

# TE Bvwg Erkenntnis 2018/9/20 W151 2186951-1

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.09.2018

## Entscheidungsdatum

20.09.2018

## Norm

AuslBG §14

AuslBG §20d

B-VG Art.133 Abs4

## Spruch

W151 2186654-1/7E

W151 2186951-1/7E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Doris KOHL, MCJ als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Sandra HUBER und den fachkundigen Laienrichter Anton LIEDLBAUER als Beisitzer über die Beschwerden vom 19.11.2017 der XXXX GmbH, XXXX , und XXXX , beide vertreten durch Dr. Herbert Pochieser, Rechtsanwalt, Schottenfeldgasse 2-4/23, 1070 Wien, gegen die Bescheide des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz, XXXX , vom 14.11.2017 betreffend Nichtzulassung zu einer Beschäftigung als Künstler gemäß § 14 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), zu Recht erkannt:

A)

Den Beschwerden wird Folge gegeben und festgestellt, dass seitens der belangten Behörde gegenüber der Niederlassungs- und Aufenthalts-Behörde gemäß § 20d Abs 1 Z 6 AuslBG die Mitteilung zu ergehen hat, dass XXXX die Kriterien für eine Beschäftigung als Künstler nach § 14 AuslBG erfüllt.

B)

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

#### I. Verfahrensgang:

1. XXXX (im Folgenden: BF 2), geb. XXXX , StA Kosovo, stellte am 04.05.2017 bei der Magistratsabteilung 35 (MA 35) einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "Aufenthaltsbewilligung-Künstler" gemäß § 61 Abs. 1 Z 1 NAG. Dem angeschlossen befand sich die Arbeitgebererklärung der XXXX , (im Folgenden: BF 1) wonach der BF 2 für die Tätigkeit

"Geiger" mit 15 Wochenstunden zu einem Bruttomonatsgehalt (ohne Zulagen) von € 1100,- beschäftigt werden soll. Eine Vermittlung von Ersatzkräften wurde gewünscht.

2. Mit Schreiben vom 20.09.2017 übermittelte die MA 35 den Antrag dem Arbeitsmarktservice Wien (im Folgenden AMS oder belangte Behörde) mit einer Anfrage gemäß § 61 Abs. 1 NAG iVm § 20d Abs. 1 Z 6 AuslBG.

3. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 13.10.2017 wurden die BF dazu aufgefordert weitere ergänzende Unterlagen in Vorlage zu bringen. Diesem Ersuchen kamen die BF auch nach. Vorgelegt wurden zwei Urkunden über den Abschluss eines sechsmonatigen Musikkurses für Geige in beglaubigter Übersetzung aus dem Albanischen sowie zwei beglaubigte Übersetzungen aus dem Albanischen betreffend sein Engagement als Geiger in der Zeit von 05.01.2009 bis 31.03.2014 als Mitglied des Kultur- und Kunstvereins "XXXX" sowie in der Zeit von 2009 bis Ende 2014 als Mitglied des Gesangs- und Tanzensembles "

XXXX (damals XXXX) ".

4. Mit den Bescheiden vom 14.11.2017, XXXX, stellte das AMS nach Anhörung des Regionalbeirates fest, dass die Voraussetzungen gemäß § 14 AuslBG nicht vorliegen.

Begründend wurde ausgeführt, dass keine der in den Unterlagen genannten bzw. zeichnenden Organisationen im Internet oder sonstigen sozialen Medien vertreten sind und berechtigte Zweifel an der Glaubhaftmachung einer künstlerischen Tätigkeit bestehen. Aufgrund dessen wären somit die Voraussetzungen zu einer Beschäftigung als Künstler gemäß § 14 Abs. 3 AuslBG nicht erfüllt.

5. Die Vollmacht der rechtsfreundlichen Vertretung wurde mit Schreiben vom 27.11.2017 vorgelegt.

6. Gegen diese Bescheide erhob die rechtsfreundliche Vertretung der BF fristgerecht Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und stellte den Antrag, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und der Beschwerde Folge zu geben in eventu den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückzuverweisen sowie auf Ersatz der Verfahrenskosten. Vorgebracht wurde, dass die belangte Behörde vorgelegte Nachweise, die die künstlerische Tätigkeit darlegen würden, missachtet und den Inhalt der Urkunden falsch widergegeben und somit deren Unbedenklichkeit fälschlicherweise nicht erkannt habe. Die belangte Behörde habe es ferner unterlassen, allfällige Zweifel an der Existenz der des Gesangs- und Tanzensembles "XXXX" und des Kultur- und Kunstvereins "XXXX" sowie des die Bestätigung zeichnenden Bürgermeisters der Gemeinde XXXX durch entsprechende Nachforschungen im Internet auszuräumen. Schließlich habe die belangte Behörde den BF keine Gelegenheit gegeben, zu den Zweifeln bezüglich der Nachweise Stellung zu nehmen und diese aufzuklären.

7. Mit Schreiben des AMS vom 20.02.2017 wurden die Beschwerden dem BVwG vorgelegt.

8. Am 31.08.2018 langte der Fristsetzungsantrag der BF an den VwGH beim BVwG ein.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der BF 2, Staatsangehörigkeit Kosovo, ist Geiger. Er hat einen 6monatigen Musikkurs für Geige in XXXX abgeschlossen. Dem BF 2 wird durch Bestätigungen vom 01.03.2017 und 04.09.2017 bescheinigt, dass er als Geiger in der Zeit von 05.01.2009 bis 31.03.2014 als Mitglied des Kultur- und Kunstvereins "XXXX" sowie in der Zeit von 2009 bis Ende 2014 als Mitglied des Gesangs- und Tanzensembles "XXXX (damals XXXX)" tätig war. Der BF 2 war bis zum 05.03.2018 als Marketingassistent bei der BF 2 legal beschäftigt, danach nicht mehr.

Die in Frage kommende Arbeitgeberin organisiert in der Regel täglich Konzerte in verschiedenen großen Konzertsälen wie dem Palais Auersperg.

Der BF 2 wird bei der BF 1 als Geiger im Ausmaß von 15 Wochenstunden beschäftigt werden. Es liegt somit eine künstlerische Tätigkeit vor.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus der dem BVwG vorgelegten Aktenlage. Die Fakten werden von der belangten Behörde nicht bestritten, lediglich die rechtliche Beurteilung ist strittig.

3. Rechtliche Beurteilung:

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 § 20g 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.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Zu A) Stattgabe

§ 14 AuslBG lautet wie folgt:

(1) Ausländer, deren unselbständige Tätigkeit überwiegend durch Aufgaben der künstlerischen Gestaltung bestimmt ist, werden zu einer Beschäftigung als Künstler zugelassen, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme des Abs. 1 Z 1 vorliegen. Bei Fehlen einer dieser Voraussetzungen darf die Zulassung nur versagt werden, wenn die Beeinträchtigung der durch dieses Bundesgesetz geschützten öffentlichen Interessen unverhältnismäßig schwerer wiegt als die Beeinträchtigung der Freiheit der Kunst des Ausländers.

(2) Bei der Abwägung gemäß Abs. 1 ist insbesondere darauf Bedacht zu nehmen, dass durch die Versagung der Zulassung dem Ausländer eine zumutbare Ausübung der Kunst im Ergebnis nicht unmöglich gemacht wird. Dabei darf weder ein Urteil über den Wert der künstlerischen Tätigkeit noch über die künstlerische Qualität des Künstlers maßgebend sein.

(3) Bei begründeten Zweifeln hat der Ausländer oder sein Arbeitgeber die beabsichtigte Ausübung einer künstlerischen Tätigkeit glaubhaft zu machen.

§ 20d AuslBG:

(1) Besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte sowie sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen haben den Antrag auf eine "Rot-Weiß-Rot - Karte", Schlüsselkräfte gemäß § 12c den Antrag auf eine "Blaue Karte EU" und ausländische Künstler den Antrag auf eine "Aufenthaltsbewilligung - Künstler" gemeinsam mit einer schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, die im Antrag angegebenen Beschäftigungsbedingungen einzuhalten, bei der nach dem NAG zuständigen Behörde einzubringen. Der Antrag kann auch vom Arbeitgeber für den Ausländer im Inland eingebracht werden. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat den Antrag, sofern er nicht gemäß § 41 Abs. 3 Z 1 oder 2 NAG zurück- oder abzuweisen ist, unverzüglich an die nach dem Betriebssitz des Arbeitgebers zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zur Prüfung der jeweiligen Zulassungsvoraussetzungen zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle hat den Regionalbeirat anzuhören und binnen vier Wochen der nach dem NAG zuständigen Behörde - je nach Antrag - schriftlich zu bestätigen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung

..

6. als Künstler gemäß § 14

erfüllt sind. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat die regionale Geschäftsstelle über die Erteilung des jeweiligen Aufenthaltstitels unter Angabe der Geltungsdauer zu verständigen. Bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen hat die regionale Geschäftsstelle die Zulassung zu versagen und den diesbezüglichen Bescheid unverzüglich der nach dem

NAG zuständigen Behörde zur Zustellung an den Arbeitgeber und den Ausländer zu übermitteln.

(2) Die Zulassung gemäß Abs. 1 gilt für die Beschäftigung bei dem im Antrag angegebenen Arbeitgeber im gesamten Bundesgebiet. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat unverzüglich nach Beginn der Beschäftigung die Anmeldung zur Sozialversicherung zu überprüfen. Entspricht diese nicht den für die Zulassung maßgeblichen Voraussetzungen, ist die nach dem NAG zuständige Behörde zu verständigen (§ 28 Abs. 6 NAG). Bei einem Arbeitgeberwechsel vor Erteilung einer "Rot-Weiß-Rot - Karte plus" (§ 41a NAG) ist Abs. 1 sinngemäß anzuwenden.

(3) bis (4) [...]"

Auf den konkreten Fall angewendet bedeutet dies:

§ 14 Abs. 1 AuslBG erfordert, dass die unselbständige Tätigkeit des antragstellenden Künstlers überwiegend durch Aufgaben der künstlerischen Gestaltung bestimmt ist.

Unter Zugrundelegung der Berufssystematik des AMS Österreich wird die Tätigkeit im Regelfall bei Musikern durch Aufgaben der künstlerischen Gestaltung bestimmt sein (Deutsch, Nowotny, Seitz, Ausländerbeschäftigungsgesetz, § 14, Rz 366).

Gemäß dem (zur früheren Rechtslage ergangenen) Erkenntnis des VwGH vom 14.10.2011, Zl. 2009/09/0098, war nach der im Wesentlichen gleichlautenden Bestimmung des § 4a AuslBG kein "Qualifikationsnachweis" zu erbringen, sondern lediglich die Voraussetzung der beabsichtigten künstlerischen Tätigkeit bei begründeten Zweifeln glaubhaft zu machen. Dieses Erkenntnis ist zweifelsfrei auch auf den vorliegenden Fall übertragbar, weil die Zulassungsvoraussetzungen des § 14 AuslBG den Erläuterungen zufolge jenen des früheren § 4a AuslBG entsprechen (s. RV 2163 BlgNR 24. GP, S 4).

§ 14 AuslBG enthält zwar (wie § 4a AuslBG) weder eine Definition des Künstlers noch eine Auflistung der als künstlerisch geltenden Tätigkeiten. Unter die sehr offene Formulierung "Aufgaben der künstlerischen Gestaltung" in Abs. 1 sind aber alle künstlerischen Tätigkeiten von darstellenden und schaffenden Künstlern (z.B. Musiker, Sänger, Tänzer, Bühnenbildner etc.) zu subsumieren. Dabei darf gemäß § 14 Abs. 2 2. Satz AuslBG weder ein Urteil über den Wert der künstlerischen Tätigkeit noch über die künstlerische Qualität des Künstlers maßgebend sein (Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG (2014) Rz 366).

Das in Abs. 1 geforderte "Überwiegen" bezieht sich primär auf das zeitliche Ausmaß und nicht auf die Qualität der künstlerischen Tätigkeit. Demnach kommt § 14 nicht zur Anwendung, wenn im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses der Anteil der künstlerischen Tätigkeit nur eine untergeordnete Rolle spielt (Deutsch/Nowotny/Seitz, a.a.O. Rz 366).

Das Vorliegen der im § 14 AuslBG geforderten Voraussetzungen ist im gegenständlichen Fall zu bejahen:

Es kommt bei der Prüfung des § 14 AuslBG nicht darauf an, ob die Ausbildung zum Künstler einer österreichischen Ausbildung für diesen Kunstbereich entspricht oder gleichwertig ist. Die Ausbildung und Berufserfahrung muss geeignet sein, dass der Bewilligungswerber die in Aussicht genommene künstlerische Tätigkeit in der Qualität ausfüllen kann, die erwartet wird.

Die Tätigkeit des BF 2 wird unbestritten überwiegend durch Aufgaben der künstlerischen Gestaltung bestimmt. Er ist ausschließlich als Geiger engagiert für 15 Stunden. Dagegen spricht auch nicht seine bis 03.05.2018 und mittlerweile abgelaufene Beschäftigungsbewilligung als Marketingassistent.

Das Gericht sieht daher keine Gründe, die dafür sprechen, das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 14 AuslBG zu verneinen, weil die Beeinträchtigung der durch das AuslBG geschützten öffentlichen Interessen unverhältnismäßig schwerer wögen als die Beeinträchtigung der Freiheit der Kunst des Ausländers.

Zum Entfall 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.

Gemäß § 24 Abs. 3 1. Satz VwGVG hat der Beschwerdeführer die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen.

Das Bundesverwaltungsgericht erachtete die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG nicht für erforderlich, da der festgestellte Sachverhalt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheides aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde hinreichend geklärt erschien.

Dem Entfall der Verhandlung stehen auch weder Art 6. Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 2010/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), ABl. Nr. C83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner Entscheidung vom 19. Februar 1998, Zl. 8/1997/792/993 (Fall Jacobsson; ÖJZ 1998, 41), unter Hinweis auf seine Vorjudikatur das Unterbleiben einer mündlichen Verhandlung dann als mit der EMRK vereinbar erklärt, wenn besondere Umstände ein Absehen von einer solchen Verhandlung rechtfertigen. Solche besonderen Umstände erblickte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte darin, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers im Fall Jacobsson vor dem Obersten Schwedischen Verwaltungsgericht nicht geeignet war, irgendeine Tatsachen- oder Rechtsfrage aufzuwerfen, die eine mündliche Verhandlung erforderlich machte (vgl. z.B. die VwGH-Erkenntnisse vom 29. Juni 2005, Zl. 2004/08/0044, und vom 19. November 2004, Zl. 2000/02/0269). Des Weiteren hat der EGMR in seinen Entscheidungen vom 10. Mai 2007, Nr. 7401/04 (Hofbauer/Österreich 2), und vom 3. Mai 2007, Nr. 17912/05 (Bösch/Österreich), unter Hinweis auf seine frühere Rechtsprechung 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 rechtfertigten. 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. Der Gerichtshof verwies in diesem Zusammenhang 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 berechtigte (vgl. das VwGH-Erkenntnis vom 28. September 2010, 2009/05/0160).

Solche Umstände, die ein Absehen von einer mündlichen Verhandlung rechtfertigen, liegen auch im gegenständlichen Fall vor, da keine Tatsachenfragen aufgeworfen wurden, die eine mündliche Verhandlung erforderlich gemacht hätten.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

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**

Aufenthaltstitel, Künstler, künstlerische Tätigkeit, Qualifikation,  
Voraussetzungen

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2018:W151.2186951.1.00

### **Zuletzt aktualisiert am**

16.11.2018

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