

TE Bvwg Erkenntnis 2019/9/30 W209 2215442-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.09.2019

Entscheidungsdatum

30.09.2019

Norm

AuslBG §12b

AuslBG §4 Abs1

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 2215441-1/16E; W209 2215442-1/16E

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 des XXXX, XXXX, und der XXXX GmbH, XXXX, XXXX, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas HUBER, Liechtensteinstraße 12/2/10, 1090 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom 25.09.2018, GZ: 08114/ABB-Nr. 3939392, betreffend Nichtzulassung des XXXX zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslBG nach Beschwerdeverentscheidung vom 17.01.2019 und am 30.09.2019 durchgeführter mündlicher Verhandlung 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 des römisch 40, römisch 40, und der römisch 40 GmbH, römisch 40, römisch 40, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas HUBER, Liechtensteinstraße 12/2/10, 1090 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom 25.09.2018, GZ: 08114/ABB-Nr. 3939392, betreffend Nichtzulassung des römisch 40 zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG nach Beschwerdeverentscheidung vom 17.01.2019 und am 30.09.2019 durchgeführter mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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 Antragszeitpunkt noch XXXX, davor XXXX (im Folgenden: Erstbeschwerdeführer), ein am XXXX geborener serbischer Staatsangehöriger, stellte am 13.07.2018 beim Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, einen Antrag auf Rot-Weiß-Rot-Karte als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslBG. Laut der dem Antrag angeschlossenen Arbeitgebererklärung soll er bei der XXXX GmbH (im Folgenden: Zweitbeschwerdeführerin) als handelsrechtlicher Geschäftsführer mit einem monatlichen Bruttolohn von € 3.000,- im Ausmaß von 40 Wochenstunden unbefristet an einem Arbeitsplatz im eigenen Betrieb beschäftigt werden. Die Zweitbeschwerdeführerin gab an, dass die Vermittlung von Ersatzkräften nicht erwünscht sei, weil der

Erstbeschwerdeführer selbst 24 % der Geschäftsanteile der Zweitbeschwerdeführerin halte und über ein umfangreiches Netzwerk an Kontakten verfüge, zu denen eine Geschäftstätigkeit des Unternehmens geplant sei. Es bestünden bereits konkrete Vertragsverhandlungen, die vor dem Abschluss stünden. Der Erstbeschwerdeführer spreche Serbisch, Englisch und Bulgarisch auf muttersprachlichem bzw. verhandlungssicherem Niveau und könne sich daher mit den primären Geschäftspartnern des Unternehmens in deren Muttersprache verständigen. Die genaue Beschreibung der Tätigkeit lautete: "Geschäftsführung des Unternehmens, Verhandlung von Verträgen mit (ausländischen) Lieferanten, Koordinierung der operativen Tätigkeit des Unternehmens". Dem Antrag angeschlossen waren weiters ein Dienstzettel betreffend ein mit der Erteilung der Rot-Weiß-Rot-Karte zu begründendes unbefristetes Dienstverhältnis, ein Firmenbuchauszug der Zweitbeschwerdeführerin, ein Diplom der Touristischen Mittelschule in Belgrad des Erstbeschwerdeführers über die erworbene Mittelschulausbildung und den Abschluss der vierten Klasse für den Beruf Gastwirt vom 09.01.2012, ein Feedback-Bogen der Österreichischen Orient-Gesellschaft Hammer-Purgstall (ÖOG) vom 25.09.2014 über die Einstufung der Deutschkenntnisse des Erstbeschwerdeführers auf dem Niveau A2, ein Dienstzeugnis des Unternehmens XXXX vom 19.05.2016 über die Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers als Vorarbeiter im Bereich Gartenpflege seit 13.09.2015, eine Kopie des Reisepasses sowie ein Versicherungsdatenauszug des Erstbeschwerdeführers, weiters ein Begleitschreiben des Rechtsvertreters des Erstbeschwerdeführers, demzufolge letzterer handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin sei und davor über einen Aufenthaltstitel für Studierende verfügt habe, welcher jedoch bereits länger zurückliege, sodass nunmehr eine Erstantragstellung erforderlich sei. 1. römisch 40, im Antragszeitpunkt noch römisch 40, davor römisch 40 (im Folgenden: Erstbeschwerdeführer), ein am römisch 40 geborener serbischer Staatsangehöriger, stellte am 13.07.2018 beim Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, einen Antrag auf Rot-Weiß-Rot-Karte als sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG. Laut der dem Antrag angeschlossen Arbeitgebererklärung soll er bei der römisch 40 GmbH (im Folgenden: Zweitbeschwerdeführerin) als handelsrechtlicher Geschäftsführer mit einem monatlichen Bruttolohn von € 3.000,- im Ausmaß von 40 Wochenstunden unbefristet an einem Arbeitsplatz im eigenen Betrieb beschäftigt werden. Die Zweitbeschwerdeführerin gab an, dass die Vermittlung von Ersatzkräften nicht erwünscht sei, weil der Erstbeschwerdeführer selbst 24 % der Geschäftsanteile der Zweitbeschwerdeführerin halte und über ein umfangreiches Netzwerk an Kontakten verfüge, zu denen eine Geschäftstätigkeit des Unternehmens geplant sei. Es bestünden bereits konkrete Vertragsverhandlungen, die vor dem Abschluss stünden. Der Erstbeschwerdeführer spreche Serbisch, Englisch und Bulgarisch auf muttersprachlichem bzw. verhandlungssicherem Niveau und könne sich daher mit den primären Geschäftspartnern des Unternehmens in deren Muttersprache verständigen. Die genaue Beschreibung der Tätigkeit lautete: "Geschäftsführung des Unternehmens, Verhandlung von Verträgen mit (ausländischen) Lieferanten, Koordinierung der operativen Tätigkeit des Unternehmens". Dem Antrag angeschlossen waren weiters ein Dienstzettel betreffend ein mit der Erteilung der Rot-Weiß-Rot-Karte zu begründendes unbefristetes Dienstverhältnis, ein Firmenbuchauszug der Zweitbeschwerdeführerin, ein Diplom der Touristischen Mittelschule in Belgrad des Erstbeschwerdeführers über die erworbene Mittelschulausbildung und den Abschluss der vierten Klasse für den Beruf Gastwirt vom 09.01.2012, ein Feedback-Bogen der Österreichischen Orient-Gesellschaft Hammer-Purgstall (ÖOG) vom 25.09.2014 über die Einstufung der Deutschkenntnisse des Erstbeschwerdeführers auf dem Niveau A2, ein Dienstzeugnis des Unternehmens römisch 40 vom 19.05.2016 über die Tätigkeit des Erstbeschwerdeführers als Vorarbeiter im Bereich Gartenpflege seit 13.09.2015, eine Kopie des Reisepasses sowie ein Versicherungsdatenauszug des Erstbeschwerdeführers, weiters ein Begleitschreiben des Rechtsvertreters des Erstbeschwerdeführers, demzufolge letzterer handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin sei und davor über einen Aufenthaltstitel für Studierende verfügt habe, welcher jedoch bereits länger zurückliege, sodass nunmehr eine Erstantragstellung erforderlich sei.

2. Mit Schreiben vom 13.07.2018 übermittelte die Magistratsabteilung 35 den Antrag der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien mit dem Ersuchen um schriftliche Mitteilung, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslBG vorliegen. 2. Mit Schreiben vom 13.07.2018 übermittelte die Magistratsabteilung 35 den Antrag der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Wien mit dem Ersuchen um schriftliche Mitteilung, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG vorliegen.

3. Am 31.08.2018 informierte die belangte Behörde (im Folgenden: AMS) die Zweitbeschwerdeführerin darüber, dass eine Überprüfung des gegenständlichen Antrags ergeben habe, dass der Erstbeschwerdeführer seit 14.12.2016 im

Unternehmen der Zweitbeschwerdeführerin beschäftigt sei. Zur weiteren Bearbeitung des Antrags sei die Vorlage des Gesellschaftsvertrags erforderlich und werde um Mitteilung ersucht, auf welcher Rechtsgrundlage der Erstbeschwerdeführer bei der Zweitbeschwerdeführerin tätig sei.

4. Mit E-Mail vom 30.08.2018 übermittelte der Rechtvertreter der Beschwerdeführer einen historischen Firmenbuchauszug der Zweitbeschwerdeführerin, aus dem sich ergebe, dass das Unternehmen am 13.04.2015 von der Tante des Erstbeschwerdeführers gegründet worden sei und der Erstbeschwerdeführer beginnend mit November 2016 Geschäftsanteile übernommen und diese sukzessive erhöht habe. Etwa zeitgleich mit der Übernahme sei auf Anraten des damaligen Rechtsvertreters auch die Anmeldung des Erstbeschwerdeführers zur Sozialversicherung erfolgt. Zwischenzeitig sei die Beteiligung am Unternehmen weiter erhöht worden. Zeitnah sei sogar die gänzliche Übernahme geplant. Ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung des Unternehmens sei bereits gegeben und werde der Firmenbuchstand demnächst entsprechend angepasst werden.

5. Mit Bescheid vom 25.09.2018 wies die belangte Behörde die Zulassung des Erstbeschwerdeführers nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß § 12b Z. 1 AuslBG ab und begründete dies damit, dass dem Erstbeschwerdeführer statt der erforderlichen Mindestpunktzahl von 50 nur 45 Punkte gemäß der Anlage C zum AuslBG angerechnet werden könnten. Das vorgelegte Diplom der Touristischen Mittelschule Belgrad habe mit 25 Punkten gewertet werden können. Der vorgelegte Feedback-Bogen der ÖOG habe nicht gewertet werden können, da dieser kein Zertifikat im Sinne des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen (GER) darstelle. Das vorgelegte Dienstzeugnis der XXXX habe nicht gewertet werden können, weil der Erstbeschwerdeführer dort nur geringfügig angemeldet gewesen sei und für die Punkteberechnung nur vollversicherte Dienstverhältnisse herangezogen werden könnten. Darüber hinaus sei der Erstbeschwerdeführer bereits seit 14.12.2016 bei der Zweitbeschwerdeführerin angemeldet, was einen Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Z. 4 AuslBG darstelle. 5. Mit Bescheid vom 25.09.2018 wies die belangte Behörde die Zulassung des Erstbeschwerdeführers nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG ab und begründete dies damit, dass dem Erstbeschwerdeführer statt der erforderlichen Mindestpunktzahl von 50 nur 45 Punkte gemäß der Anlage C zum AuslBG angerechnet werden könnten. Das vorgelegte Diplom der Touristischen Mittelschule Belgrad habe mit 25 Punkten gewertet werden können. Der vorgelegte Feedback-Bogen der ÖOG habe nicht gewertet werden können, da dieser kein Zertifikat im Sinne des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen (GER) darstelle. Das vorgelegte Dienstzeugnis der römisch 40 habe nicht gewertet werden können, weil der Erstbeschwerdeführer dort nur geringfügig angemeldet gewesen sei und für die Punkteberechnung nur vollversicherte Dienstverhältnisse herangezogen werden könnten. Darüber hinaus sei der Erstbeschwerdeführer bereits seit 14.12.2016 bei der Zweitbeschwerdeführerin angemeldet, was einen Verstoß gegen Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, AuslBG darstelle.

6. Dagegen erhoben sowohl der Erst- als auch die Zweitbeschwerdeführerin seitens ihres bevollmächtigten Rechtsvertreters binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde, die damit begründet wurde, dass bei Berücksichtigung aller vorgelegten Nachweise dem Erstbeschwerdeführer 63 Punkte zuerkannt werden müssten. Es liege auch kein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Z. 4 AuslBG vor. Gemäß § 2 Abs. 4 Z. 2 AuslBG komme es für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung (iSd AuslBG) vorliege, auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt an und es bestehe eine Ausnahme für Fälle, wo ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich ausgeübt werde. Dies liege im gegenständlichen Fall vor, der Erstbeschwerdeführer sei alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin. Es sei somit kein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG gegeben. Der Beschwerde wurden ergänzend eine Bestätigung der ÖOG vom 23.10.2018, der zufolge der Erstbeschwerdeführer an einem Vorbereitungskurs für das ÖSD teilgenommen habe, und eine Erklärung der XXXX übermittelt, wonach der Erstbeschwerdeführer von 2010 bis 2014 in der Funktion des Direktors des Unternehmens, das einen Handel mit Landmaschinen betreibe, alle Geschäfte in den Bereichen Export, Import, Beschaffung der erforderlichen Dokumentationen für den Handel mit den genannten Produkten, sowie alle Aktivitäten, die dem Geschäftsabschluss vorangehen, einschließlich Verhandlungen aktiv mitbetreut und geleitet habe. Am 27.11.2018 wurde ein ÖSD-Zertifikat A2 des Erstbeschwerdeführers nachgereicht. 6. Dagegen erhoben sowohl der Erst- als auch die Zweitbeschwerdeführerin seitens ihres bevollmächtigten Rechtsvertreters binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde, die damit begründet wurde, dass bei Berücksichtigung aller vorgelegten Nachweise dem Erstbeschwerdeführer 63 Punkte zuerkannt werden müssten. Es liege auch kein Verstoß gegen Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, AuslBG vor. Gemäß Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 2, AuslBG komme es für die Beurteilung, ob eine

Beschäftigung (iSd AuslBG) vorliege, auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt an und es bestehe eine Ausnahme für Fälle, wo ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich ausgeübt werde. Dies liege im gegenständlichen Fall vor, der Erstbeschwerdeführer sei alleiniger handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweitbeschwerdeführerin. Es sei somit kein Beschäftigungsverhältnis im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG gegeben. Der Beschwerde wurden ergänzend eine Bestätigung der ÖOG vom 23.10.2018, der zufolge der Erstbeschwerdeführer an einem Vorbereitungskurs für das ÖSD teilgenommen habe, und eine Erklärung der römisch 40 übermittelt, wonach der Erstbeschwerdeführer von 2010 bis 2014 in der Funktion des Direktors des Unternehmens, das einen Handel mit Landmaschinen betreibe, alle Geschäfte in den Bereichen Export, Import, Beschaffung der erforderlichen Dokumentationen für den Handel mit den genannten Produkten, sowie alle Aktivitäten, die dem Geschäftsabschluss vorangehen, einschließlich Verhandlungen aktiv mitbetreut und geleitet habe. Am 27.11.2018 wurde ein ÖSD-Zertifikat A2 des Erstbeschwerdeführers nachgereicht.

7. Über Aufforderung des AMS übermittelte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 09.01.2019 noch (vier) Jahreszeugnisse des Erstbeschwerdeführers zum vorgelegten Diplom der Touristischen Mittelschule Belgrad, die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft, den Abtretungsvertrag der Geschäftsanteile an den Erstbeschwerdeführer, einen GISA-Auszug sowie eine Bestätigung der Wirtschaftskammer, dass die Zweitbeschwerdeführerin im Besitz einer aufrechten Gewerbeberechtigung ist, sowie die beglaubigte Übersetzung eines Handelsregistrauszugs der XXXX sowie eine Versicherungsbestätigung der serbischen Pensionsversicherung. 7. Über Aufforderung des AMS übermittelte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 09.01.2019 noch (vier) Jahreszeugnisse des Erstbeschwerdeführers zum vorgelegten Diplom der Touristischen Mittelschule Belgrad, die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft, den Abtretungsvertrag der Geschäftsanteile an den Erstbeschwerdeführer, einen GISA-Auszug sowie eine Bestätigung der Wirtschaftskammer, dass die Zweitbeschwerdeführerin im Besitz einer aufrechten Gewerbeberechtigung ist, sowie die beglaubigte Übersetzung eines Handelsregistrauszugs der römisch 40 sowie eine Versicherungsbestätigung der serbischen Pensionsversicherung.

9. Mit Beschwerdeverentscheidung vom 17.01.2019 wies das AMS die Beschwerde ab und begründete dies damit, dass der Erstbeschwerdeführer gemäß der Anlage C zum AuslBG (idF BGBl. I Nr. 94/2018) lediglich 50 von 55 erforderlichen Punkten erreiche, nämlich 25 Punkte für die Ausbildung, 10 Punkte für seine Deutschkenntnisse und 15 Punkte für sein Alter. Die vorgelegte Bestätigung der XXXX über das Vorliegen ausbildungsadäquater Berufserfahrung habe nicht gewertet werden können, weil sich der Name des Unternehmens in der Bestätigung von dem im vorgelegten Handelsregistrauszug unterscheide und auch die angegebenen Firmenadressen nicht ident seien. Auch der Unternehmensgegenstand unterscheide sich von dem in der Erklärung angegebenen. Schließlich sei auch aus der vorgelegten Versicherungsbestätigung nicht ersichtlich, bei welchem Unternehmen der Erstbeschwerdeführer tätig gewesen sei. Darüber hinaus handle es sich bei der behaupteten Tätigkeit im Bereich des Landmaschinenhandels im Hinblick auf die vorliegende Ausbildung als Gastwirt nicht um eine ausbildungsadäquate Tätigkeit im Sinne der Anlage C. In Österreich sei der Erstbeschwerdeführer lediglich geringfügig als Gärtnerhelfer beschäftigt gewesen. Auch hierbei handle es sich nicht um eine ausbildungsadäquate Tätigkeit, weswegen in der Kategorie "ausbildungsadäquate Berufserfahrung" keine Punkte vergeben werden könnten. Als Nachweis der Sprachkenntnisse sei ein ÖSD-Zertifikat A2 vorgelegt worden. In der Kategorie "Sprachkenntnisse" könnten somit 10 Punkte vergeben werden. In der Kategorie "Alter" könnten 15 Punkte vergeben werden. Die erforderliche Mindestpunktzahl von 55 Punkten werde damit jedoch nicht erreicht. Darüber hinaus könnten Ausländer gemäß § 12b Z. 1 AuslBG nur zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen werden, wenn sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z. 1 erfüllt seien. Gemäß § 4 Abs. 1 Z. 4 AuslBG sei 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 und die Beschäftigung, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat. Der Erstbeschwerdeführer sei den Daten des Hauptverbands der Sozialversicherungsträger nach von 14.12.2016 bis 31.12.2017 als Arbeiter und seit 01.01.2018 als Angestellter bei der Zweitbeschwerdeführerin zur Sozialversicherung gemeldet. Eine Bewilligung liege nicht vor. Entgegen dem Beschwerdevorbringen sei daraus eine unselbständige Tätigkeit in einem bewilligungspflichtigen Arbeitsverhältnis gemäß § 2 Abs. 2 lit. a AuslBG ableitbar. Damit stehe auch § 4 Abs. 1 Z. 4 AuslBG der Zulassung des Erstbeschwerdeführers als sonstige Schlüsselkraft entgegen. Der Erstbeschwerdeführer habe dazu in seiner Beschwerde ausgeführt, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit einen

wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausübe. Damit werde einerseits bestätigt, dass der Erstbeschwerdeführer bereits als Geschäftsführer für die Zweitbeschwerdeführerin tätig sei. Andererseits werde damit vorgebracht, dass gar keine unselbständige Tätigkeit vorliege. Sofern der Erstbeschwerdeführer tatsächlich eine selbständige Tätigkeit ausübe, sei eine Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslBG auch aus diesem Grund nicht möglich. Für selbständige Schlüsselkräfte sei eine Zulassung nur nach den Bestimmungen des § 24 AuslBG vorgesehen. Ergänzend werde festgestellt, dass aus den übermittelten Unterlagen auch nicht ableitbar sei, welche Kenntnisse der Erstbeschwerdeführer bisher erworben habe, die ihn für eine Tätigkeit als Geschäftsführer qualifizieren würden. Betriebswirtschaftliche Kenntnisse oder Kenntnisse in der Unternehmensführung seien ebenso wie allgemeine kaufmännische Kenntnisse oder Branchenkenntnisse nicht nachgewiesen worden. Damit habe eine Prüfung der Arbeitsmarktlage entfallen können.⁹ Mit Beschwerdeverentscheidung vom 17.01.2019 wies das AMS die Beschwerde ab und begründete dies damit, dass der Erstbeschwerdeführer gemäß der Anlage C zum AuslBG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 94 aus 2018,) lediglich 50 von 55 erforderlichen Punkten erreiche, nämlich 25 Punkte für die Ausbildung, 10 Punkte für seine Deutschkenntnisse und 15 Punkte für sein Alter. Die vorgelegte Bestätigung der römisch 40 über das Vorliegen ausbildungsadäquater Berufserfahrung habe nicht gewertet werden können, weil sich der Name des Unternehmens in der Bestätigung von dem im vorgelegten Handelsregistorauszug unterscheide und auch die angegebenen Firmenadressen nicht ident seien. Auch der Unternehmensgegenstand unterscheide sich von dem in der Erklärung angegebenen. Schließlich sei auch aus der vorgelegten Versicherungsbestätigung nicht ersichtlich, bei welchem Unternehmen der Erstbeschwerdeführer tätig gewesen sei. Darüber hinaus handle es sich bei der behaupteten Tätigkeit im Bereich des Landmaschinenhandels im Hinblick auf die vorliegende Ausbildung als Gastwirt nicht um eine ausbildungsadäquate Tätigkeit im Sinne der Anlage C. In Österreich sei der Erstbeschwerdeführer lediglich geringfügig als Gärtnerhelfer beschäftigt gewesen. Auch hierbei handle es sich nicht um eine ausbildungsadäquate Tätigkeit, weswegen in der Kategorie "ausbildungsadäquate Berufserfahrung" keine Punkte vergeben werden könnten. Als Nachweis der Sprachkenntnisse sei ein ÖSD-Zertifikat A2 vorgelegt worden. In der Kategorie "Sprachkenntnisse" könnten somit 10 Punkte vergeben werden. In der Kategorie "Alter" könnten 15 Punkte vergeben werden. Die erforderliche Mindestpunkteanzahl von 55 Punkten werde damit jedoch nicht erreicht. Darüber hinaus könnten Ausländer gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG nur zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen werden, wenn sinngemäß die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, mit Ausnahme der Ziffer eins, erfüllt seien. Gemäß Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, AuslBG sei 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 und die Beschäftigung, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat. Der Erstbeschwerdeführer sei den Daten des Hauptverbands der Sozialversicherungsträger nach von 14.12.2016 bis 31.12.2017 als Arbeiter und seit 01.01.2018 als Angestellter bei der Zweitbeschwerdeführerin zur Sozialversicherung gemeldet. Eine Bewilligung liege nicht vor. Entgegen dem Beschwerdevorbringen sei daraus eine unselbständige Tätigkeit in einem bewilligungspflichtigen Arbeitsverhältnis gemäß Paragraph 2, Absatz 2, Litera a, AuslBG ableitbar. Damit stehe auch Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, AuslBG der Zulassung des Erstbeschwerdeführers als sonstige Schlüsselkraft entgegen. Der Erstbeschwerdeführer habe dazu in seiner Beschwerde ausgeführt, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausübe. Damit werde einerseits bestätigt, dass der Erstbeschwerdeführer bereits als Geschäftsführer für die Zweitbeschwerdeführerin tätig sei. Andererseits werde damit vorgebracht, dass gar keine unselbständige Tätigkeit vorliege. Sofern der Erstbeschwerdeführer tatsächlich eine selbständige Tätigkeit ausübe, sei eine Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG auch aus diesem Grund nicht möglich. Für selbständige Schlüsselkräfte sei eine Zulassung nur nach den Bestimmungen des Paragraph 24, AuslBG vorgesehen. Ergänzend werde festgestellt, dass aus den übermittelten Unterlagen auch nicht ableitbar sei, welche Kenntnisse der Erstbeschwerdeführer bisher erworben habe, die ihn für eine Tätigkeit als Geschäftsführer qualifizieren würden. Betriebswirtschaftliche Kenntnisse oder Kenntnisse in der Unternehmensführung seien ebenso wie allgemeine kaufmännische Kenntnisse oder Branchenkenntnisse nicht nachgewiesen worden. Damit habe eine Prüfung der Arbeitsmarktlage entfallen können.

10. Aufgrund des rechtzeitig erstatteten Vorlageantrages der Beschwerdeführer, mit dem ergänzend ein Zeugnis der Sprachschule Verbatim d.o.o. in Belgrad vom 23.04.2014 vorgelegt wurde, demzufolge der Erstbeschwerdeführer über Englischkenntnisse auf dem Niveau B2 des GER verfüge, legte das AMS die Beschwerde unter Anschluss der Akten des

Verwaltungsverfahren am 04.03.2019 einlangend dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

11. Mit Schreiben vom 13.05.2019 wurde den Beschwerdeführern vom Bundesverwaltungsgericht vorgehalten, dass dem Beschwerdevorbringen, wonach der Erstbeschwerdeführer als Gesellschafter der Zweitbeschwerdeführerin einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausübe und somit keine Beschäftigung iSd § 2 Abs. 2 AuslBG vorliege, entgegenzuhalten sei, dass der Erstbeschwerdeführer laut Firmenbuch 24 %, sohin weniger als 25 %, der Geschäftsanteile der Zweitbeschwerdeführerin halte und in diesem Fall gemäß § 2 Abs. 4 Z 2 AuslBG die widerlegbare Vermutung bestehe, dass die Beschäftigung dem AuslBG unterliege. Der Rechtsvermutung des § 2 Abs. 4 AuslBG könnte nur mit einem Antrag auf Feststellung, dass der ausländische Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübe, entgegengetreten werden. Darüber hinaus wurde darauf verwiesen, dass das Zulassungsverfahren nach § 12b Z. 1 iVm § 20d AuslBG keine selbstständigen Tätigkeiten umfasse. Für selbstständige Schlüsselkräfte sei die Zulassung nur nach den Bestimmungen des § 24 AuslBG vorgesehen.

11. Mit Schreiben vom 13.05.2019 wurde den Beschwerdeführern vom Bundesverwaltungsgericht vorgehalten, dass dem Beschwerdevorbringen, wonach der Erstbeschwerdeführer als Gesellschafter der Zweitbeschwerdeführerin einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausübe und somit keine Beschäftigung iSd Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG vorliege, entgegenzuhalten sei, dass der Erstbeschwerdeführer laut Firmenbuch 24 %, sohin weniger als 25 %, der Geschäftsanteile der Zweitbeschwerdeführerin halte und in diesem Fall gemäß Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 2, AuslBG die widerlegbare Vermutung bestehe, dass die Beschäftigung dem AuslBG unterliege. Der Rechtsvermutung des Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG könnte nur mit einem Antrag auf Feststellung, dass der ausländische Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübe, entgegengetreten werden. Darüber hinaus wurde darauf verwiesen, dass das Zulassungsverfahren nach Paragraph 12 b, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 20 d, AuslBG keine selbstständigen Tätigkeiten umfasse. Für selbstständige Schlüsselkräfte sei die Zulassung nur nach den Bestimmungen des Paragraph 24, AuslBG vorgesehen.

12. Am 17.06.2019 nahmen der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer zum Parteiengehör vom 13.05.2019 Stellung und führte aus, dass der Tatbestand des § 4 Abs. 1 Z. 4 AuslBG - bzw. vormals: § 4 Abs. 3 Z. 11 AuslBG - dann erfüllt sei, wenn eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung aufgenommen worden sei, die mit der beantragten Beschäftigung im inhaltlichen Zusammenhang stehe. Ein solcher - inhaltlicher - Zusammenhang zwischen den Beschäftigungen bestehe dann, wenn die Tätigkeiten, zu denen das Beschäftigungsverhältnis den Arbeitnehmer verpflichtet, gleichartig seien. Eine derartige, zu irgendeinem Zeitpunkt vor der Entscheidung über die Beschäftigungsbewilligung für die beantragte Beschäftigung beim antragstellenden Arbeitgeber begonnene Beschäftigung stehe der Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung nur dann entgegen, wenn sie im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht "beendet" sei. Die ausgeübte Beschäftigung sei erst dann als "beendet" anzusehen, wenn mit der beantragten Beschäftigung kein Fortsetzungszusammenhang mehr bestehe (vgl. VwGH 18.02.1988, 87/09/0267; VwGH 21.10.1998, 96/09/0347). Vorliegend werde dem Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf § 4 Abs. 1 Z. 4 AuslBG eine (bereits erfolgte) Anmeldung bei der Sozialversicherung vorgehalten und dargelegt, dass die vom Bundesverwaltungsgericht daraus abgeleitete Beschäftigung des Beschwerdeführers im AuslBG keine nach diesem Gesetz erforderliche Rechtsgrundlage finde. Gegen die Annahme (arg. "Indiz") eines Beschäftigungsverhältnisses spreche die Tatsache, dass der Beschwerdeführer - wie aus dem beiliegenden (aktuellen) Versicherungsdatenauszug vom 14.06.2019 hervorgehe - seit 17.06.2019 nicht mehr bei der Zweitbeschwerdeführerin angestellt sei und somit aufgrund der Beendigung besagter Beschäftigung § 4 Abs. 1 Z. 4 AuslBG der beantragten Erteilung einer Zulassung des Erstbeschwerdeführers als sonstige Schlüsselkraft nicht entgegenstehe. Nach der befristeten Beschäftigungsbewilligung gemäß § 4 AuslBG iVm § 8 Abs. 1 AuslBG sei die Zweitbeschwerdeführerin vorläufig jedoch berechtigt gewesen, den Erstbeschwerdeführer als Mit-/Zuarbeiter zu beschäftigen. Überdies gehe die Annahme - d.h. unbeschadet der Abmeldung - schon deshalb ins Leere, weil hier der geforderte inhaltliche Zusammenhang zwischen den Beschäftigungen nicht bestehe, da die Tätigkeiten, zu denen das Beschäftigungsverhältnis den Beschwerdeführer als Beschäftigten verpflichte, nicht gleichartig seien. Die aus dem Versicherungsdatenblatt vom Bundesverwaltungsgericht abgeleitete bzw. gemutmaßte unselbständige Tätigkeit des Beschwerdeführers habe tatsächlich in einer werkvertragstypischen Arbeit im Sinn einer gutachterlichen Entwicklung und Planung im Zusammenhang mit Immobilienprojekten bestanden, während die verfahrensgegenständliche Tätigkeit die Liegenschaftsverwaltung bzw. das Immobilienmanagement mit Schwerpunkt Gastronomie betreffe, sodass vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur ausbildungsadäquaten Berufserfahrung von einer tätigkeitsbezogenen Gleichartigkeit hier nicht gesprochen werden könne. Zum Beweis dafür wurde einerseits ein

Schreiben der Zweitbeschwerdeführerin vom 14.06.2019 betreffend bisheriger (und nunmehr beendeter) Werkstätigkeit sowie betreffend nunmehriger (und verfahrensgegenständlicher) Arbeitstätigkeit vorgelegt und für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht weitere Beweise für erforderlich erachte, die Einvernahme der Geschäftsanteilsinhaberin der Zweitbeschwerdeführerin, Frau XXXX, als Zeugin zum Beweis der Ungleichartigkeit der Tätigkeiten und des damit fehlenden inhaltlichen Zusammenhangs zwischen "Altstätigkeit" und "Neutätigkeit" beantragt. Nach den Normen des Gesellschaftsrechts würden die gesellschaftlichen Organe, welchen die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft obliege, auf bestimmte Zeit oder unbefristet bestellt (GmbHG: Bestellung der Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafter oder im Gesellschaftsvertrag). Ebenso wie bei den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft müsse auch bei den Geschäftsführern einer GmbH regelmäßig zwischen ihrer auf einem Gesellschaftsbeschluss oder dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Bestellung - welche ihnen die körperschaftsrechtliche Funktion als vertretungsbefugte Organe der Gesellschaft verleihe - und dem die rein schuldrechtlichen Beziehungen im Innenverhältnis zur Gesellschaft regelnden Anstellungsverhältnis unterschieden werden (vgl. VwGH 11.05.1955, 2002/52 1155/F/1955). Dabei müsse dieser Anstellungsvertrag keineswegs immer ein Dienstvertrag iS der §§ 1151 ff ABGB sein; nach dem Inhalt der zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer getroffenen Vereinbarungen kann der Anstellung im Einzelfall auch ein sogenannter freier Dienstvertrag, gegebenenfalls aber auch nur ein Werkvertrag oder ein Auftragsverhältnis zugrunde liegen (vgl. VwSlg 13.183 A/1990). Ebenso wenig wie sich aus der Tatsache der Bestellung zum Geschäftsführer allein schon Schlüsse auf das Vorliegen eines Dienstverhältnisses mit der Gesellschaft ziehen ließen, lasse sich ein derartiger Schluss allein aus der Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers ziehen. Dies deshalb, weil die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechtes das Augenmerk in erster Linie auf die tatsächlichen Umstände richte (vgl. VwGH 27.06.1962, 328/60; VwGH 20.05.1970, 264/70). Die Versicherungspflicht hänge davon ab, ob der Geschäftsführer Dienstnehmer iS des ASVG sei. Dienstnehmer sei gemäß § 4 Abs. 2 dieses Gesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt sei. Während für die Frage des Vorliegens eines Dienstverhältnisses iS des Arbeitsrechts in erster Linie der Inhalt der vertraglichen Abmachungen zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft maßgeblich sei, komme es für den Bereich des Sozialversicherungsrechts darauf an, ob der die Arbeit Leistende gegenüber dem Empfänger seiner Leistung in einem faktischen Verhältnis wirtschaftlicher Gebundenheit und persönlicher Abhängigkeit stehe. Wie oben aufgezeigt, sei der Inhalt der vom Beschwerdeführer entfalteten Tätigkeit eine eigenständige Expertise im Zusammenhang mit Entwicklung und Planung von Immobilienprojekten gewesen. Daraus erhellte, dass diese Tätigkeit als Experte nicht gleichzusetzen sei mit dem Begriff der "Beschäftigung" iSd § 4 Abs. 1 Z. 4 AuslBG. Überdies entfalle das Erfordernis der nicht bereits begonnen Beschäftigung, wenn und solange das AuslBG selbst die Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung ausdrücklich zulasse (Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsgesetz § 4 Rz 142); 12. Am 17.06.2019 nahmen der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer zum Parteiengehör vom 13.05.2019 Stellung und führte aus, dass der Tatbestand des Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, AuslBG - bzw. vormals: Paragraph 4, Absatz 3, Ziffer 11, AuslBG - dann erfüllt sei, wenn eine nach dem AuslBG bewilligungspflichtige Beschäftigung aufgenommen worden sei, die mit der beantragten Beschäftigung im inhaltlichen Zusammenhang stehe. Ein solcher - inhaltlicher - Zusammenhang zwischen den Beschäftigungen bestehe dann, wenn die Tätigkeiten, zu denen das Beschäftigungsverhältnis den Arbeitnehmer verpflichtet, gleichartig seien. Eine derartige, zu irgendeinem Zeitpunkt vor der Entscheidung über die Beschäftigungsbewilligung für die beantragte Beschäftigung beim antragstellenden Arbeitgeber begonnene Beschäftigung stehe der Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung nur dann entgegen, wenn sie im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht "beendet" sei. Die ausgeübte Beschäftigung sei erst dann als "beendet" anzusehen, wenn mit der beantragten Beschäftigung kein Fortsetzungszusammenhang mehr bestehe vergleiche VwGH 18.02.1988, 87/09/0267; VwGH 21.10.1998, 96/09/0347). Vorliegend werde dem Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, AuslBG eine (bereits erfolgte) Anmeldung bei der Sozialversicherung vorgehalten und dargelegt, dass die vom Bundesverwaltungsgericht daraus abgeleitete Beschäftigung des Beschwerdeführers im AuslBG keine nach diesem Gesetz erforderliche Rechtsgrundlage finde. Gegen die Annahme (arg. "Indiz") eines Beschäftigungsverhältnisses spreche die Tatsache, dass der Beschwerdeführer - wie aus dem beiliegenden (aktuellen) Versicherungsdatenauszug vom 14.06.2019 hervorgehe - seit 17.06.2019 nicht mehr bei der Zweitbeschwerdeführerin angestellt sei und somit aufgrund der Beendigung besagter Beschäftigung Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, AuslBG der beantragten Erteilung einer Zulassung des Erstbeschwerdeführers als sonstige Schlüsselkraft nicht entgegenstehe. Nach der befristeten

Beschäftigungsbewilligung gemäß Paragraph 4, AuslBG in Verbindung mit Paragraph 8, Absatz eins, AuslBG sei die Zweitbeschwerdeführerin vorläufig jedoch berechtigt gewesen, den Erstbeschwerdeführer als Mit-/Zuarbeiter zu beschäftigen. Überdies gehe die Annahme - d.h. unbeschadet der Abmeldung - schon deshalb ins Leere, weil hier der geforderte inhaltliche Zusammenhang zwischen den Beschäftigungen nicht bestehe, da die Tätigkeiten, zu denen das Beschäftigungsverhältnis den Beschwerdeführer als Beschäftigten verpflichte, nicht gleichartig seien. Die aus dem Versicherungsdatenblatt vom Bundesverwaltungsgericht abgeleitete bzw. gemutmaßte unselbständige Tätigkeit des Beschwerdeführers habe tatsächlich in einer werkvertragstypischen Arbeit im Sinn einer gutachterlichen Entwicklung und Planung im Zusammenhang mit Immobilienprojekten bestanden, während die verfahrensgegenständliche Tätigkeit die Liegenschaftsverwaltung bzw. das Immobilienmanagement mit Schwerpunkt Gastronomie betreffe, sodass vor dem Hintergrund der Rechtsprechung zur ausbildungsadäquaten Berufserfahrung von einer tätigkeitsbezogenen Gleichartigkeit hier nicht gesprochen werden könne. Zum Beweis dafür wurde einerseits ein Schreiben der Zweitbeschwerdeführerin vom 14.06.2019 betreffend bisheriger (und nunmehr beendeter) Werkstätigkeit sowie betreffend nunmehriger (und verfahrensgegenständlicher) Arbeitstätigkeit vorgelegt und für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht weitere Beweise für erforderlich erachte, die Einvernahme der Geschäftsanteilsinhaberin der Zweitbeschwerdeführerin, Frau römisch 40, als Zeugin zum Beweis der Ungleichartigkeit der Tätigkeiten und des damit fehlenden inhaltlichen Zusammenhangs zwischen "Altstätigkeit" und "Neutätigkeit" beantragt. Nach den Normen des Gesellschaftsrechts würden die gesellschaftlichen Organe, welchen die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft obliege, auf bestimmte Zeit oder unbefristet bestellt (GmbHG: Bestellung der Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafter oder im Gesellschaftsvertrag). Ebenso wie bei den Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft müsse auch bei den Geschäftsführern einer GmbH regelmäßig zwischen ihrer auf einem Gesellschaftsbeschluss oder dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Bestellung - welche ihnen die körperschaftsrechtliche Funktion als vertretungsbefugte Organe der Gesellschaft verleihe - und dem die rein schuldrechtlichen Beziehungen im Innenverhältnis zur Gesellschaft regelnden Anstellungsverhältnis unterschieden werden (vergleiche VwGH 11.05.1955, 2002/52 1155/F/1955). Dabei müsse dieser Anstellungsvertrag keineswegs immer ein Dienstvertrag iS der Paragraphen 1151, ff ABGB sein; nach dem Inhalt der zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer getroffenen Vereinbarungen kann der Anstellung im Einzelfall auch ein sogenannter freier Dienstvertrag, gegebenenfalls aber auch nur ein Werkvertrag oder ein Auftragsverhältnis zugrunde liegen (vergleiche VwSlg 13.183 A/1990). Ebenso wenig wie sich aus der Tatsache der Bestellung zum Geschäftsführer allein schon Schlüsse auf das Vorliegen eines Dienstverhältnisses mit der Gesellschaft ziehen ließen, lasse sich ein derartiger Schluss allein aus der Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers ziehen. Dies deshalb, weil die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Sozialversicherungsrechtes das Augenmerk in erster Linie auf die tatsächlichen Umstände richte (vergleiche VwGH 27.06.1962, 328/60; VwGH 20.05.1970, 264/70). Die Versicherungspflicht hänge davon ab, ob der Geschäftsführer Dienstnehmer iS des ASVG sei. Dienstnehmer sei gemäß Paragraph 4, Absatz 2, dieses Gesetzes, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt sei. Während für die Frage des Vorliegens eines Dienstverhältnisses iS des Arbeitsrechts in erster Linie der Inhalt der vertraglichen Abmachungen zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft maßgeblich sei, komme es für den Bereich des Sozialversicherungsrechtes darauf an, ob der die Arbeit Leistende gegenüber dem Empfänger seiner Leistung in einem faktischen Verhältnis wirtschaftlicher Gebundenheit und persönlicher Abhängigkeit stehe. Wie oben aufgezeigt, sei der Inhalt der vom Beschwerdeführer entfalteten Tätigkeit eine eigenständige Expertise im Zusammenhang mit Entwicklung und Planung von Immobilienprojekten gewesen. Daraus erhellte, dass diese Tätigkeit als Experte nicht gleichzusetzen sei mit dem Begriff der "Beschäftigung" iSd Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, AuslBG. Überdies entfalle das Erfordernis der nicht bereits begonnen Beschäftigung, wenn und solange das AuslBG selbst die Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung ausdrücklich zulasse (Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsgesetz Paragraph 4, Rz 142):

ZB wenn ein Ausländer in einem neu gegründeten Unternehmen ohne gültige Beschäftigungsbewilligung für einen bestimmten Zeitraum beschäftigt gewesen sei, der Arbeitgeber aber über diesen Zeitraum hinweg aufgrund einer befristeten Beschäftigungsbewilligung vorläufig berechtigt gewesen sei, den beantragten Ausländer als "Servicemitarbeiter" zu beschäftigen [vgl. BVwG 13.10.2016, W156 2133903-1: maßgebend sei der Zeitpunkt der letztinstanzlichen Entscheidung (hier durch das Bundesverwaltungsgericht)]. Daran ändere auch der Dienstzettel vom 29.06.2018 nichts, weil gemäß Punkt 3. der Beginn des Dienstverhältnisses unter der aufschiebenden Bedingung stehe, "dass ein Aufenthaltstitel, der Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt gewährt, erteilt wird". Für eine Bedingung ist

es charakteristisch, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses vom ungewissen Eintritt eines künftigen Ereignisses, sei es aufschiebend, sei es auflösend, abhängt. Eine aufschiebende Bedingung liege vor, wenn das Wirksamwerden der Bewilligung vom ungewissen Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängig sei. Im vorliegenden Fall könnten und hätten daher vor dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung die Rechtswirkungen des Dienstvertrages nicht eintreten können. MaW: Das Dienstverhältnis sei unter aufschiebender Bedingung abgeschlossen worden; deshalb könnten die Rechtswirkungen erst dann beginnen, wenn das ungewisse Ereignis - hier: Gewährung des Zugangs zum österreichischen Arbeitsmarkt - eintrete. Da diese Bedingung bisher nicht eingetreten sei, hätten auch die Wirkungen - hier: Beginn der Beschäftigung - überhaupt nicht eintreten können. Das Bundesverwaltungsgericht führe im Schreiben vom 13.05.2019 aus, dass "der Erstbeschwerdeführer laut Firmenbuch 24 %, sohin weniger als 25 % der Geschäftsanteile der Zweitbeschwerdeführerin hält und in diesem Fall gemäß § 2 Abs. 4 Z. 2 AuslBG die widerlegbare Vermutung besteht, dass die Beschäftigung dem AuslBG unterliegt. Der Rechtsvermutung des § 2 Abs 4 AuslBG könnte nur mit einem Antrag auf Feststellung, dass der ausländische Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübt, entgegengetreten werden." Wie viel Anteil der Beschwerdeführer an der GmbH halte, sei bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht relevant. Denn gemäß § 2 Abs. 4 erster Satz AuslBG sei "für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend." Und im Zusammenhang mit diesem Einleitungssatz heiße es gemäß erstem Satz der Z 2 des § 2 Abs. 4 AuslBG, dass "[e]ine Beschäftigung im Sinne ZB wenn ein Ausländer in einem neu gegründeten Unternehmen ohne gültige Beschäftigungsbewilligung für einen bestimmten Zeitraum beschäftigt gewesen sei, der Arbeitgeber aber über diesen Zeitraum hinweg aufgrund einer befristeten Beschäftigungsbewilligung vorläufig berechtigt gewesen sei, den beantragten Ausländer als "Servicemitarbeiter" zu beschäftigen [vgl. BVwG 13.10.2016, W156 2133903-1: maßgebend sei der Zeitpunkt der letztinstanzlichen Entscheidung (hier durch das Bundesverwaltungsgericht)]. Daran ändere auch der Dienstzettel vom 29.06.2018 nichts, weil gemäß Punkt 3. der Beginn des Dienstverhältnisses unter der aufschiebenden Bedingung stehe, "dass ein Aufenthaltstitel, der Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt gewährt, erteilt wird". Für eine Bedingung ist es charakteristisch, dass der Bestand des Arbeitsverhältnisses vom ungewissen Eintritt eines künftigen Ereignisses, sei es aufschiebend, sei es auflösend, abhängt. Eine aufschiebende Bedingung liege vor, wenn das Wirksamwerden der Bewilligung vom ungewissen Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängig sei. Im vorliegenden Fall könnten und hätten daher vor dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung die Rechtswirkungen des Dienstvertrages nicht eintreten können. MaW: Das Dienstverhältnis sei unter aufschiebender Bedingung abgeschlossen worden; deshalb könnten die Rechtswirkungen erst dann beginnen, wenn das ungewisse Ereignis - hier: Gewährung des Zugangs zum österreichischen Arbeitsmarkt - eintrete. Da diese Bedingung bisher nicht eingetreten sei, hätten auch die Wirkungen - hier: Beginn der Beschäftigung - überhaupt nicht eintreten können. Das Bundesverwaltungsgericht führe im Schreiben vom 13.05.2019 aus, dass "der Erstbeschwerdeführer laut Firmenbuch 24 %, sohin weniger als 25 % der Geschäftsanteile der Zweitbeschwerdeführerin hält und in diesem Fall gemäß Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 2, AuslBG die widerlegbare Vermutung besteht, dass die Beschäftigung dem AuslBG unterliegt. Der Rechtsvermutung des Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG könnte nur mit einem Antrag auf Feststellung, dass der ausländische Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübt, entgegengetreten werden." Wie viel Anteil der Beschwerdeführer an der GmbH halte, sei bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht relevant. Denn gemäß Paragraph 2, Absatz 4, erster Satz AuslBG sei "für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Absatz 2, vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend." Und im Zusammenhang mit diesem Einleitungssatz heiße es gemäß erstem Satz der Ziffer 2, des Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG, dass "[e]ine Beschäftigung im Sinne

des Abs. 2 insbesondere auch dann vor[liegt], wenn ... eines Absatz 2, insbesondere auch dann vor[liegt], wenn ... ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25% Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag binnen drei Monaten fest, daß ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird." Wie bereits oben ausgeführt, liege bzw. habe im vorliegenden Fall seitens des Beschwerdeführers keine Erbringung einer Arbeitsleistung für Zweitbeschwerdeführerin vorgelegen, die "typischerweise in einem Arbeitsverhältnis" geleistet werde. Im Zusammenhang mit den bisher geleisteten Tätigkeiten habe es sich um werkvertragliche Mit- bzw. Zuarbeit für die Geschäftsführung der Zweitbeschwerdeführerin im Bereich der Entwicklung

und Planung im Zusammenhang mit Immobilienprojekten gehandelt. Im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Tätigkeit handele es sich hingegen um Liegenschaftsverwaltung bzw. Immobilienmanagement mit Schwerpunkt Gastronomie; diesbezüglich - d.h. im Zusammenhang mit Letzterem - spreche für das künftige Vorliegen einer Beschäftigung (iS einer Anstellung) der Umstand, dass der Erstbeschwerdeführer seine Tätigkeit nur für ein bestimmtes Unternehmen ausübe bzw. ausüben werde. Gemessen am Dienstzettel vom 29.06.2018 könne davon ausgegangen werden, dass ein Vertrag zwischen einer GmbH mit einem Ausländer vorliege bzw. vorliegen solle, woraus eine Verpflichtung zu einer (konkreten) Leistung ableitbar sei bzw. ableitbar sein solle (vgl. Punkt 7.). Daraus erhellte, dass der Erstbeschwerdeführer als Arbeitnehmer dieses Unternehmens gleichartige Arbeitsleistungen erbringen solle, keine Haftung seinerseits für die von ihm getätigten Arbeiten bestehen solle und es nicht ausgeschlossen sei, dass bei Verhinderung eine Ersatzkraft gestellt werden könne. Nach ständiger Rechtsprechung sei zu beurteilen, ob die geleistete Tätigkeit in ihrer Gesamtheit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Beschäftigung im Sinn des § 2 Abs. 2 AuslBG anzusehen sei oder nicht. Die Ziffern 1 und 2 des § 2 Abs. 4 AuslBG seien nur zwei ausdrücklich genannte Beispiele (arg: "insbesondere") für Arbeitsleistungen, die unter diesem maßgeblichen Gesichtspunkt eine einer Bewilligung nach dem AuslBG unterliegende Beschäftigung darstellen (VwGH 01.06.1994, 94/18/0258). Laut Rechtsprechung sei aus § 2 Abs. 4 Z. 2 AuslBG nicht abzuleiten, dass ein Gesellschafter mit einem Geschäftsanteil von genau 25 Prozent keinesfalls, also auch dann nicht, wenn dieser (auch) in einem Arbeitsverhältnis gemäß § 2 Abs. 2 AuslBG stünde, eine Bewilligung nach dem AuslBG benötige. Übertragen auf den vorliegenden Fall heiße das, dass der Beschwerdeführer, der (auch) 24 Prozent Geschäftsanteil an der Zweitbeschwerdeführerin halte, künftig durch das Verwalten und Managen von Liegenschaften mit Schwerpunkt Gastronomie eine Tätigkeit leiste, die in ihrer Gesamtheit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AuslBG anzusehen sein werde. § 2 Abs. 4 zweiter Satz AuslBG enthalte eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen einer Beschäftigung iSd § 2 Abs. 2 AuslBG, die nur dann nicht Platz greife, wenn mittels Feststellungsbescheides ausgesprochen werde, dass der Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübt. Nach dem letzten Satz des § 2 Abs. 4 AuslBG obliege abweichend von der sonst im Verwaltungsverfahren herrschenden Officialmaxime hier dem Antragsteller die Beweislast, dass die Voraussetzungen für einen Feststellungsbescheid vorliegen (VwGH 12.07.2011, 2009/09/0123). Bei der gesetzlichen Regelung seien einander widerstrebende Interessenslagen zu vereinen gewesen: Einerseits habe nicht in das Gesellschaftsrecht eingegriffen werden sollen und schon gar nicht hätten zusätzliche Hindernisse für unternehmerische Tätigkeiten aufgestellt werden sollen, andererseits aber habe Missbräuchen entgegengewirkt werden müssen. Der Gesetzgeber habe nicht den Weg gewählt, Minderheitsbeteiligungen an Gesellschaften iVm unternehmerischer Funktion der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG zu unterwerfen. Für die notwendige Kontrolle sei nicht die Beschäftigungsbewilligung mit all ihren arbeitsmarktpolitischen Implikationen und ihren Konsequenzen auf das zugrundeliegende Vertragsverhältnis gewählt worden. Vielmehr sei ein "gelinderes" Mittel ergriffen worden, nämlich die bescheidmäßige Feststellung, dass im Einzelfall ein wesentlicher Einfluss des Gesellschafters auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich gewährleistet ist. Es sei zwar Sache der Gesellschafter selbst, die Gesellschaftsanteile im Gesellschaftsvertrag sowie darin auch Regelungen betreffend den Einfluss auf die Geschäftsführung festzulegen, es sei allerdings Sache der Behörden des Arbeitsmarktservice, auf Grund eines Antrages auf Feststellung gem. § 2 Abs. 4 AuslBG den wahren wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhaltes zu beurteilen und in Form einer Prognose zu beurteilen, ob der Antragsteller tatsächlich einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft persönlich ausüben werde (vgl. VwGH 17.04.2002, 98/09/0174; VwGH 21.09.2005, 2002/09/0175). Voraussetzung sei zunächst, dass eine Gesellschaft iSd § 2 Abs. 4 AuslBG Dienstleistungen an Dritte erbringt, die nicht selbst lediglich als Beschäftigung ihrer Gesellschafter bei diesem Dritten iSd § 2 Abs. 2 lit. a, b oder e AuslBG zu qualifizieren sind. Wenn das Bundesverwaltungsgericht im Schreiben vom 13.05.2019 ausführe, dass "[d]er Rechtsvermutung des § 2 Abs. 4 AuslBG nur mit einem Antrag auf Feststellung, dass der ausländische Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübt, entgegengetreten werden [könnte]", so halte zum einen der Beschwerdeführer dieser Ausführung entgegen, dass die Rechtsvermutung hier irrelevant sei, weil die vergangene Tätigkeit - wie oben aufgezeigt - beendet sei und keine "Beschäftigung" iSd § 2 Abs. 2 AuslBG gewesen sei und die Rechtsvermutung iSd § 2 Abs. 4 AuslBG sich nicht auf in der Vergangenheit ausgeübte (und zwischenzeitlich beendete) Tätigkeiten beziehe. Zum anderen stelle - sollte das Bundesverwaltungsgericht die Beweistatsache der Irrelevanz besagter Rechtsvermutung als nicht entscheidungswesentlich erachten - die Zweitbeschwerdeführerin in eventu den Antrag auf Feststellung, dass kein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch

den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt werde. Im Feststellungsverfahren nach § 2 Abs. 4 AuslBG müsse keine tatsächlich ausgeübte Tätigkeit beurteilt werden; Gegenstand seien vielmehr die beabsichtigten Arbeitsleistungen - häufig (wenn es sich nicht um ein bereits längere Zeit bestehendes Gesellschaftsverhältnis handelt und eine ohnehin schon bisher entfaltete Tätigkeit nur ins Inland verlegt wird) sei eine Prognoseentscheidung aufgrund der vorgelegten Vereinbarung und den gegebenen objektiven Begleitumständen zu treffen (vgl. auch VwGH 23.04.2013, 2011/09/0135). Der Beschwerdeführer lege zu diesem Zweck den Dienstzettel vom 29.06.2018 vor; daraus würden sich typische Merkmale wirtschaftlicher Unselbständigkeit wie eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung, die Absprachepflicht mit den Gesellschaftern, das Ausüben der Tätigkeit für einen Unternehmer, die Entgeltlichkeit und die eindeutige Beantwortung der Frage zugunsten der Gesellschafter, wem die Arbeitsleistung zugutekommt, ergeben (vgl. VwGH 22.02.2006, 2005/09/0012; VwGH 21.08.2001, 2001/09/0053). Aufgrund der durch das VfGH-Erkenntnis vom 13.12.2017, G 281/2017, erforderlichen Gesetzesänderung (vgl. BGBl I 2018/94) seien beim Punkteschema für sonstige Schlüsselkräfte die Kriterien "Sprachkompetenz" und "Berufserfahrung" mit der Zuteilung von mehr erreichbaren Punkten aufgewertet worden (vgl. 504/A XXVI. GP); diesem Umstand sei im bisherigen Verfahren nicht Rechnung getragen worden. IZm Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2) seien fünf Punkte vorgesehen. D.h.: aufgrund des gegenständlichen Sprachdiploms bestünden Englischkenntnisse auf A2-Niveau gemäß der Anlage C idF BGBl I 2018/94 und seien diese daher mit 5 Punkten anzurechnen; in diesem Zusammenhang werde auch auf die Ausführungen im Antrag zur Vorlage der Bescheidbeschwerde vom 30.01.2019 samt beigelegtem Zeugnis (und Übersetzung) verwiesen. Berufserfahrung sei grundsätzlich durch Vorlage von Dienstzeugnissen und Arbeitsbestätigungen nachzuweisen. Da von einer anrechenbaren Ausbildung auszugehen sei, sei entgegen der Ansicht der belangten Behörde die erworbene ausbildungsadäquate Berufserfahrung des Beschwerdeführers der Firma XXXX nunmehr zu berücksichtigen. Der Landwirtschaftsmaschinenhandel stelle eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung dar, weil Berufstätigkeiten verrichtet worden seien, für welche die absolvierte Ausbildung facheinschlägig förderlich gewesen sei. Es sei sachgerecht, dass jemand facheinschlägige Praxiserfahrungen zu seiner vorangegangenen Ausbildung für sich bewertungsrelevant angeben könne, zumal es notorisch erscheine, dass insbesondere die Praxiserprobung von angescholtem Wissen dieses Wissen für das Berufsleben gesteigert nutzbar mache. So wie es beispielsweise sachgerecht erscheine, einem Bautechniker Punkte für eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung zuzubilligen, wenn er z.B. als Projektleiter Immobilienprojekte abwickle, wo evident bautechnische Fragen auftreten können, so erscheine es auch durchaus sachgerecht, dem Beschwerdeführer als Absolventen einer touristischen Mittelschule ausbildungsadäquate Berufserfahrung zuzubilligen, wenn er Liegenschaftsverwaltung bzw. Immobilienmanagement mit Schwerpunkt Gastronomie künftig abwickle. Denn genau die Fähigkeiten, die er sich in der Schule angeeignet habe, seien entscheidend für die Eignung im künftigen Beruf, für den er angestellt werden solle. Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25% Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag binnen drei Monaten fest, daß ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird." Wie bereits oben ausgeführt, liege bzw. habe im vorliegenden Fall seitens des Beschwerdeführers keine Erbringung einer Arbeitsleistung für Zweitbeschwerdeführerin vorgelegen, die "typischerweise in einem Arbeitsverhältnis" geleistet werde. Im Zusammenhang mit den bisher geleisteten Tätigkeiten habe es sich um werkvertragliche Mit- bzw. Zuarbeit für die Geschäftsführung der Zweitbeschwerdeführerin im Bereich der Entwicklung und Planung im Zusammenhang mit Immobilienprojekten gehandelt. Im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Tätigkeit handele es sich hingegen um Liegenschaftsverwaltung bzw. Immobilienmanagement mit Schwerpunkt Gastronomie; diesbezüglich - d.h. im Zusammenhang mit Letzterem - spreche für das künftige Vorliegen einer Beschäftigung (iS einer Anstellung) der Umstand, dass der Erstbeschwerdeführer seine Tätigkeit nur für ein bestimmtes Unternehmen ausübe bzw. ausüben werde. Gemessen am Dienstzettel vom 29.06.2018 könne davon ausgegangen werden, dass ein Vertrag zwischen einer GmbH mit einem Ausländer vorliege bzw. vorliegen solle, woraus eine Verpflichtung zu einer (konkreten) Leistung ableitbar sei bzw. ableitbar sein solle (vergleiche Punkt 7.). Daraus erhellte, dass der Erstbeschwerdeführer als Arbeitnehmer dieses Unternehmens gleichartige Arbeitsleistungen erbringen solle, keine Haftung seinerseits für die von ihm getätigten Arbeiten bestehen solle und es nicht ausgeschlossen sei, dass bei Verhinderung eine Ersatzkraft gestellt werden könne. Nach ständiger Rechtsprechung sei zu beurteilen, ob die geleistete Tätigkeit in ihrer Gesamtheit nach ihrem wahren

wirtschaftlichen Gehalt als Beschäftigung im Sinn des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG anzusehen sei oder nicht. Die Ziffern 1 und 2 des Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG seien nur zwei ausdrücklich genannte Beispiele (arg: "insbesondere") für Arbeitsleistungen, die unter diesem maßgeblichen Gesichtspunkt eine einer Bewilligung nach dem AuslBG unterliegende Beschäftigung darstellen (VwGH 01.06.1994, 94/18/0258). Laut Rechtsprechung sei aus Paragraph 2, Absatz 4, Ziffer 2, AuslBG nicht abzuleiten, dass ein Gesellschafter mit einem Geschäftsanteil von genau 25 Prozent keinesfalls, also auch dann nicht, wenn dieser (auch) in einem Arbeitsverhältnis gemäß Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG stünde, eine Bewilligung nach dem AuslBG benötige. Übertragen auf den vorliegenden Fall heiße das, dass der Beschwerdeführer, der (auch) 24 Prozent Geschäftsanteil an der Zweitbeschwerdeführerin halte, künftig durch das Verwalten und Managen von Liegenschaften mit Schwerpunkt Gastronomie eine Tätigkeit leiste, die in ihrer Gesamtheit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Beschäftigung im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG anzusehen sein werde. Paragraph 2, Absatz 4, zweiter Satz AuslBG enthalte eine gesetzliche Vermutung für das Vorliegen einer Beschäftigung iSd Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG, die nur dann nicht Platz greife, wenn mittels Feststellungsbescheides ausgesprochen werde, dass der Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübt. Nach dem letzten Satz des Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG obliege abweichend von der sonst im Verwaltungsverfahren herrschenden Officialmaxime hier dem Antragsteller die Beweislast, dass die Voraussetzungen für einen Feststellungsbescheid vorliegen (VwGH 12.07.2011, 2009/09/0123). Bei der gesetzlichen Regelung seien einander widerstrebende Interessenslagen zu vereinen gewesen: Einerseits habe nicht in das Gesellschaftsrecht eingegriffen werden sollen und schon gar nicht hätten zusätzliche Hindernisse für unternehmerische Tätigkeiten aufgestellt werden sollen, andererseits aber habe Missbräuchen entgegengewirkt werden müssen. Der Gesetzgeber habe nicht den Weg gewählt, Minderheitsbeteiligungen an Gesellschaften in Verbindung mit unternehmerischer Funktion der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG zu unterwerfen. Für die notwendige Kontrolle sei nicht die Beschäftigungsbewilligung mit all ihren arbeitsmarktpolitischen Implikationen und ihren Konsequenzen auf das zugrundeliegende Vertragsverhältnis gewählt worden. Vielmehr sei ein "gelinderes" Mittel ergriffen worden, nämlich die bescheidmäßige Feststellung, dass im Einzelfall ein wesentlicher Einfluss des Gesellschafters auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich gewährleistet ist. Es sei zwar Sache der Gesellschafter selbst, die Gesellschaftsanteile im Gesellschaftsvertrag sowie darin auch Regelungen betreffend den Einfluss auf die Geschäftsführung festzulegen, es sei allerdings Sache der Behörden des Arbeitsmarktservice, auf Grund eines Antrages auf Feststellung gem. Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG den wahren wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhaltes zu beurteilen und in Form einer Prognose zu beurteilen, ob der Antragsteller tatsächlich einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft persönlich ausüben werde (vergleiche VwGH 17.04.2002, 98/09/0174; VwGH 21.09.2005, 2002/09/0175). Voraussetzung sei zunächst, dass eine Gesellschaft iSd Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG Dienstleistungen an Dritte erbringt, die nicht selbst lediglich als Beschäftigung ihrer Gesellschafter bei diesem Dritten iSd Paragraph 2, Absatz 2, Litera a, b, oder e AuslBG zu qualifizieren sind. Wenn das Bundesverwaltungsgericht im Schreiben vom 13.05.2019 ausführe, dass "[d]er Rechtsvermutung des Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG nur mit einem Antrag auf Feststellung, dass der ausländische Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübt, entgegengetreten werden [könnte]", so halte zum einen der Beschwerdeführer dieser Ausführung entgegen, dass die Rechtsvermutung hier irrelevant sei, weil die vergangene Tätigkeit - wie oben aufgezeigt - beendet sei und keine "Beschäftigung" iSd Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG gewesen sei und die Rechtsvermutung iSd Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG sich nicht auf in der Vergangenheit ausgeübte (und zwischenzeitlich beendete) Tätigkeiten beziehe. Zum anderen stelle - sollte das Bundesverwaltungsgericht die Beweistatsache der Irrelevanz besagter Rechtsvermutung als nicht entscheidungswesentlich erachten - die Zweitbeschwerdeführerin in eventu den Antrag auf Feststellung, dass kein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt werde. Im Feststellungsverfahren nach Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG müsse keine tatsächlich ausgeübte Tätigkeit beurteilt werden; Gegenstand seien vielmehr die beabsichtigten Arbeitsleistungen - häufig (wenn es sich nicht um ein bereits längere Zeit bestehendes Gesellschaftsverhältnis handelt und eine ohnehin schon bisher entfaltete Tätigkeit nur ins Inland verlegt wird) sei eine Prognoseentscheidung aufgrund der vorgelegten Vereinbarung und den gegebenen objektiven Begleitumständen zu treffen (vergleiche auch VwGH 23.04.2013, 2011/09/0135). Der Beschwerdeführer lege zu diesem Zweck den Dienstzettel vom 29.06.2018 vor; daraus würden sich typische Merkmale wirtschaftlicher Unselbstständigkeit wie eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit, die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung, die Absprachepflicht mit den Gesellschaftern, das Ausüben

der Tätigkeit für einen Unternehmer, die Entgeltlichkeit und die eindeutige Beantwortung der Frage zugunsten der Gesellschafter, wem die Arbeitsleistung zugutekommt, ergeben vergleiche VwGH 22.02.2006, 2005/09/0012; VwGH 21.08.2001, 2001/09/0053). Aufgrund der durch das VfGH-Erkenntnis vom 13.12.2017, G 281 aus 2017,, erforderlichen Gesetzesänderung vergleiche BGBl. römisch eins 2018/94) seien beim Punkteschema für sonstige Schlüsselkräfte die Kriterien "Sprachkompetenz" und "Berufserfahrung" mit der Zuteilung von mehr erreichbaren Punkten aufgewertet worden vergleiche 504/A römisch 26. GP); diesem Umstand sei im bisherigen Verfahren nicht Rechnung getragen worden. IZm Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2) seien fünf Punkte vorgesehen. D.h.: aufgrund des gegenständlichen Sprachdiploms bestünden Englischkenntnisse auf A2-Niveau gemäß der Anlage C in der Fassung BGBl. römisch eins 2018/94 und seien diese daher mit 5 Punkten anzurechnen; in diesem Zusammenhang werde auch auf die Ausführungen im Antrag zur Vorlage der Bescheidbeschwerde vom 30.01.2019 samt beigelegtem Zeugnis (und Übersetzung) verwiesen. Berufserfahrung sei grundsätzlich durch Vorlage von Dienstzeugnissen und Arbeitsbestätigungen nachzuweisen. Da von einer anrechenbaren Ausbildung auszugehen sei, sei entgegen der Ansicht der belangten Behörde die erworbene ausbildungsadäquate Berufserfahrung des Beschwerdeführers der Firma römisch 40 nunmehr zu berücksichtigen. Der Landwirtschaftsmaschinenhandel stelle eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung dar, weil Berufstätigkeiten verrichtet worden seien, für welche die absolvierte Ausbildung facheinschlägig förderlich gewesen sei. Es sei sachgerecht, dass jemand facheinschlägige Praxiserfahrungen zu seiner vorangegangenen Ausbildung für sich bewertungsrelevant angeben könne, zumal es notorisch erscheine, dass insbesondere die Praxiserprobung von angescholtem Wissen dieses Wissen für das Berufsleben gesteigert nutzbar mache. So wie es beispielsweise sachgerecht erscheine, einem Bautechniker Punkte für eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung zuzubilligen, wenn er z.B. als Projektleiter Immobilienprojekte abwickle, wo evident bautechnische Fragen auftreten können, so erscheine es auch durchaus sachgerecht, dem Beschwerdeführer als Absolventen einer touristischen Mittelschule ausbildungsadäquate Berufserfahrung zuzubilligen, wenn er Liegenschaftsverwaltung bzw. Immobilienmanagement mit Schwerpunkt Gastronomie künftig abwickle. Denn genau die Fähigkeiten, die er sich in der Schule angeeignet habe, seien entscheidend für die Eignung im künftigen Beruf, für den er angestellt werden solle.

13. Am 30.09.2019 führte das Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an welcher der Rechtvertreter der Beschwerdeführer und ein bevollmächtigter Vertreter der Zweitbeschwerdeführerin sowie eine Vertreterin der belangten Behörde teilnahmen. Der Erstbeschwerdeführer erschien entschuldigt nicht zu Verhandlung.

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

1. Feststellungen:

Der Erstbeschwerdeführer, ein am XXXX geborener serbischer Staatsangehöriger, soll für die Zweitbeschwerdeführerin im Ausmaß von 40 Wochenstunden unbefristet als Liegenschaftsverwalter und Immobilienmanager im Bereich der touristischen Vermietung auf Tagesbasis (Airbnb-Vermietung) tätig werden und dafür ein monatliches Bruttoentgelt von € 3.000,- zzgl. Sonderzahlungen erhalten. Der Erstbeschwerdeführer, ein am römisch 40 geborener serbischer Staatsangehöriger, soll für die Zweitbeschwerdeführerin im Ausmaß von 40 Wochenstunden unbefristet als Liegenschaftsverwalter und Immobilienmanager im Bereich der touristischen Vermietung auf Tagesbasis (Airbnb-Vermietung) tätig werden und dafür ein monatliches Bruttoentgelt von € 3.000,- zzgl. Sonderzahlungen erhalten.

Die Zweitbeschwerdeführerin lehnte die Vermittlung von Ersatzkräften mit der Begründung ab, dass der Erstbeschwerdeführer selbst 24 % der Geschäftsanteile der Zweitbeschwerdeführerin hält und über ein umfangreiches Netzwerk an Kontakten verfügt, zu denen eine Geschäftstätigkeit des Unternehmens geplant ist. Darüber hinaus spreche er Serbisch, Englisch und Bulgarisch auf muttersprachlichem bzw. verhandlungssicherem Niveau und könne sich daher mit den primären Geschäftspartnern des Unternehmens in deren Muttersprache verständigen.

2. Beweiswürdigung:

Die beantragte Tätigkeit wurde im Laufe des Verwaltungsverfahrens von "Handelsrechtlicher Geschäftsführer" auf "Liegenschaftsverwalter und Immobilienmanager mit Schwerpunkt Gastronomie" abgeändert und das Tätigkeitsprofil in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht seitens der Vertreter der Beschwerdeführer dahingehend konkretisiert, dass der Erstbeschwerdeführer als Liegenschaftsverwalter und Immobilienmanager im Bereich der touristischen Vermietung auf Tagesbasis (Airbnb-Vermietung) tätig werden soll.

Die Ablehnung eines Ersatzkraftverfahrens sowie die Begründung hierfür ergeben sich aus den Angaben der

Zweitbeschwerdeführerin in der Arbeitgebererklärung. Die Ablehnung wurde von einem bevollmächtigten Vertreter der Zweitbeschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht noch einmal bekräftigt.

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 idF 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. 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, jedenfalls aber mindestens 45 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 ASVG zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, 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."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, jedenfalls aber mindestens 45 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß Paragraph 108, Absatz 3, ASVG zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, 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."

§ 4b idF BGBl. I Nr. 66/2017:Paragraph 4 b, in der Fassung BGBl. römisch eins Nr. 66/2017:

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.

(2) Die Prüfung gemäß Abs. 1 entfällt, wenn dem Arbeitgeber eine Sicherungsbescheinigung für den beantragten Ausländer ausgestellt wurde.(2) Die Prüfung gemäß Absatz eins, entfällt, wenn dem Arbeitgeber eine Sicherungsbescheinigung für den beantragten Ausländer ausgestellt wurde.

(3) Bei der Zulassung von Ehegatten und minderjährigen Kindern von Ausländern gemäß § 18a zu einer Beschäftigung ist die Prüfung gemäß Abs. 1 auf die Verfügbarkeit von Inländern und EWR-Bürgern zu beschränken.(3) Bei der Zulassung von Ehegatten und minderjährigen Kindern von Ausländern gemäß Paragraph 18 a, zu einer Beschäftigung ist die Prüfung gemäß Absatz eins, auf die Verfügbarkeit von Inländern und EWR-Bürgern zu beschränken.

Anlage C idF BGBl. I Nr. 94/2018:Anlage C in der Fassung BGBl. römisch eins Nr. 94/2018:

Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1Zulassungskriterien 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

ausbildungsadäquate Berufserfahrung

maximal anrechenbare Punkte: 20

Berufserfahrung (pro Jahr) Berufserfahrung in Österreich (pro Jahr)

2 4

Sprachkenntnisse Deutsch

maximal anrechenbare Punkte: 15

Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau (A1) Deutschkenntnisse zur vertieften
elementaren Sprachverwendung (A2) Deutschkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5 10 . 15

Sprachkenntnisse Englisch

maximal anrechenbare Punkte: 10

Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A2) Englischkenntnisse zur selbständigen
Sprachverwend (B1)

5 . 15

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

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18.06.2014, 2013/09/0189, klargestellt hat, geht aus dem in § 12b Z 1 AuslBG enthaltenen Verweis auf § 4 Abs. 1 AuslBG und den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu § 12b AuslBG hervor, dass nach § 12b Z 1 AuslBG vor der Zulassung eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen ist. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18.06.2014, 2013/09/0189, klargestellt hat, geht aus dem in Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG enthaltenen Verweis auf Paragraph 4, Absatz eins, AuslBG und den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu Paragraph 12 b, AuslBG hervor, dass nach Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG vor der Zulassung eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen ist.

Ein Verfahren zur Vermittlung von Ersatzkräften nach § 4b Abs. 1 AuslBG bezweckt den Vorrang von Inländern und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmern bei der Arbeitsvermittlung sicher zu stellen. Mit Hilfe dieser Bestimmung soll in rechtsstaatlichen Grenzen aus arbeitsmarktpolitischen Gründen die Möglichkeit für einen lenkenden Einfluss auf die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet gewährleistet sein. Zugleich dient ein solches Verfahren dem vom Gesetz gewünschten Ergebnis, dass die freie Stelle besetzt und der Bedarf des Arbeitgebers nach seinem Anforderungsprofil entsprechenden Arbeitskräften befriedigt wird (VwGH 24.01.2014, 2013/09/0070). Ein Verfahren zur Vermittlung von Ersatzkräften nach Paragraph 4 b, Absatz eins, AuslBG bezweckt den Vorrang von Inländern und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmern bei der Arbeitsvermittlung sicher zu stellen. Mit Hilfe dieser Bestimmung soll in rechtsstaatlichen Grenzen aus arbeitsmarktpolitischen Gründen die Möglichkeit für einen lenkenden Einfluss auf die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet gewährleistet sein. Zugleich dient ein solches Verfahren dem vom Gesetz gewünschten Ergebnis, dass die freie Stelle besetzt und der Bedarf des Arbeitgebers nach seinem Anforderungsprofil entsprechenden Arbeitskräften befriedigt wird (VwGH 24.01.2014, 2013/09/0070).

Die Arbeitsmarktprüfung ist nach den Bestimmungen des § 4b Abs. 1 AuslBG durchzuführen. 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. Die Arbeitsmarktprüfung ist nach den Bestimmungen des Paragraph 4 b, Absatz eins, AuslBG durchzuführen. 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.

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

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

konkret umschrieben sind, in den betrieblichen Notwendigkeiten ihre Deckung finden und ob die darüber erbrachten Nachweise ausreichen vergleiche VwGH 10.09.2015, 2015/09/0011).

Den Arbeitgeber entbindet die Möglichkeit, Besonderheiten des Arbeitsplatzes und damit auch der an eine Ersatzkraft gestellten besonderen Anforderungen im Antrag festzulegen, soweit diese in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung finden, nicht von der Obliegenheit, an einem Ersatzkraftstellungsverfahren iSd § 4b Abs. 1 AuslBG teilzunehmen. Hat der antragstellende Arbeitgeber offensichtlich nur an der Einstellung eines(r) bestimmten Ausländers(in) Interesse und lehnt deshalb die Stellung von Ersatzkräften ohne zureichende Begründung ab, so hindert dies die Behörde, konkrete Feststellungen über das Vorhandensein entsprechender Ersatzkräfte, die auch das beschriebene Anforderungsprofil erfüllen können, zu treffen (vgl. VwGH 10.12.2009, 2008/09/0349, mwN). Den Arbeitgeber entbindet die Möglichkeit, Besonderheiten des Arbeitsplatzes und damit auch der an eine Ersatzkraft gestellten besonderen Anforderungen im Antrag festzulegen, soweit diese in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung finden, nicht von der Obliegenheit, an einem Ersatzkraftstellungsverfahren iSd Paragraph 4 b, Absatz eins, AuslBG teilzunehmen. Hat der antragstellende Arbeitgeber offensichtlich nur an der Einstellung eines(r) bestimmten Ausländers(in) Interesse und lehnt deshalb die Stellung von Ersatzkräften ohne zureichende Begründung ab, so hindert dies die Behörde, konkrete Feststellungen über das Vorhandensein entsprechender Ersatzkräfte, die auch das beschriebene Anforderungsprofil erfüllen können, zu treffen vergleiche VwGH 10.12.2009, 2008/09/0349, mwN).

In diesem Fall darf die Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice davon ausgehen, dass die Möglichkeit der Besetzung der offenen Stelle mit einer im österreichischen Arbeitsmarkt integrierten Arbeitskraft nicht ausgeschlossen ist (vgl. VwGH 20.11.2001, 99/09/0242; 06.04.2005, 2003/09/0128). In diesem Fall darf die Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice davon ausgehen, dass die Möglichkeit der Besetzung der offenen Stelle mit einer im österreichischen Arbeitsmarkt integrierten Arbeitskraft nicht ausgeschlossen ist vergleiche VwGH 20.11.2001, 99/09/0242; 06.04.2005, 2003/09/0128).

Den Feststellungen folgend lehnte die Zweitbeschwerdeführerin die Vermittlung von Ersatzkräften mit der Begründung ab, dass der Erstbeschwerdeführer selbst 24 % der Geschäftsanteile der Zweitbeschwerdeführerin hält, über ein umfangreiches Netzwerk an Kontakten verfügt, zu denen eine Geschäftstätigkeit des Unternehmens geplant ist, und über die erforderlichen Sprachkenntnisse verfügt, um mit den primären Geschäftspartnern der Zweitbeschwerdeführern auf muttersprachlichem bzw. verhandlungssicherem Niveau zu kommunizieren.

Das Erfordernis allgemeiner unternehmensbezogener Kenntnisse (wie z. B. die Beherrschung von für die Geschäftsabwicklung notwendigen Sprachen) darf zulässiger Weise zum Anforderungsprofil für einen entsprechenden Arbeitsplatz erhoben werden, nicht aber etwa die Kenntnisse der ausländischen Geschäftspartner des Arbeitgebers oder die Kenntnis der besonderen Bedürfnisse des Arbeitgebers (vgl. VwGH 23.02.1994, 93/09/0424). Das Erfordernis allgemeiner unternehmensbezogener Kenntnisse (wie z. B. die Beherrschung von für die Geschäftsabwicklung notwendigen Sprachen) darf zulässiger Weise zum Anforderungsprofil für einen entsprechenden Arbeitsplatz erhoben werden, nicht aber etwa die Kenntnisse der ausländischen Geschäftspartner des Arbeitgebers oder die Kenntnis der besonderen Bedürfnisse des Arbeitgebers vergleiche VwGH 23.02.1994, 93/09/0424).

Auch die Ablehnung von Ersatzkräften aus Gründen, die persönliche Umstände der jeweils beantragten Arbeitskraft betreffen - wie im vorliegenden Fall die Beteiligung des Erstbeschwerdeführers an der Zweitbeschwerdeführerin -, ist nicht zulässig (vgl. VwGH 15.05.2008, 2005/09/0106; 22.04.1993, 93/09/0118; 19.05.1993, 93/09/0130). Auch die Ablehnung von Ersatzkräften aus Gründen, die persönliche Umstände der jeweils beantragten Arbeitskraft betreffen - wie im vorliegenden Fall die Beteiligung des Erstbeschwerdeführers an der Zweitbeschwerdeführerin -, ist nicht zulässig vergleiche VwGH 15.05.2008, 2005/09/0106; 22.04.1993, 93/09/0118; 19.05.1993, 93/09/0130).

Damit wurde die Stellung von Ersatzkräften ohne zulässige rechtliche Begründung abgelehnt, was im Lichte der oben angeführten Judikatur das AMS berechtigte, die Zulassung zu versagen.

Dementsprechend war die Beschwerde gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG als unbegründet. Dementsprechend war die Beschwerde gemäß Paragraph 28, Absatz eins und 2 VwGVG als unbegründet.

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, Ersatzkraft, Rot-Weiß-Rot-Karte, Schlüsselkraft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W209.2215442.1.00

Zuletzt aktualisiert am

12.11.2019

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at