

# TE Bvwg Erkenntnis 2024/7/15 L512 2290008-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.07.2024

## Entscheidungsdatum

15.07.2024

## Norm

AuslBG §12b

B-VG Art133 Abs4

1. AuslBG § 12b heute
2. AuslBG § 12b gültig ab 01.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
3. AuslBG § 12b gültig von 01.01.2019 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2018
4. AuslBG § 12b gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/2018
5. AuslBG § 12b gültig von 01.10.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
6. AuslBG § 12b gültig von 01.07.2011 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

## Spruch

L512 2290008-1/8E

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, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Sebastian SIUDAK gegen den Bescheid des AMS XXXX, vom XXXX, ABB-Nr.: XXXX, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am XXXX, zu Recht erkannt: 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 römisch 40, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Sebastian SIUDAK gegen den Bescheid des AMS römisch 40, vom römisch 40, ABB-Nr.: römisch 40, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am römisch 40, zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

I.1. Der Arbeitnehmer XXXX (im Folgenden „Arbeitnehmer“), ein Staatsangehörige von XXXX, geb. XXXX, stellte am 09.01.2024 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 im Bereich Zustellung und als Küchengehilfe bei XXXX (im Folgenden „Arbeitgeber“). Die Arbeitgebererklärung wurde nachträglich in Bezug auf die Beschäftigung geändert, dass der Arbeitgeber als Pizza- und Burgerkoch eingestellt werden soll.römisch eins.1. Der Arbeitnehmer römisch 40 (im Folgenden „Arbeitnehmer“), ein Staatsangehörige von römisch 40, geb. römisch 40, stellte am 09.01.2024 beim römisch 40 einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als sonstige Schlüsselkraft ("Rot-Weiß-Rot-Karte") gemäß Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer 2, NAG für eine Beschäftigung im Bereich Zustellung und als Küchengehilfe bei römisch 40 (im Folgenden „Arbeitgeber“). Die Arbeitgebererklärung wurde nachträglich in Bezug auf die Beschäftigung geändert, dass der Arbeitgeber als Pizza- und Burgerkoch eingestellt werden soll.

I.2. Mit Bescheid des AMS XXXX, vom XXXX, ABB-Nr.: XXXX wurde der Antrag vom 09.01.2024 gemäß § 20d Abs 1 des AuslBG auf Zulassung der Arbeitnehmerin als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z1 AuslBG im Unternehmen des Arbeitgebers nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß § 12b Z1 AuslBG abgewiesen.römisch eins.2. Mit Bescheid des AMS römisch 40, vom römisch 40, ABB-Nr.: römisch 40 wurde der Antrag vom 09.01.2024 gemäß Paragraph 20 d, Absatz eins, des AuslBG auf Zulassung der Arbeitnehmerin als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Z1 AuslBG im Unternehmen des Arbeitgebers nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß Paragraph 12 b, Z1 AuslBG abgewiesen.

I.2.1. Begründet wurde dies damit, dass der Arbeitnehmer die Mindestpunktzahl nicht erfüllt habe. Im konkreten Fall habe das Ermittlungsverfahren statt der erforderlichen Mindestpunktzahl von 55 nur 35 ergeben (für die angeführten Kriterien wurden folgende Punkte vergeben: Qualifikation: 0, Berufserfahrung: 0, Sprachkenntnisse Deutsch: 10, Sprachkenntnisse Englisch: 10, Alter 27 Jahre: 15, Zusatzpunkte für Englischkenntnisse/Profisportler/innen Profisporttrainer/innen: 0).römisch eins.2.1. Begründet wurde dies damit, dass der Arbeitnehmer die Mindestpunktzahl nicht erfüllt habe. Im konkreten Fall habe das Ermittlungsverfahren statt der erforderlichen Mindestpunktzahl von 55 nur 35 ergeben (für die angeführten Kriterien wurden folgende Punkte vergeben: Qualifikation: 0, Berufserfahrung: 0, Sprachkenntnisse Deutsch: 10, Sprachkenntnisse Englisch: 10, Alter 27 Jahre: 15, Zusatzpunkte für Englischkenntnisse/Profisportler/innen Profisporttrainer/innen: 0).

I.3. Im Zuge der Beschwerde wurde zusammengefasst vorgebracht, dass übersehen worden sei, dass der Arbeitnehmer seine Universitätsreife nachgewiesen habe. So wurde das Maturazeugnis „Higher Secondary Certificate Examination“ vorgelegt. Außerdem legte der Arbeitnehmer eine „XXXX – bestätigt im Jahr XXXX“ und „Sprachnachweis Deutsch und Englisch aus dem Jahr XXXX – bestätigt der XXXX“ vor. Bereits aufgrund dieser Unterlagen hätte das AMS XXXX von der bestehenden Universitätsreife ausgehen müssen. Der Arbeitnehmer sei zum außerordentlichen Studium an der XXXX zugelassen worden. Aus diesem Grund hätten ihm gem. der Anlage C zum AuslBG 25 Punkte für die allgemeine Universitätsreife angerechnet werden müssen.römisch eins.3. Im Zuge der Beschwerde wurde zusammengefasst vorgebracht, dass übersehen worden sei, dass der Arbeitnehmer seine Universitätsreife nachgewiesen habe. So wurde das Maturazeugnis „Higher Secondary Certificate Examination“ vorgelegt. Außerdem legte der Arbeitnehmer eine „römisch 40 – bestätigt im Jahr römisch 40“ und „Sprachnachweis Deutsch und Englisch aus dem Jahr römisch 40 – bestätigt der römisch 40“ vor. Bereits aufgrund dieser Unterlagen hätte das AMS römisch

40 von der bestehenden Universitätsreife ausgehen müssen. Der Arbeitnehmer sei zum außerordentlichen Studium an der römisch 40 zugelassen worden. Aus diesem Grund hätten ihm gem. der Anlage C zum AuslBG 25 Punkte für die allgemeine Universitätsreife angerechnet werden müssen.

Es sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Berufserfahrung des Arbeitnehmers nicht angerechnet wurde. Jedenfalls habe der Arbeitnehmer Berufe ausgeübt, die im engen Zusammenhang zu seiner beantragten Tätigkeit stehen. Der Arbeitnehmer betreibe ein Gastro-Lokal in XXXX und habe das Lokal vom XXXX bis XXXX persönlich betrieben. Es sei auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Berufserfahrung des Arbeitnehmers nicht angerechnet wurde. Jedenfalls habe der Arbeitnehmer Berufe ausgeübt, die im engen Zusammenhang zu seiner beantragten Tätigkeit stehen. Der Arbeitnehmer betreibe ein Gastro-Lokal in römisch 40 und habe das Lokal vom römisch 40 bis römisch 40 persönlich betrieben.

I.4. Für den XXXX lud das erkennende Gericht die Verfahrenspartei zu einer mündlichen Verhandlung, römisch eins.4. Für den römisch 40 lud das erkennende Gericht die Verfahrenspartei zu einer mündlichen Verhandlung.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde der Arbeitnehmerin, der Arbeitgeberin als Zeugin sowie der belangten Behörde die Möglichkeit eingeräumt, zum bisherigen Verfahren Stellung zu nehmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Feststellungen:

Der Arbeitnehmer stellte am 09.01.2024 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 im Bereich Zustellung und als Küchengehilfe bei XXXX (im Folgenden „Arbeitgeber“). Die Arbeitgebererklärung wurde nachträglich in Bezug auf die Beschäftigung geändert, dass der Arbeitgeber als Pizza- und Burgerkoch eingestellt werden soll. Der Arbeitnehmer stellte am 09.01.2024 beim römisch 40 einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als sonstige Schlüsselkraft ("Rot-Weiß-Rot-Karte") gemäß Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer 2, NAG für eine Beschäftigung im Bereich Zustellung und als Küchengehilfe bei römisch 40 (im Folgenden „Arbeitgeber“). Die Arbeitgebererklärung wurde nachträglich in Bezug auf die Beschäftigung geändert, dass der Arbeitgeber als Pizza- und Burgerkoch eingestellt werden soll.

Der Arbeitnehmer hat in XXXX, XXXX, das „Higher Secondary Certificate (HSC)“ abgeschlossen. Er besuchte im Jahr XXXX an der XXXX das Studium für „Bachelor auf Business Administration“ bzw. hat 2 Module mit 6 Credits abgeschlossen. Für die Erlangung des „Bachelor auf Business Administration“ sind 265 Credits von Nöten. Der Arbeitgeber besuchte in den Jahren XXXX bis XXXX Lehrveranstaltungen an der XXXX im Zuge des Bachelorstudiums Soziologie. Der Arbeitnehmer hat in römisch 40, römisch 40, das „Higher Secondary Certificate (HSC)“ abgeschlossen. Er besuchte im Jahr römisch 40 an der römisch 40 das Studium für „Bachelor auf Business Administration“ bzw. hat 2 Module mit 6 Credits abgeschlossen. Für die Erlangung des „Bachelor auf Business Administration“ sind 265 Credits von Nöten. Der Arbeitgeber besuchte in den Jahren römisch 40 bis römisch 40 Lehrveranstaltungen an der römisch 40 im Zuge des Bachelorstudiums Soziologie.

Der Arbeitnehmer verfügt über Deutschkenntnisse auf A2, über Englischkenntnisse auf B2 Niveau, somit jedenfalls auf B1 Niveau.

Der Arbeitnehmer war im Zeitpunkt der Antragstellung 27 Jahre alt.

Die belangte Behörde hat der Arbeitgeberin geeignete Ersatzkräfte zugewiesen. Die Arbeitgeberin hat eine Ersatzkraft, mit der Begründung abgewiesen, dass diese mehr Erfahrung benötigte und die Pizzen bei der Arbeitgeberin anders wären, die er bisher gemacht habe, eine andere Ersatzkraft, dass er längere Zeit brauche, um alles für die Tätigkeit zu erlernen. Es handelt sich dabei um nicht gerechtfertigte Ablehnungsgründe.

#### 2. Beweiswürdigung:

2.1. Das erkennende Gericht hat durch den vorliegenden Verwaltungsakt Beweis erhoben und ein ergänzendes Ermittlungsverfahren sowie eine Beschwerdeverhandlung durchgeführt.

Aufgrund des vorliegenden Verwaltungsaktes, des Ergebnisses des ergänzenden Ermittlungsverfahrens sowie der Beschwerdeverhandlung ist das erkennende Gericht in der Lage, sich vom entscheidungsrelevanten Sachverhalt ein ausreichendes und abgerundetes Bild zu machen.

Die Antragstellung auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als sonstige Schlüsselkraft ergibt sich aus den im vorgelegten

Verwaltungsakt befindlichen Antrag.

Die allgemeine Universitätsreife ergibt aus der Vorlage der „Higher Secondary Certificate (HSC)“ sowie einer Besuchsbestätigung der XXXX für das Studium für „Bachelor auf Business Administration“ und der Bestätigung des Studienerfolges der XXXX .Die allgemeine Universitätsreife ergibt aus der Vorlage der „Higher Secondary Certificate (HSC)“ sowie einer Besuchsbestätigung der römisch 40 für das Studium für „Bachelor auf Business Administration“ und der Bestätigung des Studienerfolges der römisch 40 .

Das Alter des Arbeitnehmers ist anhand des vorgelegten Reisepasses ableitbar.

Dass der Arbeitgeberin Ersatzkräfte zugewiesen wurde, ergibt sich aus dem Texteintrag des AMS vom 04.03.2024 und den diesbezüglichen zeugenschaftlichen Angaben der Arbeitgeberin in der Beschwerdeverhandlung.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. 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.3.1. Gemäß Paragraph 20 g, Absatz eins, 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. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 59, Absatz 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, 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 Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 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

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 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.3.2. Gemäß Paragraph 12 b, 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 der monatlichen

Höchstbeitragsgrundlage gemäß Paragraph 108, Absatz 3, des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), Bundesgesetzblatt Nr. 189 aus 1955,, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt und sinngemäß die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, mit Ausnahme der Ziffer eins, erfüllt sind.

Gemäß § 4 Abs. 1 leg.cit. ist einem Arbeitgeber auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung (unter den Voraussetzungen der Z1 bis Z9) 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 Paragraph 4, Absatz eins, leg.cit. ist einem Arbeitgeber auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung (unter den Voraussetzungen der Z1 bis Z9) 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. Gemäß Paragraph 4 b, Absatz eins, leg.cit. lässt die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (Paragraph 4, Absatz eins,) 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 (Paragraph 4 c,) und Ausländer mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang (Paragraph 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.

Das Anforderungsprofil ist vom Arbeitgeber festzulegen und muss nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung finden und im Unternehmensgegenstand rechtlich gedeckt sein (vgl. weiters VwGH 89/09/0061 18.10.1989). Das Anforderungsprofil ist vom Arbeitgeber festzulegen und muss nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung finden und im Unternehmensgegenstand rechtlich gedeckt sein vergleiche weiters VwGH 89/09/0061 18.10.1989).

Grundsätzlich ist es das Recht jedes Arbeitgebers, sofern er damit nicht gegen zwingendes Recht verstößt, die Anforderungen festzusetzen, die er an eine von ihm beschäftigte Person stellt. Finden diese Anforderungen in objektiven Notwendigkeiten eine Grundlage dann gehören sie zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen der Beschäftigung, die bei einer Prüfung nach § 4 Abs 1 AuslBG zugrunde zu legen sind (vgl. VwGH94/09/0096 vom 15.9.1994). Grundsätzlich ist es das Recht jedes Arbeitgebers, sofern er damit nicht gegen zwingendes Recht verstößt, die Anforderungen festzusetzen, die er an eine von ihm beschäftigte Person stellt. Finden diese Anforderungen in objektiven Notwendigkeiten eine Grundlage dann gehören sie zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen der Beschäftigung, die bei einer Prüfung nach Paragraph 4, Absatz eins, AuslBG zugrunde zu legen sind vergleiche VwGH 94/09/0096 vom 15.9.1994).

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).

Die Behörde ist grundsätzlich an das von der antragstellenden Partei formulierte Anforderungsprofil gebunden. Die Behörde hat aber zu prüfen, ob die von der Arbeitskraft zu leistenden Tätigkeiten konkret umschrieben sind, ob sie in den betrieblichen Notwendigkeiten ihre Deckung finden und ob die darüber erbrachten Nachweise ausreichen (vgl. VwGH 2015/09/0011 vom 10.09.2015). Die Behörde ist grundsätzlich an das von der antragstellenden Partei formulierte

Anforderungsprofil gebunden. Die Behörde hat aber zu prüfen, ob die von der Arbeitskraft zu leistenden Tätigkeiten konkret umschrieben sind, ob sie in den betrieblichen Notwendigkeiten ihre Deckung finden und ob die darüber erbrachten Nachweise ausreichen (vergleiche VwGH 2015/09/0011 vom 10.09.2015).

Die Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12 b Z 1 lauten (Anlage C):

Die Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß Paragraph 12, b Ziffer eins, lauten (Anlage C):

#### KRITERIEN PUNKTE

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

allgemeine Universitätsreife im Sinne des Paragraph 64, Absatz eins, des Universitätsgesetzes 2002, Bundesgesetzblatt römisch eins Nr. 120

25

Abschluss eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer

30

Berufserfahrung

maximal anrechenbare Punkte: 20

Berufserfahrung (pro Halbjahr)

Berufserfahrung in Österreich (pro Halbjahr)

1

2

Sprachkenntnisse

maximal anrechenbare Punkte: 25

Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau (A1)

Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A2)

Deutschkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

10

15

Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A2)

Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

10

Französischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

Spanischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

Bosnisch-, Kroatisch- oder Serbischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

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

Zusatzpunkte für Englischkenntnisse, sofern die vorherrschende Unternehmenssprache Englisch ist

90

20

5

erforderliche Mindestpunktzahl

55

3.3. Abweisung der Beschwerde:

Die belangte Behörde begründet die Abweisung der Zulassung des Antragstellers zu einer Beschäftigung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG unter anderem damit, dass der Arbeitnehmer nicht die erforderliche Punktzahl gemäß Anlage C zum AuslBG erfülle. Die belangte Behörde begründet die Abweisung der Zulassung des Antragstellers zu einer Beschäftigung als sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG unter anderem damit, dass der Arbeitnehmer nicht die erforderliche Punktzahl gemäß Anlage C zum AuslBG erfülle.

Diesen Erwägungen ist nicht zu folgen:

Eine wesentliche Voraussetzung für die Zulassung als sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1 AuslBG ist das Erreichen der erforderlichen Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien. Eine wesentliche Voraussetzung für die Zulassung als sonstige Schlüsselkräfte gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG ist das Erreichen der erforderlichen Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien.

Fallbezogen wurden dem Arbeitgeber bereits vom AMS unstrittig für das Kriterium "Sprachkenntnisse Deutsch" 10 Punkte, „Sprachkenntnisse Englisch“ 10 Punkte sowie für das Kriterium "Alter" 15 Punkte, sohin zusammen 35 Punkte angerechnet.

In ständiger Rechtsprechung vertritt der VwGH die Auffassung, dass dem Sinn des Gesetzes nach keine faktische Erhebung (Prüfung) der tatsächlichen Sprachkenntnisse eines Antragstellers zu erfolgen hat, sondern dass es dem Antragsteller obliegt, durch Vorlage eines anerkannten Sprachzertifikates im Sinne des GER behauptete

Sprachkenntnisse zu belegen, um anrechenbare Punkte nach dem Kriterium „Sprachkenntnisse“ erlangen zu können (vergleiche beispielsweise VwGH 18.06.2014, Ro 2014/09/0032 mit Judikaturverweis).

Zum Nachweis von Sprachkenntnissen wurde ein ÖSD Zertifikat A2 der XXXX vom XXXX vorgelegt. Damit hat der Arbeitnehmer das entsprechende Sprachniveau gemäß dem Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen nachgewiesen, nämlich Deutsch auf dem Niveau A2, wonach 10 Punkte zu vergeben waren. Zudem wurde ein IELTS Test vom XXXX vorgelegt, wonach Englisch-Sprachniveaukenntnisse gemäß dem Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen auf B2 Niveau, somit jedenfalls auf B1 Niveau nachgewiesen wurden. Zum Nachweis von Sprachkenntnissen wurde ein ÖSD Zertifikat A2 der römisch 40 vom römisch 40 vorgelegt. Damit hat der Arbeitnehmer das entsprechende Sprachniveau gemäß dem Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen nachgewiesen, nämlich Deutsch auf dem Niveau A2, wonach 10 Punkte zu vergeben waren. Zudem wurde ein IELTS Test vom römisch 40 vorgelegt, wonach Englisch-Sprachniveaukenntnisse gemäß dem Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen auf B2 Niveau, somit jedenfalls auf B1 Niveau nachgewiesen wurden.

Soweit auf den Besuch von Lehrveranstaltungen der XXXX (Bestätigung des Studienerfolges) einzugehen war, ist festzuhalten, dass diese Sprachnachweise älter als fünf Jahre sind (vergleiche § 20d Abs. 6 AuslBG) und es sich dabei auch um kein zum Nachweis von Kenntnissen deutscher Sprache international anerkanntes Sprachdiplom handelt (vergleiche § 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung sowie VwGH 18.06.2014, Ro 2014/09/0032). Soweit auf den Besuch von Lehrveranstaltungen der römisch 40 (Bestätigung des Studienerfolges) einzugehen war, ist festzuhalten, dass diese Sprachnachweise älter als fünf Jahre sind (vergleiche Paragraph 20 d, Absatz 6, AuslBG) und es sich dabei auch um kein zum Nachweis von Kenntnissen deutscher Sprache international anerkanntes Sprachdiplom handelt (vergleiche Paragraph 9, Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz-Durchführungsverordnung sowie VwGH 18.06.2014, Ro 2014/09/0032).

Für das Alter sind 15 Punkte zu vergeben.

Zum Kriterium „Qualifikation“ gilt festzuhalten:

Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut sind für die allgemeine Universitätsreife im Sinne des § 64 Abs. 1 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120 Punkte zu vergeben. Die allgemeine Universitätsreife ist somit unter anderem mit einem österreichischen Reifeprüfungszeugnis oder einer Studienberechtigungsprüfung, aber auch mit einem „IB Diploma“ oder einem Europäischen Abiturzeugnis erfüllt. Außerdem kommen als Nachweise ausländische Qualifikationen in Betracht, wenn kein wesentlicher Unterschied zur allgemeinen Universitätsreife gemäß Abs. 1 Z 1 besteht. Anhaltspunkte für das Fehlen eines wesentlichen Unterschiedes liegen insbesondere vor, wenn

1. die Qualifikation im Ausstellungsstaat Zugang zu allen Sektoren von Hochschulen vermittelt,
  2. die Dauer der Schulzeit mindestens zwölf Jahre beträgt und
  3. allgemeinbildende Ausbildungsinhalte überwiegen, was durch die Absolvierung von sechs allgemeinbildenden Unterrichtsfächern (zwei Sprachen, Mathematik, ein naturwissenschaftliches, ein geisteswissenschaftliches sowie ein weiteres allgemeinbildendes Unterrichtsfach) in der Sekundarstufe II nachgewiesen wird.
- Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut sind für die allgemeine Universitätsreife im Sinne des Paragraph 64, Absatz eins, des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. römisch eins Nr. 120 Punkte zu vergeben. Die allgemeine Universitätsreife ist somit unter anderem mit einem österreichischen Reifeprüfungszeugnis oder einer Studienberechtigungsprüfung, aber auch mit einem „IB Diploma“ oder einem Europäischen Abiturzeugnis erfüllt. Außerdem kommen als Nachweise ausländische Qualifikationen in Betracht, wenn kein wesentlicher Unterschied zur allgemeinen Universitätsreife gemäß Absatz eins, Ziffer eins, besteht. Anhaltspunkte für das Fehlen eines wesentlichen Unterschiedes liegen insbesondere vor, wenn

1. die Qualifikation im Ausstellungsstaat Zugang zu allen Sektoren von Hochschulen vermittelt,
2. die Dauer der Schulzeit mindestens zwölf Jahre beträgt und
3. allgemeinbildende Ausbildungsinhalte überwiegen, was durch die Absolvierung von sechs allgemeinbildenden Unterrichtsfächern (zwei Sprachen, Mathematik, ein naturwissenschaftliches, ein geisteswissenschaftliches sowie ein weiteres allgemeinbildendes Unterrichtsfach) in der Sekundarstufe römisch II nachgewiesen wird.

Der Arbeitnehmer hat durch die Vorlage von Zeugnissen bzw. Bescheinigungen seine ausländischen Qualifikationen nachgewiesen. Es waren daher 25 Punkte zu vergeben.

Im Unterschied zur Zulassung von besonders Hochqualifizierten gemäß § 12 AuslBG, Fachkräften in Mangelberufen



gemäß § 12a AuslBG sowie Studienabsolventen gemäß § 12b Z 2 AuslBG ist vor der beantragten Bewilligung nach § 12b Z 1 AuslBG eine Prüfung der Arbeitsmarktlage - wie in § 4 AuslBG vorgesehen und in § 4b AuslBG näher ausgeführt - durchzuführen. Eine Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG kommt somit nur dann in Betracht, wenn für die 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 (ErläutRV 1077 BlgNR 24. GP 13). Die Durchführung eines Ersatzkraftstellungsverfahrens ist aber nur dann erforderlich, wenn der Ausländer selbst das Anforderungsprofil des Arbeitgebers erfüllt (VwGH 1.9.2022, Ra 2021/09/0260). Im Unterschied zur Zulassung von besonders Hochqualifizierten gemäß Paragraph 12, AuslBG, Fachkräften in Mangelberufen gemäß Paragraph 12 a, AuslBG sowie Studienabsolventen gemäß Paragraph 12 b, Ziffer 2, AuslBG ist vor der beantragten Bewilligung nach Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG eine Prüfung der Arbeitsmarktlage - wie in Paragraph 4, AuslBG vorgesehen und in Paragraph 4 b, AuslBG näher ausgeführt - durchzuführen. Eine Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG kommt somit nur dann in Betracht, wenn für die 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 (ErläutRV 1077 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 13). Die Durchführung eines Ersatzkraftstellungsverfahrens ist aber nur dann erforderlich, wenn der Ausländer selbst das Anforderungsprofil des Arbeitgebers erfüllt (VwGH 1.9.2022, Ra 2021/09/0260).

Das AuslBG eröffnet dem Arbeitgeber grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung für die individuell von ihm gewünschte ausländische Arbeitskraft, solange die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gegenüber diesem gemäß § 4b AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften besteht. Das Ersatzkraftstellungsverfahren gemäß § 4b AuslBG dient der Ermittlung, ob eine im österreichischen Arbeitsmarkt integrierte Arbeitskraft für die zu besetzende Stelle zur Verfügung steht. Das AuslBG eröffnet dem Arbeitgeber grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung für die individuell von ihm gewünschte ausländische Arbeitskraft, solange die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gegenüber diesem gemäß Paragraph 4 b, AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften besteht. Das Ersatzkraftstellungsverfahren gemäß Paragraph 4 b, AuslBG dient der Ermittlung, ob eine im österreichischen Arbeitsmarkt integrierte Arbeitskraft für die zu besetzende Stelle zur Verfügung steht.

Die belangte Behörde hat der Arbeitgeberin geeignete Ersatzkräfte zugewiesen. Die Arbeitgeberin hat unter anderem zwei Ersatzkräfte ( XXXX ) mit der Begründung abgewiesen, dass diese längere Zeit brauchen, um alles für die Tätigkeiten im Unternehmen zu erlernen. Sie würden die Bürger und Pizzen nicht kennen, die im Betrieb der Arbeitgeberin angeboten werden. Sie hätten wenig bzw. keine Erfahrung in diesem Bereich. Diesbezüglich ist anzumerken, dass eine Einarbeitung bzw. Eingliederung neuer Mitarbeiter in einem Betrieb unumgänglich ist, wenn der Arbeitnehmer seine noch nicht bekannten Aufgaben effizient und qualitätsgerecht erledigen kann. Ebenso kann als berechtigter Grund einer Ablehnung nicht angesehen werden, wenn ein Mitarbeiter, die Rezepte der Pizzen bzw. Burger in einem „neuen“ Betrieb nicht kennt. Es liegt somit ein nicht gerechtfertigter Ablehnungsgrund vor. Die belangte Behörde hat der Arbeitgeberin geeignete Ersatzkräfte zugewiesen. Die Arbeitgeberin hat unter anderem zwei Ersatzkräfte ( römisch 40 ) mit der Begründung abgewiesen, dass diese längere Zeit brauchen, um alles für die Tätigkeiten im Unternehmen zu erlernen. Sie würden die Bürger und Pizzen nicht kennen, die im Betrieb der Arbeitgeberin angeboten werden. Sie hätten wenig bzw. keine Erfahrung in diesem Bereich. Diesbezüglich ist anzumerken, dass eine Einarbeitung bzw. Eingliederung neuer Mitarbeiter in einem Betrieb unumgänglich ist, wenn der Arbeitnehmer seine noch nicht bekannten Aufgaben effizient und qualitätsgerecht erledigen kann. Ebenso kann als berechtigter Grund einer Ablehnung nicht angesehen werden, wenn ein Mitarbeiter, die Rezepte der Pizzen bzw. Burger in einem „neuen“ Betrieb nicht kennt. Es liegt somit ein nicht gerechtfertigter Ablehnungsgrund vor.

Damit ist davon auszugehen, dass die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1 iVm § 4b Abs. 1 AuslBG) im vorliegenden Fall die Zulassung der Arbeitnehmerin als sonstige Schlüsselkraft nicht zulässt. Damit ist davon auszugehen, dass die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (Paragraph 4, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 4 b, Absatz eins, AuslBG) im vorliegenden Fall die Zulassung der Arbeitnehmerin als sonstige Schlüsselkraft nicht zulässt.

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. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 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 Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 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.

Die Voraussetzungen des Artikel 133, Absatz 4, B-VG waren somit nicht gegeben.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen war spruchgemäß zu entscheiden.

#### **Schlagworte**

Arbeitsmarktprüfung Ersatzkraft Punktevergabe Qualifikation Rot-Weiß-Rot-Karte Schlüsselkraft

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

ECLI:AT:BVWG:2024:L512.2290008.1.00

#### **Im RIS seit**

23.07.2024

#### **Zuletzt aktualisiert am**

23.07.2024

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

© 2025 JUSLINE

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

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