jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/1/10 W178 2180566-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.01.2018

Entscheidungsdatum

10.01.2018

Norm

AuslBG §12b
AuslBG §4b
B-VG Art.133 Abs4

Spruch

W178 2180566-1/5E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Drin Maria PARZER als Vorsitzende und die Laienrichter Dr. Peter SCHNÖLLER und Mag. Peter MASKA als Beisitzer über die Beschwerde des Herrn XXXX , vertreten durch RA Dr. Wolfgang Weber gegen den Bescheid des AMS, Wien Esteplatz vom 16.08.2017, Zl. 08114 / GF: 3834492, in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung vom 08.11.2017 zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 1 und Abs 2 VwGVG keine Folge gegeben.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Herr XXXX stellte bei der NAG-Behörde einen Antrag auf Zulassung als sonstige Schlüsselkraft beim Arbeitgeber.

Als Beschäftigung wurde in der Arbeitgebererklärung vom 19.6.2017 angegeben "Geschäftsführung und Lebensmittelsicherheit", mit der genauen Beschreibung "Durchführung der bestehenden Produkte; Entwicklung neuer Produkte, Durchführung der Geschäftsführung und dazugehörende Aufgaben, Erledigung von Personal- und sämtlicher Buchhaltungsarbeiten". Die Vermittlung von Ersatzkräften wurde am Formular verneint. Als Entlohnung waren brutto € 2500,-- angegeben.

Der Arbeitgeber betreibt in der Wilhelminenstraße 18 eine Bäckerei und Kaffeehaus mit 14 Arbeitern. Es wurde eine Begründung für die Zulassung als Schlüsselkraft angeschlossen. Weiters wurden entsprechende Unterlagen

übermittelt.

2. Mit Bescheid des AMS Wien Esteplatz vom 16.8.2017 wurde der Antrag abgewiesen mit der Begründung, dass der Arbeitgeber mit Parteiengehör über die Gesetzeslage betreffend Zuweisung von Ersatzarbeitskräften informiert wurde und eine angemessene Frist zur Stellungnahme gewährt wurde. Der Arbeitgeber habe darin ausgeführt aus welchen Gründen Herr XXXX beschäftigt werden wolle. Auf die eventuelle Zuweisung von Ersatzarbeitskräften sei nicht eingegangen worden. Da er daher die Zuweisung von Ersatzarbeitskräften unverändert ablehne und die Begründung ausschließlich auf individuellen Interessen aufbaue, lägen für die Ablehnung von Ersatzarbeitskräften keine gesetzlich relevanten Gründe vor. Daher sei gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG die Voraussetzungen für die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte nach § 12b Z1 AuslBG nicht gegeben.

3. Mit Schreiben vom 19. Juli 2017 an den Arbeitgeber wurde der in Frage kommende Arbeitgeber darüber informiert, dass eine Rot-Weiß-Rot Karte nach § 12b Z1 AuslBG nur erteilt werden dürfe, wenn die Arbeitsmarktprüfung dies zulasse. Dabei sei festzustellen, ob für die beantragte Tätigkeit adäquat qualifizierte, bevorzugt auf den Arbeitsmarkt zu vermittelnde Personen (Ersatzarbeitskräfte) vorgemerkt seien und gegebenenfalls seien diese auf die zu besetzende Stelle zuzuweisen. Da Herr XXXX in seiner Arbeitgebererklärung die Zuweisung solcher Ersatzarbeitskräften ohne gesetzlich relevanten Grund ablehne und somit eine Prüfung der Arbeitsmarktlage vereitle, lägen nach § 4 Abs. 1 AuslBG nach derzeitiger Aktenlage die Voraussetzungen für die Erteilung der Rot-Weiß-Rot Karte nicht vor. Er wurde zur Stellungnahme dazu aufgefordert.

4. Gegen diesen Bescheid hat Herr XXXX Beschwerde erhoben

Zur Begründung wird vorgebracht, dass sein Dienstgeber einen hochqualifizierten Mitarbeiter benötige. Er habe zwei Universitäten als Lebensmittelingenieur abgeschlossen. Es sei bei verschiedenen Süßigkeitsfabriken über zwei Jahre als Laborant, Technologe, Rezeptgeber und Ingenieur für Qualität beschäftigt gewesen. Er habe über 60 vertrauliche Rezepte für Schokoladen und Torten entwickelt. Er sei schon bisher für den Arbeitgeber tätig, daher seien seine Art zu arbeiten und seine Kenntnisse diesem bekannt; Herr XXXX habe auch durch seine Tätigkeit Umsatzzuwachs zu verzeichnen. Sein Dienstgeber könne durch die Herstellung aserbaidschanischer, türkischer und russischer Süßigkeiten weitere Kunden gewinnen. Aus diesem Grund benötige ihn sein Arbeitgeber. Er sei ein unvergleichlicher und außerordentlicher Mitarbeiter.

5. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 08.11.2017 wurde die Beschwerde abgewiesen.,

Die Besonderheiten des Arbeitsplatzes und damit auch die an die Arbeitskraft gestellten besonderen Anforderungen müssten in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung finden; der Beschwerdeführer sei laut Arbeitsbuch bisher 22 Monate in einem Labor beschäftigt gewesen; es sei nicht ersichtlich, dass er dabei eine leitende Tätigkeit ausgeübt habe.

Es sei auch nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer über Kenntnisse verfüge, die eine Geschäftsführung und die Erledigung von Personal-und sämtlichen Buchhaltungsarbeiten in Österreich ermöglichen würden. Der Beschwerdeführer sei laut der derzeitigen Bewilligung als Verkaufshelfer beschäftigt, eine kaufmännische Ausbildung sei nicht nachgewiesen worden. Allgemein müssten die Besonderheiten des Arbeitsplatzes und damit auch die an die Arbeitskraft gestellten besonderen Anforderungen in den betrieblichen Notwendigkeiten Deckung finden; die Anforderungen müssten auch vom beantragten Arbeitnehmer selbst erfüllt werden. Nicht nachvollziehbar sei, weshalb in einer türkischen Bäckerei, die ein Einzelunternehmen sei und nur einen Standort betreibe, die Beschäftigung eines ausgebildeten Lebensmitteltechnikers erforderlich sei. Im Hinblick darauf lägen sachlich gerechtfertigte Gründe für die Ablehnung eines Ersatzkraftverfahrens, die in den objektiven Notwendigkeiten des Unternehmens Deckung finden, nicht vor; weiters stehe nicht fest dass alle geforderten Qualifikationen auch vom Beschwerdeführer selbst erfüllt würden. Es sei es vielmehr davon auszugehen, dass seitens des XXXX offensichtlich nur an der Einstellung eines bestimmten Ausländers Interesse bestehe.

Herr XXXX hat einen Vorlageantrag an das BVwG eingebracht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Herr Orkhan XXXX , geboren am 01.03.1991, ist aserbeidschanischer Staatsbürger.

Er hat die Universität "Aserbaidschanische Staatliche Wirtschaftsuniversität" im Fach Lebensmittelsicherheit und im Fach Lebensmitteltechnologie abgeschlossen, vgl. Bestätigungen im Akt und auch Anerkennungsschreiben vom 30.05.2017 von ENIC NARIC Austria. Er hat in Aserbeidschan von November 2013 bis September 2015 im Betrieb "Ulduz"-Süßwarenerzeugung gearbeitet.

Er arbeitet seit ca. 2 Jahren (Beschäftigungsbewilligung als Student bis 13.Dez. 2017) als Verkaufshelfer im Betrieb des der in Frage kommende Arbeitgebers, Herrn XXXX .

Herr XXXX betreibt an der Adresse Wilhelminenstraße 18, 1160 Wien, eine Bäckerei und eine Konditorei. Er beschäftigt 14 Arbeiter. Die Gewerbeberechtigung lautet auf Bäcker (Handwerk), eingeschränkt auf die Erzeugung türkischer Backwaren und auf Kaffeehaus.

In der Arbeitgebererklärung vom hat Herr XXXX im Formular angekreuzt, dass er keine Vermittlung von Ersatzarbeitskräften wünsche.

Auf den Hinweis der belangten Behörde, dass die Bereitschaft, eine Ersatzarbeitskraft einzustellen fall sich eine findet, Voraussetzung für die Zuerkennung einer Rot-Weiß-Rot-Karte nach § 12b Z1 AuslBG sei, haben der Arbeitgeber und der Bf nicht reagiert.

Auch in der Beschwerdevorentscheidung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Weigerung am Ersatzarbeitskraftverfahren teilzunehmen, Grund für die Abweisung der Beschwerde sei.

2. Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus dem Akt des AMS, insbesondere dem Antrag an die NAG-Behörde, der Arbeitgebererklärung und dem sonstigen Parteienvorbringen.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A)

3.1 Senatszuständigkeit

Gemäß § 6 des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes (BVwGG), BGBl. I. Nr. 10/2013, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 20f AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 i. entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservices das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und einer aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

Es liegt somit im vorliegenden Fall Senatszuständigkeit vor.

3.2 Gesetzliche Grundlagen

Zu A)

Gemäß § 12b Z1 AuslBG (Ausländerbeschäftigungsgesetz) werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens 50 vH oder, sofern sie das 30. Lebensjahr überschritten haben, mindestens 60 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, 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.

Gemäß § 4 Abs 1 AuslBG ist 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 .

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

Gemäß § 4b AuslBG lässt nach Abs 1 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.

(2) Die Prüfung gemäß Abs. 1 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. 3.3 Wie die belangte Behörde zu Recht anführt, ist der Arbeitgeber nicht bereit, eine Arbeitsmarktprüfung in Zusammenarbeit mit dem AMS vorzunehmen, indem er ein Anforderungsprofil, das in den betrieblichen Notwendigkeiten seine Deckung findet.

Nach dem Gesetzestext (§§ 4 Abs 1 iVm 4b AuslBG) und der Judikatur ist die Bereitschaft zur Prüfung, ob eine Ersatzarbeitskraft am Arbeitsmarkt zu finden ist, eine unverzichtbare Voraussetzung für eine Stattgebung des Antrages nach § 12b Z1 AuslBG.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bezweckt ein Verfahren zur Vermittlung von Ersatzkräften nach § 4b Abs. 1 AuslBG, 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 (vgl. das Erkenntnis vom 24.01.2014, VwGH 2013/09/0070, vom 9. November 2010, Zl. 2007/09/0199, mwN).

Die Prüfung der Arbeitsmarktlage durch die belangte Behörde erübrigt sich nach ständiger Rechtsprechung dann, wenn seitens des Arbeitgebers die Stellung jeder Ersatzkraft von vornherein abgelehnt wird, vgl. Erk-VwGH vom 6. März 1997, Zl. 94/09/0387, mwH, auch VwGH 2013/09/0070, vom 9. November 2010, Zl. 2007/09/0199.

Eine hinreichende Begründung, dass eine Ersatzarbeitskraft nicht gefunden werden könnte, hat der Bf und auch der AG auch in dem Beilage zur Beschwerde "Begründung der Schlüsselkraftzulassung für Herrn XXXX " nicht gegeben Die Tatsache, dass der Bf qualifiziert und zuverlässig ist, schließt nicht aus, dass eine ebensolche Arbeitskraft mit Vorrang auf dem Arbeitsmarkt bei einem Ersatzkraftverfahren gefunden werden könnte.

So wie das Anforderungsprofil in der Arbeitsgebererklärung dargestellt wird, muss auch hinterfragt werden, ob im Betrieb - bei 14 Arbeitern und einer Filiale - tatsächlich – neben dem Inhaber - ein Geschäftsführer betrieblich notwendig ist und auch, ob der Bf für diese Aufgabe qualifiziert wäre (Kenntnisse in österreichischer Personalverrechnung etc. wurden bisher nicht nachgewiesen)

Damit ist schon das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Rot-Weiß-Rot-Karte nach§ 4 Abs 1 AuslBG zu verneinen und der Beschwerde der Erfolg zu versagen, ohne dass das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen nach § 12b Z 1 AuslBG zu prüfen wäre.

Es ist noch darauf hinzuweisen, dass der Bf und der Arbeitgeber zweimal auf die Notwendigkeit des Ersatzkraftverfahrens hingewiesen wurden. (Schreiben vom 19.07.2017, Beschwerdevorentscheidung)

4. Zum Absehen von der mündlichen Verhandlung

Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde nicht beantragt.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG konnte das Gericht zudem von der Verhandlung absehen, weil der maßgebliche Sachverhalt ausreichend ermittelt ist und in der Beschwerde und dem Vorlageantrag nicht bestritten wurde. Die Schriftsätze der

Parteien und die Akten des Verfahrens lassen erkennen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und dem auch Art 6 Abs. 1 EMRK nicht entgegensteht (vgl. die Entscheidung des EGMR vom 2. September 2004, 68.087/01 [Hofbauer/Österreich].

Zu B) Zur 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.

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.

Schlagworte

Arbeitsmarktprüfung, Ersatzkraft, Schlüsselkraft, Voraussetzungen

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W178.2180566.1.00

Zuletzt aktualisiert am

24.01.2018

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at