

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/6/9 G312 2235402-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.06.2021

## Entscheidungsdatum

09.06.2021

## Norm

AuslBG §12a

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

G312 2235402-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Manuela WILD als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Mag. Dr. Peter Josef DEMSCHAR und Dr. Paul PART als Beisitzer über die Beschwerden der XXXX und der XXXX, vertreten durch Dr. Muhri und Wehrschtz Rae, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX vom XXXX, ABB XXXX, betreffend Zulassung als Fachkraft gemäß § 12a AuslBG von XXXX, geb. XXXX, bei der XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 03.05.2021 zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerden werden als unbegründet a b g e w i e s e n.

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

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX (im Folgenden: belangte Behörde) vom XXXX wurde der Antrag des im Spruch angeführten Arbeitgebers (im Folgenden: BF1) vom 20.02.2020 an die Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde gemäß § 20d Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) auf Zulassung der im Spruch genannten Arbeitnehmerin (im Folgenden: BF2) als Fachkraft gemäß § 12a AuslBG im Unternehmen der BF1 nach Anhörung des Regionalbeirates abgewiesen.

Gegen diesen Bescheid erhob sowohl die BF1 am 07.07.2020 als auch die BF2 am 08.07.2020 fristgerecht Beschwerde.

Die gegenständlichen Beschwerden wurden samt dazugehörigem Verwaltungsakten von der belangten Behörde am XXXX dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt.

Am 03.05.2021 fand vor dem BVwG eine öffentliche, mündliche Verhandlung unter Beisein der BF1 samt Rechtsvertretung wie auch eines Vertreters der belangten Behörde statt.

Mit Schriftsatz vom 20.05.2021 übermittelten die BF2 eine Stellungnahme, nachdem ihr im Rahmen des Parteiengehörs die Verhandlungsniederschrift übermittelt und sie aufgefordert wurde, binnen Fristsetzung dazu gegebenenfalls Stellung zu nehmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Die im Spruch angeführte BF2 ist serbische Staatsangehörige. Bei der BF1 handelt es sich um ein österreichisches Unternehmen im medizinisch-technischen Bereich.

Am 20.02.2020 beantragte die BF1 die Zulassung der im Spruch angeführten serbischen Staatsangehörigen (BF2) als Fachkraft gemäß § 12a AuslBG. Die BF1 beabsichtigte sie als medizinisch-technische Fachkraft (Physiotherapeutin, unbefristet, Bruttoentlohnung 2.307,58 Euro, 40 Wochenstunden) zu beschäftigen, dieser Beruf ist als Mangelberuf im Sinne der Fachkräfteverordnung für das Jahr 2020 definiert.

Mit Bescheid der XXXX Landesregierung vom XXXX, XXXX, wurde der BF2 die Bewilligung für eine unselbständige Tätigkeit im physiotherapeutischen Dienst zu Fortbildungszwecken, exklusive der Durchführung der Lymphdrainage, in der XXXX in XXXX für die Dauer von 2 Jahren mit Erlassung dieses Bescheides erteilt. Bei der Tätigkeit zur Fortbildung nach § 9 MTD-Gesetz handelt es sich um keine Berufsausübung im Sinne des § 7 MTD-Gesetz.

Die BF1 bestätigte im Verfahren zur Erlangung der Arbeitserlaubnis, dass die BF2 zu Fortbildungszwecken angestellt und diese Tätigkeit unter kontinuierlicher fachspezifischer Anleitung und Aufsicht erfolgen wird.

Die BF2 legte im Verfahren ihre Schulausbildung und Erwerbstätigkeit bescheinigende Nachweise aus Serbien vor, unter anderem:

? Diplom über die erlangte Hohe Bildung und die Fachbenennung Berufspysiotherapeut, von der Oberen Medizinschule für Fachstudien aus XXXX, ausgestellt am XXXX

? Zertifikat über die Fachbefähigung zur selbständigen Ausübung der Tätigkeit als „Therapeutische Masseurin“, ausgestellt am XXXX

? Zertifikat über die Fachbefähigung zur selbständigen Ausübung der Tätigkeit als „Sportmasseurin“

? Zertifikat über die Fachbefähigung zur selbständigen Ausübung als „Masseurin für Anti-Cellulite-Massage, ausgestellt am XXXX

? Zertifikat über die Fachbefähigung zur selbständigen Ausübung als „Manuelle Masseurin“, ausgestellt am XXXX

? Bescheinigung über die Fachprüfung in Fachphysiotherapie am XXXX, ausgestellt am XXXX

? Nachweis über die Tätigkeit als Physiotherapeutin Masseuse in XXXX von 2013 bis 2015, ausgestellt am XXXX

? Zertifikat über die Prüfung ÖIF Zertifikat B1 (Sprachdiplom Deutsch), ausgestellt am 19.05.2020

1.2. Die BF2 ist nicht in das Gesundheitsberuferegister aufgenommen, wodurch lediglich eine Bewilligung für die Tätigkeit zu Fortbildungszwecken durch das Land XXXX erteilt werden konnte.

Seit 1. Juli 2018 ist für Angehörige der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe sowie der gehobenen medizinisch-technischen Dienste die Eintragung in das Gesundheitsberuferegister Voraussetzung dafür, im jeweiligen Gesundheitsberuf (GBR-Beruf) tätig werden zu dürfen.

Derzeit kann aufgrund der gesetzlichen Änderung ab März 2020 die Berufstätigkeit ab sofort auch ohne Eintragung in das Gesundheitsberuferegister aufgenommen und für die Dauer der Pandemie – maximal jedoch bis zum 31. Dezember 2021 – in Österreich ausgeübt werden (BGBl. I Nr. 49/2021), sofern die Tätigkeit der Bekämpfung der COVID-19 Pandemie dient.

Die BF2 ist im Rahmen der Fortbildungstätigkeit nicht mit der Bekämpfung der COVID-19 Pandemie eingesetzt worden.

Bei der verfahrensgegenständlichen Tätigkeit zur Fortbildung nach § 9 MTD-Gesetz handelt es sich um keine Berufsausübung im Sinne des § 3 MTD-Gesetz.

## 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.

Mit Schriftsatz vom 25.02.2020 ersuchte das Land XXXX die belangte Behörde um Überprüfung gemäß § 12 AuslBG hinsichtlich der BF2 (Rot-Weiß-Rot Karte, Fachkraft im Mangelberuf).

Am 02.03.2020 forderte die belangte Behörde unter Fristsetzung die BF1 auf, weitere Nachweise im Original und beglaubigter Übersetzung der BF2 vorzulegen.

Nach Vorlage entsprechender Nachweise teilte die belangte Behörde der BF1 per Mail am 10.03.2020 mit, dass die BF2 30 Punkte für ihren Abschluss in Physiotherapie an der Hochschule von XXXX erhalte, sowie 15 Punkte für den ÖSD B2 und 15 Punkte für das Alter, damit würde sie die erforderliche Punkteanzahl bereits überschreiten.

Mit Email vom 28.04.2020 forderte die belangte Behörde die BF1 auf, einen Nachweis über die Eintragung im Gesundheitsberuferegister der BF2 vorzulegen.

Die BF1 übermittelte den Bescheid des Land XXXX betreffend Bewilligung der Fortbildung in der Physiotherapie gemäß § 9 MTD-Gesetz und führte dazu aus, dass die BF2 über eine Bewilligung gemäß § 9 MTD-Gesetz verfüge, daher keine Eintragung ins Gesundheitsberuferegister möglich und/oder nötig sei. Diese Eintragung werde erst mit Anerkennung (Nostrifizierung) möglich/nötig.

Mit Email vom 08.05.2020 wiederholte die BF1 das diesbezügliche Vorbringen und ergänzte, dass die Therapeutinnen gemäß § 9 MTD-Gesetz unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht stehen müssen, was in ihrer Einrichtung der Fall sei. Da die BF2 nicht beabsichtige, ihre Tätigkeit gemäß § 7 MTD-Gesetz auszuüben, sei eine Eintragung ins Gesundheitsberuferegister nicht notwendig.

Im Bescheid vom XXXX (Antrag vom 20.02.2020) stellte die belangte Behörde fest, dass der BF2 lediglich 15 Punkte für das Alter angerechnet werden könne, da sie nicht im Gesundheitsberuferegister registriert sei und daher für ihre Qualifikation keine Punkte zu vergeben seien.

Mit der Beschwerde der BF2 wurden weitere Unterlagen wie den Bescheid des Land XXXX vom 03.02.2020; Überprüfungsersuchen an die belangte Behörde durch das Land XXXX; angefochtener Bescheid der belangten Behörde; Zeugnis zur Integrationsprüfung Sprachniveau B1 vom 07.03.2020; Email der belangten Behörde an die BF1 über die Zurechnung von 60 Punkten für die BF2; Arbeitsbestätigung Wellness Hotelpark XXXX samt Übersetzung aus XXXX vom 15.03.2018.

In der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG wiederholte die BF1 ihr Vorbringen und ergänzte, dass aufgrund der Corona Pandemie die Eintragung ins Gesundheitsberuferegister ausgesetzt wurde. Auf Nachfrage, ob die BF2 in der Eindämmung der COVID-Pandemie eingesetzt wurde, erklärte die BF1, dass ca. 10 % eines Teiles der Physiotherapeuten dazu eingesetzt werden, da es freiwillig ist. Zudem sei die Tätigkeit an sich bereits als Pandemiebekämpfung zu sehen.

Die belangte Behörde wies auf Vorhalt der BF1, dass bereits mit Email die Punkterreichung der BF2 bestätigt wurde, hin, dass die Beschäftigung als Fachkraft in einem Mangelberuf nur dann erlaubt ist, wenn jemand berechtigt ist in Österreich den Beruf auszuüben.

Im Weiteren entstand zwischen dem RV, der BF1 sowie der belangten Behörde eine Diskussion über die Anwendung des MTD-Gesetzes sowie der Ausübung der Tätigkeit und Fachaufsicht.

Das Vorbringen der BF1, wonach die BF2 zur Eindämmung der COVID-19 Pandemie eingesetzt wird, ist nicht glaubhaft und zudem unschlüssig. Die BF1 gab auf die Frage, ob die BF2 in der Bekämpfung der Pandemie eingesetzt wurde keine direkte Antwort, sondern räumte ein, dass der Einsatz in diesem Bereich freiwillig sei und nur von 10 % des Teiles der Physiotherapeuten übernommen werde.

Zudem ist in enger Auslegung des Gesetzeswortlautes Pandemiebekämpfung nicht die Physiotherapie im engeren Sinn gemeint, wie die BF1 vermeint.

Aufgrund des feststehenden unstrittigen Sachverhaltes wurde lediglich die BF1 zur mündlichen Verhandlung geladen, da verfahrensgegenständlich eine Rechtsfrage zu klären ist. Der BF2 wurde unter Übermittlung des Verhandlungsprotokolls die Möglichkeit eingeräumt, binnen Fristsetzung Stellung zu nehmen, was auch erfolgt ist.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

#### 3.1. Zu Spruchteil A):

Verfahrensgegenständlich ist strittig, ob die belangte Behörde zu Recht die Zulassung der BF2 als Fachkraft in einem Mangelberuf versagt hat.

§ 2. (1) AuslBG Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.

#### § 4. AuslBG

(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

10. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 5 während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländern eine nicht ortsübliche Unterkunft zur Verfügung gestellt hat und

11. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 5 bestätigt, dass dem Ausländer für die beabsichtigte Dauer der Beschäftigung eine ortsübliche Unterkunft zur Verfügung stehen wird und, sofern die Unterkunft vom oder über den Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird, die Miete nicht automatisch vom Lohn abgezogen wird.

(2) Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen ausländischen Lehrling zu erteilen, wenn die Lage auf dem Lehrstellenmarkt dies zulässt (Arbeitsmarktprüfung), keine wichtigen Gründe hinsichtlich der Lage und Entwicklung des übrigen Arbeitsmarktes entgegenstehen und die Voraussetzungen des Abs. 1 Z 1 bis 9 vorliegen.

#### § 12a. AuslBG

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,
2. die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage B angeführten Kriterien erreichen
3. für die beabsichtigte Beschäftigung das ihnen nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung erhalten und

sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. Die Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall entfällt.

Zulassungskriterien für Fachkräfte in Mangelberufen gemäß § 12a (idFBGBl I 66/2017)

#### Kriterien

#### Punkte

#### Qualifikation

maximal anrechenbare Punkte: 30

abgeschlossene Berufsausbildung im Mangelberuf

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

Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung

Deutschkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung

5

10

15

#### Sprachkenntnisse Englisch

maximal anrechenbare Punkte: 10

Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung

Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung

5

10

#### Alter

maximal anrechenbare Punkte: 15

bis 30 Jahre

bis 40 Jahre

15

10

#### Summe der maximal anrechenbaren Punkte

90

erforderliche Mindestpunktzahl

55“

#### § 3. (1) MTD-Gesetz

Zur berufsmäßigen Ausübung eines bestimmten in diesem Bundesgesetz geregelten gehobenen medizinisch-technischen Dienstes ist berechtigt, wer

1. handlungsfähig in allen Belangen im Hinblick auf die Berufsausübung ist,
2. die für die Erfüllung der Berufspflichten notwendige gesundheitliche Eignung und Vertrauenswürdigkeit besitzt,

3. eine Ausbildung an einer medizinisch-technischen Akademie für den entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienst erfolgreich absolviert sowie die kommissionelle Diplomprüfung erfolgreich abgelegt hat und dem hierüber ein Diplom ausgestellt wurde,
4. über die für die Berufsausübung notwendigen Sprachkenntnisse verfügt und
5. in das Gesundheitsberuferegister gemäß Gesundheitsberuferegister-Gesetz (GBRG), BGBl. I Nr. 87/2016, eingetragen ist.

(2) Nicht vertrauenswürdig ist, wer insbesondere

1. wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz begangener strafbarer Handlungen zu einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde, solange die Verurteilung nicht getilgt ist und
2. wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen strafbaren Handlung bei Ausübung des gehobenen medizinisch-technischen Dienstes zu befürchten ist.

(3) Einem Diplom gemäß Abs. 1 Z 3 ist gleichgehalten:

1. ein Diplom über eine erfolgreich abgeschlossene Ausbildung an einer medizinisch-technischen Schule für den entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienst nach den vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden Regelungen des Bundesgesetzes betreffend die Regelung des Krankenpflegefachdienstes, der medizinisch-technischen Dienste und der Sanitätshilfsdienste, BGBl. Nr. 102/1961 (in der Folge: Krankenpflegegesetz), oder

2. eine im Ausland erworbene Urkunde über eine erfolgreich absolvierte Ausbildung im entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienst, wenn der an einer ausländischen Fachhochschule oder einer vergleichbaren postsekundären oder tertiären Bildungseinrichtung erworbene Grad als an einem Fachhochschul-Bachelorstudiengang gemäß Abs. 4 erworbener akademischer Grad gemäß § 6 Abs. 6 FHStG nostrifiziert wurde, oder

2a. eine im Ausland erworbene Urkunde über eine erfolgreich absolvierte Ausbildung im entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienst, wenn die Gleichwertigkeit der Urkunde gemäß § 6 dieses Bundesgesetzes in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 57/2008 oder gemäß den vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes geltenden Regelungen des Krankenpflegegesetzes mit einem österreichischen Diplom festgestellt und die im Nostrifikationsbescheid vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt sind, oder

3. eine von einem Staatsangehörigen eines Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Vertragsstaat) oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft in einem anderen EWR-Vertragsstaat oder in der Schweizerischen Eidgenossenschaft erworbene Urkunde über eine erfolgreich absolvierte Ausbildung in einem gehobenen medizinisch-technischen Dienst, wenn die Zulassung zur Berufsausübung gemäß § 6b erteilt wurde und die allenfalls vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt wurden.

(4) Einem Diplom gemäß Abs. 1 Z 3 ist eine Urkunde über einen an einer österreichischen fachhochschulischen Einrichtung erfolgreich abgeschlossenen Fachhochschul-Bachelorstudiengang gemäß Fachhochschul-Studiengesetz – FHStG, BGBl. Nr. 340/1993, in der jeweils geltenden Fassung, für den entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienst gleichgehalten, sofern dieser

1. unter der Leitung eines (einer) Angehörigen des entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienstes steht und
2. der Verordnung gemäß Abs. 5 entspricht.

(4a) Die Urkunde gemäß Abs. 4 hat die entsprechende Berufsbezeichnung (§ 10) zu enthalten.

❖.....⊙

## § 7. MTD-Gesetz

Die Berufsausübung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste besteht in der eigenverantwortlichen Ausübung der im jeweiligen Berufsbild gemäß § 2 umschriebenen Tätigkeiten, unabhängig davon, ob diese Tätigkeiten freiberuflich oder im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeführt werden.

## § 9 MTD-Gesetz

(1) Personen, die eine außerhalb Österreichs erworbene Urkunde über eine abgeschlossene Ausbildung in einem gehobenen medizinisch-technischen Dienst besitzen, die nicht gemäß § 3 zur Berufsausübung berechtigt, dürfen zur Fortbildung eine unselbständige Tätigkeit in dem entsprechenden gehobenen medizinisch-technischen Dienst mit Bewilligung des Landeshauptmannes bis zur Höchstdauer von zwei Jahren ausüben.

(2) Die Bewilligung hat unter Bedachtnahme auf die Kenntnisse, Fähigkeiten und Fertigkeiten, die im Ausland vermittelt worden sind, sowie auf die Deutschkenntnisse zu erfolgen. Sie ist auf die Ausübung der Tätigkeit

1. in einer bestimmten Krankenanstalt oder

2. in einer in einer bestimmten sonstigen, unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht stehenden Einrichtung, die der Vorbeugung, Feststellung oder Heilung von Krankheiten oder der Betreuung pflegebedürftiger Personen dient, oder

3. bei einem(r) freiberuflich tätigen Arzt(Ärztin)

zu beschränken.

Durch das BGBl I Nr. 16/2020 erfolgten folgende gesetzliche Änderungen aufgrund der Covid Pandemie (Kundmachung 21.03.2020):

Änderung des Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes

Das Gesundheits- und Krankenpflegegesetz, BGBl. I Nr. 108/1997, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 105/2019 und die Bundesministeriengesetz-Novelle 2020, BGBl. I Nr. 8/2020, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 3a wird folgender Abs. 7 angefügt:

„(7) Für die Dauer einer Pandemie dürfen für unterstützende Tätigkeiten bei der Basisversorgung auch Personen herangezogen werden, die weder zur Ausübung eines Gesundheits- und Krankenpflegeberufs noch das Ausbildungsmodul gemäß Abs. 1 Z 1 absolviert haben. Abs. 6 ist auch für diese Fälle anzuwenden.“

2. Dem § 27 wird folgender Abs. 3 angefügt:

„(3) Für die Dauer einer Pandemie dürfen für Tätigkeiten des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege auch Personen, die nicht in das Gesundheitsberuferegister eingetragen sind, herangezogen werden, wenn diese

1. einen Qualifikationsnachweis gemäß § 28 erbringen oder

2. ihr im Ausland erworbener Qualifikationsnachweis gemäß §§ 28a ff anerkannt bzw. nostrifiziert wurde, auch wenn allfällig vorgeschriebene Ausgleichsmaßnahmen oder Ergänzungsausbildungen noch nicht absolviert worden sind.“

3. Der Text des § 85 erhält die Absatzbezeichnung „(1)“; folgender Abs. 2 wird angefügt:

„(2) Für die Dauer einer Pandemie dürfen für Tätigkeiten der Pflegeassistentenberufe auch Personen, die nicht in das Gesundheitsberuferegister eingetragen sind, herangezogen werden, wenn diese

1. einen Qualifikationsnachweis gemäß § 86 erbringen oder

2. ihr im Ausland erworbener Qualifikationsnachweis gemäß §§ 87 ff anerkannt bzw. nostrifiziert wurde, auch wenn allfällig vorgeschriebene Ausgleichsmaßnahmen oder Ergänzungsausbildungen noch nicht absolviert worden sind.“

Artikel 37 - Änderung des MTD-Gesetzes

Das Bundesgesetz über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-Gesetz), BGBl. Nr. 460/1992, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 105/2019 und die Bundesministeriengesetz-Novelle 2020, BGBl. I Nr. 8/2020, wird wie folgt geändert:

1. Dem § 3 wird folgender Abs. 7 angefügt:

„(7) Für die Dauer einer Pandemie dürfen für Tätigkeiten eines gehobenen medizinisch-technischen Dienstes auch Personen, die nicht in das Gesundheitsberuferegister eingetragen sind, herangezogen werden, wenn diese

1. einen im Inland erworbenen Qualifikationsnachweis gemäß Abs. 1 Z 3, Abs. 3 Z 1 oder Abs. 4 erbringen oder



2. ihr im Ausland erworbener Qualifikationsnachweis gemäß Abs. 3 Z 2, 2a oder 3 anerkannt bzw. nostrifiziert wurde, auch wenn allfällig vorgeschriebene Ausgleichsmaßnahmen oder Ergänzungsausbildungen noch nicht absolviert worden sind.“

2. Dem § 4 wird folgender Abs. 5 angefügt:

„(5) Für die Dauer einer Pandemie dürfen Personen, die zur Ausübung des medizinisch-technischen Laboratoriumsdienstes berechtigt sind, die im Zusammenhang mit der Pandemie anfallenden Laboratoriumsmethoden auch ohne ärztliche Anordnung durchführen. Weiters dürfen für die Dauer einer Pandemie Personen, die ein naturwissenschaftliches oder ein veterinärmedizinisches Studium erfolgreich abgeschlossen haben, für diese Tätigkeiten herangezogen werden.“

§ 3 Abs. 7 und § 4 Abs. 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 16/2020 gelten nur im Rahmen der Bekämpfung der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 (COVID-19); Berechtigungen auf Grund dieser Bestimmungen bestehen noch weiter, längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2021.

3.2. Die belangte Behörde begründet ihre Entscheidung im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass der BF2 mangels Eintragung in das Gesundheitsberuferegister keine Punkte für die Qualifikation und Berufserfahrung erteilt werden konnten, wodurch die erforderliche Punktezahl nicht erreicht werde. Der vorgelegte Bescheid des Land XXXX berechnete die BF2 lediglich zur unselbständigen Tätigkeit im physiotherapeutischen Dienst zu Fortbildungszwecken, wodurch keine Zulassung als Fachkraft im Mangelberuf erfolgen könne.

Die BF1 sowie die BF2 begründeten ihre Beschwerden im Wesentlichen zusammengefasst damit, dass die BF1 ein Ambulatorium für physikalische Therapie in XXXX betreibe und die Zulassung der Fachkraft für die BF2 beantragt habe, mit Bescheid des Land XXXX sei der Fachkraft BF2 ausdrücklich eine unselbständige Tätigkeit im physiotherapeutischen Dienst bei der BF1 zu Fortbildungszwecken bewilligt worden. Dessen ungeachtet habe die belangte Behörde die Zulassung als Fachkraft der BF2 abgewiesen, obwohl die BF2 genau im bewilligten Umfang, nämlich zu einer unselbständigen Tätigkeit im physiotherapeutischen Dienst zu Fortbildungszwecken beschäftigt werden würde. Eine Eintragung ins Gesundheitsberuferegister sei entgegen der Ansicht der belangten Behörde nicht erforderlich, da sie aufgrund ihrer im Ausland absolvierten abgeschlossenen Ausbildung im gehobenen medizinisch-technischen Dienst zur Ausübung einer Tätigkeit gemäß § 9 MTD berechtigt sei. Für die Anerkennung als Fachkraft im Sinne der Fachkräfteverordnung 2020 sei es unerheblich, ob die Berufsausübung auf Basis § 3 MTD oder § 9 MTD erfolge, da sich eine Fachkraft ausschließlich objektiv an einer abgeschlossenen einschlägigen Berufsausbildung festmache. Diese könne die BF2 vorweisen, somit sei die bekämpfte Entscheidung rechtswidrig. Nach Auflistung der vorgelegten Nachweise der BF2 hinsichtlich absolvierter Ausbildung und Sprachkenntnisse sowie Berufserfahrung im Ausland führte die BF1 weiters aus, dass der BF2 aufgrund dieser Nachweise zumindest 69 Punkte vergeben hätten werden müssen, daher sei die BF2 als Fachkraft in Mangelberufen zuzulassen.

Im gegenständlichen Fall ist seit 01.07.2018 zur berufsmäßigen Ausübung eines bestimmten in diesem Bundesgesetz geregelten gehobenen medizinisch-technischen Dienstes berechtigt, wer gemäß § 3 (1) Z 5 MTD-Gesetz in das Gesundheitsberuferegister gemäß Gesundheitsberuferegister-Gesetz (GBRG), BGBl. I Nr. 87/2016, eingetragen ist.

Unstrittig liegt für die BF2 keine Eintragung im Gesundheitsberuferegister zur Ausübung der Tätigkeit iSd maßgeblichen Bestimmung vor, wobei die BF jedoch verneinen, dass diese nicht erforderlich sei, da für die BF2 eine Bewilligung des Landes XXXX für die unselbständige Tätigkeit im physiotherapeutischen Dienst zu Fortbildungszwecken, exklusive der Durchführung der Lymphdrainage für die Dauer von 2 Jahren mit Erlassung des Bescheides erteilt wurde.

Dem ist jedoch zu entgegen, dass als Fachkraft in einem Mangelberuf iSd Gesetzes nur eine Arbeitskraft sein kann, die auch zur Ausübung der Tätigkeit als Fachkraft berechtigt ist. Lege man die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen derart aus, wie die BF verneinen, würde dies eine Umgehung des durch den MTD und Gesundheitsberuferegister reglementierten Zuganges im verfahrensgegenständlichen Bereich darstellen.

Der Rechtsansicht der BF bzw. der Bewilligung in ihrem Sinne stehen somit wichtige öffentliche Interessen iSd § 4 AuslBG entgegen. Entsprechend des §4 Abs. 1, erster Absatz, letzter Satz, darf eine Beschäftigungsbewilligung unter anderem nur dann erteilt werden, wenn wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen. Dem Zuwiderlaufen einer gesetzlichen Reglementierung iSd MTD-Gesetzes, um damit unter dessen

Umgebung zu einer Zulassung als Fachkraft in Mangelberufen zu kommen, steht eindeutig wichtigem öffentlichen Interesse entgegen. Wenn die BF1 nun verneint, dass lediglich das AuslBG heranzuziehen sei und nicht – wie die belangte Behörde verneint – das MTD-Gesetz bzw. es nicht relevant sei, ob die BF2 die Tätigkeit nach § 7, 9 oder 3 MTD Gesetz ausübe, widerspricht dies der Regelung des angeführten § 4 AuslBG.

Der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung entgegenstehende öffentliche Interessen werden nicht nur dann anzunehmen sein, wenn wichtige Interessen der Allgemeinheit gegen die Zulassung des Ausländers beim konkreten Arbeitgeber sprechen (zB Gefahr für die öffentliche Ordnung, Ruhe und Sicherheit), sondern auch dann wenn – unabhängig von den besonderen Bewilligungskriterien der Z 1 bis 9 – mit der Zulassung des Ausländers im Öffentlichen Interesse zu wählende Rahmenbedingungen für die Ausländerbeschäftigung insgesamt negativ berührt würden. (Hermann DEUTSCH, Ingrid NOWOTNY, Reinhard SEITZ; Ausländerbeschäftigungsgesetz, 2. Auflage, § 4, S 198, Rz 5)

Zum Einwand, dass im verfahrensgegenständlichen Zeitraum eine Eintragung ins Gesundheitsberuferegister nicht erforderlich sei, ist auszuführen, dass bereits die Sonderregelung im Rahmen der COVID-19 Pandemie über die Aussetzung der erforderlichen Eintragung in das Gesundheitsberuferegister belegt, dass diese nur im Rahmen der Bekämpfung der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 (COVID-19) iSd § 36 (25) MTD-Gesetz, also nur in diesem engen Rahmen, vom Gesetzgeber gewollt ist (Inkrafttreten: § 3 Abs. 7 und § 4 Abs. 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 16/2020 gelten nur im Rahmen der Bekämpfung der Ausbreitung des Erregers SARS-CoV-2 (COVID-19); Berechtigungen auf Grund dieser Bestimmungen bestehen noch weiter, längstens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2021). die Voraussetzung der Eintragung ins Gesundheitsberuferegister soll somit nicht zur Gänze entfallen und ist die Reglementierung dieser Tätigkeiten ausdrücklich gewünscht.

Wie beweismäßig ausgeführt, wurde die BF2 nicht zur Pandemiebekämpfung eingesetzt, wodurch der diesbezügliche Einwand ins Leere geht.

Aufgrund dessen liegt – wie die belangte Behörde zu Recht ausführte – die erforderliche Voraussetzung für die Zulassung als Fachkraft nicht vor, eine Punktezurechnung – wie es die BF verneinen – ist daher obsolet.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Spruchteil B): Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 des VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision gegen die gegenständliche Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des VwGH ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **Schlagworte**

Berufsausübung Fachkräfteverordnung Pandemie Qualifikation Registrierung Rot-Weiß-Rot-Karte

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

ECLI:AT:BVWG:2021:G312.2235402.1.00

### **Im RIS seit**

20.09.2021

### **Zuletzt aktualisiert am**

20.09.2021

**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)