

TE Bvwg Erkenntnis 2021/10/22 L512 2236195-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.10.2021

Entscheidungsdatum

22.10.2021

Norm

AuslBG §12b

AuslBG §4

AuslBG §4b

B-VG Art133 Abs4

Spruch

L512 2236195-1/19E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Marlene JUNGWIRT als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Dr. Silvia WEIGL und Mag. Rudolf MOSER als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX , gegen den Bescheid des AMS XXXX , vom XXXX , ABB-Nr.: XXXX , zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

I.1. Der Arbeitnehmer XXXX (im Folgenden Arbeitnehmer), ein Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina, geb. XXXX , stellte am 24.07.2020 beim XXXX einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als sonstige Schlüsselkraft ("Rot-Weiß-Rot-Karte") gemäß § 41 Abs. 2 Z 2 NAG für eine Beschäftigung als Facharbeiter für Montage bei der XXXX (im Folgenden Beschwerdeführerin, kurz BF).

Mit dem Antrag wurde unter anderem eine Arbeitgebererklärung, ein Vorarbeitsvertrag, eine Arbeitsbestätigung der Firma XXXX , ein Diplom sowie Zeugnisse über die in Bosnien und Herzegowina absolvierte Technische Schule,

Fachbereich Maschinenbau und Metallbearbeitung und den erworbenen Beruf „Installateur“ sowie zwei Sprachzertifikate in Vorlage gebracht. Entsprechend der angeschlossenen Arbeitgebererklärung soll der Arbeitnehmer spezifische Montagen von Alurollläden, Raffstore, Markisen, Pergolen/Sonnenschirmen, Jalousien, Insektenschutzgittern, Garagenrolltoren, Falttüren und Ballonhallen als Facharbeiter durchführen und dafür im Betrieb der BF mit 39,5 Wochenstunden zu einem Bruttomonatsgehalt (ohne Zulagen) von € 3.222,--beschäftigt werden. Eine Vermittlung von Ersatzkräften wurde nicht gewünscht. Begründend wurde ausgeführt, dass der Arbeitnehmer über zwanzig Jahre Erfahrung in dem dargelegten Segment habe und eine spezifische Ausbildung im Unternehmen (XXXX) erfahren habe.

I.2. Mit Schreiben vom 27.07.2020 informierte das AMS die BF darüber, dass eine Rot-Weiß-Rot Karte für sonstige Schlüsselkräfte nur dann erteilt werden könnten, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulasse. Dies sei nur dann der Fall, wenn eine Arbeitsmarktprüfung ergebe, dass für die beantragte Tätigkeit keine gleichqualifizierten, bevorzugt auf dem Arbeitsmarkt zu vermittelnden Personen vorgemerkt seien.

I.3. Die BF füllte den beiliegenden Vermittlungsauftrag am 31.07.2020 aus und retournierte diesen an das AMS. Als Berufsbezeichnung bzw. detaillierte Tätigkeitsbeschreibung wurde „Fachkraft bzw. Facharbeiter für Montage“ und „Montage von Alurollläden, Raffstore, Markisen, Pergolen/Sonnenschirme, Jalousien, Insektenschutzgittern, Garagenrolltoren, Falttüren, Ballonhallen, Vorhängen und LKW-Planen angeführt.

I.4. Das AMS veranlasste in der Folge am 04.08.2020 die Anlage und Durchführung eines Ersatzauftrages für die berufliche Tätigkeit "Sonnenschutzmonteur".

I.5. Laut Texteintrag des AMS vom 20.08.2020 wurde seitens der BF am 19.08.2020 die Bewerberliste sowie zwei Bewerbungen an das AMS übermittelt. Die BF nahm dazu Stellung und erklärte, dass ein Bewerber kein Bewerbungsschreiben vorgelegt habe und ihm Berufserfahrung fehle. Ein weiterer Bewerber habe sich nicht beworben. Dem dritten Bewerber fehle die Erfahrung.

I.6. Der Regionalbeirat beim AMS beurteilte am 28.08.2020 das Verfahren zur Erteilung einer Rot-Weiß-Rot Karte für den Arbeitnehmer negativ.

I.7. Mit Bescheid des AMS XXXX , vom XXXX , ABB-Nr. XXXX , wurde der Antrag vom 24.07.2020 gemäß § 20d Abs 1 des AuslBG auf Zulassung des Arbeitnehmers als Schlüsselkraft gemäß § 12b AuslBG im Unternehmen der BF nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß § 12b Z1 AuslBG abgewiesen.

1.7.1. Begründet wurde dies damit, dass aufgrund des Antrages das Ersatzkraftverfahren eingeleitet worden sei und die abschließende Beurteilung jenes gesetzlichen Verfahrens ergeben habe, dass sich für diesen Arbeitsplatz drei Bewerber qualifiziert hätten. Bei zwei Personen sei die Einstellung aufgrund fehlender Qualifikation nicht zustande gekommen, obwohl diese bereits als Sonnenschutzmonteur gearbeitet hätten.

I.8. Im Zuge der Beschwerde wurde angeführt, dass der Arbeitnehmer ausgebildeter Facharbeiter im Bereich Montage sei und seit zehn Jahren in der Produktionsstätte der Firma XXXX in Bosnien und Herzegowina Vollzeit als Monteur beschäftigt sei. Die Firma XXXX sei Hauptgeschäftspartner der BF im Bereich Markisen, Alu-Rollläden, Garagen, Rolltore, Ballonhallen, Raffstore etc.. Der Arbeitnehmer sei daher bestens mit den Produkten vertraut und könne seine jahrelangen Erfahrungen für die BF sofort einsetzen. Der Arbeitnehmer fungiere auch als Schnittstelle zwischen der Firma XXXX und der BF. Obwohl die BF bei der Berufsbezeichnung Facharbeiter für Montage angeführt habe, sei für das Ersatzkraftverfahren des AMS der Begriff „Sonnenschutzmonteur“ gewählt worden. Die BF suche aber einen Facharbeiter für Montage, welcher nicht nur Sonnenschutzkonzepte montieren könne. Über diese Zusatzqualifikationen verfüge der Arbeitnehmer. Aufgrund der hervorragenden Kenntnisse der Produkte des Hauptlieferanten könne der Arbeitnehmer sowohl „berechnen“, als auch richtig bestellen, weshalb er einen eigenen Mitarbeiter darstelle, welcher im späteren Verlauf einen Gehilfen/Lehrling benötige und wieder ein Arbeitsplatz für den österreichischen Arbeitsmarkt geschaffen werde. Im Weiteren folgen näher ausgeführte Erklärungen zu den fehlenden Qualifikationen der drei Bewerber.

Der Bewerber XXXX habe kein Bewerbungsschreiben vorgelegt und sei sein Lebenslauf nicht durchgängig. Die verrichteten Tätigkeiten seien nicht genau beschrieben und würden bei den Jahresangaben die Monate fehlen. Zudem verfüge er nicht über eine facheinschlägige Ausbildung als Monteur und habe er teilweise nicht Vollzeit bei Firmen im

Bereich der Montage gearbeitet. Schenkt man den Zeiten als Monteur Glauben, so habe der Bewerber vier Jahre (teilweise nur geringfügig beschäftigt) diese Tätigkeit ausgeübt.

Beim Bewerber XXXX ergebe sich aus dem Lebenslauf lediglich seit Juli 2018 eine Beschäftigung bei der Firma XXXX , wobei nicht ersichtlich sei, ob er als Monteur tätig gewesen sei.

Der Bewerber XXXX könne notwendige Abmessungen nicht vornehmen und somit keine Bestellungen erstellen. Beim Bewerbungsgespräch habe er auch nicht den Eindruck vermitteln können, dass er selbstständig arbeiten könne. Er legte weder einen Lebenslauf, noch Arbeitszeugnisse vor und habe seine berufliche Qualifikation und Ausbildung nicht nachweisen können.

I.9. Der gegenständliche Verwaltungsakt wurde dem Bundesverwaltungsgericht am 19.10.2020 vorgelegt. In der gleichzeitig abgegebenen Stellungnahme wurde unter anderem angemerkt, dass der Arbeitnehmer über keine Ausbildung als Montagefacharbeiter verfüge, sondern eine Ausbildung zum Installateur abgeschlossen habe. Entsprechend der Bestätigung der Firma XXXX sei der Arbeitnehmer seit 01.01.2001 hauptsächlich mit Installationsarbeiten in Zusammenhang mit der Zusammensetzung und Montage von Heiz- und Klimageräten betraut. Die Montage von Rollläden, Roll- und Sektionaltoren, Markisen, Pergolen, Vordächern, Vorhängen und Jalousien seien in der Arbeitsbestätigung zwar angeführt, dabei handle es sich aber um keine für einen Installateur typischen Arbeiten, sondern um Tätigkeiten, welche typischerweise Sonnenschutzmonteure durchführen (ausgenommen Montage von Roll- und Sektionaltoren).

Somit sei der Bewerber XXXX , welcher keine abgeschlossene Berufsausbildung besitze, jedoch über eine mehrjährige Praxis als Sonnenschutzmonteur verfüge, als taugliche Ersatzkraft anzusehen.

Der Bewerber XXXX verfüge über eine abgeschlossene Lehr als Metallbauschlosser in Rumänien und habe in Österreich zwei Jahre als Sonnenschutzmonteur gearbeitet, weshalb er ebenfalls eine taugliche Ersatzkraft darstelle. Aufgrund der abgeschlossenen Lehre als Metallbauer kann auch davon ausgegangen werden, dass der Bewerber XXXX Abmessungen vornehmen könne und nach einer mehrmonatigen Praxis bei der Montage von vorgefertigten Produkten kein nennenswerter Kenntnismangel von Personen, welche diese Tätigkeit schon mehrerer Jahr ausüben, mehr vorliege.

Der Arbeitnehmer habe im Übrigen den Umfang der angeführten Montagepraxis nicht nachgewiesen.

I.10. Im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 21.10.2021 hatte die BF die Möglichkeit zum bisherigen Verfahren Stellung zu nehmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Arbeitnehmer (XXXX) stellte am 24.07.2020 beim Magistrat XXXX einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als sonstige Schlüsselkraft ("Rot-Weiß-Rot-Karte") gemäß § 41 Abs. 2 Z 2 NAG für eine Beschäftigung Facharbeiter für Montage bei der XXXX (BF).

Die zusammen mit dem Antrag mittels ausgefülltem Formular abgegebene Arbeitgebererklärung der BF bezeichnet die beantragte berufliche Tätigkeit als "Facharbeiter" und enthält folgende - wörtliche - Beschreibung der Tätigkeit: "Spezifische Montage von Alurollläden, Raffstore, Markisen, Pergolen/Sonnenschirme, Jalousien, Insektenschutzgittern, Garagenrolltoren, Falttüren, Ballonhallen aus der Produktion der Firma XXXX ."

Der Arbeitnehmer hat in Bosnien-Herzegowina im Juni 1998 eine Ausbildung als Installateur abgeschlossen und ist seit 01.01.2001 als Installateur bei der Firma XXXX beschäftigt. Sein Arbeitsgebiet umfasst dabei verschiedene Installateurstätigkeiten, die Zusammensetzung verschiedener Heizungs- und Kühlgeräte sowie die Montage derselben. Zudem führt der Arbeitnehmer die Montage von Rollläden, Roll- und Sektionaltoren, Markisen, Pergolen, Vordächern, Vorhängen und Jalousien durch.

Bei der BF haben sich mehrere Personen beworben.

Ein Stellenbewerber, der sich bei der BF vorgestellt hat, Herr XXXX , verfügt über eine vierjährige Erfahrung als Sonnenschutzmonteur.

Ein weiterer Stellenbewerber, Herr XXXX , hat eine Lehre als Metallbauschlosser abgeschlossen und verfügt über zweieinhalb Jahr Erfahrung als Sonnenschutzmonteur.

Der Stellenbewerber Herr XXXX ist seit Juli 2018 bei der XXXX als Sonnenschutzmonteur beschäftigt.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Zum Verfahrensgang:

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

Der oben unter Punkt II.1. festgestellte Sachverhalt beruht auf Grund der vorliegenden Akten, des durchgeführten Ermittlungsverfahrens sowie der Beschwerdeverhandlung.

2.2. Folglich 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.

2.3. Die Feststellung, dass die vom AMS angebotenen Ersatzkräfte fähig und bereit waren als

„Fachkraft bzw. Facharbeiter für Montage“ bzw. „Montage von Alurollläden, Raffstore, Markisen, Pergolen/Sonnenschirme, Jalousien, Insektenschutzgittern, Garagenrolltoren, Falttüren, Ballonhallen, Vorhängen und LKW-Planen, eingesetzt zu werden, wurde im gegenständlichen Verfahren seitens der BF nicht nachvollziehbar begründet.

Aus den Bewerbungsunterlagen geht zweifelsfrei hervor, dass ein Bewerber, der sich bei der BF vorgestellt hat, Herr XXXX , über eine vierjährige Erfahrung als Sonnenschutzmonteur verfügt. Ein weiterer Bewerber, Herr XXXX , hat eine Lehre als Metallbauschlosser abgeschlossen und verfügt über zweieinhalb Jahr Erfahrung als Sonnenschutzmonteur. Der Bewerber Herr Najib ist seit Juli 2018 bei der XXXX beschäftigt.

Von der BF wurde in der entsprechenden Arbeitgebererklärung zum Antrag unter dem Punkt „Berufliche Tätigkeit“ angeführt: „Facharbeiter“. Die entsprechende Tätigkeit wurde beschrieben wie folgt: „Spezifische Montage von ALU Rollläden, Raffstore, Markisen, Pergolen/Sonnenschirme, Jalousien, Insektenschutzgitter, Garagenrolltore, Falttüren, Ballonhallen aus der Produktion von Fa. XXXX .

Dass die BF zum damaligen Zeitpunkt nicht einen Monteur von Sonnenschutzprodukten sowie Toren etc. benötigte, sondern auch jemanden, der Kalkulationen, Angebotserstellungen, Bestellungen und ebenso Messarbeiten für Großprojekte übernimmt, wurde nicht angeführt. Dies wurde auch nicht im Vermittlungsauftrag vom 31.07.2020 erwähnt, sondern erst im Beschwerdeschriftsatz und im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem BVwG.

2.5. Hinsichtlich der vom BF im Rahmen des Verfahrens vorgebrachten Behauptung, dass entgegen der Ansicht des AMS keine Ersatzkraft für jene vom BF angeführte Beschäftigung zu finden sei, muss folgendes in Betracht gezogen werden:

Grundsätzlich ist zu bedenken, dass die im Beschwerdeschreiben angeführten zusätzlich angeforderten Erfordernisse in Bezug auf das im ursprünglichen Antrag angeführte Anforderungsprofil im Hinblick auf Montage von aufgelisteten Produkten geändert bzw. erweitert wurden.

Ungeachtet der Frage, ob bzw. ab wann die vorgenommene Modifikation des Berufsbildes bzw. die im Beschwerdeverfahren vorgenommene Modifikation der Arbeitgebererklärung zulässig ist, ist zu bedenken, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 03.07.2000, Zl. 99/09/0041, ausführte, dass das AuslBG dem Arbeitgeber grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung für einen individuell von ihm gewünschten ausländischen Dienstnehmer einräumt, solange die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gegenüber diesem gemäß § 4b AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften besteht. Hat der Arbeitgeber lediglich an der Einstellung eines (einer) bestimmten Ausländers (Ausländerin) Interesse und lehnt deshalb die Ersatzkraft von vornherein und unbegründet oder generell jeglichen Vermittlungsauftrag ab, hindert dies auch die Behörde, konkrete Feststellungen über das Vorhandensein entsprechender Ersatzkräfte zu treffen (Hinweis E 25.9.1992, 92/09/0179).

Im gegenständlichen Verfahren war - wie bereits festgestellt - die BF zwar bereit am Ersatzkraftverfahren mitzuwirken, die BF hat jedoch nach Vermittlung einer Ersatzkraft das Anforderungsprofil derart abgeändert, sodass die Ersatzkräfte die Anforderungen nicht mehr erfüllen konnten. Ein derartiges Verhalten der BF im Rahmen eines Ersatzkraftverfahrens führt jedoch dazu, dass es für die belangte Behörde unmöglich gemacht wird für die besetzende Stelle eine Ersatzkraft zu finden.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bezweckt ein Verfahren zur Vermittlung von Ersatzkräften nach § 4b Abs 1 AuslBG, den Vorrang von Inländern und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmern bei der Arbeitsvermittlung sicherzustellen. Mit Hilfe dieser Bestimmung soll in rechtsstaatlichen Grenzen aus arbeitsmarktpolitischen Gründen die Möglichkeit für einen lenkenden Einfluss auf die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet gewährleistet sein. Zugleich dient ein solches Verfahren dem vom Gesetz gewünschten Ergebnis, dass die freie Stelle besetzt und der Bedarf des Arbeitgebers nach seinem Anforderungsprofil entsprechenden Arbeitskräften befriedigt wird (VwGH 9. 11. 2010, 2007/09/0199 = ZfVB 2011/577).

Durch die nachträgliche Abänderung der für den besetzenden Arbeitsplatz erforderlichen Bedingungen zeigte der BF, dass er tatsächlich kein Interesse an einer solchen Vermittlung hat und wurde das Anforderungsprofil derart verändert, dass nicht mehr ein Facharbeiter für Montage gesucht wurde, sondern vielmehr ein Bautechniker bzw. bautechnischer Assistent mit Montageerfahrung. Diese Modifikation stellt eine Gesamtänderung des Berufsbildes dar.

2.6. Die Ausbildung des Arbeitnehmers als Installateur entspricht dem vorgelegten Abschlusszeugnis der Technischen Schule vom XXXX sowie den Jahreszeugnissen 1997/1998, 1996/1997, 1995/1996 der Metallschule in XXXX .

Die Beschäftigung als Installateur bei der Firma XXXX seit 01.01.2001 sowie sein Beschäftigungsfeld gehen aus der Arbeitsbestätigung Firma XXXX vom 14.04.2020 hervor.

Dass sich bei der BF drei Personen beworben haben, ergibt sich aus dem Akteninhalt, den Angaben des BF vor dem BVwG und ist unbestritten.

Die Berufserfahrungen sowie Ausbildungen der Bewerber geht zweifelsfrei aus den Lebensläufen hervor.

3. Rechtliche Beurteilung:

II.3.1. Zuständigkeit, Entscheidung durch Senat

Gemäß § 20g Abs 1 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.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 59 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG,

BGBI. 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.

Zu A) Abweisung der Beschwerde

II.3.2. Gemäß § 12b Z1 AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie 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, und sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind.

Gemäß § 4 Abs. 1 leg.cit. ist einem Arbeitgeber auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung (unter den Voraussetzungen der Z 1 bis Z 9) 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.

Gemäß § 4b Abs. 1 leg.cit. lässt die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) 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.

II.3.3. Voraussetzung für die Zulassung zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft ist einerseits die Erreichung der erforderlichen Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien sowie, dass die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt, dass also das Arbeitsmarktservice dem Unternehmen keine gleich qualifizierten Arbeitskräfte, die beim AMS arbeitsuchend vorgemerkt sind, vermitteln kann (Arbeitsmarktprüfung).

In seinem Erkenntnis vom 18.06.2014, Zl.2013/09/0189, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass nach dem klaren Wortlaut des letzten Absatzes des § 12b AuslBG die Voraussetzung des § 4 Abs. 1 im Fall einer Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z1 AuslBG "mit Ausnahme der Z1" (gemeint Z1 des § 4 Abs. 1 leg.cit.) gegeben sein muss. Daher muss zunächst die Beschäftigung (unter anderem) auf einem Arbeitsplatz des Betriebes des vorgesehenen Arbeitgebers (§ 4 Abs. 1 Z7 AuslBG) vorgesehen sein. Aus dem Verweis auf § 4 Abs. 1 leg.cit. und den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu § 12b leg.cit. geht auch hervor, dass nach § 12b Z1 AuslBG "vor der Zulassung eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen" (1077 BlgNR 24. GP, 13) ist, "für die zu besetzende offene Stelle (darf) weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung (stehen), der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben."

Diese Arbeitsmarktprüfung ist nach den Bestimmungen des § 4b Abs. 1 AuslBG durchzuführen. Nach dem dritten Satz dieser Gesetzesstelle ist das im Antrag angegebene Anforderungsprofil, das vom Arbeitgeber festzulegen ist (hier: in der Arbeitgebererklärung) zu Grunde zu legen. Dieses Anforderungsprofil muss nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes "in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung finden".

Das Ersatzkraftstellungsverfahren gemäß § 4b AuslBG dient der Ermittlung, ob eine im österreichischen Arbeitsmarkt integrierte Arbeitskraft für die zu besetzende Stelle zur Verfügung steht. Lehnt ein Antragsteller eine Ersatzkraftstellung ab, so darf die Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice davon ausgehen, dass die Möglichkeit der Besetzung der offenen Stelle mit einer im österreichischen Arbeitsmarkt integrierten Arbeitskraft nicht ausgeschlossen ist. Dies gilt auch, wenn eine Beschäftigungsbewilligung für eine Schlüsselkraft beantragt wurde (vgl. E 20. November 2001, 99/09/0242, E 6. April 2005, 2003/09/0128; VwGH vom 31.05.2012, Zl. 2010/09/0091).

II.3.3.1. Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde eine Arbeitsmarktprüfung durchgeführt und dies damit begründet, dass eine Ersatzkraftstellung durch einen Inländer, der bereit und fähig sei, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlichen Bedingungen auszuüben möglich war.

Im Erkenntnis vom 03.07.2000, Zl.99/09/0041, führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass das AuslBG dem Arbeitgeber grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung für einen individuell von ihm gewünschten ausländischen Dienstnehmer einräumt, solange die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gegenüber diesem gemäß § 4b AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften besteht.

Zudem könne nur dann auf eine von vornherein unbegründete Ablehnung der Ersatzkraftstellung geschlossen werden, wenn die gestellten Anforderungen unter objektiven Gesichtspunkten als nicht gerechtfertigt erscheinen. (Hinweis auf E 26.5.1988, 88/09/0015).

Modifikationen im Anforderungsprofil der zu besetzenden Stelle im Zuge des Beschwerdeverfahrens sind zulässig, sofern diese Modifikationen nicht zu einer Gesamtänderung des Berufsbildes führt (VwGH 20. Oktober 1988, Zl. 88/09/0092).

Im gegenständlichen Verfahren war - wie bereits festgestellt - die BF zwar bereit am Ersatzkraftverfahren mitzuwirken - die BF hat jedoch nach Vermittlung von Ersatzkräften das Anforderungsprofil derart abgeändert, sodass die Ersatzkräfte die Anforderungen nicht mehr erfüllen konnten. Ein derartiges Verhalten der BF im Rahmen eines Ersatzkraftverfahrens führt jedoch dazu, dass es für die belangte Behörde unmöglich gemacht wird für die besetzende Stelle eine Ersatzkraft zu finden. Durch die nachträgliche Abänderung der für den besetzenden Arbeitsplatz erforderlichen Bedingungen zeigte die BF, dass sie tatsächlich kein Interesse an einer solchen Vermittlung hat. Zudem wurde dadurch das Berufsbild gänzlich geändert.

Die belangte Behörde ist - insoweit von der BF nicht substantiiert widerlegt - davon ausgegangen, dass Ersatzkräfte, die das im Antrag enthaltene Anforderungsprofil erfüllen.

Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

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

Die Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG waren somit nicht gegeben.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen war spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Arbeitsmarktprüfung Ersatzkraft Rot-Weiß-Rot-Karte Schlüsselkraft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:L512.2236195.1.00

Im RIS seit

25.11.2021

Zuletzt aktualisiert am

25.11.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at