Bescheid des ArbeitsmarktserviceXXXX vom 31.01.2018 in der Fassung der Beschwerdeentscheidung vom 09.04.2018, GZ: XXXX, betreffend die Zulassung des Arbeitnehmers XXXX geb. XXXX, StA. Bosnien und Herzegowina, als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslBG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 28.09.2018 zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben.

Die Voraussetzungen für die Zulassung von XXXX, geb. XXXX, StA. Bosnien und Herzegowina, als Schlüsselkraft gemäß 12b Z. 1 AuslBG liegen vor.

B)

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

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 31.01.2018 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin (im Folgenden BF) vom 07.12.2017 an die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde gemäß § 20d Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes /AuslBG) auf Zulassung des im Spruch genannten Arbeitnehmers (im Folgenden: "bA" für "betroffener Arbeitnehmer") als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslBG im Unternehmen der BF nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß § 12b Z. 1 AuslBG abgewiesen.

Begründend wurde auf eine nicht erreichte Mindestpunkteanzahl hingewiesen.

2. Gegen diesen Bescheid wurde fristgerecht Beschwerde erhoben.

3. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 09.04.2018 wurde im Rahmen einer Beschwerdevorentscheidung der Antrag der BF abgewiesen.

4. Gegen diesen Bescheid wurde fristgerecht ein Vorlageantrag erhoben.

5. Am 25.04.2018 langte die gegenständliche Beschwerde samt dazugehörigem Verwaltungsakt beim Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden: BVwG) ein.

6. Am 04.06.2018 wurden dem BVwG im Zuge einer Beschwerdeergänzung Qualifikationsnachweise nachgereicht.

7. Am 28.09.2018 wurde vor dem BVwG, Außenstelle Graz eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Bei dieser wurde der Geschäftsführer der BF, ihr Rechtsvertreter, der bA und ein Vertreter eines Schweißer - Prüfungen abnehmenden Unternehmens als Zeuge einvernommen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Bei der BF handelt sich um eine Edelstahlkonstruktionen anfertigendes Unternehmen.

Am 07.12.2017 beantragte die BF die Zulassung des im Spruch angeführten bosnischen Staatsangehörigen als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslBGB für die berufliche Tätigkeit als "Maschinenbau/Schlosser/Schweißer". In der mündlichen Verhandlung wurde der beantragte Tätigkeitsumfang auf "Schweißer" eingegrenzt.

1.2. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 31.01.2018 wurde dieser Antrag ebenso wie mit Beschwerdevorentscheidung der belangten Behörde vom 09.04.2018 die Beschwerde dagegen abgewiesen. Begründend dafür wurde mangelnde berufliche Qualifikation und ausbildungsadäquate Berufserfahrung angeführt.

1.3. Vorgelegt wurden folgende Nachweise in Kopie zur Bescheinigung seiner Kenntnisse und Fertigkeiten, seiner Berufserfahrung und seiner Sprachkenntnisse:

1.3.1. Jahreszeugnisse einer privaten Bildungseinrichtung vom 16.07.2016, 18.03.2017 und 10.10.2017 über einen Berufsschulbesuch des bA in den Schuljahren 2015/2016, 2016/2017 und 2017/2018;

1.3.2. Diplom der privaten Bildungseinrichtung vom 01.11.2017 über die Absolvierung der Fachschule für Maschinenbauwesen, wobei der bA im Zeitraum von 16.02.2016 bis 30.10.2017 das Bildungsprogramm zur Erlangung der Fachmittelschulausbildung für den Beruf Schweißer besucht und im Zeitraum von 26.10.2017 bis 30.10.2017 die Abschlussprüfung abgelegt und dabei die "praktische Arbeit mit schriftlicher und mündlicher Begründung" mit der Note "Sehr gut" beurteilt wurde und nach und den Beruf "Schweißer" erlangt hat;

1.3.3. Ausbildungszertifikat des zuständigen Arbeitsmarktservice in Bosnien-Herzegowina vom 30.03.2017 über die erfolgreiche Teilnahme des bA am Ausbildungsprogramm: "Schweißer-TIG 141" in der Dauer von 80 Stunden und die erfolgreiche Abschlussprüfung;

1.3.4. Bescheinigung der besagten bosnischen privaten Bildungseinrichtung vom 05.01.2018, wonach der bA nach abgeschlossener Fachmittelschule mit erlangter Fachbezeichnung "Obst- und Gemüseverarbeiter" das Umschulungsprogramm auf den Beruf "Schweißer" abgeschlossen hat und dabei sowohl allgemeinbildende Lehrveranstaltungen als auch fachtheoretische Lehrveranstaltungen und praktischen Unterricht in Schulwerkstätten absolviert hat;

1.3.5. Bestätigung einer bosnischen Firma vom 26.07.2016 über die Beschäftigung des bA im Zeitraum von 12.02.2006 bis 01.12.2011 als "Schlosser-Schweißer-Monteur";

1.3.6. Bestätigung einer bosnischen Firma vom 24.02.2017 über die Beschäftigung des bA im Zeitraum von 01.02.2012 bis 24.02.2017 als "Schlosser-Schweißer" mit "Montage von rostfreien Geländern, Zusammenschweißen von rostfreien Geländern, Abstreifen von rostfreien Geländern und Polieren" als Zuständigkeitsbereich;

1.3.7. Bescheinigung vom 09.05.2018, wonach der bA am 09.05.2018 erfolgreich an einer "Montage-Schulung" teilgenommen und die theoretische und praktische Prüfung bestanden hat;

1.3.8. Bescheinigung vom 09.05.2018, wonach der bA am 09.05.2018 erfolgreich an einer Schulung "Maßkontrolle und Toleranzen" teilgenommen und die theoretische und praktische Prüfung bestanden hat;

1.3.9. Bescheinigung vom 09.05.2018, wonach der bA im Zeitraum von 08.05.2018 bis 09.05.2018 erfolgreich an einer "Sicherprüferschulung VT mit inhaltlicher Anlehnung an ÖNORM EN ISO 9712, ÖNORM M 3042 und ÖNORM M 3041" im Umfang von 12 Unterrichtseinheiten teilgenommen und die theoretische und praktische Prüfung bestanden hat;

1.3.10. Bescheinigung vom 09.05.2018, wonach der bA am 09.05.2018 erfolgreich an einer Schulung "Mechanisches Verbinden gemäß EN 1090-2" im Umfang von vier Unterrichtseinheiten teilgenommen und die theoretische und praktische Prüfung bestanden hat;

1.3.11. Vier Zertifikate - Schweißer-Prüfungsbescheinigungen - mit Gültigkeitsdauer jeweils von 11.05.2018 bis 10.05.2021, wobei jedes dieser Zertifikate eine eigene Kategorie des Werkstoffes bzw. Schweißvorganges und der Schweißposition betrifft;

1.3.12. ÖSD-Zertifikat A1 eines Prüfungszentrums in Bosnien-Herzegowina vom 04.05.2017.

## 2. Beweiswürdigung:

Der oben angeführte Verfahrensgang und Sachverhalt ergibt sich aus dem diesbezüglich unzweifelhaften und unbestrittenen Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes der belangten Behörde sowie des nunmehr dem BVwG vorliegenden Gerichtsaktes.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

### 3.1. Zuständigkeit und anzuwendendes Recht:

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das BVwG durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 20f Abs. 1 AusIBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide einer Geschäftsstelle das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter angehören, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und aus dem Kreis der Arbeitnehmer. Gegenständlich liegt somit Senatzuständigkeit vor.

Das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG,BGBI. I 2013/33 i.d.F. BGBI. 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 § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid aufgrund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4 VwGVG) zu überprüfen.

Gemäß § 9 Abs. 1 Z 3 und 4 VwGVG hat die Beschwerde die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, und das Begehren zu enthalten.

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

Das Verwaltungsgericht hat gemäß§ 28 Abs. 2 VwGVG über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht (Z 1) oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist (Z 2).

### 3.2. Zu Spruchteil A)

#### 3.2.1. Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen des AuslBG lauten:

Gemäß § 20d Abs. 1 AuslBG haben besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte sowie sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen 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 "Aufenthaltsbewilligung - 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.

Der mit "Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen" betitelte § 12b Z. 1 AslBG, BGBl. Nr. 218/1975, idFBGBl. I Nr. 66/2017, lautet folgendermaßen:

"§ 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), BGBl. Nr. 189/1955, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, oder
2. ein Diplomstudium zumindest ab dem zweiten Studienabschnitt bzw. ein Bachelorstudium, ein Masterstudium oder ein (PhD-)Doktoratsstudium an einer inländischen Universität, Fachhochschule oder akkreditierten Privatuniversität absolviert und erfolgreich abgeschlossen haben und für die beabsichtigte Beschäftigung, die ihrem Ausbildungsniveau zu entsprechen hat, ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens dem ortsüblichen Entgelt inländischer Studienabsolventen mit einer vergleichbaren Tätigkeit und Berufserfahrung entspricht, jedenfalls aber mindestens 45 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 ASVG zuzüglich Sonderzahlungen beträgt,

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."

Der mit "Beschäftigungsbewilligung" betitelte § 4 Abs. 1 AuslBG lautet wie folgt:

"§ 4. (1) Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung 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 und

1. der Ausländer über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG oder dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100, verfügt, das die Ausübung einer Beschäftigung nicht ausschließt, oder seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen ist und über einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht gemäß den §§ 12 oder 13 AsylG 2005 verfügt

oder über ein Aufenthaltsrecht gemäß § 54 Abs. 1 Z 2 oder 3 AsylG 2005 verfügt oder gemäß § 46a FPG geduldet ist und zuletzt gemäß § 1 Abs. 2 lit. a vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen war,

2. die Gewähr gegeben erscheint, dass der Arbeitgeber die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält,
  3. keine wichtigen Gründe in der Person des Ausländers vorliegen, wie wiederholte Verstöße infolge Ausübung einer Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung während der letzten zwölf Monate,
  4. die Beschäftigung, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat,
  5. der Arbeitgeber während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes beschäftigt hat,
  6. die Vereinbarung über die beabsichtigte Beschäftigung (§ 2 Abs. 2) nicht aufgrund einer gemäß dem Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl. Nr. 31/1969, unerlaubten Arbeitsvermittlung zustande gekommen ist und der Arbeitgeber dies wusste oder hätte wissen müssen,
  7. der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz seines Betriebes beschäftigen wird, wobei eine Zurverfügungstellung des Ausländers an Dritte unbeschadet des § 6 Abs. 2 nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb gilt,
  8. die Erklärung über die Verständigung des Betriebsrates oder der Personalvertretung von der beabsichtigten Einstellung des Ausländers vorliegt und
  9. der Arbeitgeber nicht hinsichtlich des antragsgegenständlichen oder eines vergleichbaren Arbeitsplatzes innerhalb von sechs Monaten vor oder im Zuge der Antragstellung
- a) einen Arbeitnehmer, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, gekündigt hat oder  
b) die Einstellung eines für den konkreten Arbeitsplatz geeigneten Arbeitnehmers, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, abgelehnt hat,

es sei denn, er macht glaubhaft, dass die Kündigung oder die Ablehnung der Einstellung nicht aufgrund des Alters des Arbeitnehmers erfolgt ist."

§ 4 b Abs. 1 AuslBGB lautet wie folgt:

"(1) Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) lässt 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."

3.2.2. In der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 13.12.2017, Zl. G 281/2017, wurde die Wortfolge "die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und" in § 12b Z. 1 sowie die Anlage C "Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBGB), BGBl. Nr. 218/1975 idF des Bundesgesetzes mit dem das Ausländerbeschäftigungsgesetz und das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1997 geändert werden, BGBl. I Nr. 25/2011, als verfassungswidrig aufgehoben, wobei diese Aufhebung mit Ablauf des 31. Dezember 2018 in Kraft tritt.

In dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes wurde Folgendes ausgeführt:

"Gemäß Art. 140 Abs. 7 B-VG wirkt die Aufhebung eines Gesetzes auf den Anlassfall zurück. Es ist daher hinsichtlich des Anlassfalles so vorzugehen, als ob die als verfassungswidrig erkannte Norm bereits zum Zeitpunkt der Verwirklichung des der angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichtes zugrunde gelegten Tatbestandes nicht mehr der Rechtsordnung angehört hätte.

Dem in Art. 140 Abs. 7 B-VG genannten Anlassfall (im engeren Sinn), anlässlich dessen das Gesetzesprüfungsverfahren tatsächlich eingeleitet worden ist, sind all jene Beschwerdefälle gleichzuhalten, die zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung im Gesetzesprüfungsverfahren (bei Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung zu Beginn der nichtöffentlichen Beratung) beim Verfassungsgerichtshof bereits anhängig waren (VfSlg. 10.616/1985, 11.711/1988); darüber hinaus muss der das Verwaltungsverfahren einleitende Antrag vor Bekanntmachung des dem unter Punkt 2.1. genannten Erkenntniss zugrundeliegenden Prüfungsbeschlusses des Verfassungsgerichtshofes gestellt worden sein (VfSlg. 17.687/2005).

4.3. Die nichtöffentliche Beratung im Gesetzesprüfungsverfahren begann am 13. Dezember 2017; der dieses Gesetzesprüfungsverfahren einleitende Beschluss wurde am 7. November 2017 gemacht. Der Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe, der der vorliegenden Beschwerde vorausgegangen ist, ist beim Verfassungsgerichtshof am 21. Juni 2017 eingelangt, war also zu Beginn der nichtöffentlichen Beratung schon anhängig; (...)"

Dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zufolge muss der das Verwaltungsverfahren auslösende Antrag vor Bekanntgabe des Prüfungsbeschlusses gestellt worden sein, um von einem einem Anlassfall iSv Art. 140 Abs. 7 B-VG gleichzuhaltenden Fall ausgehen zu können.

Im gegenständlichen Fall wurde der Antrag der BF auf Zulassung des bA als Schlüsselkraft am 07.12.2017 und damit erst nach Bekanntgabe des Prüfungsbeschlusses des Verfassungsgerichtshofes am 7. November 2017 gestellt, weshalb nicht von einem als Anlassfall iSv Art. 140 Abs. 7 B-VG zu wertenden Fall ausgegangen werden kann.

3.2.3. Die Anlage C, auf die § 12b Z 1 AusIBG Bezug nimmt, lautet:

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, BGBl. 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)

24

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

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

3.2.4. Die tägliche Höchstbeitragsgrundlage für das Jahr 2017 wurde mit BGBl. II Nr. 391/2016 in Höhe von 166,00 Euro und die tägliche Höchstbeitragsgrundlage für das Jahr 2018 mit BGBl. II Nr. 339/2017 171 Euro kundgemacht. Die monatliche Höchstbeitragsgrundlage für das Jahr 2017 beträgt 4.980,00 Euro und für das Jahr 2018 5.130,00 Euro.

Aufgrund eines 30 Jahre übersteigenden Lebensalters des bA ist gemäß 12b Z. 1 Auslbg ein monatliches Bruttoentgelt relevant, das mindestens 60 % der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs 3 ASVG, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt. 60 % der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs 3 ASVG für das Jahr 2017 betragen 2.988,00 Euro und für das Jahr 2018 3.078,00 Euro.

3.2.5. Mit "Fachkräfte in Mangelberufen" betitelter § 12a Auslbg lautet auszugsweise wie folgt:

"Ausländer werden in einem in der Fachkräfteverordnung (§ 13) festgelegten Mangelberuf zu einer Beschäftigung als Fachkraft zugelassen, wenn sie

1. eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung nachweisen können, (...)."

Den Erläuterungen (RV 1077 BlgNR 24. GP, S 12) zum Erfordernis einer "einschlägigen abgeschlossenen Berufsausbildung" des § 12a Z 1 Auslbg ist zu entnehmen, dass "[...] nur Fachkräfte zugelassen werden [können], die eine abgeschlossene Berufsausbildung in einem solchen Mangelberuf nachweisen, die einem Lehrabschluss vergleichbar ist. Als abgeschlossene Berufsausbildung gilt auch der erfolgreiche Abschluss einer schulischen Ausbildung, die dem Abschluss einer Berufsbildenden Höheren Schule (BHS) in Österreich entspricht. Dementsprechend hoch ist die Qualifikation auch im Kriterienkatalog der Anlage B bewertet." Wie auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 25.01.2013, 2012/09/0068, festgehalten hat, sieht der Gesetzgeber damit als Mindestanforderung für eine abgeschlossene Berufsausbildung iSd Anlage B einen österreichischen Lehrabschluss oder eine vergleichbare Ausbildung vor.

Gleiches muss für das Erfordernis einer "abgeschlossenen Berufsausbildung" iSd Anlage C gelten, zumal sich weder aus den Erläuterungen noch aus dem systematischen Zusammenhang oder dem Wortlaut Anhaltspunkte ergeben, dass an die "abgeschlossene Berufsausbildung" iSd Anlage C geringere Anforderungen bestünden als an die "abgeschlossene Berufsausbildung" iSd Anlage B."

Gemäß § 5 Abs. 1 lit. c des Berufsausbildungsgesetzes, BGBl. Nr. 142/1969 idFBGBl. I Nr. 5/2006 (BAG), ist ein Lehrberuf eine Tätigkeit (neben anderen Erfordernissen), deren sachgemäße Erlernung mindestens zwei Jahre erfordert. Gemäß § 6 Abs. 1 BAG beträgt die Dauer der Lehrzeit in einem Lehrberuf in der Regel drei Jahre. Sie darf innerhalb eines Zeitraumes von zwei bis höchstens vier Jahren nur in ganzen oder halben Jahren festgesetzt werden.

In Österreich werden Schweißkenntnisse im Rahmen der Lehrausbildung zum Metalltechniker vermittelt. Gemäß § 1 Abs. 5 der Metalltechnik-Ausbildungsordnung, BGBl. II Nr. 148/2011, beträgt die Mindestzeit im Lehrberuf Metalltechnik mit Absolvierung des Hauptmoduls Schweißtechnik dreieinhalb Jahre.

3.2.6. Zur im vorliegenden Fall nicht anzuwendenden Bestimmung des§ 12a AuslBG hat der Verwaltungsgerichtshof erkannt, dass der Gesetzgeber als Mindestanforderung für eine abgeschlossene Berufsausbildung iSd § 12a Z 1 AuslBG einen österreichischen Lehrabschluss oder eine vergleichbare Ausbildung vorsieht (VwGH 25.01.2013, 2012/09/0068). Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch demgegenüber mit einer weiteren Entscheidung klargestellt, dass die Bestimmung des § 12a AuslBG (Fachkräfte in Mangelberufen) mit der - verfahrensgegenständlich relevanten - Bestimmung des § 12b Z 1 AuslBG (sonstige Schlüsselkräfte) nicht vergleichbar ist.

Während § 12a AuslBG in seiner Z 1 ausdrücklich auf eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung Bezug nimmt, ist eine solche Regelung § 12b Z 1 AuslBG fremd. In der zuletzt genannten Norm sind ausbildungsrelevante Umstände ausschließlich im Rahmen der in Anlage C angeführten Kriterien bei der Ermittlung der Mindestpunktezahl (allenfalls) zu berücksichtigen (VwGH 13.12.2016, Ra 2016/09/0104).

Gemäß § 12b Z. 1 AuslBG ist für eine Zulassung zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zunächst das Erreichen der erforderlichen Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erforderlich.

Unter den in Anlage C angeführten Kriterien werden "Qualifikation", "ausbildungsadäquate Berufserfahrung", "Sprachkenntnisse" und "Alter" angeführt, wobei unter "Qualifikation" unter anderem eine "abgeschlossene Berufsausbildung oder spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" angeführt sind.

Im Gegensatz zu § 12a AuslBG werden in § 12b Z. 1 AuslBG alternativ zu einer "abgeschlossenen Berufsausbildung" "spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" vorausgesetzt.

3.3. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 09.04.2018 wurde wie mit vorangegangenem Bescheid vom 31.01.2018 nicht die für die Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslBG erforderliche Mindestpunktezahl von 50, sondern für den Nachweis von "Deutschkenntnissen zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau" 10 Punkte und für das Alter des bA, der über 30 und unter 40 Jahre alt ist, 15 Punkte, und damit insgesamt nur 25 Punkte vergeben.

3.3.1. Im gegenständlichen Fall beantragte die BF die Zulassung des bA, eines bosnischen Staatsangehörigen als Schlüsselkraft für die berufliche Tätigkeit "Maschinenbau, Schlosser, Schweißer". Dies wurde auch in der Beschwerdevorentscheidung vom 09.04.2018 zugrunde gelegt.

In der mündlichen Beschwerdeverhandlung am 28.09.2018 gab der Geschäftsführer der BF an, der bA werde "hauptsächlich als Schweißer" benötigt. Daraufhin gab der Rechtsvertreter der BF bekannt, den Antrag nur für die Profession "Schweißer" aufrecht zu halten. Es wurde festgehalten, dass die Beschwerdevorentscheidung hinsichtlich des Antrags auf die Zulassung als Schlosser und Maschinenbauer in Rechtkraft erwachse.

In der Beschwerdevorentscheidung vom 09.04.2018 wurde festgehalten, dass die vorgelegten Zeugnisse der privaten Bildungseinrichtung nur belegen, dass Prüfungen absolviert worden seien, diese jedoch keine Angaben zum Umfang der absolvierten Unterrichtseinheiten enthalten würden, und somit nicht beurteilt werden könne, ob die Ausbildungsdauer überhaupt einer vergleichbaren österreichischen Lehrausbildung entspreche. Auch das absolvierte Ausbildungsprogramm "Schweißer-TIG 141" an der "Öffentlichen Institution des Arbeitsmarktservice des Kantons (...)" in Bosnien-Herzegowina mit einer Dauer von 80 Stunden entspreche nicht den dargestellten Anforderungen. Ein Nachweis über eine mit einer österreichischen Lehrausbildung vergleichbaren Ausbildung sei der belangten Behörde zufolge nicht erbracht worden.

In Österreich dauert die Schweißerausbildung dreieinhalb Jahre lang. Die Dauer der vom bA in Bosnien-Herzegowina absolvierten Schweißerausbildung an einer Fachschule für Maschinenbau in den Schuljahren 2015 bis 2017 entspricht jedenfalls nicht der Dauer einer Schweißerausbildung in Österreich.

Bei den Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte nach§ 12b Z. 1 AuslBG ist beim Kriterium "Qualifikation" entweder eine "abgeschlossene Berufsausbildung" oder werden "spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" gefordert.

Eine einer österreichischen Schweißerausbildung vergleichbaren in Bosnien absolvierte "abgeschlossene Berufsausbildung" liegt nicht vor, weshalb das Vorliegen des Alternativkriteriums "spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" zu prüfen ist.

Der bA konnte sich im Zuge seiner Schweißerausbildung im Zeitraum von 16.02.2016 bis 30.10.2017 Kenntnisse und

Fertigkeiten für den angestrebten Schweißerberuf aneignen, wie aus den vorgelegten Zeugnissen mit jeweils positiv beurteilten theoretischen und praktischen Unterrichtseinheiten und dem vorliegenden Diplom vom 01.11.2017 hervorgeht. Das vorgelegte positive Zeugnis vom 16.07.2016 ist dabei ein Nachweis für erstmals im Schuljahr 2015/2016 im Rahmen der Fachschulausbildung schulisch erworbene Kenntnisse und Fertigkeiten für den Schweißerberuf.

Bereits davor hat der bA im Zeitraum von 12.02.2006 bis 01.12.2011 bei einer und im Zeitraum von 01.02.2012 bis 24.02.2017 bei einer anderen bosnischen Firma nachweislich Schweißerarbeiten durchgeführt.

Der bA hat sich zudem über das Ausbildungsprogramm "Schweißer-TIG 141" in 80 Stunden, wie mit einem Ausbildungszertifikat vom 30.03.2017 bescheinigt wurde, Kenntnisse und Fertigkeiten aneignen können. Die vom bA dabei erfolgreich absolvierten Unterrichtseinheiten umfassten unter anderem die Inhalte "TIF Schweißstandards", "Schweißen mit Zusatzmaterialien unterschiedlichen Durchmessers", "Anschweißen und Schweißen mit Änderung der Stromstärke-vertikal (FW-PA)", "Anschweißen und Schweißen mit Änderung der Stromstärke - überkopfliegende Wanne (FW-PE)", "Verbindungsschweißen von Platten - liegend, vertikal, horizontal-vertikal", "Durchgangsschweißen von Platten - liegend (BW-PA)", "Durchgangsschweißen von Platten - vertikal (BW-PF)", "Durchgangsschweißen von Platten - horizontal-vertikal (BW-PC)" und ""Rohrverschweißung (T)".

Der bA hat sich jedoch nicht nur im Zuge seiner in Bosnien absolvierten Ausbildung, sondern auch im Zuge seiner bei zwei bosnischen Firmen im Zeitraum von Februar 2006 bis Februar 2017 ausgeübten Schweißerarbeiten spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten aneignen können.

Im Laufe seiner bis 01.12.2011 ausgeübten Tätigkeit bei einer bosnischen Firma hat der bA auch am Balkon der Eltern des Geschäftsführers der BF Schweißerarbeiten vorgenommen. Der Geschäftsführer der BF gab in der mündlichen Verhandlung an, er kenne den bA und die Ergebnisse und Qualität seiner Arbeit bereits, sei dieser doch in den letzten Jahren in Bosnien "in einem Unternehmen" beschäftigt gewesen, das der BF vorgefertigte Teile zuliefere, weshalb er folglich bei der Personalsuche auf ihn zurückgegriffen habe.

Ein Vertreter der belangten Behörde gab in der mündlichen Verhandlung, von der verhandelnden Richterin befragt danach, wie man seiner Ansicht nach spezielle Kenntnisse nachweisen könne, an, dass dies durch ein die erforderlichen Kenntnisse nachweisendes Zertifikat möglich sei.

Der bA hat nach absolvierten Schweißerprüfungen im Mai 2018 nachweislich vier Zertifikate erworben, wobei jedes dieser Zertifikate eine eigene Kategorie des Werkstoffes bzw. des Schweißvorganges und der Schweißposition betrifft, wie der Geschäftsführer des die Schweißerprüfungen abnehmenden Unternehmens, der zugleich allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger ist, in der mündlichen Verhandlung als Zeuge bekannt gab.

Der Sachverständige verwies in der mündlichen Verhandlung auf beim bA vorliegende "spezielle Fähigkeiten und Kenntnisse", die bei der Schweißerprüfung geprüft werden und welche man sich nicht selbst aneignen könne, sondern einer Ausbildung bedürfen.

Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass der bA bereits zum Zeitpunkt des Antrags der BF vom 07.12.2017 über die für die Zulassung des bA als Schlüsselkraft unter anderem geforderten "speziellen Kenntnisse und Fertigkeiten" verfügte und er sich diese im Laufe seiner teilweise parallel zu seiner im Schuljahr 2015/2016 begonnen und am 01.11.2017 mit Diplom abgeschlossenen Schweißerausbildung in Bosnien ausgeübten beruflichen Tätigkeit ab 2006 aneignen konnte.

In der gegenständlichen Beschwerdevorentscheidung vom 09.04.2018 wurde zur Beachtung noch der Hinweis angefügt, dass auch bei Anerkennung der Berufsausbildung und einer Vergabe von 20 Punkten im Kriterium "Qualifikation" insgesamt nur 45 Punkte erzielt werden könnten, wäre doch für die zeitlich vor Abschluss der angeführten Ausbildung angegebene berufliche Erfahrung keine Punktevergabe im Kriterium "ausbildungsadäquate Berufserfahrung" möglich.

Da das Kriterium "ausbildungsadäquate Berufserfahrung" in der "Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z. 1" lautenden Anlage C des AuslG dem Kriterium "Qualifikation" und dabei auch den untergeordneten Kriterien "abgeschlossene Berufsausbildung oder spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" nachgereicht ist, wird im gegenständlichen Fall hinsichtlich geforderter "ausbildungsadäquater Berufserfahrung" einer "Berufserfahrung nach einer abgeschlossenen Berufsausbildung" eine "Berufserfahrung nach Aneignung spezieller Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" gleichgehalten.

Der allgemein beeidete und gerichtlich zertifizierte Sachverständige gab in der mündlichen Verhandlung an, dass jemand, der wie der bA im Jahr 2009 oder 2010 Schweißerarbeiten an einem Balkon durchgeführt und im Jahr 2018 die besagten Zertifikate erworben hat, jedenfalls in der Zwischenzeit mindestens drei Jahre in diesem Bereich gearbeitet hat, wären doch ansonsten die Fähigkeiten wieder verlernt worden.

Der Sachverständige setzte fort (hier: "bA" für "betroffenen Arbeitnehmer"):

"Bei der Schweißerprüfung werden spezielle Fähigkeiten und Kenntnisse geprüft, die man sich nicht selbst aneignen könne, sondern die einer Ausbildung bedürfen. (...) Wenn ein Zertifikat bei uns innerhalb von 2 Tagen erlangt wird, dann kann ich aus Erfahrung sagen, dass diese Person schon länger in diesem Beruf tätig sein muss. Dass der bA in diesem Bereich erfahren ist, zeigt der Code auf den Zertifikaten, die der bA erlangt hat, da diese auf die Art der Prüfung und somit die Schwierigkeit der durchgeführten Tätigkeit zeigen."

Die im Mai 2018 erworbenen Zertifikate sind demzufolge somit nicht nur Nachweis für "spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung", sondern auch Nachweis für mindestens drei Jahre langer Berufserfahrung als "Schweißer" nach Aneignung "spezieller Kenntnisse und Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung".

Der bA war nachweislich im Zeitraum von 12.02.2006 bis 01.12.2011 bei einer Firma in Bosnien als "Schlosser-Schweißer-Monteur" und im Zeitraum von 01.02.2012 bis 24.02.2017 bei einer weiteren Firma in Bosnien als "Schlosser-Schweißer" tätig. Der bA konnte bereits während seiner Beschäftigung von 12.02.2006 bis 01.12.2011 beim Geschäftsführer der BF seine Kenntnisse unter Beweis stellen, als er in dessen Auftrag im Jahr 2009 oder 2010 Schweißerarbeiten an einem Balkon aus Edelstahl durchführte. Der Geschäftsführer der BF kennt zudem, wie er in der mündlichen Verhandlung hervorhebt, die Ergebnisse und die Qualität der Arbeit des bA, der "die letzten Jahre in einem Unternehmen in Bosnien beschäftigt war", das der BF "vorgefertigte Teile zuliefert".

Berufserfahrung als Schweißer konnte der bA demnach bereits vor seiner mit Diplom vom 01.11.2017 abgeschlossenen Schweißerausbildung sammeln.

Dem Einwand der belangten Behörde in der mündlichen Verhandlung, es sei aus Sicht der belangten Behörde nicht ausreichend, aus Zeugenaussagen auf berufliche Praxis zu schließen, kann insofern entgegengetreten werden, als es sich beim besagten in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen um einen allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen und den Geschäftsführer des die Schweißerprüfungen beim bA vorgenommenen Unternehmens handelt.

Der Sachverständige konnte in der mündlichen Verhandlung "aus Erfahrung sagen", dass der bA "schon länger in diesem Beruf tätig sein muss. Dass der BF in diesem Bereich erfahren ist, zeigt der Code auf den Zertifikaten, die der bA erlangt hat", sei daraus doch die Art der Prüfung und die Schwierigkeit der durchgeführten Tätigkeit ersichtlich.

Diese sachverständige Einschätzung ist vor dem Hintergrund der vom bA bei bosnischen Firmen im Zeitraum von 12.02.2006 bis 01.12.2011 und im Zeitraum von 01.02.2012 bis 24.02.2017 teilweise parallel zur im Schuljahr 2015/2016 begonnen und mit Diplom vom 01.11.2017 abgeschlossenen Schweißerausbildung geleisteten Schweißerarbeiten auch durchaus nachvollziehbar.

Im gegenständlichen Fall können somit nicht nur 20 Punkte für "spezielle Kenntnisse und Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung", 15 Punkte für das Alter des über 30 mittlerweile 34 Jahre alten bA und 10 Punkte für "Deutschkenntnissen zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau", die der bA mit einem ÖSD Zertifikat A1 nachgewiesen hat, sondern auch 6 Punkte für je zwei Jahre "ausbildungsadäquate Berufserfahrung" bzw. in seinem konkreten Fall "Berufserfahrung nach Aneignung spezieller Kenntnisse und Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" vergeben werden, legt man die Aussage des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2018 über mindestens drei Jahre langer einschlägiger Berufserfahrung des bA zugrunde.

3.3.2. Dafür, dass im gegenständlichen Fall kein Ersatzarbeitskräfteverfahren iSv§ 4 Abs. 1 Auslbg durchgeführt wurde, oder das nach § 12 b Z. 1 Auslbg geforderte Mindestbruttoentgelt unterschritten würde, ergab sich aus der gesamten Aktenlage kein Anhaltspunkt.

3.3.3. Es war der Beschwerde gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 31.01.2018 in der Fassung der Beschwerdeentscheidung vom 09.04.2018 daher Folge zu geben, sind im gegenständlichen Fall doch die

Voraussetzungen für die Zulassung des bA als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslBGB erfüllt.

Spruchteil B): Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 (VwGG), BGBI. Nr. 10/1985 idGf, 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 gegen die gegenständliche Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Im gegenständlichen Fall fehlt eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Frage, ob hinsichtlich des in Anlage C des AuslBGB unter "Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z. 1" angeführten Kriteriums "ausbildungsadäquate Berufserfahrung", abgestellt auf das in der Anlage C vorgereihte Kriterium "Qualifikation" mit den Unterkriterien "abgeschlossene Berufsausbildung oder spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung", einer "Berufserfahrung nach abgeschlossener Berufsausbildung" eine "Berufserfahrung nach Aneignung spezieller Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" gleichgehalten werden kann.

#### **Schlagworte**

Berufsausbildung, Berufserfahrung, Qualifikation, Revision zulässig,

Schlüsselkraft

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

ECLI:AT:BVWG:2019:G304.2193579.1.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.05.2019

**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)