

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/9/30 W209 2207102-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.09.2019

## Entscheidungsdatum

30.09.2019

## Norm

AuslBG §12b

AuslBG §4

B-VG Art. 133 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 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. 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**

W209 2207101-2/4E

W209 2207102-2/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes PFLUG und Philipp KUHLMANN als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , XXXX XXXX sowie der XXXX XXXX , beide vertreten durch LEITNER Wirtschaftsrechtskanzlei, Billrothstraße 6/4-5, 1190 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Korneuburg vom 25.02.2019, GZ: 08114/ABB-Nr. 3924320, betreffend Nichtzulassung der XXXX zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes PFLUG und Philipp KUHLMANN als Beisitzer über die Beschwerde der römisch 40 , römisch 40 römisch 40 sowie der römisch 40 römisch 40 , beide vertreten durch LEITNER Wirtschaftsrechtskanzlei, Billrothstraße 6/4-5, 1190 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Korneuburg vom 25.02.2019, GZ: 08114/ABB-Nr. 3924320, betreffend Nichtzulassung der römisch 40 zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird Folge gegeben, der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben und dem Magistrat der Stadt Salzburg über Ersuchen vom 13.04.2018, GZ: 30101/01-1492/1/1-2018, gemäß § 20d Abs. 1 Z 3 AuslBG mitgeteilt, dass XXXX , geb. am XXXX, die Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG bei der Arbeitgeberin XXXX , erfüllt. Der Beschwerde wird Folge gegeben, der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben und dem Magistrat der Stadt Salzburg über Ersuchen vom 13.04.2018, GZ: 30101/01-1492/1/1-2018, gemäß Paragraph 20 d, Absatz eins, Ziffer 3, AuslBG mitgeteilt, dass römisch 40 , geb. am römisch 40 , die Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG bei der Arbeitgeberin römisch 40 , erfüllt.

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:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. XXXX (im Folgenden die Erstbeschwerdeführerin), eine am XXXX geborene argentinische Staatsangehörige, stellte am

13.04.2018 beim Magistrat der Stadt Salzburg einen Antrag auf Rot-Weiß-Rot-Karte als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG. Der Antrag samt Anhängen, dem zufolge die Erstbeschwerdeführerin bei der XXXX (im Folgenden die Zweitbeschwerdeführerin) im Bereich "Hotellerie, Reiseleitung, Betreuung ausländischer Gäste" mit einem monatlichen Bruttolohn von € 3.078,00 im Ausmaß von 40 Wochenstunden unbefristet an einem Arbeitsplatz im eigenen Betrieb beschäftigt werden soll, wurde am gleichen Tag dem AMS Salzburg zur Prüfung der Voraussetzungen für die Zulassung zur Beschäftigung als Schlüsselkraft übermittelt. Aufgrund des Betriebssitzes der mitbeteiligten Arbeitgeberin in XXXX wurde der Antrag sodann zuständigkeitshalber an die belangte Behörde (im folgenden AMS) weitergeleitet. 1. römisch 40 (im Folgenden die Erstbeschwerdeführerin), eine am römisch 40 geborene argentinische Staatsangehörige, stellte am 13.04.2018 beim Magistrat der Stadt Salzburg einen Antrag auf Rot-Weiß-Rot-Karte als sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG. Der Antrag samt Anhängen, dem zufolge die Erstbeschwerdeführerin bei der römisch 40 (im Folgenden die Zweitbeschwerdeführerin) im Bereich "Hotellerie, Reiseleitung, Betreuung ausländischer Gäste" mit einem monatlichen Bruttolohn von € 3.078,00 im Ausmaß von 40 Wochenstunden unbefristet an einem Arbeitsplatz im eigenen Betrieb beschäftigt werden soll, wurde am gleichen Tag dem AMS Salzburg zur Prüfung der Voraussetzungen für die Zulassung zur Beschäftigung als Schlüsselkraft übermittelt. Aufgrund des Betriebssitzes der mitbeteiligten Arbeitgeberin in römisch 40 wurde der Antrag sodann zuständigkeitshalber an die belangte Behörde (im folgenden AMS) weitergeleitet.

2. Mit zu W209 2207101-1/3E und W209 2207102-1/3E ergangenem Beschluss vom 23.10.2018 behob das Bundesverwaltungsgericht eine abweisende Beschwerde-vorentscheidung des AMS mit der Begründung, dass die Erstbeschwerdeführerin entgegen der Rechtsansicht des AMS die allgemeinen Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft einschließlich der Mindestpunkteanzahl gemäß Anlage C zum AuslBG erfülle und das AMS daher verpflichtet gewesen wäre, ein Ersatzkraftverfahren gemäß § 4b AuslBG durchzuführen, und verweis die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an das AMS zurück. 2. Mit zu W209 2207101-1/3E und W209 2207102-1/3E ergangenem Beschluss vom 23.10.2018 behob das Bundesverwaltungsgericht eine abweisende Beschwerde-vorentscheidung des AMS mit der Begründung, dass die Erstbeschwerdeführerin entgegen der Rechtsansicht des AMS die allgemeinen Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft einschließlich der Mindestpunkteanzahl gemäß Anlage C zum AuslBG erfülle und das AMS daher verpflichtet gewesen wäre, ein Ersatzkraftverfahren gemäß Paragraph 4 b, AuslBG durchzuführen, und verweis die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an das AMS zurück.

3. Mit Parteiengehör vom 23.11.2018 teilte das AMS den Beschwerdeführern mit, dass aufgrund der Zurückverweisung des Antrages durch das Bundesverwaltungsgericht dem Service für Unternehmen zwecks Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens ein Vermittlungsauftrag erteilt worden sei. Dabei sei das von der Zweitbeschwerdeführerin bekannt gegebene Anforderungsprofil an die grundsätzlichen Erfordernisse für die Ausübung der Tätigkeit einer Reiseleiterin angepasst worden. Dem Vermittlungsauftrag ist zu entnehmen, dass die von der Zweitbeschwerdeführerin gewünschten Portugiesisch-Kenntnisse sowie die von ihr als erforderlich erachtete pädagogische Erfahrung/Ausbildung nicht in das Stelleninserat aufgenommen wurden.

4. Am 30.11.2018 nahmen die Beschwerdeführer zum oben angeführten Parteiengehör Stellung und teilten mit, dass für die Änderung des bekannt gegebenen Anforderungsprofils kein Grund bestehe. So sei es der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zufolge das Recht eines jeden Arbeitgebers, die Anforderungen festzusetzen, die er an eine von ihm zu beschäftigende Person stelle. Seien diese Anforderungen durch objektive Notwendigkeiten begründet, würden sie zu den (gesetzlich zulässigen) Bedingungen der Beschäftigung gehören, die einer Prüfung gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG zugrunde zu legen seien. Die Zweitbeschwerdeführerin suche händeringend Personen mit der Bereitschaft, an allen Hotelstandorten ( XXXX ) zu arbeiten, sehr guten Sprachkenntnissen in Spanisch, Portugiesisch, Englisch und Deutsch sowie beruflicher Erfahrung in Südamerika für die Gästebetreuung. Gäste aus Südamerika würden eine Person als Reiseleiter bzw. Betreuer bevorzugen, die denselben kulturellen Hintergrund habe und die Sprache beherrsche. Zielgruppe seien insbesondere Schüler-, Sport- und Jugendgruppen aus dem süd- und mittelamerikanischen Raum. Für die Betreuung dieser Reisegruppen sei unbedingt eine pädagogische Ausbildung erforderlich. 4. Am 30.11.2018 nahmen die Beschwerdeführer zum oben angeführten Parteiengehör Stellung und teilten mit, dass für die Änderung des bekannt gegebenen Anforderungsprofils kein Grund bestehe. So sei es der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zufolge das Recht eines jeden Arbeitgebers, die Anforderungen festzusetzen, die er an eine von ihm zu beschäftigende Person stelle. Seien diese Anforderungen durch objektive Notwendigkeiten

begründet, würden sie zu den (gesetzlich zulässigen) Bedingungen der Beschäftigung gehören, die einer Prüfung gemäß Paragraph 4, Absatz eins, AuslBG zugrunde zu legen seien. Die Zweitbeschwerdeführerin suche händierend Personen mit der Bereitschaft, an allen Hotelstandorten ( römisch 40 ) zu arbeiten, sehr guten Sprachkenntnissen in Spanisch, Portugiesisch, Englisch und Deutsch sowie beruflicher Erfahrung in Südamerika für die Gästebetreuung. Gäste aus Südamerika würden eine Person als Reiseleiter bzw. Betreuer bevorzugen, die denselben kulturellen Hintergrund habe und die Sprache beherrsche. Zielgruppe seien insbesondere Schüler-, Sport- und Jugendgruppen aus dem süd-und mittelamerikanischen Raum. Für die Betreuung dieser Reisegruppen sei unbedingt eine pädagogische Ausbildung erforderlich.

5. Mit Schreiben vom 07.12.2018 übermittelte das AMS der Zweitbeschwerdeführerin eine Liste von Personen, die es für die ausgeschriebene Stelle ausgewählt habe.

6. Mit dem nunmehr in Beschwerde gezogenen Ersatzbescheid vom 25.02.2019 wurde die Zulassung der Erstbeschwerdeführerin zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft versagt und dies damit begründet, dass das nunmehr durchgeführte Ersatzkraftverfahren zwar ergeben habe, dass auch unter Berücksichtigung des vom AMS angepassten Anforderungsprofils keine Ersatzkräfte zu Verfügung stünden. Die Erstbeschwerdeführerin verfüge jedoch aktuell über eine Aufenthaltsbewilligung für Ungarn. Da sie angegeben habe, dass ihr ebenfalls in Ungarn wohnhafter Ehegatte nicht beabsichtige, die Erstbeschwerdeführerin nach Österreich zu begleiten, und feststehe, dass die Erstbeschwerdeführerin (neben der beabsichtigten Beschäftigung in Österreich) weiterhin auch in Ungarn von einem Filialbetrieb der Zweitbeschwerdeführerin beschäftigt werden solle, sei davon auszugehen, dass ihr Lebensmittelpunkt auch künftig in Ungarn liege und sie somit weiterhin als in Ungarn niedergelassen gelte. Eine Niederlassung in zwei Staaten sei jedoch rechtlich denkbar. Darüber hinaus habe keine betriebliche Notwendigkeit der Beschäftigung der Erstbeschwerdeführerin durch die Zweitbeschwerdeführerin festgestellt werden können. Die mit täglich von 7:00 Uhr bis 10:00 Uhr und von 18:00 Uhr bis 22:00 Uhr als erforderlich angegebenen Arbeitszeiten seien nach Ansicht des AMS mit der Tätigkeit einer Reiseleiterin nicht vereinbar.

7. Dagegen erhoben sowohl die Erst- als auch die Zweitbeschwerdeführerin seitens ihres bevollmächtigten Rechtsvertreters binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde, die zusammengefasst damit begründet wurde, dass das AMS in der Beschwerdeentscheidung selbst noch - für das weitere Verfahren bindend - von der betrieblichen Notwendigkeit der Beschäftigung einer Reiseleiterin ausgegangen sei. Die Zweitbeschwerdeführerin habe - trotz des ihrer Ansicht nach zu Unrecht eingeschränkten Anforderungsprofils - an dem vom AMS durchgeführten Ersatzkraftverfahren intensiv mitgewirkt und alle vom AMS vorgeschlagenen Bewerber zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. Kein einziger Bewerber hätte jedoch Interesse an der ausgeschriebenen Stelle gehabt. Die Lage der Arbeitszeit sei von keinem Bewerber als Grund für das mangelnde Interesse angeführt worden. Auch die Ansicht des AMS, dass die Erstbeschwerdeführerin nicht beabsichtige, sich in Österreich niederzulassen, treffe nicht zu. Aus dem Umstand, dass der Ehegatte der Beschwerdeführerin in Ungarn bleiben werde, könne nicht geschlossen werden, dass sich die Erstbeschwerdeführerin nicht in Österreich niederlassen wolle. Dass die Erstbeschwerdeführerin nach wie vor in Ungarn lebe, sei einzig dem Umstand zu verdanken, dass das AMS noch immer die Zulassung der Erstbeschwerdeführerin als Schlüsselkraft verweigere.

8. Am 19.06.2019 einlangend legte das AMS die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

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

#### 1. Feststellungen:

Das Bundesverwaltungsgericht sprach mit Beschluss vom 23.10.2018 aus, dass die Erstbeschwerdeführerin die (allgemeinen) Voraussetzungen für die Zulassung zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG einschließlich der Mindestpunktzahl gemäß Anlage C erfüllt. Das Bundesverwaltungsgericht sprach mit Beschluss vom 23.10.2018 aus, dass die Erstbeschwerdeführerin die (allgemeinen) Voraussetzungen für die Zulassung zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG einschließlich der Mindestpunktzahl gemäß Anlage C erfüllt.

In der Folge führte das AMS auftragsgemäß ein Ersatzkraftverfahren durch, in welchem es (auszugsweise) folgendes Stelleninserat schaltete:

#### "ANFORDERUNGSPROFIL:

- -Strichaufzählung  
Berufspraxis in der Reiseleitung bzw. Betreuung ausländischer Gäste
- -Strichaufzählung  
Matura von Vorteil
- -Strichaufzählung  
Spanisch- und Englischkenntnisse in Wort und Schrift

#### AUFGABENGEBIET:

- -Strichaufzählung  
Kontaktaufnahme mit Reisebüros /-veranstaltern hauptsächlich aus dem südamerikanischen

Raum & Betreuung dieser Gäste - Schwerpunkt Schüler-, Sportler-, Jugendgruppen an den

Standorten in XXXX (Ungarn) Standorten in römisch 40 (Ungarn)

Wir bieten eine

- -Strichaufzählung  
Vollzeitbeschäftigung
- -Strichaufzählung  
je nach Notwendigkeit der Betreuung (zumeist 7 - 10 / 18 - 22 Uhr)
- -Strichaufzählung  
5 Tage Woche
- -Strichaufzählung  
kostenlose Unterkunft"

Auf das Stelleninserat bewarben sich insgesamt fünf Personen. Eine Bewerberin wurde von der Zweitbeschwerdeführerin mangels Erfahrung in der Tourismusbranche abgelehnt. Eine Person wurde zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen, hat sich aber nicht mehr gemeldet. Eine Person hat sich vorgestellt, später aber eine Absage geschickt. Eine Person gab bekannt, dass sie kein Auto besitze und ihr die Anreise zu den Standorten der Zweitbeschwerdeführerin zu mühsam sei. Eine Person hat sich nicht beworben.

#### 2. Beweiswürdigung:

Der Beschluss vom 23.10.2018 liegt dem Gerichtsakt bei.

Die Schaltung eines Stelleninserats mit obigem Inhalt steht aufgrund der Aktenlage als unstrittig fest.

Die Feststellungen zu den erfolglosen Vermittlungsbemühungen des AMS gründen auf den vom AMS unwidersprochen gebliebenen Angaben der Zweitbeschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren.

Soweit das AMS anlässlich der Beschwerdevorlage ausführte, dass die Zweitbeschwerdeführerin eine Person ( XXXX ) nicht eingestellt habe, weil diese über keinen Führerschein verfügt habe, steht dem der Inhalt der Verwaltungsakten entgegen, wonach dieser Person die Anreise zu den Standorten der Zweitbeschwerdeführerin ohne Auto (bzw. ohne Führerschein) "zu mühsam" gewesen ist, weswegen sie von sich aus die Beschäftigung ablehnte. Soweit das AMS anlässlich der Beschwerdevorlage ausführte, dass die Zweitbeschwerdeführerin eine Person ( römisch 40 ) nicht eingestellt habe, weil diese über keinen Führerschein verfügt habe, steht dem der Inhalt der Verwaltungsakten entgegen, wonach dieser Person die Anreise zu den Standorten der Zweitbeschwerdeführerin ohne Auto (bzw. ohne Führerschein) "zu mühsam" gewesen ist, weswegen sie von sich aus die Beschäftigung ablehnte.

#### 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 20g Abs. 1 AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice, die in Angelegenheiten des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergangen sind, das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und einer aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören. Gemäß Paragraph 20 g, Absatz eins, AuslBG

entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice, die in Angelegenheiten des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergangen sind, das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und einer 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 § 58 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 58, 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 vier. 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)

Die im vorliegenden Fall anzuwendenden maßgebenden Bestimmungen des AuslBG lauten:

§ 12b in der Fassung BGBl. I Nr. 94/2018: Paragraph 12 b, in der Fassung BGBl. römisch eins Nr. 94/2018:

"Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen

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

1. die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens 50 vH oder, sofern sie das 30. Lebensjahr überschritten haben, mindestens 60 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, oder 1. die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens 50 vH oder, sofern sie das 30. Lebensjahr überschritten haben, mindestens 60 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß Paragraph 108, Absatz 3, des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), Bundesgesetzblatt Nr. 189 aus 1955,, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, oder

2. [...]

und sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. Bei Studienabsolventen gemäß Z 2 entfällt die Arbeitsmarktprüfung 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 Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall."

§ 20d in der Fassung BGBl. I Nr. 94/2018: Paragraph 20 d, in der Fassung BGBl. römisch eins Nr. 94/2018:

"Zulassungsverfahren für besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte, sonstige Schlüsselkräfte, Studienabsolventen und Künstler

§ 20d. (1) Besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte sowie sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen haben den Antrag auf eine "Rot-Weiß-Rot - Karte", Schlüsselkräfte gemäß § 12c den Antrag auf eine "Blaue Karte EU" und ausländische Künstler den Antrag auf eine "Niederlassungsbewilligung - Künstler" gemeinsam mit einer schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, die im Antrag angegebenen Beschäftigungsbedingungen einzuhalten, bei der nach dem NAG zuständigen Behörde einzubringen. Der Antrag kann auch vom Arbeitgeber für den Ausländer im Inland eingebracht werden. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat den Antrag, sofern er nicht gemäß § 41 Abs. 3 Z 1 oder 2 NAG zurück- oder abzuweisen ist, unverzüglich an die nach dem Betriebssitz des Arbeitgebers zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zur Prüfung der jeweiligen Zulassungsvoraussetzungen zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle hat den Regionalbeirat anzuhören und binnen vier Wochen der nach dem NAG zuständigen Behörde - je nach Antrag - schriftlich zu bestätigen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung

Paragraph 20 d, (1) Besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte sowie sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen haben den Antrag auf eine "Rot-Weiß-Rot - Karte", Schlüsselkräfte gemäß Paragraph 12 c, den Antrag auf eine "Blaue Karte EU" und ausländische Künstler den Antrag auf eine "Niederlassungsbewilligung - Künstler" gemeinsam mit einer schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, die im Antrag angegebenen Beschäftigungsbedingungen einzuhalten, bei der nach dem NAG zuständigen Behörde einzubringen. Der Antrag kann auch vom Arbeitgeber für den Ausländer im Inland eingebracht werden. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat den Antrag, sofern er nicht gemäß Paragraph 41, Absatz 3, Ziffer eins, oder 2 NAG zurück- oder abzuweisen ist, unverzüglich an die nach dem Betriebssitz des Arbeitgebers zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zur Prüfung der jeweiligen Zulassungsvoraussetzungen zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle hat den Regionalbeirat anzuhören und binnen vier Wochen der nach dem NAG zuständigen Behörde - je nach Antrag - schriftlich zu bestätigen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung

1. als besonders Hochqualifizierter gemäß § 121. als besonders Hochqualifizierter gemäß Paragraph 12
2. als Fachkraft gemäß § 12a, 2. als Fachkraft gemäß Paragraph 12 a,,
3. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1, 3. als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins,,
4. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 2 (Studienabsolvent), 4. als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer 2, (Studienabsolvent),
5. als Schlüsselkraft gemäß § 12c (Anwärter auf eine "Blaue Karte EU") oder 5. als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 c, (Anwärter auf eine "Blaue Karte EU") oder
6. als Künstler gemäß § 146. als Künstler gemäß Paragraph 14

erfüllt sind. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat die regionale Geschäftsstelle über die Erteilung des jeweiligen Aufenthaltstitels unter Angabe der Geltungsdauer zu verständigen. Bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen hat die regionale Geschäftsstelle die Zulassung zu versagen und den diesbezüglichen Bescheid unverzüglich der nach dem NAG zuständigen Behörde zur Zustellung an den Arbeitgeber und den Ausländer zu übermitteln.

(2) bis (5) [...]"

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Vorliegend wurde bereits mit zurückverweisendem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.10.2018 für das weitere Verfahren bindend ausgesprochen (vgl. VwGH 29.07.2015, Ra 2015/07/0034), dass die Erstbeschwerdeführerin die Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft, einschließlich der Mindestpunkteanzahl gemäß Anlage C erfüllt und das AMS (nur mehr) ein Ersatzkraftverfahren durchzuführen hat, um rechtlich einwandfrei beurteilen zu können, ob die Erstbeschwerdeführerin bei der Zweitbeschwerdeführerin zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zuzulassen ist. Vorliegend wurde bereits mit zurückverweisendem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 23.10.2018 für das weitere Verfahren bindend ausgesprochen vergleiche VwGH 29.07.2015, Ra 2015/07/0034), dass die Erstbeschwerdeführerin die Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft, einschließlich der Mindestpunkteanzahl gemäß Anlage C erfüllt und das AMS (nur mehr) ein Ersatzkraftverfahren durchzuführen hat, um rechtlich einwandfrei beurteilen zu können, ob die Erstbeschwerdeführerin bei der Zweitbeschwerdeführerin zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zuzulassen ist.

Soweit mit Inkrafttreten der Anlage C idF BGBl. I. Nr. 94/2018 eine wesentliche Änderung der Rechtslage eingetreten ist, ist darauf hinzuweisen, dass die Erstbeschwerdeführerin ausgehend von den Feststellungen im oben angeführten Beschluss auch die Mindestpunkteanzahl nach der geltenden Anlage C erreicht. Soweit mit Inkrafttreten der Anlage C in der Fassung Bundesgesetzblatt römisch eins. Nr. 94 aus 2018, eine wesentliche Änderung der Rechtslage eingetreten ist, ist darauf hinzuweisen, dass die Erstbeschwerdeführerin ausgehend von den Feststellungen im oben angeführten Beschluss auch die Mindestpunkteanzahl nach der geltenden Anlage C erreicht.

Das AMS hat das erforderliche Ersatzkraftverfahren durchgeführt. Dabei bewarben sich fünf Personen, wobei deren Vermittlung den Feststellungen folgend aus Gründen, welche die Zweitbeschwerdeführerin nicht zu vertreten hat, scheiterte, sodass im Ergebnis festzuhalten ist, dass das AMS kein Ersatzkraft vermitteln konnte.

Soweit das AMS in der Begründung des angefochtenen Bescheides mit Hinweis auf die von der Zweitbeschwerdeführerin bekannt gegebenen Arbeitszeiten ausführte, dass "keine betriebliche Notwendigkeit der Beschäftigung" der Erstbeschwerdeführerin festgestellt werden habe können, ist darauf zu verweisen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Behörde verpflichtet ist, vor der Ersatzkraftstellung festzustellen, welche Anforderungen die zu vermittelnde Ersatzkraft zu erfüllen hat. Dieses Anforderungsprofil wird primär durch den Antrag des Arbeitgebers bestimmt, muss aber darüber hinaus in den sachlichen Notwendigkeiten des Betriebes begründet und im Unternehmensgegenstand rechtlich gedeckt sein (vgl. u.a. VwGH 18.10.1989, 89/09/0061). Soweit das AMS in der Begründung des angefochtenen Bescheides mit Hinweis auf die von der Zweitbeschwerdeführerin bekannt gegebenen Arbeitszeiten ausführte, dass "keine betriebliche Notwendigkeit der Beschäftigung" der Erstbeschwerdeführerin festgestellt werden habe können, ist darauf zu verweisen, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Behörde verpflichtet ist, vor der Ersatzkraftstellung festzustellen, welche Anforderungen die zu vermittelnde Ersatzkraft zu erfüllen hat. Dieses Anforderungsprofil wird primär durch den Antrag des Arbeitgebers bestimmt, muss aber darüber hinaus in den sachlichen Notwendigkeiten des Betriebes begründet und im Unternehmensgegenstand rechtlich gedeckt sein vergleiche u.a. VwGH 18.10.1989, 89/09/0061).

Hätte das AMS daher die bekannt gegebenen Arbeitszeiten als nicht in den sachlichen Notwendigkeiten des Betriebes begründet erachtet, so hätte es dieses Erfordernis auch nicht in das Stelleninserat aufnehmen dürfen, wie es das auch bei den geforderten Portugiesisch-Kenntnissen und der gewünschten pädagogischen Erfahrung/Ausbildung gemacht hat. Schließlich räumte das AMS in der Beschwerdevorlage selbst ein, dass die Aufnahme der angeführten Arbeitszeiten in das Stelleninserat "als Zustimmung des AMS betreffend die möglichen Beschäftigungszeiten als Reiseleiterin" zu werten sei.

Soweit das AMS anlässlich der Beschwerdevorlage weiters ausführte, dass die Zweitbeschwerdeführerin das Anforderungsprofil im Laufe des Ersatzkraftverfahrens unzulässiger Weise dahingehend erweitert habe, dass - entgegen dem ursprünglich bekannt gegebenen Anforderungsprofil - für die Beschäftigung nunmehr der Besitz eines Führerscheins gefordert werde, weil eine Person nicht eingestellt worden sei, da diese über keinen Führerschein verfügt habe, steht dem der Inhalt der Verwaltungsakten entgegen, wonach dieser Person die Anreise zu den Standorten der Zweitbeschwerdeführerin ohne Auto (bzw. ohne Führerschein) zu mühsam gewesen ist und sie aus diesem Grund die Beschäftigung von sich aus abgelehnt hat.

Schließlich verfängt auch der Einwand des AMS nicht, dass die Zweitbeschwerdeführerin es unterlassen habe, eine kollektivvertragliche Einstufung der Erstbeschwerdeführerin vorzunehmen. Zum einen wäre es im Rahmen der Prüfung der Voraussetzung des § 4 Abs. 1 Z 2 Aufgabe des AMS gewesen, den Anspruchslohn der Erstbeschwerdeführerin zu ermitteln. Zum anderen ist im vorliegenden Fall bereits durch die gewährleistete Mindestentlohnung in der Höhe von 60 v.H. der ASVG-Höchstbemessungsgrundlage (dzt. € 3.132,- brutto mtl. zzgl. Sonderzahlungen) sichergestellt, dass die geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Schließlich verfängt auch der Einwand des AMS nicht, dass die Zweitbeschwerdeführerin es unterlassen habe, eine kollektivvertragliche Einstufung der Erstbeschwerdeführerin vorzunehmen. Zum einen wäre es im Rahmen der Prüfung der Voraussetzung des Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, Aufgabe des AMS gewesen, den Anspruchslohn der Erstbeschwerdeführerin zu ermitteln. Zum anderen ist im vorliegenden Fall bereits durch die gewährleistete Mindestentlohnung in der Höhe von 60 v.H. der ASVG-Höchstbemessungsgrundlage (dzt. € 3.132,- brutto mtl. zzgl. Sonderzahlungen) sichergestellt, dass die geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden.

Ob die derzeitige Niederlassung der Erstbeschwerdeführerin in Ungarn einer (späteren) Niederlassung in Österreich rechtlich entgegensteht, kann im gegenständlichen Verfahren dahingestellt bleiben, weil die Prüfung der Voraussetzungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) der NAG-Behörde obliegt, wobei nach Ansicht des erkennenden Senats gemäß § 2 Abs. 2 Z 3 NAG der zukünftig beabsichtigte Aufenthalt im Bundesgebiet zum Zweck der Aufnahme einer nicht bloß vorübergehenden Erwerbstätigkeit für die Annahme einer zukünftigen Niederlassung im Bundesgebiet ausreicht. Ob die derzeitige Niederlassung der Erstbeschwerdeführerin in Ungarn einer (späteren) Niederlassung in Österreich rechtlich entgegensteht, kann im gegenständlichen Verfahren dahingestellt bleiben, weil die Prüfung der Voraussetzungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) der NAG-Behörde obliegt, wobei nach Ansicht des erkennenden Senats gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 3, NAG der zukünftig beabsichtigte Aufenthalt im Bundesgebiet zum Zweck der Aufnahme einer nicht bloß vorübergehenden Erwerbstätigkeit für die Annahme einer zukünftigen Niederlassung im Bundesgebiet ausreicht.

Da auch keine Anhaltspunkte für das Vorliegen von Gründen bestehen, die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3 bis 9 AuslBG der Zulassung entgegenstünden, war der angefochtene Bescheid ersatzlos zu beheben und der zuständigen Behörde nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz gemäß § 20d Abs. 1 Z 3 AuslBG iVm § 17 VwGVG mitzuteilen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Erstbeschwerdeführerin für eine Beschäftigung als (sonstige) Schlüsselkraft bei der Zeitbeschwerdeführerin gemäß § 12b Z 1 AuslBG erfüllt sind. Da auch keine Anhaltspunkte für das Vorliegen von Gründen bestehen, die gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 3 bis 9 AuslBG der Zulassung entgegenstünden, war der angefochtene Bescheid ersatzlos zu beheben und der zuständigen Behörde nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz gemäß Paragraph 20 d, Absatz eins, Ziffer 3, AuslBG in Verbindung mit Paragraph 17, VwGVG mitzuteilen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung der Erstbeschwerdeführerin für eine Beschäftigung als (sonstige) Schlüsselkraft bei der Zeitbeschwerdeführerin gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG erfüllt sind.

Entfall der mündlichen Verhandlung

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte im Hinblick auf die ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheides gemäß § 24 Abs. 2 Z 1 2. Fall VwGVG entfallen (VwGH 20.11.2014, Ra 2014/07/0052). Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte im Hinblick auf die ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheides gemäß Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer eins, 2. Fall VwGVG entfallen (VwGH 20.11.2014, Ra 2014/07/0052).

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.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Schlagworte**

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

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

ECLI:AT:BVWG:2019:W209.2207102.2.00

**Zuletzt aktualisiert am**

08.11.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

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