

TE Bvwg Beschluss 2021/3/5 W178 2230074-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.03.2021

Entscheidungsdatum

05.03.2021

Norm

AuslBG §12b

AuslBG §4

AuslBG §4b

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs3 Satz2

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 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 4 gültig von 12.06.2026 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2026
4. AuslBG § 4 gültig von 01.12.2025 bis 11.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
5. AuslBG § 4 gültig von 20.07.2023 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2023
6. AuslBG § 4 gültig von 01.07.2023 bis 19.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 168/2022
7. AuslBG § 4 gültig von 01.07.2023 bis 31.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/2022
8. AuslBG § 4 gültig von 01.11.2022 bis 30.06.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 168/2022
9. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2022 bis 31.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 217/2021
10. AuslBG § 4 gültig von 01.09.2018 bis 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
11. AuslBG § 4 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
12. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
13. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
14. AuslBG § 4 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
15. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2009
16. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
17. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
18. AuslBG § 4 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004

19. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2004 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
20. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
21. AuslBG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
22. AuslBG § 4 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
23. AuslBG § 4 gültig von 12.04.1995 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 257/1995
24. AuslBG § 4 gültig von 01.07.1994 bis 11.04.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
25. AuslBG § 4 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

1. AuslBG § 4b heute
2. AuslBG § 4b gültig ab 01.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
3. AuslBG § 4b gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
4. AuslBG § 4b gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
5. AuslBG § 4b gültig von 01.05.2004 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
6. AuslBG § 4b gültig von 01.01.2003 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002
7. AuslBG § 4b gültig von 01.01.2000 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/1999
8. AuslBG § 4b gültig von 01.01.1998 bis 31.12.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
9. AuslBG § 4b gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
10. AuslBG § 4b gültig von 01.07.1994 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
11. AuslBG § 4b gültig von 01.07.1992 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 475/1992

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

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W178 2230074-1/10E, W178 2230074-1/10E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Drin Maria PARZER als Vorsitzende und Maga Nina KESSELGRUBER als fachkundige Laienrichterin und Mag. Thomas METESCH als fachkundigen Laienrichter über die Beschwerden der Frau XXXX und der XXXX, beide vertreten durch RA Dr. Tassilo WALLENTIN LL.M, gegen den Bescheid des AMS, Wien Esteplatz vom 19.03.2020, Zl. ABB 4034012 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 03.02.2021 beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Drin Maria PARZER als Vorsitzende und Maga Nina KESSELGRUBER als fachkundige Laienrichterin und Mag. Thomas METESCH als fachkundigen Laienrichter über die Beschwerden der Frau römisch 40 und der römisch 40, beide vertreten durch RA Dr. Tassilo WALLENTIN LL.M, gegen den Bescheid des AMS, Wien Esteplatz vom 19.03.2020, Zl. ABB 4034012 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 03.02.2021 beschlossen:

A)

Die Beschwerde vorentscheidung wird gemäß § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen. Die Beschwerde vorentscheidung wird

gemäß Paragraph 28, Absatz 3, 2. Satz VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Frau XXXX (Beschwerdeführerin1 –Bf1) hat bei der NAG-Behörde die Erteilung des Aufenthaltstitels Rot-Weiß-Rot-Karte nach §12b Z1 AuslBG iVm § 20d AuslBG für eine Beschäftigung bei der XXXX (Beschwerdeführerin - Bf2) als Chef de Rang beantragt. 1. Frau römisch 40 (Beschwerdeführerin1 –Bf1) hat bei der NAG-Behörde die Erteilung des Aufenthaltstitels Rot-Weiß-Rot-Karte nach §12b Z1 AuslBG in Verbindung mit Paragraph 20 d, AuslBG für eine Beschäftigung bei der römisch 40 (Beschwerdeführerin - Bf2) als Chef de Rang beantragt.

2. Das AMS Wien Esteplatz hat nach Aufforderung durch die NAG-Behörde mit Bescheid vom 10.10.2019 festgestellt, dass die entsprechende Mindestpunktezah nach der Anlage C zu §12b Z. 1 AuslBG nicht erreicht werde. 2. Das AMS Wien Esteplatz hat nach Aufforderung durch die NAG-Behörde mit Bescheid vom 10.10.2019 festgestellt, dass die entsprechende Mindestpunktezah nach der Anlage C zu §12b Ziffer eins, AuslBG nicht erreicht werde.

3. Dagegen wurde Beschwerde erhoben und zur Begründung vorgebracht, dass die Bf1 allgemeine Universitätsreife vorweisen könne, dass sie adäquate Berufserfahrung, Deutsch-und Englischkenntnisse auf dem Niveau von B1 habe und somit mit den Punkten für ihr Alter mit 71 Punkten weit mehr als die erforderlichen 55 erreiche.

4. Das AMS Wien Esteplatz hat mit Beschwerde vorentscheidung vom 03.01.2020 den negativen Bescheid behoben. Es wurde ein Ersatzkraftverfahren durchgeführt.

5. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 19.03.2020 wurde der Antrag neuerlich abgewiesen, mit der Begründung, dass die Bf1 zwar die erforderliche Punktezah erreiche, aber im Tätigkeitsprofil des Arbeitgebers Anforderungen gestellt würden, die objektiv nicht gerechtfertigt seien, wie Sprachkenntnisse in Spanisch, Russisch und Kasachisch. Der Bf2 sei diese Auffassung vorgehalten worden. Der Verfahrensablauf und das Vorbringen des Arbeitgebers ließen den Schluss zu, dass er kein ernsthaftes Interesse an einer Ersatzkraftstellung durch beim AMS vorgemerkte Arbeitskräfte hat.

Dieser Bescheid enthielt die Rechtsmittelbelehrung, dass binnen zwei Wochen gegen diese Beschwerde vorentscheidung der Antrag gestellt werden könne, die Beschwerde dem BVwG vorzulegen.

6. Die Bf1 und die Bf2 haben rechtzeitig eine Beschwerde mit Bezeichnung „Vorlageantrag“ eingebracht, die belangte Behörde hat mit 31.03.2020 diese dem BVwG vorgelegt. Im Rechtsmittel wurde betont, dass die Sprachkenntnisse notwendig seien, da viele Stammkunden aus diesen Ländern sich dadurch wohler fühlten und öfter kommen würden.

7. Am 03.02.2021 fand vor dem Gericht eine mündliche Verhandlung statt. Die Geschäftsführerin der AG und die Bf1 wurden einvernommen.

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

1. Feststellungen:

Frau XXXX , geboren am XXXX , ist Staatsbürgerin der Republik Kasachstan, aus der Stadt XXXX . Es ist eine Beschäftigung in der XXXX (Arbeitgeberin: XXXX) in Wien I, XXXX , als Chef de Rang geplant. Die Tätigkeit wird beschrieben mit „Überwachung des reibungslosen Ablaufes des Service Empfang der Gäste.“ Als Entgelt sind 2.685,-- (Wert 2020) zugesagt. Das Lokal ist ein Nachtklokal/eine Cocktailbar. Ein relevanter Teil der Gäste kommt aus dem Ausland (Touristinnen und Touristen). Frau römisch 40 , geboren am römisch 40 , ist Staatsbürgerin der Republik Kasachstan, aus der Stadt römisch 40 . Es ist eine Beschäftigung in der römisch 40 (Arbeitgeberin: römisch 40) in Wien

römisch eins, römisch 40, als Chef de Rang geplant. Die Tätigkeit wird beschrieben mit „Überwachung des reibungslosen Ablaufes des Service Empfang der Gäste.“ Als Entgelt sind 2.685,-- (Wert 2020) zugesagt. Das Lokal ist ein Nachtlokal/eine Cocktailbar. Ein relevanter Teil der Gäste kommt aus dem Ausland (Touristinnen und Touristen).

Die Beschreibung von Lokal und Tätigkeit bezieht sich auf Umstände, wie sie vor den Einschränkungen aufgrund der Corona-Pandemie vorlagen bzw. nach Erwartung der Bf1 und Bf2 wieder vorliegen werden.

Die Bf1 hat im Herkunftsland die Mittelschule besucht und hat Universitätsreife, sie ist in Österreich bedingt (Sprachnachweis) zum Studium zugelassen. Sie hat in Wien 3 Semester lang ein Business Kolleg absolviert.

Sie hat Sprachnachweise für Deutsch und Englisch (B1), für Spanisch, Russisch und Kasachisch vorgelegt.

Sie hat 2010 in Kasachstan eine Ausbildung für den Beruf Chef de Rang absolviert (dreimonatiger Kurs 2010 und einmonatiger Kurs im Jahr 2011). Sie hat im Restaurant „XXXX“ in XXXX von Mai 2010 bis April 2011 als Kellnerin, von April 2011 bis März 2014 als Oberkellnerin (Chef de Rang) gearbeitet. Sie hat Sprachnachweise für Deutsch und Englisch (B1), für Spanisch, Russisch und Kasachisch vorgelegt. Sie hat 2010 in Kasachstan eine Ausbildung für den Beruf Chef de Rang absolviert (dreimonatiger Kurs 2010 und einmonatiger Kurs im Jahr 2011). Sie hat im Restaurant „römisch 40“ in römisch 40 von Mai 2010 bis April 2011 als Kellnerin, von April 2011 bis März 2014 als Oberkellnerin (Chef de Rang) gearbeitet.

Der von der Bf2 erstellte Vermittlungsauftrag an das AMS vom 17.01.2020 enthielt folgende Tätigkeitsbeschreibung:

„Gästeempfang, Platzzuweisung, Beratung bei Menüauswahl, Bestellungen Aufnahme“

Folgende Kenntnisse und Qualifikationen wurden als erforderlich angeführt:

„Allgemeine Universitätsreife, 3 Jahre Berufserfahrung“ Deutsch B1, Englisch B1, Spanisch, Russisch, Ukrainisch, Kasachisch“.

Nach einer Recherche des Gerichts auf der Internetseite des AMS (www.jobroomams.or.at) und weiterer Portale, zB www.career-account.at, in denen Gastgewerbepersonal gesucht wird, werden – im Besonderen im Bereich der 5 - Sterne und 4- Sterne S Gastronomie - für die Position des Chef de Rang in der Regel Englischkenntnisse auf hohem Niveau gesucht, wobei bei einzelnen Betrieben der Zusatz zu finden ist, dass weitere Fremdsprachenkenntnisse von Vorteil sind.

Das BVwG stellt fest, dass im gegenständlichen Betrieb sehr gute Deutsch- und Englischkenntnisse sowie Russischkenntnisse erforderlich sind.

2. Beweiswürdigung:

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Akt der belangten Behörde, dem Vorbringen der Bf und aus den Einvernahmen in der Verhandlung am 03.02.2021.

Die Feststellungen zu den Erfordernissen eines Chefs de rang beruhen auf der offiziellen Website des AMS und auf einer anderen unbedenklichen Internetseite, www.career.at. Die Vertreterin der Bf2 konnte in der mündlichen Verhandlung nicht überzeugend dartun, dass in der XXXX die geforderten Sprachkenntnisse betrieblich notwendig seien. Sie hat schließlich auch eingeräumt, dass Kasachisch, Ukrainisch und Spanisch von Vorteil, aber nicht erforderlich sind. Da es sich um ein Lokal im von Touristinnen und Touristen stark frequentierten Innenbezirk Wiens handelt, ist es nachvollziehbar, dass viele Gäste aus Russland bzw. den Nachfolgestaaten der Sowjetunion in das Lokal kommen, die weniger Deutsch und Englisch sprechen, sodass die Notwendigkeit von Russisch-Kenntnissen nachvollziehbar ist. Es wird von den Gästen nicht erwartet, dass sämtliche Sprachen der allfälligen Gäste gesprochen werden, sodass Kasachisch, Ukrainisch und Spanisch nicht zu den gerechtfertigten Anforderungen an die Stelle gehören. Die Feststellungen zu den Erfordernissen eines Chefs de rang beruhen auf der offiziellen Website des AMS und auf einer anderen unbedenklichen Internetseite, www.career.at. Die Vertreterin der Bf2 konnte in der mündlichen Verhandlung nicht überzeugend dartun, dass in der römisch 40 die geforderten Sprachkenntnisse betrieblich notwendig seien. Sie hat schließlich auch eingeräumt, dass Kasachisch, Ukrainisch und Spanisch von Vorteil, aber nicht erforderlich sind. Da es sich um ein Lokal im von Touristinnen und Touristen stark frequentierten Innenbezirk Wiens handelt, ist es nachvollziehbar, dass viele Gäste aus Russland bzw. den Nachfolgestaaten der Sowjetunion in das Lokal kommen, die weniger Deutsch und Englisch sprechen, sodass die Notwendigkeit von Russisch-Kenntnissen

nachvollziehbar ist. Es wird von den Gästen nicht erwartet, dass sämtliche Sprachen der allfälligen Gäste gesprochen werden, sodass Kasachisch, Ukrainisch und Spanisch nicht zu den gerechtfertigten Anforderungen an die Stelle gehören.

Die belangte Behörde wendet ein, dass die Angaben und Dokumente zu den Ausbildungen und der beruflichen Tätigkeit in Kasachstan zeitlich nicht vereinbar seien: Die Auffassung wird nicht geteilt: Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung, dass SchülerInnen und StudentInnen in vielen Fällen neben der Ausbildung eine Beschäftigung in Teilzeitform, oft im Gastgewerbe, ausüben. Ebenso ist es nicht unplausibel und den Gegebenheiten im Arbeitsleben entsprechend, dass der Dienstgeber der Bf1 eine Ausbildung (Höherqualifizierung) anbot, die auch diesem zugutekam. Es können daher in den Angaben der Bf1 zu ihren Ausbildungen und beruflichen Tätigkeiten keine Ungereimtheiten gefunden werden.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1 § 28 VwGVG 3.1 Paragraph 28, VwGVG

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hierbei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist. (3) Liegen die Voraussetzungen des Absatz 2, nicht vor, hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hierbei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

Zu A)

3.1 Gesetzliche Grundlagen:

Gemäß § 4 Abs 1 AuslBG ist einem Arbeitgeber 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. Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, AuslBG ist einem Arbeitgeber 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.

Gemäß § 4b Abs 1 AuslBG 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, AuslBG 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.

Nach § 12b Z 1 AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie die erforderliche Mindestpunkteanzahl 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. Nach Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie die erforderliche Mindestpunkteanzahl 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 Paragraph 108, Absatz 3, des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), Bundesgesetzblatt Nr. 189 aus 1955,, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt.

3.2 Judikatur

Nach der Judikatur des VwGH ist es 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 (vgl. VwGH 10.9.2015, Ro 2015/09/0011; vom 15.9.2011, 2009/09/0149; 15.5.2008, 2005/09/0106, Zl. Ra 2019/09/0141 vom 29.01.2020 und Ra 2018/09/0136 vom 20. März 2019).

Nach der Judikatur des VwGH ist es 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 vergleiche VwGH 10.9.2015, Ro 2015/09/0011; vom 15.9.2011, 2009/09/0149; 15.5.2008, 2005/09/0106, Zl. Ra 2019/09/0141 vom 29.01.2020 und Ra 2018/09/0136 vom 20. März 2019),.

3.3 Im konkreten Fall:

3.3.1 Es ist unstrittig, dass die erforderliche Punkteanzahl nach der Anlage C zu § 12b Z1 AuslBG vorliegt. 3.3.1 Es ist unstrittig, dass die erforderliche Punkteanzahl nach der Anlage C zu Paragraph 12 b, Z1 AuslBG vorliegt.

3.3.2 Strittig ist, ob die Voraussetzungen des § 4 Abs 1 1.Satz iVm § 4b AuslBG vorliegen: 3.3.2 Strittig ist, ob die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, 1.Satz in Verbindung mit Paragraph 4 b, AuslBG vorliegen:

Dem AMS ist zuzustimmen, dass von der Bf2 in Bezug auf die Notwendigkeit von Fremdsprachen ein überzogenes Anforderungsprofil vorgelegt wurde, welches objektiv nicht in den betrieblichen Notwendigkeiten begründet ist.

Der Beschäftiger hat nach § 4a Abs. 1 letzter Satz AuslBG den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung

erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen der gewünschten Arbeitskraft zu erbringen. Wie oben dargelegt ist bei der Prüfung der Arbeitsmarktlage das vom Dienstgeber angegebene Anforderungsprofil aber nur insoweit zu Grunde zu legen, als es in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung findet (u.a.vgl. VwGH, 24.01.2014, 2013/09/0070).Der Beschäftigte hat nach Paragraph 4 a, Absatz eins, letzter Satz AuslBG den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen der gewünschten Arbeitskraft zu erbringen. Wie oben dargelegt ist bei der Prüfung der Arbeitsmarktlage das vom Dienstgeber angegebene Anforderungsprofil aber nur insoweit zu Grunde zu legen, als es in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung findet (u.a.vergleiche VwGH, 24.01.2014, 2013/09/0070).

3.3.3 Zum Anforderungsprofil:

Das Anforderungsprofil, welches der Arbeitsgeber für den benötigten Arbeitnehmer aufstellt, muss sachlich objektiv gerechtfertigt sein und den betrieblichen Notwendigkeiten des Betriebes entsprechen.

Dies ist hier aus folgenden Gründen nicht der Fall:

Es entspricht aufgrund der Lebens- und Berufserfahrung des Senates und aufgrund der Recherche beim AMS (e-job-room) und aufgrund der Einvernahme in der mündlichen Verhandlung den üblichen Anforderungen eines Chefs de Rang mit Tätigkeit in Österreich, dass – neben sehr guten Deutschkenntnissen – eine Fremdsprache beherrscht wird. In der Regel sind auch gute Englischkenntnisse gefragt. Es liegt auch im Bereich des Erforderlichen für den Betrieb, Russischkenntnisse von der Bedienung zu fordern, da diese Sprache von ausländischen Besucherinnen und Besuchern Wiens, die aus den Nachfolgestaaten der Sowjetunion kommen, oft beherrscht wird (vgl. oben).Es entspricht aufgrund der Lebens- und Berufserfahrung des Senates und aufgrund der Recherche beim AMS (e-job-room) und aufgrund der Einvernahme in der mündlichen Verhandlung den üblichen Anforderungen eines Chefs de Rang mit Tätigkeit in Österreich, dass – neben sehr guten Deutschkenntnissen – eine Fremdsprache beherrscht wird. In der Regel sind auch gute Englischkenntnisse gefragt. Es liegt auch im Bereich des Erforderlichen für den Betrieb, Russischkenntnisse von der Bedienung zu fordern, da diese Sprache von ausländischen Besucherinnen und Besuchern Wiens, die aus den Nachfolgestaaten der Sowjetunion kommen, oft beherrscht wird (vergleiche oben).

Für Kasachisch, Ukrainisch und Spanisch liegt keine Notwendigkeit vor. Es ist diesbezüglich auch auf die Aussage der Vertreterin der Bf2 zu verweisen, wonach für den Kontakt mit Spanisch sprechenden Gästen ein Beschäftigter aus Peru eingestellt wurde.

Für gehobene Umgangsformen, einen dem jeweiligen Gast angepassten Umgang und die effiziente Organisation des Service ist eine gute Allgemeinbildung auf dem Maturaniveau als Voraussetzung im Anforderungsprofil nicht überzogen.

3.4 Obwohl es hier nicht zur Beurteilung ansteht, sei doch darauf hingewiesen, dass die Bf2 in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar und glaubhaft dargelegt hat, dass sie die von ihr behaupteten Ausbildungen und die Beschäftigung im Lokal in Kasachstan als Chef de rang tatsächlich absolviert hat. Das wurde auch seitens der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid angenommen, da die entsprechenden Punkte aufgrund dieser Bestätigungen vergeben wurden.

4. Zur Zurückverweisung

Im gegenständlichen Fall hat die belangte Behörde die Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens unterlassen, auch wenn die Verantwortung dafür im Wesentlichen

bei der Bf2 lag, die im Verfahren vor der belangten Behörde nicht bereit war, in Zusammenwirken mit dem AMS das Anforderungsprofil den betrieblichen Notwendigkeiten anzupassen. In der mündlichen Verhandlung wurde auch seitens der AG (BF2) konzediert, dass neben Deutsch und Englisch Russisch als notwendige Fremdsprache ausreichend ist.

Die Durchführung einer Arbeitsmarktprüfung /einer Ersatzkraftsuche im Sinne des§ 4b AuslBG kann aus organisatorischen Gründen nur von der belangten Behörde durchgeführt werden.Die Durchführung einer Arbeitsmarktprüfung /einer Ersatzkraftsuche im Sinne des Paragraph 4 b, AuslBG kann aus organisatorischen Gründen nur von der belangten Behörde durchgeführt werden.

Der angefochtene Bescheid war daher mit Beschluss zu beheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen.

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.,

Schlagworte

Anforderungsprofil Arbeitsmarkprüfung betriebliches Interesse Ermittlungspflicht Ersatzkraft Kassation mangelnde Sachverhaltsfeststellung Sprachkenntnisse

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W178.2230074.1.00

Im RIS seit

07.05.2021

Zuletzt aktualisiert am

07.05.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at