

TE Bvwg Erkenntnis 2017/5/16 W167 2141100-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 16.05.2017

Entscheidungsdatum

16.05.2017

Norm

AuslBG §12b Z1

AuslBG §4

B-VG Art.133 Abs4

1. AuslBG § 12b heute
2. AuslBG § 12b gültig ab 01.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
3. AuslBG § 12b gültig von 01.01.2019 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2018
4. AuslBG § 12b gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/2018
5. AuslBG § 12b gültig von 01.10.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
6. AuslBG § 12b gültig von 01.07.2011 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
1. AuslBG § 4 heute
2. AuslBG § 4 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. AuslBG § 4 gültig von 12.06.2026 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 39/2026
4. AuslBG § 4 gültig von 01.12.2025 bis 11.06.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2025
5. AuslBG § 4 gültig von 20.07.2023 bis 30.11.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2023
6. AuslBG § 4 gültig von 01.07.2023 bis 19.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 168/2022
7. AuslBG § 4 gültig von 01.07.2023 bis 31.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/2022
8. AuslBG § 4 gültig von 01.11.2022 bis 30.06.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 168/2022
9. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2022 bis 31.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 217/2021
10. AuslBG § 4 gültig von 01.09.2018 bis 31.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 56/2018
11. AuslBG § 4 gültig von 01.10.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
12. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 72/2013
13. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2012
14. AuslBG § 4 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011
15. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2009
16. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/2007
17. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2005
18. AuslBG § 4 gültig von 01.05.2004 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2004
19. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2004 bis 30.04.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 133/2003
20. AuslBG § 4 gültig von 01.01.2003 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2002

21. AuslBG § 4 gültig von 01.01.1998 bis 31.12.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 78/1997
22. AuslBG § 4 gültig von 02.06.1996 bis 31.12.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 201/1996
23. AuslBG § 4 gültig von 12.04.1995 bis 01.06.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 257/1995
24. AuslBG § 4 gültig von 01.07.1994 bis 11.04.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 314/1994
25. AuslBG § 4 gültig von 01.08.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 502/1993

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

Spruch

W167 2141100-1/13E

W167 2144802-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daria MACA-DAASE als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Christina FUHRMANN, LL.M. und den fachkundigen Laienrichter Johannes STEINER als Beisitzer über die Beschwerden der XXXX GmbH, XXXX (Erstbeschwerdeführerin), und XXXX, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina (Zweitbeschwerdeführer), beide vertreten durch XXXX, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Amstetten vom XXXX, wegen Abweisung des Antrags auf Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daria MACA-DAASE als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Christina FUHRMANN, LL.M. und den fachkundigen Laienrichter Johannes STEINER als Beisitzer über die Beschwerden der römisch 40 GmbH, römisch 40 (Erstbeschwerdeführerin), und römisch 40, Staatsangehörigkeit Bosnien-Herzegowina (Zweitbeschwerdeführer), beide vertreten durch römisch 40, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Amstetten vom römisch 40, wegen Abweisung des Antrags auf Zulassung als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung

beschlossen:

A) Die Verfahren W167 2141100-1 und W167 2144802-1 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

zu Recht erkannt:

B) Die Beschwerden werden abgewiesen.

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Der Zweitbeschwerdeführer stellte einen Erstantrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels Rot-Weiß-Rot-Karte (Schlüsselkräfte). Laut beigefügter Arbeitgebererklärung der Erstbeschwerdeführerin soll der Zweitbeschwerdeführer dauerhaft als Automechaniker, LKW-Fahrer und Baggerfahrer in Niederösterreich, Oberösterreich und der Steiermark beschäftigt werden. Die Entlohnung (ohne Zulage) betrage brutto EUR 3.300,-- pro Monat für 40 Wochenstunden.

Aufgabe des Beschwerdeführers wäre die Instandhaltung sämtlicher Fahrzeuge (PKW, LKW, Bagger und anderer Baumaschinen); Reparaturarbeiten würden in der Firmenwerkstatt und auf den Baustellen durchgeführt. Die Vermittlung von Ersatzkräften werde nicht gewünscht, da die Zweitbeschwerdeführerin seit mehr als 10 Jahren vergeblich einen Mechaniker mit LKW-Führerschein und Baggerschein suchen würde.

2. Über Aufforderung des AMS übermittelte die Erstbeschwerdeführerin einen Vermittlungsauftrag für das Ersatzkraftverfahren. Darin wurde allerdings nur eine Bezahlung in der Höhe von monatlich EUR 2,015,12 angegeben. Es wurden auch weitere Zeugniskopien des Zweitbeschwerdeführers übermittelt.

3. Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid hat das AMS den Antrag des Zweitbeschwerdeführers abgewiesen. Begründend wurde ausgeführt, die Erstbeschwerdeführerin hätte trotz Aufforderung den Gewerbeschein Kraftfahrzeugtechnik nicht vorgelegt. Zudem habe sie im Vermittlungsauftrag die Berechtigung einen LKW und Baumaschinen zu lenken angegeben. Der Führerschein C berechne einen LKW für private und nicht-gewerbliche Fahrten zu lenken. Nur wenn ein LKW gewerblich gefahren werden soll, sei ein Führerschein C95 erforderlich. Im beantragten Beruf sei weder die Anforderung einer C95 Fahrberechtigung, noch die Praxis als Baggerfahrer für das AMS nachvollziehbar.

4. Gegen diesen Bescheid erhoben die Erstbeschwerdeführerin und der Zweitbeschwerdeführer anwaltlich vertreten Beschwerde. Der Bescheid wurde als inhaltlich rechtswidrig und wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften angefochten. Zusammengefasst wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Erstbeschwerdeführerin habe ausführlich zur Frage, weshalb ein Führerschein C95 sowie Praxis als Baggerfahrer benötigt wird, Stellung genommen und das AMS das notwendige erforderliche Ermittlungsverfahren unterlassen. Unter Verweis auf die Richtlinie 2003/59/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 15.07.2003 (neue Richtlinien für Berufskraftfahrer) sowie die Rechtsmeinung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie wurde detailliert ausgeführt, warum der beantragte KFZ-Mechaniker ebenso Überstellungsfahrten als Ausfluss seiner Haupttätigkeit durchzuführen hätte. Zudem habe der Verweis auf die Nichtnachvollziehbarkeit der Anforderung einer C95 Fahrberechtigung sowie Praxis als Baggerfahrer das AMS nicht davon enthoben, eine Sachentscheidung beruhend auf der erforderlichen Mindestpunktzahl der angeführten Kriterien der Anlage C zu treffen.

5. Das AMS übermittelte dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde und den Verwaltungsakt mit einer Stellungnahme, welche den Beschwerdeführern mit der Ladung zur Kenntnis gebracht wurde.

6. Am 17.02.2017 fand eine mündliche Verhandlung statt, an der die Beschwerdeführer, ihre Rechtsvertreter sowie ein Vertreter des AMS teilnahmen. Über Antrag des Rechtsvertreters wurde ein Gerichtsdolmetsch für die Sprache Bosnisch bestellt.

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

1. Feststellungen:

1.1. Der Zweitbeschwerdeführer war zum Antragszeitpunkt 35 Jahre alt, ist Staatsangehöriger von Bosnien-Herzegowina und hat eine Ausbildung als Automechaniker in seinem Heimatstaat (Maschinenberufsschule) abgeschlossen. Zudem verfügt er über eine Bescheinigung der Republik Srpska, dass er als Baggerfahrer qualifiziert ist. Er hat in Bosnien-Herzegowina von bei einem Unternehmen als Baggerfahrer, Fahrer der "Kategorie C und E" gearbeitet und den Fuhrpark des Unternehmens (3 LKWs und fünf bis sechs PKWs) gewartet.

1.2. Die Tätigkeit wurde wie folgt angegeben: Reparaturen von PKW und verschiedenen Kraftfahrzeugen (LKW, Bagger und andere Baumaschinen) im Betrieb der Erstbeschwerdeführerin. Die Reparaturarbeiten sind in der Firmenwerkstatt und auf der Baustelle durchzuführen. Als höchste abgeschlossene Ausbildung wurde ein Mechaniker-Abschluss und als zusätzliche Qualifikation der LKW-Führerschein mit C 95 und Baggerführerpraxis verlangt. Der Führerschein C 95 ist für Überstellungsfahren im Rahmen der Reparatur erforderlich. Arbeitsort ist Niederösterreich, Oberösterreich, Steiermark und das Burgenland. Angewandter Kollektivvertrag:

Güterbeförderung. Es handelt sich um eine unbefristete Vollzeitbeschäftigung (Stundenausmaß/Woche: 40 Stunden).

1.3. Der Zweitbeschwerdeführer würde mit EUR 3.300,-- entlohnt werden, eine Ersatzkraft bekäme den niedrigeren kollektivvertraglichen Lohn, dieser wurde im Vermittlungsauftrag im Jahre 2016 mit EUR 2.015,12 angegeben.

1.4. Die Größe des Fuhrparks der Erstbeschwerdeführerin schwankt saisonal (zum Zeitpunkt der Verhandlung witterungsbedingt noch außerhalb der Saison für Erdarbeiten: drei bis vier Miet-LKWs und einen Bagger).

1.5. Das AMS ein Ersatzkraftverfahren (Arbeitsmarkprüfung) durchgeführt. Allerdings hatte nur einer der zugewiesenen Bewerber den Führerschein C 95.

2. Beweiswürdigung:

2.1. Die Angaben zum Zweitbeschwerdeführer, seiner Ausbildung und Arbeitserfahrung ergeben sich aus dem Verwaltungsakt. Die Größe des Fuhrparks des Unternehmens hat der Zweitbeschwerdeführer in der Verhandlung glaubhaft bekannt geben.

2.2. Die Tätigkeit bei der Erstbeschwerdeführerin ergibt sich aus dem Vermittlungsauftrag sowie den Angaben des Vertreters der Erstbeschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung.

2.3. Die unterschiedliche Entlohnung ergibt sich bereits aus dem Verwaltungsakt und wurde von der Erstbeschwerdeführerin in der Verhandlung explizit bestätigt. Begründet wurde dies in der Verhandlung damit, dass der Zweitbeschwerdeführer vor Ort in einem Quartier der Erstbeschwerdeführerin wohnt und ihm diese auch verrechnet werde. Aus dem Mietvertrag ist ersichtlich, dass die monatliche Miete EUR 380,- beträgt. Da die Differenz zwischen den angebotenen Bezahlungen jedoch EUR 1.284,88 beträgt, ist allein dieses Argument für den Senat nicht nachvollziehbar. Dies auch vor dem Hintergrund, dass laut Vermittlungsauftrag eine Unterkunft zur Verfügung gestellt wird. Deutlich glaubhafter und nachvollziehbarer ist die Angabe, dass der Geschäftsführer den Zweitbeschwerdeführer kenne und wisse, dass er gut ist. Wenn jemand gut ist, bezahle er auch gerne mehr. Eine Ersatzkraft bekäme den kollektivvertraglichen Lohn, da er schließlich nicht wisse, wie gut diese Person ist.

2.4. Die Erstbeschwerdeführerin ist im Bereich Erdarbeiten und damit verbundene Transporte tätig, dies ist auch auf der Homepage (XXXX) ersichtlich. Die angegebenen saisonalen Schwankungen betreffend die Größe des Fuhrparks sind daher für den Senat nachvollziehbar. Auch die Angabe des Geschäftsführers dazu, dass die Mietverträge vorsehen, dass die Beschwerdeführerin für die Reparaturen der Mietfahrzeuge verantwortlich ist, sind plausibel. Die Nachweise der Eigentumsverhältnisse und die Vorlage von weiteren Unterlagen betreffend den Fuhrpark wurden daher für nicht erforderlich erachtet. 2.4. Die Erstbeschwerdeführerin ist im Bereich Erdarbeiten und damit verbundene Transporte tätig, dies ist auch auf der Homepage (römisch 40) ersichtlich. Die angegebenen saisonalen Schwankungen betreffend die Größe des Fuhrparks sind daher für den Senat nachvollziehbar. Auch die Angabe des Geschäftsführers dazu, dass die Mietverträge vorsehen, dass die Beschwerdeführerin für die Reparaturen der Mietfahrzeuge verantwortlich ist, sind plausibel. Die Nachweise der Eigentumsverhältnisse und die Vorlage von weiteren Unterlagen betreffend den Fuhrpark wurden daher für nicht erforderlich erachtet.

2.5. Das AMS hat durch ergänzend vorgelegte Unterlagen in der Verhandlung belegt, dass ein Ersatzkraftverfahren durchgeführt wurde. Dies wird auch nicht bestritten. Nähere Angaben zu den Bewerbern machte der Geschäftsführer mit dem Hinweis, dass er sich nicht erinnern könne, nicht.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zu A) Verbindung der Verfahren zur gemeinsamen Entscheidung

Gemäß § 17 VwGVG sind grundsätzlich auf das Verfahren über Bescheidbeschwerden u.a. die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles anzuwenden. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind grundsätzlich auf das Verfahren über Bescheidbeschwerden u.a. die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles anzuwenden.

Gemäß § 39 Absatz 2 zweiter und dritter Satz kann die Behörde insbesondere von Amts wegen oder auf Antrag eine mündliche Verhandlung durchführen und mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Die Behörde hat sich bei allen diesen Verfahrensanordnungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen. Gemäß Paragraph 39, Absatz 2 zweiter und dritter Satz kann die Behörde insbesondere von Amts wegen oder auf Antrag eine mündliche Verhandlung durchführen und mehrere Verwaltungssachen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden oder sie wieder trennen. Die Behörde hat sich bei allen diesen Verfahrensanordnungen von Rücksichten auf möglichste Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis leiten zu lassen.

Im Verfahren haben sowohl der potentielle Arbeitgeber (Erstbeschwerdeführer) als auch der potentielle Arbeitnehmer (Zweitbeschwerdeführer) gemeinsam vertreten Beschwerde erhoben. Daher lagen die Voraussetzungen für eine Verbindung der Verfahren vor.

3.2. Zu B) Abweisung der Beschwerden

3.2.1. Maßgebliche Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)

Beschäftigungsbewilligung

Voraussetzungen

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

1. [],

2. die Gewähr gegeben erscheint, dass der Arbeitgeber die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält,

3. keine wichtigen Gründe in der Person des Ausländers vorliegen, wie wiederholte Verstöße infolge Ausübung einer Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung während der letzten zwölf Monate,

4. die Beschäftigung, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat,

5. der Arbeitgeber während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes beschäftigt hat,

6. die Vereinbarung über die beabsichtigte Beschäftigung (§ 2 Abs. 2) nicht aufgrund einer gemäß dem Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl. Nr. 31/1969, unerlaubten Arbeitsvermittlung zustande gekommen ist und der Arbeitgeber dies wusste oder hätte wissen müssen, 6. die Vereinbarung über die beabsichtigte Beschäftigung (Paragraph 2, Absatz 2,) nicht aufgrund einer gemäß dem Arbeitsmarktförderungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 31 aus 1969,, unerlaubten Arbeitsvermittlung zustande gekommen ist und der Arbeitgeber dies wusste oder hätte wissen müssen,

7. der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz seines Betriebes beschäftigen wird, wobei eine Zurverfügungstellung des Ausländers an Dritte unbeschadet des § 6 Abs. 2 nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb gilt, 7. der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz seines Betriebes beschäftigen wird, wobei eine Zurverfügungstellung des Ausländers an Dritte unbeschadet des Paragraph 6, Absatz 2, nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb gilt,

8. die Erklärung über die Verständigung des Betriebsrates oder der Personalvertretung von der beabsichtigten Einstellung des Ausländers vorliegt und

9. der Arbeitgeber nicht hinsichtlich des antragsgegenständlichen oder eines vergleichbaren Arbeitsplatzes innerhalb von sechs Monaten vor oder im Zuge der Antragstellung

a) einen Arbeitnehmer, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, gekündigt hat oder

b) die Einstellung eines für den konkreten Arbeitsplatz geeigneten Arbeitnehmers, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, abgelehnt hat,

es sei denn, er macht glaubhaft, dass die Kündigung oder die Ablehnung der Einstellung nicht aufgrund des Alters des Arbeitnehmers erfolgt ist.

Gemäß § 4b Abs 1 AuslBG lässt die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zu, wenn für die vom beantragten Ausländer zu besetzende offene Stelle weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben. Unter den verfügbaren Ausländern sind jene mit

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

Gemäß § 12b Ziffer 1 AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens 50 vH 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 und sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. Gemäß Paragraph 12 b, Ziffer 1 AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens 50 vH 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 und sinngemäß die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, mit Ausnahme der Ziffer eins, erfüllt sind.

Anlage C: – Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1 AuslBG
Anlage C: – Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG

Qualifikation (maximal anrechenbare Punkte: 30)

* abgeschlossene Berufsausbildung oder spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung: 20

* allgemeine Universitätsreife im Sinne des § 64 Absatz 1 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120: 25
allgemeine Universitätsreife im Sinne des Paragraph 64, Absatz 1 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: 10)

* Berufserfahrung (pro Jahr): 2

* Berufserfahrung in Österreich (pro Jahr): 4

Sprachkenntnisse (maximal anrechenbare Punkte: 15)

* Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau oder Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung:

10

* Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung oder Englischkenntnisse zur vertieften selbständigen Sprachverwendung: 15

Alter (maximal anrechenbare Punkte: 20)

* bis 30 Jahre 20

* bis 40 Jahre 15

Summe der maximal anrechenbare Punkte: 75

Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen: 15

Erforderliche Mindestpunkteanzahl: 50

3.2.2. Judikatur

Zur Punktevergabe und Mindestentlohnung:

[] Nach dem Gesagten hat dem Sinn des Gesetzes nach keine faktische Erhebung (Prüfung) der tatsächlichen Sprachkenntnisse eines Antragstellers zu erfolgen, sondern dem Antragsteller obliegt es, durch Vorlage eines anerkannten Sprachzertifikates im Sinne des GER behauptete Sprachkenntnisse zu belegen, um anrechenbare Punkte nach dem Kriterium "Sprachkenntnisse" erlangen zu können. (VwGH 31.05.2012, 2012/09/0025)

Die in § 12b Z. 1 AuslBG unter anderem enthaltenen Tatbestandselemente "Mindestpunktezah" und "Mindestbruttoentgelt" müssen kumulativ erfüllt sein und sind zwingende Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft. Ein Ermessen ist hier nicht gegeben. Liegt daher eine Minderentlohnung vor, ist der Antragsteller schon aus diesem Grund nicht als Schlüsselkraft zuzulassen. Bei diesem Ergebnis braucht auf Ausführungen zum Tatbestandselement "Mindestpunktezah" nicht mehr eingegangen zu werden. (VwGH 26.01.2013, 2011/09/0207) Die in Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG unter anderem enthaltenen Tatbestandselemente "Mindestpunktezah" und "Mindestbruttoentgelt" müssen kumulativ erfüllt sein und sind zwingende Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft. Ein Ermessen ist hier nicht gegeben. Liegt daher eine Minderentlohnung vor, ist der Antragsteller schon aus diesem Grund nicht als Schlüsselkraft zuzulassen. Bei diesem Ergebnis braucht auf Ausführungen zum Tatbestandselement "Mindestpunktezah" nicht mehr eingegangen zu werden. (VwGH 26.01.2013, 2011/09/0207)

Zur Arbeitsmarktprüfung:

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).

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

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

3.2.3. Der Zweitbeschwerdeführer erfüllt die Voraussetzung der Mindestpunkteanzahl

Der Zweitbeschwerdeführer hat folgende Unterlagen vorgelegt: Ein ÖSD-Diplom A2 aus dem Antragsjahr 2016 und Nachweise über den Abschluss der Maschinenberufsschule, seiner Qualifikation als Baggerfahrer sowie seiner Berufstätigkeit im Ausland.

Das vorgelegte Sprachdiplom "ÖSD" ist als anerkanntes Sprachzertifikat für die Sprache Deutsch anzusehen. Der Beschwerdeführer hat die Prüfung für A2 Grundstufe Deutsch 2 im Jahr 2016 mit der Gesamtbeurteilung "gut" bestanden. Daher sind 15 Punkte für Sprachkenntnisse zuzuerkennen.

Dem Zweitbeschwerdeführer sind daher insgesamt 50 Punkte zuzuerkennen: 20 Punkte für seine Qualifikation (Abschluss der Maschinenberufsschule - Automechaniker), 15 Punkte für Sprachkenntnisse (Prüfung für A2 Grundstufe Deutsch 2 im Jahr 2016) und 15 Punkte für sein Alter im Zeitpunkt der Antragstellung (35 Jahre). Da er daher die Mindestpunkteanzahl der Anlage C von 50 Punkten erreicht, ist auf die Frage der ausbildungsadäquaten Berufserfahrung nicht mehr einzugehen.

3.2.4. Der Zweitbeschwerdeführer erfüllt die Voraussetzung des Mindestbruttoentgelts nicht

Die in Aussicht genommene Entlohnung des im Antragszeitpunkt 35-jährigen Zweitbeschwerdeführers in der Höhe von EUR 3.300,-- erfüllt grundsätzlich die Voraussetzung des Mindestentgelts in § 12b Ziffer 1 AuslBG (Bemessungsgrundlage 2017: EUR 4.980, davon 60% = EUR 2.988,--). Die in Aussicht genommene Entlohnung des im Antragszeitpunkt 35-jährigen Zweitbeschwerdeführers in der Höhe von EUR 3.300,-- erfüllt grundsätzlich die Voraussetzung des Mindestentgelts in Paragraph 12 b, Ziffer 1 AuslBG (Bemessungsgrundlage 2017: EUR 4.980, davon 60% = EUR 2.988,--).

Allerdings ist im Beschwerdefall zu beachten, dass, die Entlohnung für eine allfälligen Ersatzkraft nicht der bekannt gegebenen Entlohnung des Zweibeschwerdeführers entspricht.

Da der Zweitbeschwerdeführer wie unter 3.2.3. ausgeführt die Mindestpunkteanzahl erfüllt und aufgrund der Arbeitgebererklärung auch eine Überschreitung der Mindestbruttoentlohnung angenommen wurde, hat das AMS hat eine Arbeitsmarktprüfung durchgeführt.

Im Rahmen der Arbeitsmarktprüfung hat das AMS ein Ersatzkraftverfahren durchgeführt, bei dem keine Ersatzkraft vermittelt werden konnte. Allerdings wurde nur bei einer Person das Anforderungsprofil inklusive des Führerscheins C 95 zugrunde gelegt. Die Notwendigkeit des Führerscheins C 95 für Überstellungsfahren findet nach Ansicht des Senats in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung, da die Erstbeschwerdeführerin die Fahrzeuge auf mehreren Baustellen im Einsatz hat und daher eine Überstellung zur Reparatur notwendig werden können. Daher war im Ersatzkraftverfahren das Anforderungsprofil wie vom Unternehmen angegeben zu Grunde zu legen war und daher eine Ablehnung der anderen Bewerber mangels geforderter Qualifikation des Führerscheins C 95 durch das Unternehmen zulässig.

Allerdings weicht das der Ersatzkraft angebotene monatliche Bruttoentgelt in der Höhe des Kollektivvertrags (im Vermittlungsauftrag im Jahre 2016 mit EUR 2.015,12 angegeben) deutlich von dem monatlichen Bruttoentgelt für den Zweitbeschwerdeführer laut Arbeitgebererklärung in der Höhe von EUR 3.300,-- ab.

Vor dem Hintergrund des in § 12b Ziffer 1 AuslBG vorgeschriebenen Mindestentgelts, ist davon auszugehen, dass die Entlohnung einer sonstigen Schlüsselkraft bzw. einer Ersatzkraft in derselben Höhe erfolgen muss. Da beide das vom Unternehmen angegebene Anforderungsprofil erfüllen müssen, wäre auch keine sachliche Differenzierung ersichtlich. Darüber hinaus, würde die höhere Entlohnung der sonstigen Schlüsselkraft sonst im Verdacht stehen, ausschließlich zur Erfüllung des vorgeschriebenen Mindestentgelts zugesagt zu werden. Vor dem Hintergrund des in Paragraph 12 b, Ziffer 1 AuslBG vorgeschriebenen Mindestentgelts, ist davon auszugehen, dass die Entlohnung einer sonstigen Schlüsselkraft bzw. einer Ersatzkraft in derselben Höhe erfolgen muss. Da beide das vom Unternehmen angegebene Anforderungsprofil erfüllen müssen, wäre auch keine sachliche Differenzierung ersichtlich. Darüber hinaus, würde die höhere Entlohnung der sonstigen Schlüsselkraft sonst im Verdacht stehen, ausschließlich zur Erfüllung des vorgeschriebenen Mindestentgelts zugesagt zu werden.

Für die Ersatzkraft und den Zweitbeschwerdeführer gelten daher dieselben Bedingungen für die angebotene Beschäftigung. Das Ersatzkraftverfahren wurde vom AMS unter Zugrundelegung des von der Erstbeschwerdeführerin im Vermittlungsauftrag angegebenen Monatsbruttolohns durchgeführt. In der Verhandlung wurde bestätigt, dass eine Ersatzkraft nur kollektivvertraglich bezahlt würde. Da zu den angebotenen Bedingungen (inklusive im Vermittlungsauftrag angegebenen Monatsbruttolohn) keine Ersatzkraft gefunden werden konnte, ließe die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (Arbeitsmarktprüfung) die Beschäftigung des Zweitbeschwerdeführers grundsätzlich zu (§ 4 Absatz 1 AuslBG). Allerdings kann der Zweitbeschwerdeführer nicht als sonstige Schlüsselkraft zugelassen

werden, weil das erforderliche Mindestbruttoentgelt – unter Zugrundelegung des im Vermittlungsauftrags angebotenen kollektivvertraglichen Entgelts – nicht erfüllt ist (§ 12b Ziffer 1 AuslBG). Für die Ersatzkraft und den Zweitbeschwerdeführer gelten daher dieselben Bedingungen für die angebotene Beschäftigung. Das Ersatzkraftverfahren wurde vom AMS unter Zugrundelegung des von der Erstbeschwerdeführerin im Vermittlungsauftrag angegebenen Monatsbruttolohns durchgeführt. In der Verhandlung wurde bestätigt, dass eine Ersatzkraft nur kollektivvertraglich bezahlt würde. Da zu den angebotenen Bedingungen (inklusive im Vermittlungsauftrag angegebenen Monatsbruttolohn) keine Ersatzkraft gefunden werden konnte, ließe die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (Arbeitsmarktprüfung) die Beschäftigung des Zweitbeschwerdeführers grundsätzlich zu (Paragraph 4, Absatz 1 AuslBG). Allerdings kann der Zweitbeschwerdeführer nicht als sonstige Schlüsselkraft zugelassen werden, weil das erforderliche Mindestbruttoentgelt – unter Zugrundelegung des im Vermittlungsauftrags angebotenen kollektivvertraglichen Entgelts – nicht erfüllt ist (Paragraph 12 b, Ziffer 1 AuslBG).

Die Beschwerden waren daher aus diesem Grund abzuweisen.

3.3. Zu C) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Entgelt, Rot-Weiß-Rot-Karte, Schlüsselkraft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W167.2141100.1.00

Zuletzt aktualisiert am

24.05.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at