jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/1/16 L516 2173703-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 16.01.2018

**Entscheidungsdatum**

16.01.2018

**Norm**

AuslBG §12b
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §28 Abs3 Satz2

**Spruch**

L516 2173703-1/6E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Paul NIEDERSCHICK als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Dr. Erhard PRUGGER und Mag. Rudolf MOSER als Beisitzer über die gemeinsame Beschwerde 1.) des XXXX, geb XXXX und 2.) der XXXX, beide vertreten durch Dr. Benno WAGENEDER, Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX vom 04.09.2017, GZ: 08114/ GF:

3873718 ABB-Nr. 3873718, zu Recht erkannt:

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.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

**Text**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang

1. Der Erstbeschwerdeführer, ein am XXXX1995 geborener kosovarischer Staatsangehöriger, stellte am 24.07.2017 bei der Bezirkshauptmannschaft XXXX den dem gegenständlichen Verfahren zugrunde liegenden Zweckänderungsantrag 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 "Koordination und Austausch von Sandwechslung" bzw als "kaufmännischer

Angestellter (Disponent)" bei der Zweitbeschwerdeführerin. Zum Zeitpunkt der Antragstellung verfügte der Erstbeschwerdeführer bereits über einen vom 14.03.2017 bis 30.11.2017 gültigen Aufenthaltstitel "Aufenthaltsbewilligung Studierender".

1.1. Mit dem Antrag brachte der Erstbeschwerdeführer unter anderem eine Arbeitgebererklärung, ein Schreiben der Zweitbeschwerdeführerin vom 21.07.2017 über die mögliche Anstellung, ein Zeugnis über die im Kosovo abgelegte Reifeprüfung, eine Studienzeitbestätigung vom 07.06.2017 über einen am 21.04.2016 an der Universität Graz begonnenen Vorbereitungslehrgang (außerordentliches Studium), eine Bestätigung über einen im Rahmen des Vorstudienlehrganges absolvierten Deutschkurs "Niveaustufe 1 Level 1", welche jedoch nicht die Ergänzungsprüfung für den Nachweis der Kenntnisse der deutschen Sprache gem Universitätsgesetz ersetzt, sowie eine Bestätigung über die Anmeldung des Erstbeschwerdeführers für die Tätigkeit als Hilfsarbeiter im geringfügigen Ausmaß bei der Zweitbeschwerdeführerin vom 14.07.2017 in Vorlage.

2. Die Bezirkshauptmannschaft XXXX ersuchte in der Folge das Arbeitsmarktservice XXXX (AMS) um Mitteilung, ob der Erstbeschwerdeführer sämtliche Kriterien für eine Rot-Weiß-Rot - Karte erfülle.

3. Das AMS veranlasste in der Folge am 16.08.2017 die Anlage und Durchführung eines Ersatzauftrages für die berufliche Tätigkeit "kaufm. Büroangestellter" und mit der Tätigkeitsbeschreibung "Koordination und Bearbeitung der Aufträge" und Außendienst, wobei ein Aufforderungsschreiben an den Dienstgeber zur Beschreibung des Arbeitsplatzes und der erforderlichen Qualifikationen nicht erfolgte.

3.1. Das AMS gab in der Folge dazu am 30.08.2017 und 31.08.2017 eine Stellungnahme ab.

4. Der Regionalbeirat beim AMS beurteilte am 04.09.2017 das Verfahren zur Erteilung einer Rot-Weiß-Rot Karte für den Erstbeschwerdeführer negativ.

5. Das AMS wies mit gegenständlich angefochtenem Bescheid den Antrag des Erstbeschwerdeführers auf Zulassung als Schlüsselkraft gem § 12b Z 1 AuslBG im Unternehmen der Zweitbeschwerdeführerin nach Anhörung des Regionalbeirates ab. Begründet wurde dies damit, dass die Voraussetzungen für die Erteilung mit 45 Punkten (25 für Qualifikation, 20 für Alter) nicht erfüllt seien. Zudem wurde ausgeführt, dass ein positives Gutachten für Hilfstätigkeiten bzw einfache angelernte Tätigkeiten dem System der Schlüsselkraftzulassung widerspreche. Eine Tätigkeit, die im überwiegenden Ausmaß in Hilfsarbeitertätigkeiten oder einfach angelernten Tätigkeiten bestehen solle, wie im konkreten Fall beabsichtigt, sei im Rahmen einer solchen Berechtigung daher nicht möglich. Für die Tätigkeit als kaufm. Büroangestellte/r seien weder Sandaustausch noch sonstige Hilfstätigkeiten erforderlich und diese würden beim Ersatzkraftverfahren keine relevanten Ablehnungsgründe seitens des Dienstgebers darstellen.

6. Die Beschwerdeführer haben gegen diesen Bescheid des AMS die gegenständliche Beschwerde erhoben. Darin wurde unter anderem ausgeführt, dass keine manuelle Tätigkeit erforderlich sei, sondern eine kalkulatorische und organisatorische mit Außendienst. Selbst Hand anlegen müsse man nicht, sondern die Arbeitsvorbereitung durchführen. Auch Bodenverhältnisse müssten bewertet werden.

6.1. Mit der Beschwerde wurde ein Zertifikat über die vom Erstbeschwerdeführer am 21.09.2017 bestandene Deutsch-Prüfung "ÖSD Zertifikat A1" vorgelegt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhaltsfeststellungen

1.1. Der Erstbeschwerdeführer, ein am XXXX1995 geborener kosovarischer Staatsangehöriger, stellte am 24.07.2017 einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "Rot-Weiß-Rot-Karte" gem § 41 Abs 2 Z 2 NAG (sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG). Der Erstbeschwerdeführer verfügte zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits über einen vom 14.03.2017 bis 30.11.2017 gültigen Aufenthaltstitel "Aufenthaltsbewilligung Studierender" und war bei der Zweitbeschwerdeführerin als Hilfsarbeiter im geringfügigen Ausmaß angestellt.

Die zusammen mit dem Antrag mittels ausgefülltem Formular abgegebene Arbeitgebererklärung der Arbeitgeberin bezeichnet die beantragte berufliche Tätigkeit als "Koordination u. Austausch von Sandwechslung" an verschiedenen Beschäftigungsorten und enthält folgende - wörtliche - Beschreibung der Tätigkeit: "Im Vorfeld muss der genaue Standort ermittelt werden, wo dann der Arbeitsablauf stattfindet."

Zusätzlich enthält ein mit dem Antrag vorgelegte Schreiben der Zweitbeschwerdeführerin vom 21.07.2017 folgenden Ausführungen: "Es besteht die Möglichkeit, Herrn XXXX als kaufmännischen Angestellten (Disponenten) mit einem Bruttolohn vom € 2490,-- monatlich zu beschäftigen."

1.2. Der Erstbeschwerdeführer verfügt über die allgemeine Universitätsreife im Sinne des§ 64 Abs 1 UnivG 2002.

1.3. Der Erstbeschwerdeführer hat im Verfahren vor dem AMS eine Bestätigung über einen im Rahmen des Vorstudienlehrganges der Universität Graz absolvierten Deutschkurs "Niveaustufe 1 Level 1", welche jedoch nicht die Ergänzungsprüfung für den Nachweis der Kenntnisse der deutschen Sprache gem Universitätsgesetz ersetzt, vorgelegt.

1.4. Für die beantragte Tätigkeit wurde im Antragszeitpunkt eine monatliche Bruttoentlohnung iHv Euro 2.490,--/40 Wochenstunden vorgesehen.

1.5. Das AMS veranlasste in der Folge die Anlage und Durchführung eines Ersatzauftrages für die berufliche Tätigkeit "kaufm. Büroangestellter" und mit der Tätigkeitsbeschreibung "Koordination und Bearbeitung der Aufträge" und Außendienst, wobei ein Aufforderungsschreiben an den Dienstgeber zur Beschreibung des Arbeitsplatzes und der erforderlichen Qualifikationen nicht erfolgte.

1.6. Laut Stellungnahmen des AMS vom 30.08.2017 und 31.08.2017 sind für diese Stelle zwei Kundinnen in Frage gekommen, welche sich jedoch die Fahrten für den Sandaustausch in die Städte Linz und Salzburg nicht zugetraut hätten. Die Arbeit sei auch körperlich anstrengend und daher für einen Mann passender geeignet.

1.7. Das AMS begründete die Abweisung des Antrages damit, dass die Voraussetzungen für die Erteilung mit 45 Punkten (25 für Qualifikation, 20 für Alter) nicht erfüllt seien. Zudem wurde ausgeführt, dass ein positives Gutachten für Hilfstätigkeiten bzw einfache angelernte Tätigkeiten dem System der Schlüsselkraftzulassung widerspreche. Eine Tätigkeit, die im überwiegenden Ausmaß in Hilfsarbeitertätigkeiten oder einfach angelernten Tätigkeiten bestehen solle, wie im konkreten Fall beabsichtigt, sei im Rahmen einer solchen Berechtigung daher nicht möglich. Für die Tätigkeit als kaufm. Büroangestellte/r seien weder Sandaustausch noch sonstige Hilfstätigkeiten erforderlich und diese würden beim Ersatzkraftverfahren keine relevanten Ablehnungsgründe seitens des Dienstgebers darstellen.

1.8. Mit der Beschwerde gegen den angefochtenen Bescheid wurde ein Zertifikat über die vom Erstbeschwerdeführer am 21.09.2017 bestandene Deutsch-Prüfung "ÖSD Zertifikat A1" vorgelegt. In der Beschwerde wurde unter anderem ausgeführt, dass keine manuelle Tätigkeit erforderlich sei, sondern eine kalkulatorische und organisatorische mit Außendienst. Selbst Hand anlegen müsse man nicht, sondern die Arbeitsvorbereitung durchführen. Auch Bodenverhältnisse müssten bewertet werden.

2. Beweiswürdigung

Die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen

2.1. Der Sachverhalt 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.

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

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.

3.2. 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).

Bestimmungen des AuslBG

3.3. Gemäß § 12b Z 1 AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie 1. 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, 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.

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

Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1

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

25

Abschluss eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer

30

ausbildungsadäquate Berufserfahrung

maximal anrechenbare Punkte: 10

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

2 4

Sprachkenntnisse

maximal anrechenbare Punkte: 15

Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau oder Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung oder Englischkenntnisse zur vertieften selbständigen Sprachverwendung

10 15

Alter

maximal anrechenbare Punkte: 20

bis 30 Jahre bis 40 Jahre

20 15

Summe der maximal anrechenbaren Punkte Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen

75 20

erforderliche Mindestpunkteanzahl

50

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. [...]"

Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs 3 ASVG

3.6. Die tägliche Höchstbeitragsgrundlage beträgt für das Jahr 2017 gem Art 1 § 1 der VerordnungBGBl II Nr 391/2016 166,00 Euro und die monatliche 4.980,00 Euro. Für das Jahr 2018 beträgt die tägliche Höchstbeitragsgrundlage Art 1 § 1 der Verordnung BGBl II Nr 339/2017 171,00 Euro und die monatliche 5.130,00 Euro. Im Jahr 2017 entsprechen 50 % der Höchstbeitragsgrundlage gem § 108 Abs 3 ASVG 2.490,00 Euro, und im Jahr 2018 2.565,00 Euro.

3.7. Zum gegenständlichen Verfahren

3.7.1. Das AMS begründete die Abweisung des Antrages damit, dass die Voraussetzungen für die Erteilung mit 45 Punkten (25 für Qualifikation, 20 für Alter) nicht erfüllt seien. Mit dem nun erstmals mit der Beschwerde vorgelegten Deutschzertifikat erreicht der Erstbeschwerdeführer 55 der laut Anlage C notwendigen Punkte.

3.7.2. 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 ist daher neben der Prüfung der Zulassungskriterien nach Anlage C zu § 12 Z 1 AuslBG kumulativ auch eine Arbeitsmarktprüfung gemäß § 4 Abs 1 AuslBG vorzunehmen.

3.7.3. Das AMS hat zwar bereits am 16.08.2017 ein Ersatzkraftverfahren eingeleitet. Dies erfolgte jedoch zu einem Zeitpunkt, zu dem der Erstbeschwerdeführer noch nicht über die erforderliche Punkteanzahl verfügte, sodass selbst bei einem zum damaligen Zeitpunkt für die Beschwerdeführer günstigen Arbeitsmarktlage die Voraussetzungen für die Erteilung der Rot-Weiß-Rot-Karte nicht vorgelegen wären. Da der Beschwerdeführer erst mit dem mit der Beschwerde vorgelegten Sprachzertifikat die erforderlichen Punkte erreicht, ist daher erst jetzt die aktuelle Arbeitsmarktlage zu prüfen. Dabei ist bei der Prüfung der Arbeitsmarktlage das von der Zweitbeschwerdeführerin angegebene Anforderungsprofil insoweit zu Grunde zu legen und zu berücksichtigen, als es in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung findet, wozu es im konkreten Verfahren für das AMS auch erforderlich sein wird, zusammen mit der Zweitbeschwerdeführerin deren konkreten Arbeitskräftebedarf zu ermitteln. Im Zuge dessen wird auch abzuklären sein, ob die Zweitbeschwerdeführerin bereit ist, das für das Jahr 2018 erforderliche monatliche Bruttoentgelt zu

bezahlen. 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.

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

Zu B)

Revision

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

3.9. Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

**Schlagworte**

Arbeitsmarktprüfung, Ermittlungspflicht, Ersatzkraft, Kassation,
mangelnde Sachverhaltsfeststellung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:L516.2173703.1.00

**Zuletzt aktualisiert am**

22.08.2018

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at