

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/12/10 L517 2218952-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.12.2019

## Entscheidungsdatum

10.12.2019

## Norm

AuslBG §2

AuslBG §4

AuslBG §5

B-VG Art. 133 Abs4

## Spruch

L517 2218952-1/7E

L517 2218991-1/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. NIEDERWIMMER als Vorsitzenden und den fachkundigen Laienrichtern Dr. PRUGGER und Mag. MOSER als Beisitzer über die Beschwerde des XXXX , vertreten durch Rechtsanwalt Mag. SIEDER Wulf gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX , vom XXXX , ABB-Nr.: XXXX , in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 1

Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl I Nr 33/2013 idgF, iVm § 2, § 4, § 5 Abs. 1 Z1 ff des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) idgF, sowie der Verordnung des BMASGK über die befristete Beschäftigung von AusländerInnen im Sommertourismus, BGBl II 73/2018 als unbegründet abgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 Bundesverfassungsgesetz

(B-VG), BGBl Nr 1/1930 idgF, nicht zulässig.

## Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

04.09.2018 - Antrag des Erstbeschwerdeführers (in Folge beschwerdeführende Partei 1, bP1) auf Verlängerung der Saisonbewilligung für die beantragte Arbeitskraft (in Folge beschwerdeführende Partei 2, bP2) beim Arbeitsmarktservice XXXX (in Folge belangte Behörde, bB)

12.10.2018 - Verbesserungsauftrag und Übermittlung des Vermittlungsauftrages zur Einleitung eines

## Ersatzkraftverfahrens

24.10.2018 - Antwortschreiben der bP1 und postwendend Beantwortung durch das AFZ XXXX

15.11.2018 - Einleitung Ersatzkraftverfahren

22.11.2018 - Texteintrag über Ersatzkraftstellung, Arbeitsmarktprüfung Jobbörse vom

21.11.2018 - positive Stellungnahme

26.11.2018 - Behandlung im Regionalbeirat

28.11.2018 - Parteiengehör - Kontingent erschöpft

12.12.2018 - Stellungnahme "Einwendungen" bP1

08.02.2019 - Parteiengehör - § 4 Abs. 1 Z5 AuslBG

25.02.2018 - Stellungnahme "Einwendungen" bP1

26.03.2019 - negativer Bescheid der bB

26.04.2018 - Beschwerde der bP

16.05.2019 - Beschwerdevorlage am BVwG

20.09.2019 - Erkundigungen durch das BVwG bzgl. der anhängigen Verwaltungsstrafverfahren

23.09.2019 - Mitteilung der bB bzgl. Verfahrensstand

24.09.2019 - Übermittlung der Straferkenntnisse durch die BH XXXX

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1.0. Feststellungen (Sachverhalt):

Die bP2 ist tunesischer Staatsbürger mit dauerhaftem Wohnsitz in Italien.

In einem früheren Beschwerdeverfahren betreffend Erteilung einer Saisonbewilligung für die auch hier beantragte Arbeitskraft, wurde der Beschwerde der bP1 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, mit Erkenntnis des BVwG vom 19.03.2018 "unter Maßgabe eines freien Kontingentplatzes" stattgegeben.

Auf Grundlage eines am 14.05.2018 neuerlich gestellten Antrages der bP1 auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für die bP2 erfolgte die Ausstellung einer Bewilligung für die Zeit von 16.05.2018 bis 31.10.2018 durch die bB.

Am 04.09.2018 beantragte die bP1 unter Beibringung folgender Unterlagen, die Verlängerung dieser Saisonbewilligung bei der bB.

ZMR Bestätigung vom 21.03.2018 (Hauptwohnsitz: XXXX gemeldet seit 21.03.2018), Kopie Reisepass bP2, Kopie "Permesso di soggiorno" Gültigkeit: unbegrenzt. (Anm.: es handelt sich dabei um einen italienischen Aufenthaltstitel für Ausländer aus Nicht-Schengenländern, mit ständigem Wohnsitz in Italien).

Mit Schreiben vom 12.10.2018 wurde die bP1 ersucht den gewünschten Beschäftigungszeitraum genauer anzugeben. Gleichzeitig wurde die bP1 von der bB darauf hingewiesen, dass eine Beschäftigungsbewilligung nur nach Zulässigkeit - im Hinblick auf die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes - erteilt werden könne, und ein entsprechender Vermittlungsauftrag zur Einleitung eines Ersatzkraftverfahrens zugestellt.

Am 24.10.2018 führte die bP1 vertreten durch die XXXX sinngemäß aus:

Die derzeitige Bewilligung ende am 31.10.2018, weshalb um eine möglichst rasche Erteilung der neuen Bewilligung ab 01.11.2018 ersucht werde.

Die Stellung einer Ersatzkraft sei nicht möglich, da die bP2 über eine fundierte Ausbildung als Koch verfüge und darüber hinaus das notwendige Fachwissen für die Küche der bP1 besitze. Bereits vor der Einstellung sei monatelang versucht worden einen versierten Koch zu finden, ohne Ergebnis. Nur mit Hilfe des Rechtsanwaltes sei es gelungen eine Beschäftigungsbewilligung für die bP2 zu bekommen und die Schließung des Lokals zu verhindern.

Am selben Tag erfolgte die Antwort des AFZ XXXX : Eine Bewilligung ab 01.11.2018 sei nicht möglich, da die

verpflichtende Jobbörse (wie bereits aus dem Schreiben hervorgehe - Anm.: im Akt liegt kein Schreiben auf, worin inhaltlich auf eine "verpflichtende Jobbörse" Bezug genommen wird) am 21.11.2018 stattfinden und danach die Bewilligungen je nach Kontingent vergeben werden würden. Um alles fristgerecht zu erledigen, sei die Rücksendung des ausgefüllten Vermittlungsauftrages notwendig.

In weiterer Folge wurde von der bP1 der entsprechende Vermittlungsauftrag ausgefüllt retourniert und laut Texteintrag der bB vom 15.11.2018 mittels Anlegung eines "Jobbörse EKV ADG für das Kontingent F50" für die berufliche Tätigkeit - Koch als "Neuantrag", das Ersatzkraftverfahren eingeleitet.

Laut Texteintrag vom 22.11.2018 erfolgte eine Teilnahme der bP1 an der am 21.11.2018 stattgefundenen Jobbörse. Auf die Stellenausschreibung habe sich eine Arbeitskraft gemeldet, diese habe aber bereits 2016 für denselben Dienstgeber gearbeitet und komme daher nicht mehr in Frage. Darüber hinaus seien keine BewerberInnen mehr erschienen - eine Ersatzkraftstellung sei nicht möglich - eine positive Stellungnahme seitens des AMS liege vor.

Am 26.11.2018 erfolgte die Behandlung in der Regionalausschusssitzung, in welcher einhellig eine positive Entscheidung gefunden wurde - mit dem Vermerk am Protokoll "zurückgestellt".

Mit 28.11.2018 erging das Parteiengehör an die bP1 in welcher dieser zur Kenntnis gebracht wurde, dass derzeit alle Kontingentplätze für das "Winterkontingent Gastronomie" 2018/19 vergeben seien und die Möglichkeit bestehe, sich auf der Warteliste eintragen zu lassen.

In der darauffolgenden Stellungnahme vom 12.12.2018 führte die bP1, rechtsfreundlich vertreten, im Wesentlichen inhaltlich zusammengefasst folgende Einwendungen aus:

Es sei nicht ersichtlich nach welchen Kriterien die vorhandenen Kontingentplätze vergeben werden. Die zeitliche Reihenfolge könne es jedenfalls nicht sein, da der bP1 mehrmals mitgeteilt worden war, dass die Antragstellung zum 24.10.2018 verfrüht stattgefunden habe, und eine Vergabe der Kontingente erst nach Abhaltung der verpflichtenden Jobbörse am 21.11.2018 (woran die bP1 vertreten durch ihre Gattin teilgenommen habe) erfolgen könne.

Auch die fachliche Qualifikation könne wohl nicht ausschlaggebendes Kriterium sein, da der beantragte Koch höchst qualifiziert sei und bisher auch keine andere Arbeitskraft gestellt werden konnte.

Der Betrieb der bP1 in XXXX liege in einem typischen Wintertourismusgebiet weswegen davon ausgegangen werden könne, dass auch die Lage des Betriebs als Kriterium nicht herangezogen wurde.

Seitens der bB seien keine Angaben bezüglich der herangezogenen Kriterien gemacht worden, weshalb davon auszugehen sei, dass die Vergabe der Kontingentplätze wohl ohne objektivierbare Kriterien erfolge. Nachdem neuerlich keine Begründung für die Entscheidung angeführt worden war und sich diese in der bloßen Mitteilung - alle Plätze seien bereits vergeben - erschöpfe, liege eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung vor. Diesbezüglich werde auf das ergangene Erkenntnis zu einem vom Einschreiter bereits geführten Verfahren E 503/2016-11 vom 22.09.2017, und die Entscheidungen VfSlg 10.065/1984, 14.776/1997, 16.273/2001 verwiesen.

Darauf reagierte die bB mit Schreiben vom 08.02.2019 unter Zitierung des§ 4 Abs. 1 Z5 AuslBG wie folgt:

"Sie haben am 04.09.2018 einen Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung eingebracht. Zu diesem Zeitpunkt lagen bereits Anzeigen innerhalb des letzten Jahres wegen unbewilligter Beschäftigung folgender ausländischer Arbeitskräfte vor:"

[...] Name, Geburtsdatum, SV-Nr, Staatsbürgerschaft

Ausmaß der Dauer: 25.10.2018 bis 27.10.2018

Die genannte Person war im oben genannten Zeitraum nicht im Besitz einer arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung oder eines Aufenthaltstitels, die sie zur Arbeitsaufnahme berechtigt hätten.

Bezüglich der bP2 wurde festgestellt, dass diese im Betrieb vom 23.02.2018 bis 31.10.2018 beschäftigt war. Am 14.05.2018 sei ein Antrag auf Beschäftigungsbewilligung (Branchenkontingent) gestellt worden. In Folge sei für die Zeit vom 16.05.2018 - 31.10.2018 die Beschäftigungsbewilligung (Branchenkontingent) vom AMS XXXX erteilt worden. In dem Bescheid sei ein Vermerk enthalten, dass eine Saisonarbeitskraft die nicht bereits über einen Aufenthaltstitel verfüge, die Beschäftigung trotz Erteilung der Beschäftigungsbewilligung erst aufnehmen dürfe, nachdem ein Visum gem. § 24 Abs. 1 Z3 des Fremdenpolizeigesetzes ausgestellt worden sei.

XXXX sei nicht im Besitz eines Visums gem. § 24 Abs. 1 Z3 Fremdenpolizeigesetzes und somit nicht zur Arbeitsaufnahme berechtigt gewesen.

Am 25.02.2019 führte die bP1 im Rahmen des Parteiengehörs inhaltlich zusammengefasst dazu Folgendes aus:

Es sei richtig, dass gem. § 4 Abs. 1 Z5 AuslBG einem Arbeitgeber auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für einen Ausländer zu erteilen sei, wenn der Arbeitgeber während der letzten zwölf Monate vor der Antragstellung nicht wiederholt Ausländer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes beschäftigt habe.

Die Antragstellung sei am 04.09.2018 erfolgt, die unerlaubte Beschäftigung vom 25.10.2018 bis 27.10.2018 sei daher nicht vor sondern nach der Antragstellung erfolgt.

Soweit der bP1 vorgehalten wurde, Herr XXXX sei vom 23.02.2018 bis 31.10.2018 beschäftigt worden, könne dem entgegengehalten werden, dass für diesen Zeitraum vom AMS XXXX eine Beschäftigungsbewilligung ausgestellt worden war. Die Prüfung ob ein Visum oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung vorliegt, sei nicht Aufgabe des Dienstgebers. Die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 AuslBG habe die Behörde und nicht der Antragsteller zu prüfen. Aus dem Ausländerbeschäftigungsgesetz sei nicht zu entnehmen, dass der Arbeitgeber verpflichtet wäre fremdenpolizeiliche Dokumente anzufordern oder zu überprüfen. Vielmehr sei er dazu auch nicht berechtigt.

Am 26.03.2019 erging der negative, den Antrag vom 04.09.2018 abweisende Bescheid der bB. Begründend führte die bB aus:

"Eine befristete Beschäftigungsbewilligung gem. § 5 Abs. 1 AuslBG kann nur im Rahmen und nach Maßgabe der entsprechenden Kontingenzahl, die die Bundesministerien für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz mit Verordnung festgelegt hat, erteilt werden.

Das Kontingent, das mit Verordnung BGBl II 273/2018 vom 24. Oktober 2018 eingerichtet wurde, ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt restlos ausgeschöpft. Eine weitere Beschäftigungsbewilligung durfte daher nicht erteilt werden."

Gegen diesen Bescheid richtet sich die mit 29.04.2019 eingelangte Beschwerde der bP1 vom 26.04.2019. Inhaltlich im Wesentlichen zusammengefasst führte die bP1 rechtsfreundlich vertreten darin Folgendes aus:

Die bB habe eine unrichtige rechtliche Beurteilung getroffen, das Verfahren mangelhaft geführt und würden Verfassungswidrigkeiten vorliegen.

Im Ergebnis hält die bP1 an ihren bisherigen Einwendungen, die Vergabe der Kontingente erfolge nicht nach objektiven Kriterien, fest. Die Vergabe der Plätze erfolge willkürlich. Es sei qualitativ kein Unterschied ob die bB sich darauf stütze, dass alle Kontingente bereits vergeben seien, der Regionalbeirat die Vergabe nicht einhellig befürwortet habe oder die Entscheidung gleich unbegründet bleibe, da es sich letztendlich um eine "Scheinbegründung" handle, die inhaltlich von keinem Gericht überprüft werden könne.

Es werde nochmals auf die bereits in der Einwendung vom 12.12.2018 zitierten Entscheidungen hingewiesen, wonach eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz nach der stRspr des VfGH vorliege, wenn die angefochtene Entscheidung auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruhe oder die Behörde bei der Erlassung der Entscheidung Willkür geübt hat. Ein willkürliches Verhalten könne der Behörde unter anderem dann vorgeworfen werden, wenn es einem Antragsteller aus unsachlichen Gründen benachteiligt hat oder aber die Entscheidung wegen gehäuften Verkennens der Rechtslage in einem besonderen Maße mit den Rechtsvorschriften in Widerspruch stehe.

Die Entscheidung sei ohne sachlich nachvollziehbare Entscheidungen und ohne Begründung getroffen worden und der Antrag der bP1 sei bei der Vergabe der Plätze schlicht übergangen worden. Zum Zeitpunkt des Rechtsmittels seien sowohl die Kontingentplätze schon vergeben, sowie die Wintersaison beendet gewesen, das AMS habe mit seiner Entscheidung daher einfach bis zum Ende der Saison gewartet.

Der Bescheid entbehre auch aus Sicht der notwendigen Befürwortung durch den Regionalrat als Voraussetzung, jeglicher Begründungspflicht und werde der Willkür dadurch Tür und Tor geöffnet. Weder im Ausländerbeschäftigungsgesetz noch im Arbeitsmarktservicegesetz fänden sich nähere Regelungen woraus die Kriterien für die Entscheidungsfindung - der einhelligen Befürwortung des Regionalbeirates bzw. die Vergabe der Kontingentplätze abzuleiten seien. Das ablehnende Mitglied brauche seine Entscheidung im Regionalbeirat nicht

einmal innerhalb des Regionalbeirates begründen. Im Hinblick auf Art. 6 EMRK dem Recht auf ein faires Verfahren handle es sich daher weder um ein rechtsstaatliches Verfahren mit gewissen Verfahrensgarantien noch um eine überprüfbare Entscheidung. Da auch das im Rechtsmittelverfahren angerufene Verwaltungsgericht mangels Begründung, die Entscheidung des AMS bzw. des Regionalbeirates nicht überprüfen könne, sei dem Rechtsmittel jeder Sinn entzogen und werde dem Recht auf wirksame Beschwerde gem. Art. 13 EMRK nicht entsprochen. In Wahrheit entscheide über den Antrag nicht die bB sondern der Regionalbeirat.

Wie der VfGH in seinem Erkenntnis VfSlg. 13.223/1992 unter Hinweis auf seine Rechtsprechung betont habe, gipfelt der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips darin, dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, dass nur Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sich bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden [...] mit wN.

Weiters ins Treffen führte die bP in ihrer Beschwerde § 58 Abs. 2 AVG die Begründungspflicht von Bescheiden. In der Begründung sei das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgeblichen Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Auch Ermessensentscheidungen seien zu begründen. Weder die Mitteilung die Kontingentplätze seien an andere vergeben worden, noch die Zustimmung des Regionalbeirates habe nicht erteilt werden können, würden eine Begründung in diesem Sinne darstellen. Dem gesetzlichen Gebot, Bescheide zu begründen, werde von der Judikatur besondere Bedeutung als Ausdruck eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens, beigemessen (VwSlg NF 1977 A; VwGH 27.06.2002, 2002/07/0043) Das gesetzlich geforderte Ausmaß der Begründungspflicht werde als vom Rechtsschutzinteresse und der Überprüfbarkeit begrenzt betrachtet (VwSlg NF 6787 A; VwGH 19.05.1992, 91/04/0242).

Ein Begründungsmangel stelle eine wesentliche Mangelhaftigkeit des Bescheides dar. Der VwGH habe in seiner Entscheidung VwGH 88/05/0139 vom 12.12.1988 betont, dass auch Kollegialorgane über die wesentlichen Begründungselemente zu beschließen hätten.

Wie bereits dargelegt fehle es an einer Begründung und liege damit ein wesentlicher Verfahrensmangel als auch inhaltlicher Mangel sowie ein verfassungswidriges Vorgehen vor.

Die bP1 führte am Schluss zusätzlich aus, die bB habe überhaupt nicht beachtet, dass gem § 5 Abs. 6 AuslBG für Saisonarbeitskräfte, die bereits im Rahmen eines Kontingentes bewilligt beschäftigt sind, weitere Beschäftigungsbewilligungen bis zur zulässigen Höchstdauer nach Maßgabe der Abs. 3 bis 5 ungeachtet eines freien Kontingentplatzes erteilt werden dürfen.

Nachdem die bP2 im Zeitpunkt der Antragstellung im Rahmen des Kontingentes als Saisonarbeitskraft mit Bescheid des AMS vom 14.05.2018 bis zum 31.10.2018 beschäftigt war, hätte die bB ohne Berücksichtigung der freien Kontingentplätze eine neuerliche Beschäftigungsbewilligung als Saisonarbeitskraft erteilen müssen. Der angefochtene Bescheid sei somit auf jeden Fall inhaltlich rechtswidrig.

Die bP1 stellte die Anträge, der Beschwerde stattzugeben und eine neuerliche Beschäftigungsbewilligung zu erteilen, in eventuelle den Bescheid aufzuheben und zur neuerlichen Entscheidung an die bB zurückzuweisen und in eventuelle gem. Art. 140 Abs. 1 Z1 lit.a B-VG iVm Art. 89 und Art. 135 Abs. 4 B-VG an den VfGH den Antrag zu stellen, die Bestimmungen über die Vergabe von Saisonarbeitsplätzen, vor allem § 4 Abs. 3 Z1 und § 5 AuslBG als verfassungswidrig aufzuheben.

Am 16.05.2019 erfolge die Beschwerdevorlage. In der Beschwerdevorlage führte die bB aus, der bP1 sei mittlerweile mit Bescheid der bB vom 26.04.2019 eine Beschäftigungsbewilligung gem. § 5 AuslBG für die bP2 im Zeitraum von 16.05.2019 bis 31.10.2019 erteilt worden.

Am 06.09.2019 teilte der Rechtsvertreter der bP1 mit die Beschwerde aufrecht halten zu wollen.

Am 20.09.2019 tätigte das BVwG betreffend die anhängigen Verwaltungsstrafverfahren Erkundigungen, und wurde am 23.09.2019 durch die bB mitgeteilt, dass das Verfahren betreffend bP2 (Beschäftigung von 23.02.2018 bis 31.10.2018) mit Bescheid vom 23.05.2019 eingestellt wurde und ein weiteres Verfahren - Beschäftigungszeitraum 22.01.2019 noch offen sei, da hier fristgerecht eine Beschwerde eingebracht worden sei.

Bezüglich einer weiteren ausländischen Arbeitskraft wurde mitgeteilt, dass mit Erkenntnis vom 23.05.2019 eine Strafe von EUR 1.000,- über die bP1 verhängt wurde. Das Erkenntnis sei mit 27.06.2019 in Rechtskraft erwachsen.

## 2.0. Beweismwürdigung:

2.1. Die Feststellungen zu den allgemeinen Voraussetzungen ergeben sich durch Einsichtnahme in das zentrale Melderegister und Einholung eines Versicherungszeitennachweises der bP2 sowie aus den sonstigen relevanten Unterlagen.

Um die Rechtssache "in der Sache" erledigen zu können, erstreckt sich das Beweisverfahren vor dem BVwG auch auf den, durch die bB mittels Parteiengehör am 08.02.2019 gemachten Vorhalt der bereits zur Anzeige gebrachten illegalen Beschäftigung von Ausländern gem. § 4 Abs. 1 Z5 AuslBG im Betrieb der bP1.

Nach Nachforschungen durch das BVwG wurde seitens der BH XXXX mitgeteilt, dass betreffend der illegalen Beschäftigung einer ausländischen Arbeitskraft im Zeitraum von 25.10.2018 bis 27.10.2018 ein rechtskräftiges Straferkenntnis vorliegt. Ein weiteres Strafverfahren betreffend die Beschäftigung der auch hier beantragten Arbeitskraft bP2 im Zeitraum von 23.02.2018 bis 31.10.2018 wurde mit der Begründung eine Strafbarkeit gem. § 28 Abs. 1 AuslBG scheide aus, da der Umstand eines fehlenden Visums nicht explizit in der herangezogenen Bestimmung aufgezählt werde, eingestellt. Bezüglich eines weiteren Straferkenntnisses - ebenfalls aufgrund der Beschäftigung der bP2 im Betrieb, sei das Verfahren wegen fristgerechter Beschwerde noch offen.

Fest steht, dass zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine wiederholte illegale Beschäftigung von Ausländern vor Antragstellung vorlag.

Der oben unter Punkt I. angeführte Verfahrensgang ergibt sich aus dem unzweifelhaften und unbestrittenen Akteninhalt der vorgelegten Verwaltungsakten der bB und des vorliegenden Gerichtsaktes des Bundesverwaltungsgerichtes.

Bezüglich dem Zeitraum für welchen die Beschäftigungsbewilligung beantragt wurde bzw. die Verlängerung begehrt wurde, ergibt sich aus dem Antrag selbst, dass eine Verlängerung der Saisonbewilligung "nur im Rahmen der gesetzlichen bzw. in der jeweiligen Verordnung festgelegten Höchstdauer möglich" ist.

Auf Nachfrage der bB mit Schreiben vom 12.10.2018 mit der Bitte um Bekanntgabe des genau gewünschten Beschäftigungszeitraumes wurde von der bP1 nichts näher definiert und von der bB in weiterer Folge auch nicht mehr nachgefragt. Es ist daher laut Antrag davon auszugehen, dass von der bP1 eine Verlängerung gleich im Anschluss an die bestehende Bewilligung ab 01.11.2018 im Rahmen der gesetzlichen bzw. in der jeweiligen Verordnung festgelegten Höchstdauer gewünscht war.

Die bP2 besaß zum Zeitpunkt der Antragstellung eine Beschäftigungsbewilligung für den Zeitraum von 16.05.2018 bis 31.10.2018. Zur Beurteilung der zulässigen Geltungsdauer bzw. Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung heranzuziehen ist, die auf Grundlage des § 5 Abs. 1 Z1 AuslBG vom BMASGK erlassene, im BGBl II am 20. April 2018 kundgemachte Verordnung 73/2018 betreffend "Befristete Beschäftigung von AusländerInnen im Sommertourismus".

Im § 2 der zitierten Verordnung wird der zeitliche Rahmen geregelt und verfügt, dass im Rahmen der Kontingente Beschäftigungsbewilligungen ab den 01. Mai 2018, für eine Geltungsdauer von maximal 25 Wochen erteilt werden dürfen und diese nicht nach dem 31. Oktober 2018 enden dürfen.

Daraus ergibt sich, dass für die bP2 eine Verlängerung im Rahmen des Sommerkontingentes nicht mehr möglich war, da die ursprüngliche Beschäftigungsbewilligung bereits bis 31. Oktober erteilt wurde und eine Verlängerung darüber hinaus nicht zulässig ist.

Für die Vergabe von Kontingentplätzen im Wintertourismus einschlägig ist die vom BMASGK im BGBl II am 24. Oktober 2018 kundgemachte Verordnung 273/2018. Dort heißt es in § 2 Abs. 1 wie folgt: "Im Rahmen der Kontingente dürfen ab 12. November 2018 Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden, deren Geltungsdauer 25 Wochen nicht überschreiten und nicht nach dem 15. Mai 2019 enden darf. Beschäftigungsbewilligungen für Betriebe in den Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet sowie für Schaustellerbetriebe dürfen ab Inkrafttreten dieser Verordnung erteilt werden."

Da eine Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung über den 31.10.2018 hinaus nicht möglich war, wurde der Antrag der bP1 von der bB als Neuantrag gewertet und ein Ersatzkraftverfahren eingeleitet.

Der oben unter Punkt II. 1.0. festgestellte Sachverhalt beruht auf den Ergebnissen des vom erkennenden Gericht auf Grund der vorliegenden Akten durchgeführten Ermittlungsverfahrens.

2.2. Aufgrund des vorliegenden Verwaltungsaktes ist das ho Gericht in der Lage, sich vom entscheidungsrelevanten Sachverhalt im Rahmen der freien Beweiswürdigung ein ausreichendes und abgerundetes Bild zu machen. Die freie Beweiswürdigung ist ein Denkprozess der den Regeln der Logik zu folgen hat und im Ergebnis zu einer Wahrscheinlichkeitsbeurteilung eines bestimmten historisch-empirischen Sachverhalts, also von Tatsachen, führt. Der Verwaltungsgerichtshof führt dazu präzisierend aus, dass eine Tatsache in freier Beweiswürdigung nur dann als erwiesen angenommen werden darf, wenn die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ausreichende und sichere Anhaltspunkte für eine derartige Schlussfolgerung liefern (VwGH 28.09.1978, Zahl 1013, 1015/76). Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens,

5. Auflage, § 45 AVG, E 50, Seite 305, führen beispielsweise in Zitierung des Urteils des Obersten Gerichtshofs vom 29.02.1987, Zahl 13 Os 17/87, aus: "Die aus der gewissenhaften Prüfung aller für und wider vorgebrachten Beweismittel gewonnene freie Überzeugung der Tatrichter wird durch eine hypothetisch denkbare andere Geschehensvariante nicht ausgeschlossen. Muss doch dort, wo ein Beweisobjekt der Untersuchung mit den Methoden einer Naturwissenschaft oder unmittelbar einer mathematischen Zergliederung nicht zugänglich ist, dem Richter ein empirisch-historischer Beweis genügen. Im gedanklichen Bereich der Empirie vermag daher eine höchste, ja auch eine (nur) hohe Wahrscheinlichkeit die Überzeugung von der Richtigkeit der wahrscheinlichen Tatsache zu begründen, (...).Vergleiche dazu auch VwGH, vom 18.06.2014, Ra 2014/01/0032.

Die bB stützt sich in ihrer Begründung des in Beschwerde gezogenen Bescheides auf die restlose Ausschöpfung der durch VO BGBl II 273/2018 festgelegten Kontingente für den Wintertourismus. Nachweislich des Regionalausschuss Protokolls lag die einhellige Befürwortung durch den Regionalbeirat vor. Der Vermerk "zurückgestellt" bezieht sich dabei auf den im Raum gestandenen Verdacht der wiederholt illegalen Beschäftigung von Ausländern im Betrieb.

Die vom Regionalbeirat herangezogenen Kriterien nach denen die Vergabe der Kontingente erfolgt, orientieren sich nach Auskunft der bB gegenüber dem BVwG nicht nur an der Reihenfolge der eingelangten Anträge, und an der geografischen Lage des Betriebes, sondern vor allem auch am spezifischen Wirtschaftszweig in dem das Antrag stellende Unternehmen tätig ist und den damit verbundenen umsatzstarken Zeiten. Etwa ob es sich um einen Skihüttenbetrieb, ein Wintersportressort mit zeitlicher wirtschaftlicher Bindung an die Wintersaison oder um eine Pizzeria mit ganzjährigen Umsatzmöglichkeiten handelt.

### 3.0. Rechtliche Beurteilung:

#### 3.1. Entscheidungsrelevante Rechtsgrundlagen:

-

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz AVG, BGBl Nr. 51/1991 idgF

-

Bundesverfassungsgesetz B-VG, BGBl Nr 1/1930 idgF

-

Ausländerbeschäftigungsgesetzes AuslBG, BGBl Nr 218/1975 idgF

-

Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz NAG, BGBl I Nr 100/2005 idgF

-

Bundesverwaltungsgerichtsgesetz BVwGG, BGBl I Nr 10/2013 idgF

-

Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz VwGVG, BGBl I Nr 33/2013 idgF

-

Verwaltungsgerichtshofgesetz VwGG, BGBl Nr 10/1985 idgF

-

Verordnung über die befristete Beschäftigung von AusländerInnen im Sommertourismus,

BGBl II 73/2018, ausgegeben am 20. April 2018

-

Verordnung über die befristete Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern im Wintertourismus, BGBl II 273/2018, ausgegeben am 24. Oktober 2018

Nachfolgende Bestimmungen beziehen sich auf die im Pkt. 3.1. angeführten Rechtsgrundlagen in der jeweils geltenden Fassung.

3.2. Gemäß Art 130 Abs 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden

1. gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit; ...

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

Gemäß § 20g AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice das Bundesverwaltungsgericht spätestens drei Monate nach deren Einlangen durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

In Anwendung des Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG iVm § 20g AuslBG wird die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes in der zugrundeliegenden Beschwerdeangelegenheit begründet und fällt die Entscheidung der gegenständlichen Rechtssache jenem Richtersenat zu, der unter Berücksichtigung der zitierten Bestimmungen in der Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes dafür vorgesehen ist. Der erkennende Senat ist daher in diesem Beschwerdeverfahren zuständig.

Gemäß § 20g Abs 5 AuslBG gelten im Übrigen die Bestimmungen des VwGVG.

3.3. 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.

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben ist, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs 3) zu überprüfen.

Gemäß § 9 Abs. 1 VwGVG hat die Beschwerde zu enthalten:

1. die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, der angefochtenen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder der angefochtenen Weisung,
2. die Bezeichnung der belangten Behörde,
3. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
4. das Begehren und
5. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht ist.

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 Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Bezugnehmend auf die zitierten Bestimmungen waren die unter Pkt 3.1. im Generellen und die unter Pkt 3.2. ff im Speziellen angeführten Rechtsgrundlagen für dieses Verfahren in Anwendung zu bringen.

3.4. Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl Nr 218/1975 idgF lauten:

Saisonarbeitskräfte und ErntehelferInnen

§ 5. (1) Der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz kann im Falle eines vorübergehenden zusätzlichen Arbeitskräftebedarfs, der weder aus dem im Inland verfügbaren Arbeitskräftepotenzial noch mit EWR-BürgerInnen, SchweizerInnen und gemäß Abs. 7 registrierten AusländerInnen abgedeckt werden kann, durch Verordnung zahlenmäßige Kontingente

1. für eine zeitlich befristete Zulassung ausländischer Saisonarbeitskräfte in einem bestimmten Wirtschaftszweig, in einer bestimmten Berufsgruppe oder Region oder

2. für die kurzfristige Zulassung ausländischer ErntehelferInnen

festlegen. Er hat dabei die allgemeine Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes, insbesondere im betreffenden Teilarbeitsmarkt, zu berücksichtigen und darf die gemäß § 13 Abs. 4 Z 1 NAG festgelegte Höchstzahl für befristet beschäftigte Fremde im Jahresdurchschnitt nicht überschreiten. Zeitlich begrenzte Überschreitungen sind zulässig.

(2) Die Länder und die Interessenvertretungen der ArbeitgeberInnen und der ArbeitnehmerInnen auf Landesebene sind vor der Festlegung von Kontingenten gemäß Abs. 1 anzuhören.

(3) Im Rahmen von Kontingenten gemäß Abs. 1 Z 1 werden Saisonarbeitskräfte mittels Beschäftigungsbewilligungen (§ 4) für eine befristete Saisonbeschäftigung zugelassen. Die zulässige Höchstdauer der Beschäftigungsbewilligungen wird in der jeweiligen Verordnung geregelt, darf jedoch die Dauer von sechs Monaten nicht überschreiten. Innerhalb eines Zeitraumes von 12 Monaten dürfen für ein und dieselbe Saisonarbeitskraft Beschäftigungsbewilligungen für eine Gesamtdauer von längstens neun Monaten erteilt oder verlängert werden.

(4) Abweichend von Abs. 3 dürfen für Saisonarbeitskräfte, die den Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen (§ 32a), Beschäftigungsbewilligungen für eine Gesamtdauer von zwölf Monaten innerhalb von 14 Monaten erteilt werden. Für Saisonarbeitskräfte, die bereits in den vergangenen drei Jahren im Rahmen von Kontingenten für den Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft beschäftigt waren, dürfen neuerliche Beschäftigungsbewilligungen in diesem Wirtschaftszweig für eine Gesamtdauer von bis zu neun Monaten erteilt oder verlängert werden.

(5) Im Rahmen von Kontingenten gemäß Abs. 1 Z 2 werden ErntehelferInnen mittels Beschäftigungsbewilligungen (§ 4) für eine kurzfristige, einen Zeitraum von sechs Wochen nicht überschreitende, Beschäftigung zugelassen.

(6) Im Rahmen von Kontingenten gemäß Abs. 3 bis 5 erteilte oder verlängerte Beschäftigungsbewilligungen binden für ihre jeweilige Geltungsdauer einen Kontingentplatz. Nach Ablauf der Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung kann der Kontingentplatz mit einer neuen Beschäftigungsbewilligung belegt werden. Für Saisonarbeitskräfte, die bereits im Rahmen eines Kontingents bewilligt beschäftigt sind, dürfen weitere Beschäftigungsbewilligungen bis zur zulässigen Höchstdauer nach Maßgabe der Abs. 3 bis 5 ungeachtet eines freien Kontingentplatzes erteilt werden. Saisonarbeitskräfte, die bereits zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt sind oder mindestens einmal in den vorangegangenen fünf Jahren als Saisonarbeitskraft oder ErntehelferIn im Rahmen eines Kontingents gemäß Abs. 1 Z 1 oder 2 beschäftigt waren, sind bevorzugt zu bewilligen.

(7) Beschäftigungsbewilligungen für Saisonarbeitskräfte, die in den Kalenderjahren 2006 bis 2010 im selben Wirtschaftszweig jeweils mindestens vier Monate im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 Abs. 1 Z 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 135/2009 befristet beschäftigt waren und sich bis 30. April 2012 bei den regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice für eine weitere Beschäftigung in diesem Wirtschaftszweig registrieren haben lassen, können außerhalb von Kontingenten gemäß Abs. 1 Z 1 nach Maßgabe des Abs. 3 erteilt werden und sind nicht auf Kontingente anzurechnen. Die Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall entfällt (§ 4 Abs. 7 Z 6).

(8) Die Prüfung des Aufenthaltsrechts gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 und das Verfahren gemäß § 11 entfallen, wenn die Beschäftigungsbewilligung im Rahmen von Kontingenten gemäß Abs. 1 Z 1 oder Z 2 beantragt wurde und die Saisonarbeitskraft oder der/die ErntehelferIn der Visumpflicht gemäß § 24 Abs. 1 Z 3 FPG unterliegt. Die Aufnahme der

Beschäftigung ist jedoch erst nach Erteilung eines Visums nach Maßgabe des § 24 Abs. 1 Z 3 FPG erlaubt.

(9) Die zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat Anträge auf Beschäftigungsbewilligungen für AusländerInnen, die über ein Visum C mit mehrjähriger Gültigkeitsdauer verfügen, der örtlich zuständigen Landespolizeidirektion vor der Entscheidung zur Kenntnis zu bringen (§ 24 Abs. 5 FPG).

3.4.1. Die Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz für die befristete Beschäftigung von AusländerInnen im Sommertourismus BGBl II 73/2018 vom 20. April 2018 lautet auszugsweise:

Aufgrund des § 5 Abs. 1 Z 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 66/2017 und die Bundesministeriengesetz-Novelle 2017, BGBl. I Nr. 164/2017 wird verordnet:

§ 1. Für den Wirtschaftszweig Sommertourismus wird ein Kontingent in der Höhe von 720 für die befristete Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften festgelegt und auf die Bundesländer wie folgt aufgeteilt:

[...]

Oberösterreich.....94,

davon 8 für Schaustellerbetriebe

§ 2. (1) Im Rahmen der Kontingente dürfen ab 1. Mai 2018 Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden, deren Geltungsdauer 25 Wochen nicht überschreiten und nicht nach dem 31. Oktober 2018 enden darf. Beschäftigungsbewilligungen für Berg-, Alm- und Schutzhüttenbetriebe dürfen ab Inkrafttreten dieser Verordnung erteilt werden.

(2) AusländerInnen, die den Übergangsbestimmungen zur EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen (§ 32a AuslBG), und Saisonarbeitskräfte, die in den vorangegangenen fünf Jahren zumindest einmal im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 AuslBG erlaubt beschäftigt waren, sind bei der Erteilung der Beschäftigungsbewilligungen zu bevorzugen.

§ 3. Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 30. September 2018 außer Kraft.

3.4.2. Die Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz für die befristete Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern im Wintertourismus BGBl II 273/2018 vom 24. Oktober 2018 lautet auszugsweise:

Aufgrund des § 5 Abs. 1 Z 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 56/2018, wird verordnet:

§ 1. Für den Wirtschaftszweig Wintertourismus wird ein Kontingent in der Höhe von 1 100 für die befristete Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften festgelegt und auf die Bundesländer wie folgt aufgeteilt:

[...]

Oberösterreich:.....35,

davon 5 für Schaustellerbetriebe

§ 2. (1) Im Rahmen der Kontingente dürfen ab 12. November 2018 Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden, deren Geltungsdauer 25 Wochen nicht überschreiten und nicht nach dem 15. Mai 2019 enden darf. Beschäftigungsbewilligungen für Betriebe in den Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet sowie für Schaustellerbetriebe dürfen ab Inkrafttreten dieser Verordnung erteilt werden. (2) Ausländerinnen und Ausländer, die den Übergangsbestimmungen zur EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen (§ 32a AuslBG) und Saisonarbeitskräfte, die in den vorangegangenen fünf Jahren zumindest einmal im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 AuslBG erlaubt beschäftigt waren, sind bei der Erteilung der Beschäftigungsbewilligungen zu bevorzugen.

§ 3. Diese Verordnung tritt mit Ablauf des 30. April 2019 außer Kraft.

Für die Bestimmung der zulässigen Höchstdauer einer Beschäftigungsbewilligung heranzuziehen sind demnach zwei Bestimmungen.

§ 5 Abs. 3 AuslBG legt fest, dass der zeitliche Geltungsbereich der Beschäftigungsbewilligung durch die jeweilige Verordnung - für den Sommer- oder den Wintertourismus jahresaktuell - bestimmt wird, eine Höchstdauer von sechs Monaten darf jedoch nicht überschritten werden.

Weiteres darf für ein und dieselbe Saisonarbeitskraft innerhalb von 12 Monaten eine Beschäftigungsbewilligung von einer Gesamtdauer von längstens neun Monaten erteilt oder verlängert werden.

Die konkret heranzuziehende Höchstdauer selbst ergibt sich aus der von der Bundesministerin für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz erlassenen Verordnung. Für den Wirtschaftszweig Sommertourismus 2018 war demnach eine Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen ab 01. Mai 2018 für die Dauer von höchstens 25 Wochen möglich, wobei diese nicht nach dem 31.10.2018 durften.

Daraus ergibt sich fallbezogen, dass für die bP2 die Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung nicht möglich war, weil der bP2 eine Beschäftigungsbewilligung für ein Kontingent im Wirtschaftszweig Sommertourismus ausgestellt wurde und dieser Kontingentzeitraum mit 31.10.2018 zeitgleich mit der Beschäftigungsbewilligung endete.

In der Regierungsvorlage (1516 BlgNR 25. GP) zur Umsetzung der Saisonarbeiter-Richtlinie 2014/36/EU heißt es betreffend die Verlängerung einer Beschäftigungsbewilligung auszugsweise:

"In § 5 Abs. 6 wird entsprechend dem Art. 15 Der Saisonarbeiter-Richtlinie klargestellt, dass innerhalb der jeweiligen maximalen Zulassungsdauer ein Antrag auf Verlängerung der Beschäftigung bei dem/der selben ArbeitgeberIn bzw. bei einem/einer anderen ArbeitgeberIn nicht wegen Ausschöpfung des Kontingents abgelehnt werden darf [...] Weiters wird eine nach Art. 16 Abs. 2 der Saisonarbeiter-Richtlinie mögliche Erleichterung für jene Saisoniers eingeführt, die mindestens einmal in den vorangegangenen fünf Jahren als Saisonarbeitskräfte zugelassen waren und dabei die geltenden Bedingungen uneingeschränkt erfüllt haben, insbesondere ihren fremdenrechtlichen Verpflichtungen zur Ausreise nachgekommen sind. Solche Saisonarbeitskräfte sollen künftig im Rahmen der festgelegten Kontingente gegenüber neu beantragten Saisonarbeitskräften bevorzugt bewilligt werden."

Die in § 5 Abs. 6 AuslBG normierte Möglichkeit der Verlängerung nimmt ebenfalls Bezug auf die nach der Verordnung geltende Höchstdauer und bringt damit unmissverständlich zum Ausdruck, dass dem Antrag zwar stattzugeben ist, auch wenn bereits alle Kontingentplätze für die Saison vergeben sind, darüber hinaus aber keine Möglichkeit der Verlängerung eines Sommerkontingentes hinein in den Wintertourismus geschaffen werden soll. Dem steht auch die notwendige Voraussetzung einer lückenlosen Weiterbeschäftigung an die bisherige Beschäftigung nicht entgegen. Ein Wechsel zwischen den Kontingenten ist nur in Form eines Wechsels zwischen den Tätigkeitsbereichen Tourismus und Land- und Forstwirtschaft vorgesehen.

Die Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung ist demnach für jene Fälle vorgesehen in denen die Höchstdauer von 25 Wochen noch nicht ausgeschöpft wurde und sich in der laufenden Saison der Bedarf der Weiterbeschäftigung einer Arbeitskraft ergibt.

Die bB ging daher richtigerweise von einem Neuantrag im Rahmen der Kontingentplätze für den Wintertourismus aus und leitete ein Ersatzkraftverfahren ein.

Soweit sich die Beschwerde der bP1 gegen das Erfordernis der einhelligen Befürwortung durch den Regionalbeirat richtet, kann auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen werden, wonach es sich beim Erfordernis der einhelligen Befürwortung des Regionalbeirates um eine Tatsachenvoraussetzung, welche nicht auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen ist (VwGH 28.02.2002, 99/09/0139, m. H.a. E VfGH 12.10.1990, G 146/90, V 211/90 = VfSlg. 12506) handelt.

Der VfGH führt in ständiger Rechtsprechung aber auch aus, dass wenn die Behörde erster Instanz als Voraussetzung für eine dem Antrag stattgebende Entscheidung der Zustimmung einer anderen Behörde bedarf, die im Allgemeinen einer einheitlichen Handhabung des Gesetzes dient, dieses Zustimmungserfordernis auf diesen Verfahrensabschnitt beschränkt ist und gilt. Im Sinne des Rechtsstaatsprinzips, verfassungskonform interpretiert, wird dadurch aber nicht auch die Rechtsmittelbehörde gebunden (vgl. VfSlg 14.318(1995 und 14.446/1996).

Entgegen der Behauptung der bP1, "es sei qualitativ kein Unterschied, ob sich die bB darauf stütze, dass alle Kontingente bereits vergeben seien, der Regionalbeirat die Vergabe nicht einhellig befürwortet habe oder die Entscheidung gleich unbegründet bleibe, da es sich letztendlich um eine "Scheinbegründung" handle, die inhaltlich von keinem Gericht überprüft werden könne", hat sich das BVwG mit den Umständen die zur Abweisung des Antrages

fürten auseinanderzusetzen und auch die Entscheidung des Regionalbeirates zu überprüfen.

Da der Regionalbeirat ausweislich des vorliegenden Protokolls hier der Erteilung zugestimmt hat, erwies sich die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet.

Der Beschwerdebehauptung es handle sich bei der Abweisung "wegen fehlender Kontingentplätze" um eine "Scheinbegründung" kann entgegengehalten werden, dass die Begründung auch bei fehlender Bekanntgabe welche Kriterien schlussendlich zum Vorzug eines anderen Antrages geführt haben, für sich nicht per se einen Verstoß gegen die Begründungspflicht von Bescheiden darstellt.

In den Ausführungen in der Regierungsvorlage (1077 dB XXIV. GP) wird ua. zum Ausdruck gebracht, dass bei Entscheidungen ob ein Kontingentplatz vergeben wird oder nicht, auch arbeitsmarktpolitische Ziele eine Rolle spielen sollen.

Die arbeitsmarktpolitischen Ziele - wie etwa die Verfügbarkeit einer geeigneten Arbeitskraft - wurden bereits vom Regionalbeirat berücksichtigt.

Dass dennoch kein Kontingentplatz vergeben wurde ergibt sich nach Auskunft der bB dadurch, dass jährlich mehr Anträge gestellt werden, als Plätze zur Verfügung stehen.

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

© 2025 JUSLINE

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

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