

# TE Bvwg Erkenntnis 2020/6/2 L517 2230608-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.06.2020

## Entscheidungsdatum

02.06.2020

## Norm

AuslBG §12b

AuslBG §2

AuslBG §20d

AuslBG §4

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

L517 2230608-1/4E

L517 2230609-1/5E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. NIEDERWIMMER als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichterinnen Mag.a TOMA und Mag.a SOVIC als Beisitzerinnen über die Beschwerden von XXXX und XXXX , geb. XXXX , beide vertreten durch RA Mag. Alexander FUCHS gegen die Bescheide des Arbeitsmarktservice, Geschäftsstelle XXXX , vom XXXX , ABB-NR: XXXX nach den ergangenen Beschwerdevorentscheidungen vom 08.04.2020 in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl I Nr 33/2013 idgF, iVm § 2, § 4 und § 12b Z1 iVm § 20d Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) idgF, 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:

29.01.2020.– Antrag der bP2 auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot Karte - Fachkraft Mangelberuf“§ 12a AuslBG beim XXXX XXXX XXXX

13.02.2020 – Parteiengehör

20.02.2020 – Stellungnahme – Zweckänderungsantrag auf § 12b AuslBG

E-Mail XXXX XXXX Bestätigung Zweckänderungsantrag

21.02.2020 – Anhörung im Regionalbeirat § 12a AuslBG

negativer Bescheid der bB § 12a AuslBG – allerdings ohne Zustellung

25.02.2020 – Vorlage weiterer Unterlagen

26.02.2020 – Mitteilung bB – Neubeurteilung aufgrund nachgereichter Unterlagen Information bzgl. Sprachnachweise

02.03.2020 – Vorlage sämtlicher Unterlagen in übersetzter und beglaubigter Form

XXXX – Anhörung im Regionalbeirat § 12a AuslBG

negativer Bescheid der bB § 12a AuslBG

30.03.2020 – Beschwerde

08.04.2020 – Beschwerdeentscheidung § 12b

15.04.2020 – Vorlageantrag

30.04.2020 – Beschwerdevorlage am BVwG

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1.0. Feststellungen (Sachverhalt):

1.0. Die beschwerdeführende Partei 2 (Arbeitnehmer, in Folge „bP2“) besitzt die Staatsbürgerschaft XXXX .

Am 29.01.2020 stellte die bP2 beim XXXX XXXX einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot Karte – Fachkraft im Mangelberuf“. Die vorgelegte Arbeitgebererklärung der „ XXXX “ (beschwerdeführende Partei 1 bzw. „bP1“) weist folgenden Inhalt auf:

Berufliche Tätigkeit: Eisverkäufer, Entlohnung EUR 1.730,-; Vermittlung von Ersatzkräften erwünscht

Weiters wurde mit dem Antrag eine Reisepasskopie, ein Dienstvertrag vom 22.12.2019, Zeugnisse der vier Klassen Gymnasium „ XXXX “, ein Diplom der Polizeiakademie XXXX vom 18.11.2015 sowie ein Diplom über den Studienabschluss „Rechtswissenschaften“ Universität XXXX vom 25.04.2019 in übersetzter und beglaubigter Form vorgelegt. Weiters vorgelegt wurde auch eine Bestätigung der XXXX GmbH vom 04.07.2019 wonach die bP2 von 15.03.2012 bis 21.11.2014 im Unternehmen als Kellner beschäftigt war.

Mit Schreiben vom 13.02.2020 wurde der bP1 das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens –15 Punkte von erforderlichen 55 Punkten - zur Kenntnis gebracht. Das AMS XXXX als zuständige Behörde gem. § 20d AuslBG (in Folge belangte Behörde bzw. „bB“) führte inhaltlich aus:

Eine adäquate Berufserfahrung liege ebenso wenig wie ein Nachweis von Deutsch oder Englisch Sprachkenntnissen vor. Schulzeugnisse mit den Unterrichtsfächern Deutsch/Englisch könnten für die Punktevergabe nicht herangezogen werden.

Mangels adäquater Berufsausbildung könne auch der Praxisnachweis als Kellner/Barmann nicht bei der Beurteilung berücksichtigt werden.

Mit Schreiben vom 20.02.2020 führte die Rechtsvertretung der beiden beschwerdeführenden Parteien aus, den gegenständlichen Antrag auf Erteilung einer „RWR-Karte sonstige Schlüsselkraft“ abzuändern. Der Antragsteller sei unter 30 Jahre alt, verfüge über Deutsch- und Englischkenntnisse, habe ein abgeschlossenes Hochschulstudium und Matura und verfüge über einschlägige Berufserfahrung. Zusätzlich zum Lohn werde ihm auch vom Dienstgeber eine Dienstwohnung zur Verfügung gestellt.

Am selben Tag wurde die Zweckänderung vom XXXX XXXX bestätigt.

Am 21.02.2020 erfolgte die Anhörung im Regionalbeirat und erging der negative Bescheid der bB auf Grundlage des § 12a AuslBG, eine Zustellung durch das XXXX XXXX an die beschwerdeführenden Parteien erfolgte nicht.

Mittels Mail vom 25.02.2020 wurden weitere Unterlagen zur Stellungnahme vom 20.02.2020 vorgelegt: Beilage zum Diplom der Rechtswissenschaften wonach die bP2 nach Abschluss von 8. Semestern an der Universität für Geschäftsstudien XXXX „Diplomierter Jurist“ sei in beglaubigter und übersetzter Form, Bescheinigung der Schule für Fremdsprachen XXXX vom 20.06.2003 über den erfolgreichen Abschluss des ersten Grades des Kurses für Englische Sprache sowie ein Strafregisterauszug vom 09.01.2020 in übersetzter und beglaubigter Form.

Weiters wurde auch ein Englisch Zertifikat der „School for English language“ über den erfolgreichen Abschluss des „Lighthouse 1 - Level of English Course“ vom Juli 2001 in nicht beglaubigter Form vorgelegt.

Mit Schreiben vom 26.02.2020 teilte die bB der Rechtsvertretung mit, dass der vorläufige Bescheid vom 21.02.2020 nicht zugestellt, und auf Grundlage der nachgereichten Unterlagen eine neue Beurteilung vorgenommen werde.

Weiters wurde der Rechtsvertretung mitgeteilt, dass das vorgelegte Englisch Zertifikat bei der Punktevergabe nicht berücksichtigt werden könne, da der Nachweis von Sprachkenntnissen durch entsprechende international anerkannte Sprachdiplome oder Kurszeugnisse zu erbringen sei. Das Prüfungszeugnis dürfe nicht älter als ein Jahr sein. Folgende Einrichtungen würden dafür in Betracht kommen [...]

Darüber hinaus wurde der Rechtsvertretung wiederholt mitgeteilt, dass ein Nachweis von Deutsch oder Englisch Kenntnissen allein durch Schulzeugnisse nicht ausreichend sei.

Mit 02.03.2020 erfolgte die nochmalige Vorlage sämtlicher Unterlagen in beglaubigter Form.

Am XXXX erfolgte eine weitere Anhörung im Regionalbeirat und erging ein negativer, den Antrag vom 11.02.2020 auf Grundlage des § 12a AuslBG abweisender Bescheid.

Mit Schreiben vom 30.03.2020 erhoben die beschwerdeführenden Parteien in rechtsfreundlicher Vertretung Beschwerde und brachten vor:

Die bP2 habe am 29.01.2020 persönlich beim XXXX XXXX einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als „Fachkraft im Mangelberuf“ abgegeben. Mit Schreiben vom 20.02.2020 sei ein Zweckänderungsantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „RWR-Karte – sonstige Schlüsselkraft“ gestellt worden. Per Mail vom 25.02.2020 seien vom Rechtsvertreter weitere Urkunden vorgelegt worden.

Den beschwerdeführenden Parteien sei mit Schreiben vom 13.02.2020 (eingelangt am 18.02.2020) das Parteiengehör zugestellt worden. Die beschwerdeführenden Parteien hätten daraufhin innerhalb der vorgegebenen Frist von einer Woche sowohl den Zweckänderungsantrag (20.02.2020) gestellt, sowie weitere Unterlagen (25.02.2020) vorgelegt. Die bB habe jedoch vor Ablauf der gesetzten Frist mit 21.02.2020 bereits einen negativen Bescheid erlassen und dem XXXX XXXX zur Zustellung übermittelt. Dies sei der Rechtsvertretung mit E-Mail vom 26.02.2020 mitgeteilt worden. Nach Stellungnahme der Rechtsvertretung am selben Tag sei seitens der bB mitgeteilt worden, dass die ursprünglichen Bescheide nicht zugestellt werden und eine neue Beurteilung auf Grundlage der nachgereichten Unterlagen erfolgen werde. Gleichzeitig seien die beschwerdeführenden Parteien dazu aufgefordert worden, bis XXXX sämtliche Unterlagen in beglaubigter Form vorzulegen. Die entsprechenden Unterlagen seien sodann am 02.03.2020 vorgelegt worden.

Bei der bP2 handle es sich um einen am XXXX geborenen Polizeibeamten, welcher das Jurastudium an der Universität XXXX , erfolgreich abgelegt habe und welcher über das A1-ÖSD Zertifikat für Deutsch sowie ein Englisch-Diplom verfüge. Die bP2 sei gerichtlich unbescholten und habe im Gymnasium XXXX sowohl die deutsche als auch die englische Sprache mit „Gut“ abgeschlossen. Er verfüge über eine abgeschlossene Matura und habe auch die Polizeiakademie in XXXX positiv abgeschlossen. Weiters könne die bP2 eine einschlägige Berufserfahrung von mehr als 2 Jahren vorweisen da die bP2 bereits in einer Gastronomie in XXXX gearbeitet habe. Im XXXX GmbH sei die bP2 an der Bar sowie als Kellner eingesetzt worden und mit dem Speisen- und Getränkeservice sowie dem Ausstellen von Rechnungen betraut gewesen.

Am XXXX habe die bB einen negativen – einen Antrag vom 11.02.2020 – abweisenden Bescheid erlassen. Der Antrag der bP2 sei weder am 11.02.2020, noch auf Zulassung als Fachkraft gestellt worden. Mit Schreiben vom 20.02.2020 sei die Umstellung des ursprünglichen Antrages, auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „RWR-Karte – sonstige Schlüsselkraft“ erfolgt. Der Zweckänderungsantrag sei sowohl vom XXXX XXXX als auch von der bB zur Kenntnis genommen worden. Der nunmehr angefochtene Bescheid vom XXXX sei nicht nachvollziehbar und leide an Rechtswidrigkeit. Die ursprüngliche Antragstellung sei am 29.01.2020 erfolgt. Die bB sei offensichtlich von einem ganz anderen Sachverhalt ausgegangen und sei die Umstellung des Antrages einfach ignoriert worden.

Richtigerweise hätte die bB für die Qualifikation – die abgeschlossene Universitätsreife 25 Punkte bzw. für das abgeschlossene Studium 30 Punkte sowie für ausbildungsadäquate Berufserfahrung – pro Berufsjahr 2 Punkte sohin 4 Punkte, für das A1 Deutsch-Diplom (ÖSD-Zertifikat A1 vom 18.02.2020) 5 Punkte und die Englischkenntnisse erworben auf B1 Niveau durch den Gymnasiumsbesuch 10 Punkte und für das Alter der bP2 von unter 30 Jahren 15 Punkte anrechnen bzw. vergeben müssen.

Insgesamt würde die bP2 sohin 64 Punkte von erforderlichen 55 Punkten erreichen und lägen die Voraussetzungen für die Zulassung als sonstige Schlüsselkraft und für die Erteilung eines Aufenthaltstitels „RWR-Karte sonstige Schlüsselkraft“ vor.

Die bP2 warte bereits auf ihr Ergebnis der A2 Deutsch Prüfung und werde das Diplom alsbald nachreichen.

Am 08.04.2020 erging die Beschwerdevorentscheidung der bB und änderte diese den Bescheid vom XXXX dahingehend ab, als nunmehr der Antrag der bP2 auf Zulassung RWR-Karte -sonstige Schlüsselkraft gem. § 12b Z1 AuslBG vom 20.02.2020 abgewiesen wurde.

Begründend führte die bB aus, bei der bP2 hätten nur aufgrund des Alters 15 Punkte angerechnet werden können. Die Umstellung des Antrages auf eine „RWR-Karte sonstige Schlüsselkraft“ ändere an der Punktevergabe nichts.

Der Schlüsselkraftlohn für die bP2 müsse im Jahr 2020 EUR 2.685,- im Monat zzgl. Sonderzahlungen betragen. Mit dem Zweckänderungsantrag sei der ursprüngliche Lohn von EUR 1.730 nicht erhöht worden. Soweit der bP2 eine Dienstwohnung zur Verfügung gestellt werde, sei über den Wert der Gegenleistung keine Angabe gemacht worden, es könne daher nicht nachvollzogen werden, ob das für Schlüsselkräfte vorgesehene monatliche Entgelt überhaupt erreicht werde.

Für die Ausbildung hätten keine Punkte vergeben werden können, da hierfür eine Ausbildung - vergleichbar mit der Dauer des österreichischen Lehrabschlusses - erforderlich sei. Eine Berufsausbildung im angestrebten Beruf liege nicht vor. Weder könne die bP2 eine Berufsausbildung als Eisverkäufer noch im Bereich Gastronomie vorweisen.

Für die Ausübung des Berufes „Eisverkäufer“ sei weder die Universitätsreife, noch ein abgeschlossenes Jurastudium, noch eine Ausbildung zum Polizisten Voraussetzung. Mit Verweis auf die Judikatur hätten daher auch hierfür keine Punkte im Rahmen der Qualifikation angerechnet werden können.

Ebenso könnten auch für die ausbildungsadäquate Berufserfahrung nur dann Punkte vergeben werden, wenn eine entsprechende Berufsausbildung vorläge.

Das in der Beschwerde angekündigte A1-Deutsch-Diplom sei bis jetzt nicht vorgelegt worden, weshalb keine Punkte angerechnet werden hätten können. In der Erläuterung zur Anlage C werde klargestellt, dass der Nachweis von Deutsch- oder Englischkenntnissen über ein Schulzeug alleine nicht ausreiche. Aus diesem Grund hätten die vorgelegten Schulzeugnisse nicht zu einer Punktevergabe führen können.

Am 15.04.2020 brachte die Rechtsvertretung einen Vorlageantrag ein.

Am 30.04.2020 erfolgte die Beschwerdevorlage am BVwG.

## 2.0. Beweiswürdigung:

2.1. Die Feststellungen zu den allgemeinen Voraussetzungen ergeben sich durch den Firmenbuchauszug, sowie durch Einsichtnahme in das zentrale Melderegister, das Berufsinformationssystem des AMS und die sonstigen relevanten Unterlagen.

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.

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.

Eine eigene Berufsausbildung für die Tätigkeit als „Eisverkäufer“ ist in Österreich nicht im Speziellen vorgesehen. Aufgaben in Service, Ausschank und Eisverkauf werden in der Praxis von im Betrieb beschäftigten und ausgebildeten „Gastronomie-/Restaurantfachkräften“ übernommen.

Bei dem Berufsprofil „Gastronomie-/Restaurantfachkraft“ handelt es sich in Österreich um einen Lehrberuf mit einer Lehrzeit von 4 bzw. 3 Jahren. Daneben gibt es auch die Möglichkeit der Beschäftigung als „Servicekraft“ wobei es sich hierbei um eine Hilfs- bzw. Anlern-tätigkeit handelt ohne geregelter Ausbildung.

Von der bP2 konnte keine entsprechende Berufsausbildung, vergleichbar mit dem österreichischen Lehrabschluss, nachgewiesen werden. Die vorgelegte Arbeitsbestätigung der XXXX GmbH vermag zwar zum Nachweis einer gewissen Praxiserfahrung der bP2 im Gastrobereich geeignet sein, doch sollen „bloße“ Anlern- und Hilfstätigkeiten - worum es sich hier bei der Einschränkung des Aufgabenbereichs auf den Eisverkauf zweifelsfrei handelt – laut Gesetzgeber nicht vom Anwendungsbereich der Bestimmung zur Erteilung der „Rot Weiß Rot Karte – sonstige Schlüsselkraft“ umfasst werden. Diesbezüglich ist auf die rechtliche Beurteilung zu verweisen.

Bezüglich Sprachnachweise, wurde in der Beschwerde vom 30.03.2020 die Nachreichung eines A2 Zertifikates angekündigt. Das entsprechende Dokument findet sich jedoch weder im Akt oder lag der bB im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung am 08.04.2020 vor, noch wurde es bis dato dem BVwG übermittelt.

Bezüglich dem zu zahlenden monatlichen Bruttoentgelt hätte zwischen den beschwerdeführenden Parteien für 2020 mindestens ein Gehalt von 2.685 EUR (50 % der Höchstbemessungsgrundlage zur Sozialversicherung 2020) vereinbart werden müssen. Wertangaben über die zur Verfügung gestellte Wohnung liegen nicht vor.

Die Angaben zum Zweckänderungsantrag konnten wie von der Rechtsvertretung vorgebracht übernommen werden. Eine Korrektur der Rechtsgrundlage sowie des Antragsdatums erfolgte mit der Beschwerdeentscheidung am 08.04.2020. Die beschwerdeführenden Parteien wurden dadurch nicht in ihrem Rechtsschutzinteresse verletzt.

Ein Ersatzkraftverfahren wurde nicht durchgeführt.

### 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

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.

3.4. Gemäß § 21 AuslBG hat der Ausländer in allen Verfahren, in denen seine persönlichen Umstände maßgeblich für die Entscheidung sind, sowie in jenen Fällen, in denen keine Person im Sinne des § 2 Abs. 3 vorhanden ist, Parteistellung. In allen anderen Verfahren hat der Ausländer die Stellung eines Beteiligten.

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.

3.5. Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in der Fassung BGBl Nr 218/1975 idgF lauten:

Beschäftigungsbewilligung

## Voraussetzungen

§ 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,
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,

Z 10-11 [...]

Abs. 2 [...]

(3) Die Beschäftigungsbewilligung darf dem Arbeitgeber bei Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen gemäß Abs. 1 und 2 nur erteilt werden, wenn

1. der Regionalbeirat die Erteilung einhellig befürwortet oder

(Anm.: Z 2 bis 4 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 72/2013)

5. der Ausländer gemäß § 5 befristet beschäftigt werden soll oder
6. der Ausländer über eine Aufenthaltsbewilligung als Schüler (§ 63 NAG) oder Student (§ 64 Abs. 1 und 4 NAG) verfügt oder Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Student“ eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union ist und im Rahmen eines Unions- oder multilateralen Programms mit Mobilitätsmaßnahmen oder einer Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Hochschuleinrichtungen einen Teil des Studiums in einer inländischen Hochschuleinrichtung absolviert oder
7. der Ausländer Betriebsentsandter ist (§ 18) oder

(Anm.: Z 8 aufgehoben durch Art. 1 Z 8, BGBl. I Nr. 66/2017)

9. der Ausländer gemäß § 57 AsylG 2005 besonderen Schutz genießt oder
10. für den Ausländer eine Bewilligung zur grenzüberschreitenden Überlassung gemäß § 16 Abs. 4 AÜG bzw. § 40a Abs. 2 des Landarbeitsgesetzes 1984 vorliegt oder, sofern eine solche Bewilligung gemäß § 16a AÜG bzw. § 40a Abs. 6 des Landarbeitsgesetzes 1984 nicht erforderlich ist, die Voraussetzungen des § 16 Abs. 4 Z 1 bis 3 AÜG bzw. § 40a Abs. 2 Z 1 bis 3 des Landarbeitsgesetzes 1984 sinngemäß vorliegen oder
11. der Ausländer auf Grund allgemein anerkannter Regeln des Völkerrechts oder zwischenstaatlicher Vereinbarungen zu einer Beschäftigung zuzulassen ist oder
12. der Ausländer Anspruch auf Leistungen nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG), BGBl. Nr. 609, hat oder
13. der Ausländer nicht länger als sechs Monate als Künstler (§14) beschäftigt werden soll oder
14. der Ausländer einer Personengruppe gemäß einer Verordnung nach Abs. 4 angehört.

Abs. 4-6 [...]

(7) Die Arbeitsmarktprüfung gemäß Abs. 1 und 2 entfällt bei

(Anm.: Z 1 aufgehoben durch Art. 1 Z 9, BGBl. I Nr. 66/2017)

2. Schülern und Studenten (Abs. 3 Z 6) für eine Beschäftigung, die 20 Wochenstunden nicht überschreitet,
3. Studienabsolventen (§ 12b Z 2),
4. Fachkräften hinsichtlich einer Beschäftigung in einem in der Fachkräfteverordnung (§ 13) festgelegten Mangelberuf,
5. Ausländern, die besonderen Schutz genießen (Abs. 3 Z 9) und
6. registrierten befristet beschäftigten Ausländern (§ 5 Abs. 7).

Prüfung der Arbeitsmarktlage

§ 4b. (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.

Abs. 2 und 3 [...]

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

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

Z 1 und 2 [...]



### 3. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1

Z 4 bis 6 [...]

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.

Abs. 2 bis 5 [...]

Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen

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

1. die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens 50 vH oder, sofern sie das 30. Lebensjahr überschritten haben, mindestens 60 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, oder

2. [...]

Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1

Anlage C

Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1

Kriterien

Punkte

Qualifikation

maximal anrechenbare Punkte: 30

abgeschlossene Berufsausbildung oder spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung

20

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

25

Abschluss eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer

30

ausbildungsadäquate Berufserfahrung

maximal anrechenbare Punkte: 20

Berufserfahrung (pro Jahr)

Berufserfahrung in Österreich (pro Jahr)

2

4

Sprachkenntnisse Deutsch

maximal anrechenbare Punkte: 15

Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau (A 1)

Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2)

Deutschkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)

5

10

15

Sprachkenntnisse Englisch

maximal anrechenbare Punkte: 10

Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2)

Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)

5

10

Alter

maximal anrechenbare Punkte: 15

bis 30 Jahre

bis 40 Jahre

15

10

Summe der maximal anrechenbaren Punkte

Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen

90

20

erforderliche Mindestpunktzahl

55

Das Vorliegen der allgemeinen Universitätsreife konnte im Rahmen der Anlage C zu keiner Punktzahlrechnung führen, da zur Erlangung der beruflichen Qualifikation als „Gastronomie-/Restaurantfachkraft“ bzw. „Servicekraft“ die allgemeine Universitätsreife weder Voraussetzung ist noch üblich vorausgesetzt wird (vgl. VwGH vom 25.01.2013, ZI 2012/09/0068).

Ausschlaggebend für die Anrechnung der Universitätsreife sollen nach Intention des Gesetzgebers nur die Voraussetzungen für die jeweilige Berufsausübung sein.

Die von der bP mit Beschwerde beigebrachte Arbeitsbestätigung über die zweijährige Tätigkeit im Gastrobereich konnte weder im Rahmen der Qualifikation, noch bei der Anrechnung adäquater Berufserfahrung berücksichtigt werden.

Wie den Erläuterungen in der Regierungsvorlage (1077 dB 24 GP.) zur Novelle des Ausländerbeschäftigungsgesetzes BGBl I Nr 25/2011, mit der das kriteriengeleitete Zuwanderungsmodell eingeführt wurde, klar zu entnehmen ist, soll Fachkräften aus Drittstaaten bei Erfüllung personenbezogener und nach Punkten bewerteter Kriterien und klar definierter arbeitsmarktpolitischer Voraussetzungen nur eine qualifizierte Beschäftigung in Österreich ermöglicht werden. Eine Tätigkeit die im überwiegenden Ausmaß in Hilfsarbeitertätigkeiten oder einfachen angelernten Tätigkeiten besteht, soll davon nicht erfasst werden.

Aufgrund des mangelnden Sprachnachweises konnten der bP2 nur 15 Punkte für das Alter angerechnet werden und erreichte die bP2 daher die erforderlichen Mindestpunkte von 55 nicht.

Wie in der Beweiswürdigung ausgeführt, liegen auch die lohnrechtlichen Voraussetzungen gem. § 12b AuslBG nicht vor.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen war spruchgemäß zu entscheiden und die Beschwerde abzuweisen und der Bescheid vollinhaltlich zu bestätigen.

Von der Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens konnte die bB konkret absehen, da schon aufgrund des zuvor geführten §12a Verfahrens feststand, dass die bP2 die erforderliche Punkteanzahl (auch hinsichtlich der Anlage B) nicht erreicht und es sich bei der beantragten Tätigkeit um eine „bloße „ Hilfstätigkeit handelt.

3.6. Gemäß § 45 Abs. 3 AVG des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 (AVG), BGBl. Nr. 51/1991, ist den Parteien Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu erlangen und dazu Stellung zu nehmen.

Im gegenständlichen Fall wurde der bP1 das Ergebnis der Beweisaufnahme mit Schreiben vom 13.02.2020 zum Parteiengehör übermittelt. Der am 20.02.2020 eingebrachte Zweckänderungsantrag ändert an der Wahrung des Parteiengehör nichts.

3.7. 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.
3. wenn die Rechtssache durch einen Rechtspfleger erledigt wird.

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 Parteien zurückgezogen werden.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, das Verwaltungsgericht ungeachtet eines Parteiantrags 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 Schutze 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.

Gemäß § 24 Abs. 5 VwGVG kann das Verwaltungsgericht von der Durchführung (Fortsetzung) einer Verhandlung absehen, wenn die Parteien ausdrücklich darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann bis zum Beginn der (fortgesetzten) Verhandlung erklärt werden.

Gegenständlich war der maßgebliche Sachverhalt hinreichend durch die Aktenlage geklärt und konnte das BVwG gem. § 24 Abs. 4 VwGVG von einer Verhandlung absehen, weil die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt.

Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung erwies sich daher nicht als erforderlich und wurde eine solche auch nicht beantragt.

3.8. 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 (VwGH vom 22.05.2014, Ra 2014/01/0030).

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 des Bundesverwaltungsgerichtes von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diesbezüglich ist die vorliegende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Darüber hinaus stellten sich im gegenständlichen Fall in erster Linie Fragen der Tatsachenfeststellung und der Beweiswürdigung.

Sonstige Hinweise, die auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage schließen lassen, liegen

ebenfalls nicht vor. Rein der Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht erst mit 01.01.2014 ins Leben gerufen wurde, lässt nicht den Schluss zu, dass es sich um eine Rechtsfrage handelt, die noch nicht vom Verwaltungsgerichtshof geklärt wurde.

Die grundsätzliche Bestimmung betreffend Ausstellung der Rot-Weiß-Rot Karte erfuhr keine substantielle Änderung, weshalb auch in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht gegeben waren.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen war spruchgemäß zu entscheiden.

**Schlagworte**

Berufsausbildung Punktevergabe Rot-Weiß-Rot-Karte Schlüsselkraft Sprachkenntnisse

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:L517.2230608.1.00

**Im RIS seit**

08.10.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

08.10.2020

**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)