

TE Bvwg Beschluss 2017/3/9 L516 2141917-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 09.03.2017

Entscheidungsdatum

09.03.2017

Norm

AuslBG §12b Z1

B-VG Art.133 Abs4

NAG §41 Abs2 Z2

VwGVG §28 Abs3

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. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. NAG § 41 heute
2. NAG § 41 gültig ab 07.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2026
3. NAG § 41 gültig von 01.10.2022 bis 06.08.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
4. NAG § 41 gültig von 24.12.2020 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2020
5. NAG § 41 gültig von 19.10.2017 bis 23.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 145/2017
6. NAG § 41 gültig von 01.10.2017 bis 18.10.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2017
7. NAG § 41 gültig von 01.01.2014 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 68/2013

8. NAG § 41 gültig von 01.07.2011 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 38/2011
9. NAG § 41 gültig von 01.01.2010 bis 30.06.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2009
10. NAG § 41 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2009
1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

L516 2141917-1/6E

Beschluss

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Paul NIEDERSCHICK als Vorsitzenden und die fachkundige Laienrichterin Dr. Silvia WEIGL, MAS, und den fachkundigen Laienrichter Mag. Rudolf MOSER als Beisitzer über die Beschwerde des XXXX, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Linz vom 14.10.2016, GZ: XXXX, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Paul NIEDERSCHICK als Vorsitzenden und die fachkundige Laienrichterin Dr. Silvia WEIGL, MAS, und den fachkundigen Laienrichter Mag. Rudolf MOSER als Beisitzer über die Beschwerde des römisch 40, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Linz vom 14.10.2016, GZ: römisch 40, beschlossen:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben, der angefochtene Bescheid wird gemäß § 28 Abs 3 VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit wird zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen. Der Beschwerde wird stattgegeben, der angefochtene Bescheid wird gemäß Paragraph 28, Absatz 3, VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit wird zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen.

B)

Die Revision ist nicht zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang römisch eins. Verfahrensgang

1. Der Beschwerdeführer, geb XXXX.1989, Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina, stellte am 30.08.2016 beim Magistrat Linz für sich einen Erstantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "Rot-Weiß-Rot-Karte" gem § 41 Abs 2 Z 2 NAG (sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG) für die berufliche Tätigkeit als Koch bei der beabsichtigten Arbeitgeberin XXXX[S H] (Firmenwortlaut: XXXX [M e. U.] [in der Folge: Arbeitgeberin]. In der Folge ersuchte das Magistrat Linz das Arbeitsmarktservice [AMS] um eine schriftliche Mitteilung gem § 20d Abs 1 Z 3 AuslBG. 1. Der Beschwerdeführer, geb römisch 40 .1989, Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina, stellte am 30.08.2016 beim Magistrat Linz für sich einen Erstantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "Rot-Weiß-Rot-Karte" gem Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer 2, NAG (sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG) für die berufliche Tätigkeit als Koch bei der beabsichtigten Arbeitgeberin XXXX[S H] (Firmenwortlaut: XXXX [M e. U.] [in der Folge: Arbeitgeberin]. In der Folge ersuchte das Magistrat Linz das Arbeitsmarktservice [AMS] um eine schriftliche Mitteilung gem Paragraph 20 d, Absatz eins, Ziffer 3, AuslBG.

1.1. Das AMS informierte die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 14.09.2016 davon, dass diese laut Arbeitgebererklärung einen Koch mit besonderen Fähigkeiten beantrage, die tatsächliche Tätigkeit mit "Zubereitung von unterschiedlichen Burek Arten" beschrieben worden sei, was jedoch dem Tätigkeitsprofil eines Konditors entspreche. Ein Vermittlungsauftrag für einen Konditor sei bereits von der Arbeitgeberin in Auftrag gegeben worden. Zu dessen Weiterbearbeitung werde um die Kopie der Speisekarte sowie eine "Schriftliche Begründung für die Stellenausschreibung als KONDITOR (20 Wochenstunden, monatliche Bruttoentlohnung 710,- Euro) jedoch Beantragung einer Rot-Weiß-Rot Karte/Sonstige Schlüsselkraft als KOCH (40 Wochenstunden, monatliche Bruttoentlohnung 2.500, - Euro)" ersucht. Zur Erhebung von Einwendungen und Vorlage der Unterlagen erhielt die Arbeitgeberin eine Frist bis zum 22.09.2016.

1.2. Das AMS informierte die Arbeitgeberin mit weiterem Schreiben vom 14.09.2016 über die erforderliche Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens.

1.3. Die Arbeitgeberin sprach am 20.09.2016 persönlich beim AMS vor, brachte die vom AMS geforderte Speisekarte in Vorlage und bestätigte die berufliche Tätigkeit "Koch". Gleichzeitig gab sie bekannt, noch eine Bestätigung für die Ordnungsgemäßheit der eingebrachten Unterlagen (Lehre Koch) und eine Nachweis für die Berufserfahrung als Koch nachzureichen. Darum wurde die Arbeitgeberin vom AMS auch noch am selben Tag in schriftlicher Form ersucht und die Arbeitgeberin übermittelte dem AMS per E-Mail am 21.09.2016 eine Tätigkeitsbeschreibung des vormaligen bosnischen Arbeitgebers sowie eine Bestätigung der Regierung des Distrikts XXXX über den Berufsschulabschluss des Beschwerdeführers. Gleichzeitig ersuchte die Arbeitgeberin das AMS, ihr bekannt zu geben, ob es passe.1.3. Die Arbeitgeberin sprach am 20.09.2016 persönlich beim AMS vor, brachte die vom AMS geforderte Speisekarte in Vorlage und bestätigte die berufliche Tätigkeit "Koch". Gleichzeitig gab sie bekannt, noch eine Bestätigung für die Ordnungsgemäßheit der eingebrachten Unterlagen (Lehre Koch) und eine Nachweis für die Berufserfahrung als Koch nachzureichen. Darum wurde die Arbeitgeberin vom AMS auch noch am selben Tag in schriftlicher Form ersucht und die Arbeitgeberin übermittelte dem AMS per E-Mail am 21.09.2016 eine Tätigkeitsbeschreibung des vormaligen bosnischen Arbeitgebers sowie eine Bestätigung der Regierung des Distrikts römisch 40 über den Berufsschulabschluss des Beschwerdeführers. Gleichzeitig ersuchte die Arbeitgeberin das AMS, ihr bekannt zu geben, ob es passe.

1.4. Der Regionalbeirat beim AMS beurteilte in einer Sitzung das Verfahren zur Erteilung einer Rot-Weiß-Rot Karte/sonstige Schlüsselkraft für den Beschwerdeführer negativ.

2. Das AMS wies mit gegenständlich angefochtenem Bescheid vom 14.10.2016 den Antrag des Beschwerdeführers auf dessen Zulassung als Schlüsselkraft gem § 12b Z 1 AuslBG im Unternehmen der Arbeitgeberin nach Anhörung des Regionalbeirates ab und führte zur Begründung in dieser Entscheidung aus, dass die vorgelegte Bestätigung der Berufserfahrung in der "XXXX" von 01.01.2009 bis 31.12.2015 im Zuge der Punktevergabe nicht zu berücksichtigen seien, da die Tätigkeitsbeschreibung der eines Bäckers/Konditors entspreche. Es seien daher nur 20 Punkte für die Qualifikation, 4 für eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung sowie 20 für das Alter und damit insgesamt nur 44 von 50 erforderlichen Punkten zu vergeben gewesen.2. Das AMS wies mit gegenständlich angefochtenem Bescheid vom 14.10.2016 den Antrag des Beschwerdeführers auf dessen Zulassung als Schlüsselkraft gem Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG im Unternehmen der Arbeitgeberin nach Anhörung des Regionalbeirates ab und führte zur Begründung in dieser Entscheidung aus, dass die vorgelegte Bestätigung der Berufserfahrung in der "XXXX" von 01.01.2009 bis 31.12.2015 im Zuge der Punktevergabe nicht zu berücksichtigen seien, da die Tätigkeitsbeschreibung der eines Bäckers/Konditors entspreche. Es seien daher nur 20 Punkte für die Qualifikation, 4 für eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung sowie 20 für das Alter und damit insgesamt nur 44 von 50 erforderlichen Punkten zu vergeben gewesen.

3. Der Beschwerdeführer hat gegen den ihm am 14.11.2016 zugestellten Bescheid des AMS am 07.12.2016 Beschwerde erhoben und diesen im gesamten Umfang angefochten. Dazu wurde zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beschwerdeführer in Bosnien und Herzegowina von 01.01.2009 bis 31.12.2015 Berufserfahrung entsprechend seiner Qualifikation als Koch und nicht als Bäcker/Konditor, wie dies vom AMS angenommen worden sei, erworben habe. Die ausbildungsadäquate Berufserfahrung sei daher zur Gänze anzurechnen. Zur Ergänzung lege er seiner Beschwerde auch noch ein Diplom zum Nachweis seiner Deutschkenntnisse auf dem Niveau A1 bei. Mit der Beschwerde wurden auch Fotos jenes Lokals, in dem der Beschwerdeführer damals gearbeitet hat, und dessen Speisekarte beigelegt.

4. Das AMS legte die gegenständliche Beschwerde samt Verwaltungsverfahrensakts des AMS vor und gab gleichzeitig eine Stellungnahme ab. Darin wurde ausgeführt, dass die Tätigkeitsbeschreibung der eines Bäckers/Konditors entsprochen habe und nicht zu berücksichtigen gewesen seien. Unabhängig davon, ob in jenem Restaurant auch andere Speisen angeboten werden, laute die in der Arbeitsbescheinigung beschriebene Tätigkeit auf Zubereitung des Teiges für bosnische Pita, Pita Füllung-Zubereitung, Vorbereitung am Arbeitsplatz, Vorbereitung der Backöfen, Zubereitung des Yufka-Teiges, Empfang der Bestellungen, Servieren und Verpackung, was keine ausbildungsadäquaten Tätigkeiten für einen Koch mit abgeschlossener Berufsausbildung sondern Tätigkeiten eines Bäckers/Konditors oder allenfalls angelernte Tätigkeiten seien. Das mit der Beschwerde vorgelegte Sprachdiplom A1 stamme von keinem international anerkannten Sprachinstitut. Am 14.09.2016 sei die Arbeitgeberin aufgefordert worden, eine

entsprechende offene Stelle zu melden und jenes Schreiben sei unbeantwortet geblieben, weshalb keine Ersatzkraftprüfung erfolgt sei. Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes lasse daher die Zulassung als sonstige Schlüsselkraft auch nicht zu.

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

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1. Der Beschwerdeführer

- -Strichaufzählung
hat für die beabsichtigte Beschäftigung als Koch bei der Arbeitgeberin mit dieser ein monatliches Gesamt-Bruttoentgelt in Höhe von 2.500,00 Euro vereinbart;
- -Strichaufzählung
hat im Schuljahr 2005/2006 in Bosnien und Herzegowina die Ausbildung zum Erwerb der Berufsbezeichnung – Koch, III Ausbildungsstufe – abgeschlossen und am 15.06.2006 sein Diplom erhalten; hat im Schuljahr 2005 aus 2006, in Bosnien und Herzegowina die Ausbildung zum Erwerb der Berufsbezeichnung – Koch, römisch drei Ausbildungsstufe – abgeschlossen und am 15.06.2006 sein Diplom erhalten;
- -Strichaufzählung
hat in XXXX in Bosnien Herzegowina vom 01.07.2006 bis 31.12.2008 im Lokal "XXXX" gearbeitet, wobei die Tätigkeit wie folgt beschrieben wurde: Essensvorbereitung, Grill, gekochte Essen, Essensbestellungen;
- -Strichaufzählung
hat in XXXX in Bosnien Herzegowina vom 01.01.2009 bis 31.12.2015 im Lokal "XXXX" gearbeitet, wobei die Tätigkeit wie folgt beschrieben wurde: Zubereitung des Teiges für bosnische Pita, Pita Füllung-Zubereitung, Vorbereitungen am Arbeitsplatz, Vorbereitung der Backöfen, Zubereitung des Yufka-Teiges, Empfang der Bestellungen, Servieren und Verpacken; hat in römisch 40 in Bosnien Herzegowina vom 01.01.2009 bis 31.12.2015 im Lokal "XXXX" gearbeitet, wobei die Tätigkeit wie folgt beschrieben wurde: Zubereitung des Teiges für bosnische Pita, Pita Füllung-Zubereitung, Vorbereitungen am Arbeitsplatz, Vorbereitung der Backöfen, Zubereitung des Yufka-Teiges, Empfang der Bestellungen, Servieren und Verpacken;
- -Strichaufzählung
hat mit der Beschwerde ein Diplom des in Sarajevo ansässigen Sprachinstituts "Poliglot" vorgelegt, wonach er die Prüfung für das Niveau A1.2 bestanden hat;
- -Strichaufzählung
war zum Antragszeitpunkt im Alter von 27 Jahren und 7 Monaten.

1.2. Das AMS informierte die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 14.09.2016 über die erforderliche Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens. Die Arbeitgeberin hat daraufhin am 20.09.2016 persönlich beim AMS vorgesprochen und dabei wurde die "berufliche Tätigkeit "Koch" bestätigt". Zuvor hatte sie bereits im Zuge der Antragstellung des Beschwerdeführers mit ihrer Arbeitgebererklärung eine Vermittlung von Ersatzkräften ausdrücklich erwünscht. In weiterer Folge hat das AMS jedoch vor der angefochtenen Entscheidung kein Ersatzkraftverfahren durchgeführt.

2. Beweiswürdigung

Die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen

2.1. Der Sachverhalt zum Beschwerdeführer ergibt sich aus dem Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsverfahrensaktes des AMS zum gegenständlichen Verfahren, welcher unter anderem die vom Beschwerdeführer bzw für diesen vorgelegten Unterlagen und Nachweise beinhalten.

2.2. Die Feststellung, dass das AMS kein Ersatzkraftverfahren durchgeführt hat, beruht auf den eigenen Angaben des AMS in der mit der Beschwerdevorlage abgegebenen Stellungnahme vom 12.12.2016. Soweit dazu vom AMS ausgeführt wurde, dass die Arbeitgeberin am 14.09.2016 aufgefordert worden sei, eine entsprechende offene Stelle zu melden und keine Ersatzkraftprüfung erfolgt sei, da jenes Schreiben unbeantwortet geblieben sei, ist darauf zu verweisen, dass die Beschwerdeführerin laut Texteintrag des AMS vom 20.09.2016 persönlich beim AMS vorgesprochen hat und die "berufliche Tätigkeit "Koch" bestätigt" hat, was aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichtes

nur so zu verstehen ist, dass die Arbeitgeberin damit eine entsprechende offene Stelle gemeldet hat. Zuvor hatte sie bereits im Zuge der Antragstellung mit ihrer Arbeitgebererklärung eine Vermittlung von Ersatzkräften ausdrücklich erwünscht.

3. Rechtliche Beurteilung

Zu A)

Behebung des bekämpften Bescheides und Zurückverweisung der Angelegenheit gemäß § 28 Abs 3 VwGVG zur Erlassung eines neuen Bescheides an das AMS
Behebung des bekämpften Bescheides und Zurückverweisung der Angelegenheit gemäß Paragraph 28, Absatz 3, VwGVG zur Erlassung eines neuen Bescheides an das AMS

Bestimmungen des VwGVG

3.1. Gemäß § 28 Abs 3 VwGVG hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 Z 1 B-VG wenn die Voraussetzungen des Abs 2 nicht vorliegen, in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.
3.1. Gemäß Paragraph 28, Absatz 3, VwGVG hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG wenn die Voraussetzungen des Absatz 2, nicht vorliegen, in der Sache selbst zu entscheiden, wenn die Behörde dem nicht bei der Vorlage der Beschwerde unter Bedachtnahme auf die wesentliche Vereinfachung oder Beschleunigung des Verfahrens widerspricht. Hat die Behörde notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen, so kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen. Die Behörde ist hiebei an die rechtliche Beurteilung gebunden, von welcher das Verwaltungsgericht bei seinem Beschluss ausgegangen ist.

3.2. Zu § 28 Abs 3 VwGVG hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass die Verwaltungsgerichte grundsätzlich meritorisch zu entscheiden haben, eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen jedoch insbesondere dann in Betracht kommen wird, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts (vgl § 37 AVG) lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (VwGH 26.06.2014, Ro 2014/03/0063).
3.2. Zu Paragraph 28, Absatz 3, VwGVG hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass die Verwaltungsgerichte grundsätzlich meritorisch zu entscheiden haben, eine Zurückverweisung der Sache an die Verwaltungsbehörde zur Durchführung notwendiger Ermittlungen jedoch insbesondere dann in Betracht kommen wird, wenn die Verwaltungsbehörde jegliche erforderliche Ermittlungstätigkeit unterlassen hat, wenn sie zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts vergleiche Paragraph 37, AVG) lediglich völlig ungeeignete Ermittlungsschritte gesetzt oder bloß ansatzweise ermittelt hat. Gleiches gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte annehmen lassen, dass die Verwaltungsbehörde (etwa schwierige) Ermittlungen unterließ, damit diese dann durch das Verwaltungsgericht vorgenommen werden (VwGH 26.06.2014, Ro 2014/03/0063).

Bestimmungen des AuslBG

3.3. Gemäß § 12b Z 1 AuslBG werden Ausländer 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 2. ein Diplomstudium zumindest ab dem zweiten Studienabschnitt bzw. ein Masterstudium 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, 3.3. Gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG werden Ausländer 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 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 Masterstudium 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 § 4 Abs 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. Bei Studienabsolventen gemäß Z 2 entfällt die Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall. und sinngemäß die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, mit Ausnahme der Ziffer eins, erfüllt sind. Bei Studienabsolventen gemäß Ziffer 2, entfällt die Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall.

3.4. Die Anlage C, auf die § 12b Z 1 AuslBG Bezug nimmt, lautet: 3.4. Die Anlage C, auf die Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG Bezug nimmt, lautet:

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

Die Tabelle kann nicht abgebildet werden.

3.5. Gem § 4 Abs 1 AuslBG ist einem Arbeitgeber auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen Ausländer zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen und "1. oder [] 9. [...]" 3.5. Gem Paragraph 4, Absatz eins, AuslBG ist einem Arbeitgeber auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen Ausländer zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen und "1. oder [] 9. [...]"

Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs 3 ASVG Höchstbeitragsgrundlage gemäß Paragraph 108, Absatz 3, ASVG

3.6. Die tägliche Höchstbeitragsgrundlage beträgt für das Jahr 2016 nach Art 1 § 1 der Verordnung BGBl II Nr 417/2015 162,00 Euro und die monatliche Höchstbeitragsgrundlage beträgt sohin gemäß § 45 Abs 1 ASVG 4.860,00 Euro. Für das Jahr 2017 beträgt die tägliche Höchstbeitragsgrundlage Art 1 § 1 der Verordnung BGBl II Nr 391/2016 166,00 Euro und die monatliche 4.980,00 Euro. Im Jahr 2016 entsprechen 50 % der Höchstbeitragsgrundlage gem § 108 Abs 3 ASVG 2.430,00 Euro, und im Jahr 2017 2.490,00 Euro. 3.6. Die tägliche Höchstbeitragsgrundlage beträgt für das Jahr 2016 nach Artikel eins, Paragraph eins, der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 417 aus 2015, 162,00 Euro und die monatliche Höchstbeitragsgrundlage beträgt sohin gemäß Paragraph 45, Absatz eins, ASVG 4.860,00 Euro. Für das Jahr 2017 beträgt die tägliche Höchstbeitragsgrundlage Artikel eins, Paragraph eins, der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 391 aus 2016, 166,00 Euro und die monatliche 4.980,00 Euro. Im Jahr 2016 entsprechen 50 % der Höchstbeitragsgrundlage gem Paragraph 108, Absatz 3, ASVG 2.430,00 Euro, und im Jahr 2017 2.490,00 Euro.

3.7. Zum gegenständlichen Verfahren

3.7.1. Die Beschwerde wird damit begründet, dass die vom AMS nicht berücksichtigte Zeiten zur Gänze als ausbildungsadäquat Berufserfahrung anzurechnen gewesen wären. Das AMS rechnete dem Beschwerdeführer fallbezogen 20 Punkte für die Qualifikation, 4 für eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung aufgrund der Tätigkeit vom 01.07.2006 bis 31.12.2008 im Lokal "XXXX" sowie 20 für das Alter an und gelangte damit zu einer Gesamtzahl von lediglich 44 Punkten. Das AMS wertete hingegen die Tätigkeit des Beschwerdeführers in XXXX in Bosnien Herzegowina vom 01.01.2009 bis 31.12.2015 im Lokal "XXXX" nicht als anrechenbare ausbildungsadäquate Berufserfahrung und begründete dies damit, dass die in der Arbeitsbescheinigung beschriebene Tätigkeit auf Zubereitung des Teiges für bosnische Pita, Pita Füllung-Zubereitung, Vorbereitung am Arbeitsplatz, Vorbereitung der Backöfen, Zubereitung des

Yufka-Teiges, Empfang der Bestellungen, Servieren und Verpackung laute, was keine ausbildungsadäquaten Tätigkeiten für einen Koch mit abgeschlossener Berufsausbildung sondern Tätigkeiten eines Bäckers/Konditors oder allenfalls angelernte Tätigkeiten seien. 3.7.1. Die Beschwerde wird damit begründet, dass die vom AMS nicht berücksichtigte Zeiten zur Gänze als ausbildungsadäquat Berufserfahrung anzurechnen gewesen wären. Das AMS rechnete dem Beschwerdeführer fallbezogen 20 Punkte für die Qualifikation, 4 für eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung aufgrund der Tätigkeit vom 01.07.2006 bis 31.12.2008 im Lokal "XXXX" sowie 20 für das Alter an und gelangte damit zu einer Gesamtzahl von lediglich 44 Punkten. Das AMS wertete hingegen die Tätigkeit des Beschwerdeführers in römisch 40 in Bosnien Herzegowina vom 01.01.2009 bis 31.12.2015 im Lokal "XXXX" nicht als anrechenbare ausbildungsadäquate Berufserfahrung und begründete dies damit, dass die in der Arbeitsbescheinigung beschriebene Tätigkeit auf Zubereitung des Teiges für bosnische Pita, Pita Füllung-Zubereitung, Vorbereitung am Arbeitsplatz, Vorbereitung der Backöfen, Zubereitung des Yufka-Teiges, Empfang der Bestellungen, Servieren und Verpackung laute, was keine ausbildungsadäquaten Tätigkeiten für einen Koch mit abgeschlossener Berufsausbildung sondern Tätigkeiten eines Bäckers/Konditors oder allenfalls angelernte Tätigkeiten seien.

3.7.2. Gemäß § 3 der österreichischen Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, über die Berufsausbildung im Lehrberuf Koch (Koch-Ausbildungsverordnung) idF BGBl. II Nr. 177/2005, sollen die ausgebildeten Lehrlinge durch die Berufsausbildung im Lehrbetrieb und in der Berufsschule befähigt werden, die nachfolgenden Tätigkeiten fachgerecht, selbständig und eigenverantwortlich auszuführen: 3.7.2. Gemäß Paragraph 3, der österreichischen Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten, über die Berufsausbildung im Lehrberuf Koch (Koch-Ausbildungsverordnung) in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 177 aus 2005,, sollen die ausgebildeten Lehrlinge durch die Berufsausbildung im Lehrbetrieb und in der Berufsschule befähigt werden, die nachfolgenden Tätigkeiten fachgerecht, selbständig und eigenverantwortlich auszuführen:

1. Mitwirken bei der Kostenermittlung,
2. Mitwirken bei der Zusammenstellung der Speisekarte und von Speisenfolgen,
3. Mitwirken bei der Bestellung, der Annahme, Überprüfung, Lagerung, und Konservierung von Waren,
4. Vor- und Zubereiten der folgenden Produkte und Speisen unter Berücksichtigung regionaler, nationaler und internationaler Gebräuche:
 - a) Salate, Obst, Gemüse, Pilze, Kartoffeln, Hülsenfrüchte und Getreideprodukte;
 - b) Teigwaren, Suppen und Saucen;
 - c) Teige und Massen;
 - d) kalte und warme Vorspeisen;
 - e) Fische;
 - f) Schlachtfleisch, Wurst- und Fleischwaren, Innereien, Wild und Geflügel;
 - g) Käsegerichte und Eierspeisen;
 - h) warme, kalte und gefrorene Süß- und Nachspeisen;
5. Vor- und Zubereiten von Speisen für Buffets, Bankette etc.,
6. Mitwirken beim Arrangieren von Buffets und Banketten, sowie bei der Ausgabe von Speisen,
7. Verarbeiten und Anrichten von vorgefertigten Gerichten,
8. Mitwirken bei der Pflege von Küchengeräten und Ausstattungen.

3.7.3. Ausgehend von der zitierten Koch-Ausbildungsverordnung, wonach unter anderem die Zubereitung von Teigwaren, Teigen und Massen, Wurst- und Fleischwaren, Süß- und Nachspeisen sowie die Mitwirkung bei der Ausgabe von Speisen und bei der Pflege von Küchengeräten und Ausstattung Teile der Ausbildung und des Berufsprofils eines Kochs darstellen, gelangt das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass die vom AMS nicht angerechnete Tätigkeit des Beschwerdeführers entgegen der Annahme des AMS nicht exklusiv Tätigkeiten eines Bäckers/Konditors sind sondern auch zu den Aufgabengebieten eines Kochs gehören und damit fallbezogen die Höchstzahl von 10 Punkten für die ausbildungsadäquate Berufserfahrung zu vergeben ist.

3.7.4. Zu dem vom Beschwerdeführer mit der Beschwerde erstmals vorgelegten Sprachdiplom des in Sarajevo ansässigen Sprachinstituts "Poliglot" ist festzuhalten, dass jene Einrichtung keine zertifizierte Einrichtung ist, es sich bei jenem Diplom um kein international anerkanntes Sprachdiplom handelt und daher dafür keine Punkte anzurechnen sind, worauf vom AMS in der Stellungnahme zur Beschwerdevorlage hingegen berechtigt verwiesen wurde. Würde der Beschwerdeführer diese Sprachprüfung bei einem entsprechend anerkanntem Institut (erneut) ablegen, würden dafür die entsprechenden Punkte zustehen.

3.7.5. Im Ergebnis wird vom Beschwerdeführer zusammen mit den bereits vom AMS zuerkannten 20 Punkten für die Qualifikation und 20 Punkten für das Alter und den nunmehr zuerkannten 10 Punkten für die ausbildungsadäquate Berufsausbildung die erforderliche Mindestpunktzahl von 50 Punkten erreicht.

3.7.6. Des Weiteren beträgt das vereinbarte monatliche Gesamt-Bruttoentgelt in Höhe von 2.500,00 Euro mindestens 50 % der Höchstbeitragsgrundlage gem § 108 Abs 3 ASVG für das Jahr 2017. 3.7.6. Des Weiteren beträgt das vereinbarte monatliche Gesamt-Bruttoentgelt in Höhe von 2.500,00 Euro mindestens 50 % der Höchstbeitragsgrundlage gem Paragraph 108, Absatz 3, ASVG für das Jahr 2017.

3.7.7. Für eine Zulassung als Schlüsselkraft nach § 12b Z 1 AuslBG muss jedoch noch die Voraussetzung des § 4 Abs 1 AuslBG (mit Ausnahme der Z 1 des § 4 Abs 1 AuslBG) gegeben sein (VwGH 04.09.2014, 2013/09/0189). Im vorliegenden Fall wäre daher neben der Prüfung der Zulassungskriterien nach Anlage C zu § 12 Z 1 AuslBG kumulativ auch eine Arbeitsmarktprüfung gemäß § 4 Abs 1 AuslBG vorzunehmen. Da das AMS die Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens unterlassen hat, steht der maßgebliche Sachverhalt nicht fest, sodass eine Entscheidung in der Sache selbst nicht zulässig ist. Die Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens seitens des Bundesverwaltungsgerichts verbietet sich, da das Bundesverwaltungsgericht keine Befugnis zur Arbeitsvermittlung hat und ihm eine solche auch nicht gemäß § 17 VwGVG zukommt. 3.7.7. Für eine Zulassung als Schlüsselkraft nach Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG muss jedoch noch die Voraussetzung des Paragraph 4, Absatz eins, AuslBG (mit Ausnahme der Ziffer eins, des Paragraph 4, Absatz eins, AuslBG) gegeben sein (VwGH 04.09.2014, 2013/09/0189). Im vorliegenden Fall wäre daher neben der Prüfung der Zulassungskriterien nach Anlage C zu Paragraph 12, Ziffer eins, AuslBG kumulativ auch eine Arbeitsmarktprüfung gemäß Paragraph 4, Absatz eins, AuslBG vorzunehmen. Da das AMS die Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens unterlassen hat, steht der maßgebliche Sachverhalt nicht fest, sodass eine Entscheidung in der Sache selbst nicht zulässig ist. Die Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens seitens des Bundesverwaltungsgerichts verbietet sich, da das Bundesverwaltungsgericht keine Befugnis zur Arbeitsvermittlung hat und ihm eine solche auch nicht gemäß Paragraph 17, VwGVG zukommt.

3.7.8. Der angefochtene Bescheid ist daher zu beheben und die Angelegenheit ist zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

3.8. Die Beschwerde war daher abzuweisen.

Entfall der mündlichen Verhandlung

3.9. In seinen Entscheidungen vom 10. Mai 2007, Nr 7.401/04 (Hofbauer/Österreich 2), und vom 3. Mai 2007, Nr 17.912/05 (Bösch/Österreich), hat der EGMR unter Hinweis auf seine frühere Judikatur dargelegt, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich ein Recht auf eine mündliche Verhandlung vor einem Tribunal hat, außer es lägen außergewöhnliche Umstände vor, die eine Ausnahme davon rechtfertigen. Der EGMR hat das Vorliegen solcher außergewöhnlichen Umstände angenommen, wenn das Verfahren ausschließlich rechtliche oder "hoch-technische Fragen" ("exclusively legal or highly technical questions") betrifft, und im Zusammenhang mit Verfahren betreffend "ziemlich technische Angelegenheiten" ("rather technical nature of disputes") auch auf das Bedürfnis der nationalen Behörden nach zweckmäßiger und wirtschaftlicher Vorgangsweise, das angesichts der sonstigen Umstände des Falles zum Absehen von einer mündlichen Verhandlung berechtige, hingewiesen (vgl. auch die Entscheidung des EGMR vom 13. März 2012, Nr. 13.556/07, Efferl/Österreich; ferner etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2013, Zl. 2010/07/0111, mwN) (VwGH 19.03.2014, 2013/09/0159). 3.9. In seinen Entscheidungen vom 10. Mai 2007, Nr 7.401/04 (Hofbauer/Österreich 2), und vom 3. Mai 2007, Nr 17.912/05 (Bösch/Österreich), hat der EGMR unter Hinweis auf seine frühere Judikatur dargelegt, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich ein Recht auf eine mündliche Verhandlung vor einem Tribunal hat, außer es lägen außergewöhnliche Umstände vor, die eine Ausnahme davon rechtfertigen. Der EGMR hat das Vorliegen solcher außergewöhnlichen Umstände angenommen, wenn das Verfahren ausschließlich rechtliche oder "hoch-technische Fragen" ("exclusively legal or highly technical questions") betrifft, und im

Zusammenhang mit Verfahren betreffend "ziemlich technische Angelegenheiten" ("rather technical nature of disputes") auch auf das Bedürfnis der nationalen Behörden nach zweckmäßiger und wirtschaftlicher Vorgangsweise, das angesichts der sonstigen Umstände des Falles zum Absehen von einer mündlichen Verhandlung berechtige, hingewiesen vergleiche auch die Entscheidung des EGMR vom 13. März 2012, Nr. 13.556/07, Efferl/Österreich; ferner etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2013, Zl. 2010/07/0111, mwN) (VwGH 19.03.2014, 2013/09/0159).

3.9.1. Im vorliegenden Fall wurde keine mündliche Verhandlung beantragt. Ebenso ist der entscheidungswesentliche Sachverhalt im festgestellten Umfang unbestritten und geklärt. In der vorliegenden Beschwerde wurden keine Rechts- oder Tatfragen von einer solchen Art aufgeworfen, dass deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. Art 6 EMRK steht somit dem Absehen von einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen. 3.9.1. Im vorliegenden Fall wurde keine mündliche Verhandlung beantragt. Ebenso ist der entscheidungswesentliche Sachverhalt im festgestellten Umfang unbestritten und geklärt. In der vorliegenden Beschwerde wurden keine Rechts- oder Tatfragen von einer solchen Art aufgeworfen, dass deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. Artikel 6, EMRK steht somit dem Absehen von einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen.

3.10. Eine mündliche Verhandlung konnte somit gemäß § 24 Abs 4 VwGVG entfallen. 3.10. Eine mündliche Verhandlung konnte somit gemäß Paragraph 24, Absatz 4, VwGVG entfallen.

Zu B)

Revision

3.11. Da die Rechtslage eindeutig ist, ist die Revision nicht zulässig (vgl VwGH 28.05.2014, Ro 2014/07/0053). 3.11. Da die Rechtslage eindeutig ist, ist die Revision nicht zulässig vergleiche VwGH 28.05.2014, Ro 2014/07/0053).

3.12. Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Arbeitsmarktprüfung, Ermittlungspflicht, Ersatzkraft, Kassation,
mangelnde Sachverhaltsfeststellung, Rot-Weiß-Rot Karte,
Schlüsselkraft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:L516.2141917.1.00

Zuletzt aktualisiert am

22.03.2017

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at