

TE Bvg Erkenntnis 2024/8/20 W167 2290366-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 20.08.2024

Entscheidungsdatum

20.08.2024

Norm

AuslBG §12b

AuslBG §4 Abs1

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. AuslBG § 4 heute
2. AuslBG § 4 gültig ab 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2023
3. AuslBG § 4 gültig von 01.07.2023 bis 19.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 168/2022
4. AuslBG § 4 gültig von 01.07.2023 bis 31.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/2022
5. AuslBG § 4 gültig von 01.11.2022 bis 30.06.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 168/2022
6. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2022 bis 31.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 217/2021
7. AuslBG § 4 gültig von 01.09.2018 bis 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
8. AuslBG § 4 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
9. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
10. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
11. AuslBG § 4 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
12. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2009
13. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
14. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
15. AuslBG § 4 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
16. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2004 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
17. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
18. AuslBG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
19. AuslBG § 4 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
20. AuslBG § 4 gültig von 12.04.1995 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 257/1995

21. AuslBG § 4 gültig von 01.07.1994 bis 11.04.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
22. AuslBG § 4 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993
 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

W167 2290366-1/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daria MACA-DAASE als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Manuela ECKERSDORFER und den fachkundigen Laienrichter Mag. Johannes DENK als Beisitzer/in über die Beschwerde von XXXX (Beschwerdeführer), gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom XXXX , nach Beschwerdevorentscheidung vom XXXX , mit dem der Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) für die Tätigkeit bei XXXX (Mitbeteiligte), abgewiesen wurde, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daria MACA-DAASE als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Manuela ECKERSDORFER und den fachkundigen Laienrichter Mag. Johannes DENK als Beisitzer/in über die Beschwerde von römisch 40 (Beschwerdeführer), gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom römisch 40 , nach Beschwerdevorentscheidung vom römisch 40 , mit dem der Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 4, Absatz eins, Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) für die Tätigkeit bei römisch 40 (Mitbeteiligte), abgewiesen wurde, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer stellte am XXXX einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte sonstige Schlüsselkraft für die Tätigkeit als „Ordinationsassistent“.1. Der Beschwerdeführer stellte am römisch 40 einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte sonstige Schlüsselkraft für die Tätigkeit als „Ordinationsassistent“.
2. Mit Bescheid vom XXXX wies die belangte Behörde den Antrag ab und begründete dies damit, dass die im Vermittlungsauftrag angegebenen Anforderungen hinsichtlich der Sprachkenntnisse auf den Beschwerdeführer

zugeschnitten seien und keine betriebliche Notwendigkeit darstellen würden. Es fehle an Nachweise bezüglich der angegebenen Sprachkenntnisse des Beschwerdeführers. Die im Vermittlungsauftrag angegebene kollektivvertragliche Entlohnung unterscheide sich wesentlich von der Entlohnung des Beschwerdeführers.2. Mit Bescheid vom römisch 40 wies die belangte Behörde den Antrag ab und begründete dies damit, dass die im Vermittlungsauftrag angegebenen Anforderungen hinsichtlich der Sprachkenntnisse auf den Beschwerdeführer zugeschnitten seien und keine betriebliche Notwendigkeit darstellen würden. Es fehle an Nachweise bezüglich der angegebenen Sprachkenntnisse des Beschwerdeführers. Die im Vermittlungsauftrag angegebene kollektivvertragliche Entlohnung unterscheide sich wesentlich von der Entlohnung des Beschwerdeführers.

3. Dagegen erhab der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde und führte zusammengefasst aus, dass er die Mindestpunkteanzahl erreicht habe und bereits seit XXXX in der Ordination der Mitbeteiligten angestellt sei. Aufgrund der Sprachbarriere der Patienten habe er bereits des öfteren gedolmetscht. 3. Dagegen erhab der Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde und führte zusammengefasst aus, dass er die Mindestpunkteanzahl erreicht habe und bereits seit römisch 40 in der Ordination der Mitbeteiligten angestellt sei. Aufgrund der Sprachbarriere der Patienten habe er bereits des öfteren gedolmetscht.

4. Mit Beschwerdevorentscheidung wies die belangte Behörde die Beschwerde ab. Zwar habe der Beschwerdeführer die Mindestpunkteanzahl erreicht, jedoch sei für die geplante Beschäftigung als Ordinationsassistent:in unter anderem Sprachkenntnisse in Türkisch, Russisch, XXXX und Englisch gefordert, die objektiv nicht gerechtfertigt seien. Des Weiteren entspreche die in einem erforderlichen Vermittlungsverfahren angegebene kollektivvertragliche Entlohnung für die Stelle als Ordinationsassisten:in nicht der in der Arbeitgebererklärung angegebenen höheren Entlohnung (EUR 2.925,- brutto/Monat). 4. Mit Beschwerdevorentscheidung wies die belangte Behörde die Beschwerde ab. Zwar habe der Beschwerdeführer die Mindestpunkteanzahl erreicht, jedoch sei für die geplante Beschäftigung als Ordinationsassistent:in unter anderem Sprachkenntnisse in Türkisch, Russisch, römisch 40 und Englisch gefordert, die objektiv nicht gerechtfertigt seien. Des Weiteren entspreche die in einem erforderlichen Vermittlungsverfahren angegebene kollektivvertragliche Entlohnung für die Stelle als Ordinationsassisten:in nicht der in der Arbeitgebererklärung angegebenen höheren Entlohnung (EUR 2.925,- brutto/Monat).

5. Der Beschwerdeführer stellte fristgerecht einen Vorlageantrag.

6. Die belangte Behörde legte dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde samt Verwaltungsakt vor.

7. Am XXXX fand eine mündliche Verhandlung statt. 7. Am römisch 40 fand eine mündliche Verhandlung statt.

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

1. Feststellungen:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

1.1. Zum Antrag:

Am XXXX stellte der Beschwerdeführer einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG. Am römisch 40 stellte der Beschwerdeführer einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG.

1.2. Zum Tätigkeitsbereich:

Die Mitbeteiligten sind Fachärzte für XXXX und betreiben eine Arztpraxis in einem multikulturellen Umfeld, in welcher Fremdsprachenkenntnisse zur Betreuung der Patient:innen und deren Angehörigen erforderlich sind. Die Mitbeteiligten sind Fachärzte für römisch 40 und betreiben eine Arztpraxis in einem multikulturellen Umfeld, in welcher Fremdsprachenkenntnisse zur Betreuung der Patient:innen und deren Angehörigen erforderlich sind.

Der Beschwerdeführer soll bei den Mitbeteiligten als Ordinationsassistent mit einem monatlichen Bruttolohn (ohne Zulage) von EUR 2.925,- im Ausmaß von 40 Wochenstunden unbefristet im eigenen Betrieb beschäftigt werden.

Die Tätigkeitsbeschreibung für die zu besetzende Stelle als Ordinationsassistent:in mit einer Entlohnung „laut Kollektivvertrag“ lautet wie folgt:

- ? Administrationstätigkeiten
- ? Anlegen u. Verwalten v. Patientenkarteien

- ? Unterstützung des Arztes
- ? Durchführen medizinischer Leistungen (EKG, kapilläre Blutabnahme, LUFU, ...)
- ? HUP-Administration
- ? Statistische Auswertung

Für diese Tätigkeit erforderliche Kenntnisse und Qualifikationen, welche in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung finden:

- ? Gute PC-Kenntnisse
- ? Verlässlichkeit
- ? stressversiert
- ? Sprachen: Deutsch, Türkisch, Russisch und Englisch
- ? Statische Auswertungen

1.3. Zum Beschwerdeführer:

Der Beschwerdeführer ist jünger als 30 Jahre, studiert seit XXXX in Österreich und arbeitet seit XXXX bei den Mitbeteiligten im Ausmaß von XXXX Wochenstunden. Der Beschwerdeführer ist jünger als 30 Jahre, studiert seit römisch 40 in Österreich und arbeitet seit römisch 40 bei den Mitbeteiligten im Ausmaß von römisch 40 Wochenstunden.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergaben sich aus dem Verwaltungs- und Gerichtsakt und wurden in der mündlichen Verhandlung bestätigt bzw. nicht relativiert.

Zu 1.1. Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verwaltungsakt.

Zu 1.2. Die Tätigkeit für die Mitbeteiligten en unter den angegebenen Bedingungen ergibt sich aus der Arbeitsgebererklärung. Die Tätigkeitsbeschreibung ergibt sich aus der Arbeitgebererklärung, dem Vermittlungsauftrag sowie den Angaben in der mündlichen Verhandlung.

Die geforderten Sprachkenntnisse in Englisch, Türkisch, Russisch und XXXX ergeben sich aus dem Vorbringen im Verfahren. Die geforderten Sprachkenntnisse in Englisch, Türkisch, Russisch und römisch 40 ergeben sich aus dem Vorbringen im Verfahren.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) ist es ist grundsätzlich Sache des Beschäftigers, das Anforderungsprofil hinsichtlich des zu besetzenden Arbeitsplatzes und der konkreten von der Arbeitskraft zu leistenden Tätigkeiten auf abstrakte Weise festzulegen. Der Beschäftiger hat zwar nach § 4b Abs. 1 letzter Satz AuslBG den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen der gewünschten Arbeitskraft zu erbringen. Die Behörde ist in diesem Rahmen aber grundsätzlich an das von der antragstellenden Partei formulierte Anforderungsprofil gebunden. Allerdings ist gemäß § 4b Abs. 1 AuslBG der Prüfung der Arbeitsmarktlage das im Antrag angegebene Anforderungsprofil nur insoweit zu Grunde zu legen, als es in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung findet. (VwGH 01.09.2022, Ra 2021/09/0130 mit weiteren Judikaturverweisen). Diese betriebliche Notwendigkeit kann jedenfalls betreffend die die Sprache XXXX nicht erkannt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass auf der Homepage der Mitbeteiligten die in der Arbeitgebererklärung und im Vermittlungsauftrag geforderte Sprache XXXX nicht als Sprachkompetenz angegeben ist, obwohl der Beschwerdeführer bereits seit einigen Jahren für die Mitbeteiligten tätig ist (vergleiche XXXX , 19.08.2024). Weiters gibt der Beschwerdeführer selbst an, dass seine Muttersprache XXXX ein türkischer Dialekt ist (Verhandlungsschrift OZ 6, S. 6). Auch die Internetrecherche hat ergeben, dass die Landessprache XXXX (<https://www.bmeia.gv.at/reise-services/reiseinformation/land/> XXXX , 27.06.2024) ist und es sich dabei um eine Turksprache handelt (<https://de.babbel.com/de/magazine/eine-kleine-einfuehrung-in-die-tuerkische-sprache>, 27.06.2024). Es besteht daher keine betriebliche Notwendigkeit für Sprachkenntnisse in der Sprache XXXX . Diese Sprachkenntnisse sind daher nicht als Anforderung festzustellen. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) ist es ist grundsätzlich Sache des Beschäftigers, das Anforderungsprofil hinsichtlich des zu besetzenden Arbeitsplatzes und der konkreten von

der Arbeitskraft zu leistenden Tätigkeiten auf abstrakte Weise festzulegen. Der Beschäftiger hat zwar nach Paragraph 4 b, Absatz eins, letzter Satz AuslBG den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen der gewünschten Arbeitskraft zu erbringen. Die Behörde ist in diesem Rahmen aber grundsätzlich an das von der antragstellenden Partei formulierte Anforderungsprofil gebunden. Allerdings ist gemäß Paragraph 4 b, Absatz eins, AuslBG der Prüfung der Arbeitsmarktlage das im Antrag angegebene Anforderungsprofil nur insoweit zu Grunde zu legen, als es in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung findet. (VwGH 01.09.2022, Ra 2021/09/0130 mit weiteren Judikaturverweisen). Diese betriebliche Notwendigkeit kann jedenfalls betreffend die die Sprache römisch 40 nicht erkannt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass auf der Homepage der Mitbeteiligten die in der Arbeitgebererklärung und im Vermittlungsauftrag geforderte Sprache römisch 40 nicht als Sprachkompetenz angegeben ist, obwohl der Beschwerdeführer bereits seit einigen Jahren für die Mitbeteiligten tätig ist (vergleiche römisch 40, 19.08.2024). Weiters gibt der Beschwerdeführer selbst an, dass seine Muttersprache römisch 40 ein türkischer Dialekt ist (Verhandlungsschrift OZ 6, Sitzung 6). Auch die Internetrecherche hat ergeben, dass die Landessprache römisch 40 (<https://www.bmeia.gv.at/reise-services/reiseinformation/land/romisch-40>, 27.06.2024) ist und es sich dabei um eine Turksprache handelt (<https://de.babbel.com/de/magazine/eine-kleine-einfuehrung-in-die-tuerkische-sprache>, 27.06.2024). Es besteht daher keine betriebliche Notwendigkeit für Sprachkenntnisse in der Sprache römisch 40. Diese Sprachkenntnisse sind daher nicht als Anforderung festzustellen.

Zu 1.3. Die Feststellungen zum Beschwerdeführer ergeben sich aus dem Verfahren. Feststellungen zu seinen Sprachkenntnissen bzw. dazu, welche der betrieblich notwendigen Sprachkenntnisse erfolgreich nachgewiesen wurden, erübrigen sich im Hinblick auf die rechtlichen Ausführungen zur Entlohnung im Ersatzkraftverfahren.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) Abweisung der Beschwerde:

Strittig ist vor allem, ob die für die im Vermittlungsauftrag geforderten Sprachkenntnisse erforderlich sind und ob Nachweise erbracht wurden bzw. zu erbringen sind. Allerdings hat die belangte Behörde u.a. auch die unterschiedliche geplante Entlohnung des Beschwerdeführers bzw. einer allfälligen Ersatzkraft thematisiert.

3.1. Maßgebliche Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)

Voraussetzungen

§ 4. (1) Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen Ausländer zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen und Paragraph 4, (1) Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen Ausländer zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen und

Prüfung der Arbeitsmarktlage

§ 4b. (1) Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) lässt die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zu, wenn für die vom beantragten Ausländer zu besetzende offene Stelle weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben. Unter den verfügbaren Ausländern sind jene mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, EWR-Bürger, Schweizer, türkische Assoziationsarbeitnehmer (§ 4c) und Ausländer mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang (§ 17) zu bevorzugen. Der Prüfung ist das im Antrag auf Beschäftigungsbewilligung angegebene Anforderungsprofil, das in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung finden muss, zu Grunde zu legen. Den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen hat der Arbeitgeber zu erbringen. Paragraph 4 b, (1) Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (Paragraph 4, Absatz eins,) lässt die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zu, wenn für die vom beantragten Ausländer zu besetzende offene Stelle weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben. Unter den verfügbaren Ausländern sind jene mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, EWR-Bürger, Schweizer, türkische Assoziationsarbeitnehmer (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.

[...]

Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen

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

1. die erforderliche Mindestpunkteanzahl 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, oder

2. ein Diplomstudium zumindest ab dem zweiten Studienabschnitt bzw. ein Bachelorstudium, ein Masterstudium oder ein (PhD-)Doktoratsstudium an einer inländischen Universität, Fachhochschule oder akkreditierten Privatuniversität absolviert und erfolgreich abgeschlossen haben und für die beabsichtigte Beschäftigung, die ihrem Ausbildungsniveau zu entsprechen hat, ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens dem ortsüblichen Entgelt inländischer Studienabsolventen mit einer vergleichbaren Tätigkeit und Berufserfahrung entspricht, Paragraph 12 b, Ausländer werden zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie

1. die erforderliche Mindestpunkteanzahl 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, oder

2. ein Diplomstudium zumindest ab dem zweiten Studienabschnitt bzw. ein Bachelorstudium, ein Masterstudium oder ein (PhD-)Doktoratsstudium an einer inländischen Universität, Fachhochschule oder akkreditierten Privatuniversität absolviert und erfolgreich abgeschlossen haben und für die beabsichtigte Beschäftigung, die ihrem Ausbildungsniveau zu entsprechen hat, ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens dem ortsüblichen Entgelt inländischer Studienabsolventen mit einer vergleichbaren Tätigkeit und Berufserfahrung entspricht,

und sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. Bei Studienabsolventen gemäß Z 2 entfällt die Arbeitsmarktpflicht im Einzelfall und sinngemäß die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, mit Ausnahme der Ziffer eins, erfüllt sind. Bei Studienabsolventen gemäß Ziffer 2, entfällt die Arbeitsmarktpflicht im Einzelfall.

Anlage C

Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1 Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins,

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 Mindestpunkteanzahl

55

§ 20d. (6) Die zum Nachweis von Deutsch- oder Englischkenntnissen vorgelegten Sprachdiplome und Kurszeugnisse dürfen nicht älter als fünf Jahre sein. Für die Prüfung des monatlichen Bruttoentgelts gemäß § 12b und des Zulassungskriteriums Alter in den Anlagen A bis D ist der Zeitpunkt der Antragstellung maßgeblich. Paragraph 20 d, (6) Die zum Nachweis von Deutsch- oder Englischkenntnissen vorgelegten Sprachdiplome und Kurszeugnisse dürfen nicht älter als fünf Jahre sein. Für die Prüfung des monatlichen Bruttoentgelts gemäß Paragraph 12 b und des Zulassungskriteriums Alter in den Anlagen A bis D ist der Zeitpunkt der Antragstellung maßgeblich.

3.2. Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Mit dem Spruch des angefochtenen Bescheides hat das AMS den Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AusIBG als unbegründet abgewiesen. Mit dem Spruch des angefochtenen Bescheides hat das AMS den Antrag des Beschwerdeführers auf Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AusIBG als unbegründet abgewiesen.

Die belangte Behörde stellte fest, dass dem Beschwerdeführer mehr als die erforderliche Mindestpunkteanzahl der Anlage C zuerkannt werden können (Qualifikation 25 Punkte, Berufserfahrung in Österreich: 12 Punkte, Sprachkenntnisse Deutsch: 15 Punkte, Alter im Antragszeitpunkt: 15 Punkte). Da der Beschwerdeführer nach Ansicht der belangten Behörde auch die Mindestentlohnung gemäß § 12b Z 1 AusIBG erfüllt, prüfte sie, ob ein Ersatzkraftverfahren durchzuführen ist. Die belangte Behörde stellte fest, dass dem Beschwerdeführer mehr als die erforderliche Mindestpunkteanzahl der Anlage C zuerkannt werden können (Qualifikation 25 Punkte, Berufserfahrung in Österreich: 12 Punkte, Sprachkenntnisse Deutsch: 15 Punkte, Alter im Antragszeitpunkt: 15 Punkte). Da der Beschwerdeführer nach Ansicht der belangten Behörde auch die Mindestentlohnung gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AusIBG erfüllt, prüfte sie, ob ein Ersatzkraftverfahren durchzuführen ist.

Die Abweisung der Zulassung des Beschwerdeführers stützte die Behörde unter anderem darauf, dass keine Nachweise für die im Vermittlungsauftrag geforderten Qualifikationen erbracht wurden. Des Weiteren sei das zugrundeliegende Anforderungsprofil offensichtlich auf die beantragte Person zugeschnitten und finde in den betrieblichen Notwendigkeiten keine Deckung. Hingewiesen wurde auch auf die unterschiedliche in Aussicht genommene Entlohnung des Beschwerdeführers und einer allfälligen Ersatzkraft.

Das Bundesverwaltungsgericht schließt sich den Erwägungen der belangten Behörde betreffend die unterschiedliche in Aussicht genommene Entlohnung des Beschwerdeführers bzw. einer allfälligen Ersatzkraft an, weshalb sich die Beschwerde aus folgenden Gründen als unbegründet erweist:

In Verfahren gemäß § 12b Z 1 AusIBG muss die dort festgelegte Mindestentlohnung erreicht werden, wobei gleichzeitig auch die sonstigen Lohn- und Gehaltsvorschriften einzuhalten sind (also beispielsweise korrekte Einstufung laut Kollektivvertrag). In Verfahren gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AusIBG muss die dort festgelegte Mindestentlohnung erreicht werden, wobei gleichzeitig auch die sonstigen Lohn- und Gehaltsvorschriften einzuhalten sind (also beispielsweise korrekte Einstufung laut Kollektivvertrag).

Im Antragsjahr 2023 war gemäß § 12b Z 1 AusIBG für die Beschäftigung von sonstigen Schlüsselkräften ein gesetzliches Mindestgehalt von € 2.925 brutto pro Monat zuzüglich Sonderzahlungen vorgesehen. Dieses wird zwar laut Arbeitgebererklärung für den Beschwerdeführer erreicht, allerdings hat die belangte Behörde zutreffend darauf hingewiesen, dass die im Vermittlungsverfahren angegebene Entlohnung für die Stelle als Ordinationsassistent:in (Entlohnung gemäß Kollektivvertrag) nicht der in der Arbeitgebererklärung angegebenen höheren Entlohnung für den Beschwerdeführer entspricht. Im Antragsjahr 2023 war gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AusIBG für die

Beschäftigung von sonstigen Schlüsselkräften ein gesetzliches Mindestgehalt von € 2.925 brutto pro Monat zuzüglich Sonderzahlungen vorgesehen. Dieses wird zwar laut Arbeitgebererklärung für den Beschwerdeführer erreicht, allerdings hat die belangte Behörde zutreffend darauf hingewiesen, dass die im Vermittlungsverfahren angegebene Entlohnung für die Stelle als Ordinationsassistent:in (Entlohnung gemäß Kollektivvertrag) nicht der in der Arbeitgebererklärung angegebenen höheren Entlohnung für den Beschwerdeführer entspricht.

Im Beschwerdeverfahren käme der Kollektivvertrag für die Angestellten bei Ärztinnen, Ärzten und Gruppenpraxen in Wien mit Stand 01.01.2024 zur Anwendung. Dieser Kollektivvertrag sieht u.a. eine Anrechnung von Vordienstzeiten (XIII) sowie Bestimmungen zum Entgelt (XIX) vor. Es finden sich dabei folgende Einstufungen im Kollektivvertrag für das 1.-3. Berufsjahr und 4.-6. Berufsjahr: Im Beschwerdeverfahren käme der Kollektivvertrag für die Angestellten bei Ärztinnen, Ärzten und Gruppenpraxen in Wien mit Stand 01.01.2024 zur Anwendung. Dieser Kollektivvertrag sieht u.a. eine Anrechnung von Vordienstzeiten (römisch XIII) sowie Bestimmungen zum Entgelt (römisch XIX) vor. Es finden sich dabei folgende Einstufungen im Kollektivvertrag für das 1.-3. Berufsjahr und 4.-6. Berufsjahr:

„Berufsgruppe A: Schreibkräfte, Sprechstundenhilfen und administrative Arzthelper*innen, die keine Arbeiten ausführen, welche dem Tätigkeitsfeld eines Berufes gem MAB- G entsprechen (zB Ordinationsassistenzen, etc); Angestellte in Ausbildung zu einem Beruf gem MAB-G

1. 1. 2024

Im 1. bis 3 Berufsjahr € 2.057,-

im 4. bis 6. Berufsjahr..... € 2.170,-

[...]"

„Berufsgruppe B: Berufe gem MAB-G (zB Ordinationsassistenz, etc), Angestellte des Sanitätshilfsdienstes (zB Ordinationsgehilfen) gem den Bestimmungen des MTF-SHD-Gesetzes BGBI 102/61 idgF, Pflegeassistenz gem GuKG BGBI I Nr 59/2018. In Ausbildung stehende Student*innen der Medizin gem § 49 Abs 4 ÄrzteG (ausgenommen Famulant*innen) 1. 1. 2024 „Berufsgruppe B: Berufe gem MAB-G (zB Ordinationsassistenz, etc), Angestellte des Sanitätshilfsdienstes (zB Ordinationsgehilfen) gem den Bestimmungen des MTF-SHD-Gesetzes BGBI 102/61 idgF, Pflegeassistenz gem GuKG Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 59 aus 2018., In Ausbildung stehende Student*innen der Medizin gem Paragraph 49, Absatz 4, ÄrzteG (ausgenommen Famulant*innen) 1. 1. 2024

Im 1. bis 3. Berufsjahr..... € 2.125,-

im 4. bis 6. Berufsjahr..... € 2.251,-

[...]"

„Berufsgruppe D: Ausgebildete*r Ordinationsmanager*in, Diplomiertes Gesundheits- und Krankenpflegepersonal gem § 1 GuKG, Angestellte des gehobenen medizinisch-technischen Dienstes gem§ 1 MTD-G BGBI 460/92 vom 31. Juli 1992 idgF, Diplomierte Sozialarbeiter*innen, Diplomierte Hebammen, Sportwissenschaftler*innen Ernährungswissenschaftler*innen „Berufsgruppe D: Ausgebildete*r Ordinationsmanager*in, Diplomiertes Gesundheits- und Krankenpflegepersonal gem Paragraph eins, GuKG, Angestellte des gehobenen medizinisch-technischen Dienstes gem Paragraph eins, MTD-G BGBI 460/92 vom 31. Juli 1992 idgF, Diplomierte Sozialarbeiter*innen, Diplomierte Hebammen, Sportwissenschaftler*innen Ernährungswissenschaftler*innen

1. 1. 2024

Im 1. bis 3 Berufsjahr € 2.351,-

im 4. bis 6. Berufsjahr..... € 2.521,-

[...]"

All diese Einstufungen bleiben jedenfalls unter dem Gehalt, welches dem Beschwerdeführer im Rahmen des Verfahrens betreffend die Rot-Weiß-Rot-Karte angeboten wird.

Soweit der Beschwerdeführer darauf verweist, dass die ihm in Aussicht gestellte konkrete Entlohnung seine Vorerfahrungen und seine Sprachkenntnisse berücksichtigt und auf die Einstiegsgehälter laut Kollektivvertrag verweist, trifft es zu, dass es Arbeitgeber:innen freisteht überkollektivvertraglich zu entlohnern.

Allerdings lässt die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte sonstige Schlüsselkräfte lediglich dann 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.“ (§ 4b Abs. 1 erster Satz Auslbg). Daher ist diese allfällige Ersatzkraft, so sie das betrieblich notwendige Anforderungsprofil der Arbeitgeber:innen erfüllt, in derselben Höhe zu entlohen wie der beantragte Ausländer, mag es sich dabei allenfalls auch um eine überkollektivvertragliche Entlohnung handeln. Allerdings lässt die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte sonstige Schlüsselkräfte lediglich dann 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.“ (Paragraph 4 b, Absatz eins, erster Satz Auslbg). Daher ist diese allfällige Ersatzkraft, so sie das betrieblich notwendige Anforderungsprofil der Arbeitgeber:innen erfüllt, in derselben Höhe zu entlohen wie der beantragte Ausländer, mag es sich dabei allenfalls auch um eine überkollektivvertragliche Entlohnung handeln.

Da diese Voraussetzung im Beschwerdefall nicht erfüllt wird, war die Beschwerde schon aus diesem Grund abzuweisen.

Auf die Frage, ob für den Beschwerdeführer selbst die betrieblich notwendigen Anforderungen des Vermittlungsauftrages nachgewiesen wurden, ist daher nicht mehr einzugehen. Es wird allerdings festgehalten, dass die Durchführung eines Ersatzkraftstellungsverfahrens nur dann erforderlich ist, wenn der Ausländer selbst das Anforderungsprofil des Arbeitgebers erfüllt (vergleiche beispielsweise VwGH 13.05.2024, Ra 2023/09/0009).

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

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. Die Rechtslage ist eindeutig, die herangezogene Judikatur wurde zitiert. 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. Die Rechtslage ist eindeutig, die herangezogene Judikatur wurde zitiert.

Schlagworte

Anforderungsprofil Ersatzkraft Qualifikation Rot-Weiß-Rot-Karte Schlüsselkraft Sprachkenntnisse

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2024:W167.2290366.1.00

Im RIS seit

10.09.2024

Zuletzt aktualisiert am

10.09.2024

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