

TE Bwvg Erkenntnis 2019/2/4 W178 2206923-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.02.2019

Entscheidungsdatum

04.02.2019

Norm

AuslBG §12b

B-VG Art.133 Abs4

Spruch

W178 2206920-1/8E

W178 2206923-1/8E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Drin Maria PARZER als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Dr. Stefan EBNER und Dr. Peter Schnöller als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX (Bf1) und des Herrn XXXX (Bf2), beide vertreten durch RA Embacher & Neuschwendtner, gegen den Bescheid des AMS, Wien Esteplatz vom 11.06.2018 gegen § 12b Z1 AuslGB nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 10.01.2019 zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird gemäß § 12b Z 1 AuslBG Folge gegeben und der angefochtene Bescheid behoben.

Die belangte Behörde hat der nach dem NAG zuständigen Behörde schriftlich zu bestätigen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG erfüllt sind.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Der Beschwerdeführer 2 (Bf 2) beantragte mit 10.4.2018 bei der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde (MA 35) die Erteilung eines Aufenthaltstitels "Rot- Weiß- Rot-Karte" gemäß § 41 Abs. 2 Z. 2 NAG i. V.m. § 12b Z 1 AuslBG. Die Bf1 hat in der Arbeitgebererklärung angeführt, dass es sich um einen Gastronomiebetrieb/eine Bar in 1010 Wien handle, die Beschäftigung die eines professionellen Barkeepers und die einer technischen Stabsstelle sein soll, mit einem Gehalt von € 3250 monatlich. Die Tätigkeit wurde wie folgt beschrieben:

Herstellung von qualitativ hochwertigen Getränken, Verbesserung der Rezepturen und Erfindung neuer Produkte, basierend auf dem Know-how der Mixologie, Einschulung des Personals über die professionelle Umgangsform mit Gästen, Kontrolle und Fehlerbehebung bei technischen Gebrechen wie Kassensystem, Präsenz im Internet, Datenbanksystem etc. Management über die computerisierte Lagerwirtschaft. Es wurde ursprünglich angegeben, dass die Vermittlung einer Ersatzkraft nicht erwünscht sei, weil der Bf2 für die Erhaltung und Weiterentwicklung der Firmenphilosophie essenziell sei und außerdem Partner des Betriebes.

2. Die MA 35 hat das AMS um Mitteilung über das Vorliegen der für die Erteilung des Aufenthaltstitels "sonstige Schlüsselkräfte" notwendigen Voraussetzungen ersucht.

3. Auf das Ersuchen um Stellungnahme vom 8. Mai 2018 durch die belangte Behörde wurde seitens der Bf1 mitgeteilt, dass die Tätigkeit auf Barkeeper geändert wird und dass die Vermittlung von Ersatzarbeitskräften nicht mehr abgelehnt wird.

4. In der Folge hat die belangte Behörde mit Bescheid vom 11. Juni 2018 den Antrag abgewiesen, mit der wesentlichen Begründung, dass beim AMS für die Stelle als Barkeeper 117 Personen vorgemerkt seien. Weiters werde festgestellt, dass die vorgelegte Stellenbeschreibung nicht mit der beruflichen Tätigkeit als Barkeeper übereinstimme. Damit seien die Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG nicht erfüllt.

5. Dagegen wurde von der Bf1 und dem Bf2 Beschwerde erhoben und im Wesentlichen vorgebracht, dass die Berufsbezeichnung zwar auf Anraten des AMS auf Barkeeper geändert worden sei, dass aber immer zum Ausdruck gebracht worden sei, dass der Bf2 nicht ausschließlich als Barkeeper tätig sein solle, sondern er aufgrund seiner Beteiligung an der Bf1 und seiner Vorkenntnisse und seiner technischen Fähigkeiten als Führungskraft im Unternehmen eingesetzt werden soll. Die belangte Behörde wäre verpflichtet gewesen, darzulegen, welche weiteren Angaben zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes notwendig seien bzw. sich konkreter mit den Anforderungen des Betriebes auseinandersetzen müssen, wenn sie die bisherigen Angaben als unzureichend erachte. Nach der Rechtsprechung des VwGH sei im Falle einer mangelhaften Arbeitgebererklärung deren Ergänzung zu beauftragen. Die Bf1 habe eine mängelfreie Arbeitgebererklärung abgegeben und diese mit der Stellungnahme vom 13.4.2018 ergänzend ausführlich begründet. Die belangte Behörde hätte sich mit diesen Angaben auseinandersetzen müssen und, soweit notwendig, die Bf1 mit der Behebung der Mängel beauftragen müssen. Die Bf1 habe eine detaillierte Darstellung des Anforderungsprofils in der Erklärung vom 13.4.2018 abgegeben. Entgegen der verfehlten Annahme der belangten Behörde seien dem Antrag nicht die Angabe von zwei beruflichen Tätigkeiten zugrunde gelegt, sondern es sei lediglich unter Darlegung der betrieblichen Erfordernisse begründet worden, welche Fähigkeiten und Qualifikation für die zu besetzende Stelle erforderlich seien. Die belangte Behörde habe kein Ersatzkraftverfahren durchgeführt, der Hinweis auf die vorgemerkten Personen für eine Stelle als Barkeeper sei unzureichend, da das betrieblich begründete Anforderungsprofil über die Tätigkeiten als Barkeeper hinausgehe und die ausreichende Qualifikation der vorgemerkten Personen erst im Ersatzkraftverfahren hätte festgestellt werden können. Sofern die Beschreibung der Tätigkeit ausreichend sei und in den betrieblichen Erfordernissen ihre Deckung finde, hätte sich die belangte Behörde an diese Tätigkeitsbeschreibung zu halten gehabt und ein Ersatzkraftverfahren durchzuführen gehabt.

6. Das AMS hat in der Folge auf Basis des von der Bf1 angefertigten Anforderungsprofils ein Ersatzkraftverfahren durchgeführt. Die Tätigkeitsbeschreibung wurde auf "Barchef" geändert.

7. Mit Schreiben des AMS vom 10.8.2018 wurden der Bf1 mitgeteilt, dass der Auftrag veröffentlicht werde und eine BewerberInnen-Liste übermittelt werde, die ausgefüllt zu retournieren sei.

8. Mit Schreiben vom 24.09.2018 hat die Bf1 Anmerkungen zu den Bewerberinnen übermittelt und mitgeteilt, warum die einzelnen Personen nicht eingestellt worden sind.

9. Mit Schreiben vom 03.07.2018 wurde das Verfahren samt Stellungnahme dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegt. Darin wurde angeführt, dass die Stellungnahme der Bf1 zu spät eingelangt sei, um die Einhaltung der Frist der belangten Behörde für die Beschwerde Vorentscheidung einhalten zu können.

10. Am 10.01.2019 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Neben dem Bf2 wurde der Geschäftsführer der Bf1, Herr Kokalla, einvernommen. Seitens des AMS wurden ergänzende Unterlagen betreffend den beruflichen Werdegang der Bewerberinnen und Bewerber für die ausgeschriebene Stelle bei der Bf1 vorgelegt.

Mit mündlich verkündeten Erkenntnis wurde der Beschwerde Folge gegeben und wie im oben angeführten Spruch entschieden.

11. Die belangte Behörde hat einen Antrag nach § 29 VwGVG gestellt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Die XXXX Bar GmbH, FN 461070 w, betreibt in Wien 1, Färbergasse 8, einen Gastronomiebetrieb (Cafe/ Bar).

Gesellschafter der XXXX GmbH sind neben dem Bf2 Herr XXXX (auch Geschäftsführer) und Herr XXXX, zu je ca. einem Drittel (vgl. Gesellschaftsvertrag vom 28.10.2016).

Das Lokal hat die Schwerpunkte "Schallplattenmusik" sowie Cocktails (Mixgetränke), vgl. diverse Berichte in Zeitschriften, Reiseportalen und auf Facebook, vorgelegt in der mündlichen Verhandlung. Das Lokal ist im Aufbau begriffen, vgl. Geschäftsunterlagen, vorgelegt in der mündlichen Verhandlung.

Der Bf2, Herr Arber QARRI, ist Staatsangehöriger der Republik Kosovo, geboren am 01.04.1988, er hat die Universitätsreife und ist Student der Wirtschaftsuniversität in Wien; das Studium ist bereits fortgeschritten.

Er verfügt über Deutschkenntnisse zur selbstständigen Sprachverwendung, nachgewiesen durch das Zeugnis über die Ergänzungsprüfung Deutsch für die Zulassung als ordentlicher Studierender an der Wirtschaftsuniversität.

Er verfügt über Englischkenntnisse mindestens auf dem A2-Niveau, nachgewiesen durch Erfolgsnachweisen der Wirtschaftsuniversität Wien, die den Besuch von Lehrveranstaltungen sowie die Absolvierung von Prüfungen in englischer Sprache beweisen.

Er hat Berufserfahrung in der Gastronomie, und zwar hat er von September 2015 bis Jänner 2017 in der Roberto American Bar gearbeitet. Er hat schon ab Juli 2015 mit Unterbrechungen als geringfügig Beschäftigter bei der Bf1 gearbeitet, die letzte Bewilligung dafür ist mit 20. April 2018 abgelaufen, ohne dass eine neue beantragt wurde.

Es wurde vom AMS auf Basis der von der Bf1 erstellten Tätigkeitsbeschreibung samt Anforderungsprofil eine Suche nach geeigneten Ersatzbewerbern durchgeführt, vgl. modifizierter Vermittlungsauftrag vom 3.8.2018.

Die Tätigkeitsbeschreibung samt Anforderungen lautet:

Berufsbezeichnung: Barchef:

detaillierte Tätigkeitsbeschreibung: Erstellen der Dienstpläne, Lagerverwaltung, Barkeeper, Neuentwicklung von Produkten (Mixologie), online Werbemaßnahmen durchführen (Web-design, graphische Bearbeitung von Bildern etc.; erforderliche höchste abgeschlossene Ausbildung: Matura.

Zusätzliche erforderliche Qualifikationen: Kenntnisse oder Berufspraxis: Deutsch und Englischkenntnisse, Berufspraxis in der Gastronomie als Barkeeper, IT Kenntnisse, BWL Kenntnisse. Der Vermittlungsauftrag wurde vom AMS auf dieser Basis - ohne Widerspruch - durchgeführt.

Es wurden insgesamt 6 Bewerberinnen und Bewerber vom AMS direkt vermittelt, 4 meldeten sich über die Homepage des AMS, die Erstgenannten wurden vom AMS informiert bzw. wurde die Liste der Bf1 übermittelt. Von den sechs Personen haben sich fünf nicht beworben bzw. sind sie nicht zum Vorstellungsgespräch erschienen. Von den 4, die sich aufgrund des Angebotes auf der Homepage meldeten, zeigte eine Person schließlich kein Interesse, eine Person wurde mangels Wohnsitz in Österreich abgelehnt. Insgesamt verblieben daher 3 näher in Betracht kommende Bewerber. Es waren dies: Herr Farhad XXXX, Herr Jeton XXXX und Herr Patrick XXXX, vgl. Stellungnahme der Bf1 an das AMS vom 24.09.2018.

Im Einzelnen: Die Ablehnungsgründe der Bf1:

Herr XXXX erfüllt die Anforderung der höchsten abgeschlossenen Ausbildung, nämlich Matura, nicht; er hat kein Vorwissen im IT-Bereich und kein Vorwissen zu der Neuentwicklung von Produkten (Mixologie).

Den zusätzlichen Unterlagen des AMS kann genommen werden, dass der Genannte von 11/2002 bis 04/2018 als Kellner und Barkeeper in einer Bar im Vienna Businesspark tätig war, dass er die Pflichtschule in Afghanistan abgeschlossen und Grundkenntnisse in Englisch und gute Kenntnisse in Deutsch hat.

Zu Herrn XXXX :

Die Ablehnungsgründe der Bf1: Der Genannte ist ohne Entschuldigung zum vereinbarten Termin nicht erschienen. Auf Einladung der Bf1 kam ein weiteres Gespräch zustande, Herrn XXXX fehlt es an Erfahrung als Barkeeper und auch an der Erfahrung im IT-Bereich. Nach den glaubhaften Aussagen des Geschäftsführers in der mündlichen Verhandlung hat sich Herr XXXX selbst als ungeeignet eingeschätzt.

Zusatzinformationen seitens des AMS: Der Genannte hat Matura, Englisch- Grundkenntnisse, PC-Kenntnisse in Word und Excel und hat als angestellter Restaurant- bzw. Schichtleiter.

Zu Herrn XXXX :

Die Ablehnungsgründe der Bf1: Er hat große Erfahrung der Gastronomie, wobei ihm jedoch die notwendige Expertise fehlt, um die online-Werbemaßnahmen durchzuführen, ebenfalls erfüllt er nicht das Kriterium der Matura.

Zusatzinformationen durch das AMS: Er ist seit 1994 hauptberuflich als Barkeeper bzw. als Barchef tätig, vorher Nebentätigkeit, wobei nur zwischen einem und 3 Jahren pro Stelle verblieb, er hatte er ist seit 1994 im 23. Beschäftigungsverhältnis. Die Computerkenntnisse umfassen Word, Excel und PowerPoint, Englisch in Wort und Schrift ebenso Musikgestaltung, Gestaltung von Getränke- und Cocktaillisten und Rezepturliste, Kalkulation von Getränken, Rezepturliste mit über 400 Cocktails.

Zusammengefasst ist den Beschwerdeführern beizupflichten, dass keiner der Bewerber alle Kriterien, die im Anforderungsprofil enthalten waren, erfüllt.

Beweiswürdigung:

Die Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich aus dem Akt des AMS, einschließlich der ergänzenden Ermittlungen, aus der Niederschrift der mündlichen Verhandlung und den dort vorgelegten umfassenden Unterlagen der Bf und der belangten Behörde.

Aus den Erfolgsnachweisen der WU Wien vom 04.07.2018 geht hervor, dass der Bf2 Lehrveranstaltungen (und Prüfungen) in Englisch absolviert hat, was zur Annahme berechtigt, dass er über zumindest A2 Englischkenntnisse verfügt; der persönliche Eindruck in der Verhandlung hat ebenfalls ergeben, dass seine Englischkenntnisse ein beachtliches Kommunikationsniveau aufweisen. Im Übrigen ist es Allgemeinwissen und Gerichtswissen, dass an der WU umfassende Englischkenntnisse eine wichtige Voraussetzung sind, das Studium erfolgreich zu absolvieren.

In Anbetracht der Grundsätze der Amtswegigkeit und der Erforschung der materiellen Wahrheit hat neben der Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers das Verwaltungsgericht die Pflicht, von amtswegen die für die Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhaltes erforderlichen Beweise zu sorgen. Dabei kommt nach § 46 AVG i.V.m. § 17 VwGVG als Beweismittel alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist, vgl. Erkenntnis des VwGH vom 31.7.2018 Ro 2015/08/0033. Auf der Basis dieses Grundsatzes achtet der erkennende Senat die Englischkenntnisse auch in diesem Fall als nachgewiesen, auch wenn ein Sprachdiplom einer entsprechenden Institution fehlt, weil die Kenntnisse auf andere Weise nachgewiesen werden konnten.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1 Gesetzliche Grundlagen

§ 12b in hier anzuwendenden Fassung des BGB I 94/2018 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 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.

Es ist die Anlage C in der Fassung des BGBl. I 94/2018 anzuwenden.

Anlage C

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 hier 25

Abschluss eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer

30

ausbildungsadäquate Berufserfahrung

maximal anrechenbare Punkte: 20

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

2 4 hier 4

Sprachkenntnisse Deutsch

maximal anrechenbare Punkte: 15

Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau (A 1) Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2) Deutschkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)

5 10 15 hier 15

Sprachkenntnisse Englisch

maximal anrechenbare Punkte: 10

Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2) Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)

5 10 hier 5

Alter

maximal anrechenbare Punkte: 15

bis 30 Jahre bis 40 Jahre

15 10 hier 10

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

90 20

erforderliche Mindestpunktzahl

55

Gemäß § 4 AuslBG

§ 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. der Ausländer über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG oder dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100, verfügt, das die Ausübung einer Beschäftigung nicht ausschließt, oder seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen ist und über einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht gemäß den §§ 12 oder 13 AsylG 2005 verfügt oder über ein Aufenthaltsrecht gemäß § 54 Abs. 1 Z 2 oder 3 AsylG 2005 verfügt oder gemäß § 46a FPG geduldet ist und zuletzt gemäß § 1 Abs. 2 lit. a vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen war,

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,

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,

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

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,

10. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 5 während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländern eine nicht ortsübliche Unterkunft zur Verfügung gestellt hat und

11. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 5 bestätigt, dass dem Ausländer für die beabsichtigte Dauer der Beschäftigung eine ortsübliche Unterkunft zur Verfügung stehen wird und, sofern die

Unterkunft vom oder über den Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird, die Miete nicht automatisch vom Lohn abgezogen wird.

§ 4b AuslBG: Prüfung der Arbeitsmarktlage:

(1) Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) lässt 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.

3.2. Vorliegen der Voraussetzungen im konkreten Fall

3.2.1 Erreichung der Punktezahl

Die notwendige Punktezahl nach der Anlage C in der Fassung in Geltung ab 01.01.2019 ist gegeben:

Strittig ist nur die Vergabe der Punkte für die englischen Sprachkenntnisse. Wie in der Beweiswürdigung dargelegt, sind diese als vorhanden anzusehen.

3.2.2. Ersatzkraftverfahren (§§ 4 Abs1 iVm 4b)

Der Prüfung ist ein von der Arbeitgeberin erstelltes Anforderungsprofil, das in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung finden muss, zu Grunde zu legen.

Das Anforderungsprofil wurde von der Bf1 erstellt, wobei seitens des AMS keine Einwände erhoben wurden.

Das BVwG ist der Auffassung, dass es den betrieblichen Anforderungen entspricht. Zur Frage, ob Matura als Ausbildungsniveau gerechtfertigt ist, ist auf die geplante Leitungsfunktion des Bf2 (Diensteinteilung, Bestellungen) hinzuweisen, worin eine Rechtfertigung dieses Kriterium zu sehen ist. Im Übrigen ist das Gericht der Auffassung, dass der Dienstgeber - soweit Missbrauch ausgeschlossen werden kann und eine entsprechende Entlohnung erfolgt - die Qualifikation des Beschäftigten im Rahmen des Anforderungsprofils bestimmen kann.

Die Kenntnisse in Mixologie sind aufgrund der Spezialisierung der Bar gerechtfertigt.

Da die Bar auf Werbung im Internet setzt, sind IT Kenntnisse, die über allgemeine Anwenderprogramme wie Word und Excel hinausgehen, zur Erstellung einer Online-real-time-Reservierung und Betreuung der homepage als notwendig anzusehen.

Es ist damit auch zu bestätigen, dass seitens der Bf1 der Nachweis über die erforderliche Ausbildung und die Zusatzqualifikationen erbracht wurde. Der Bf2 selbst erfüllt die Voraussetzungen.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das Anforderungsprofil den betrieblichen Notwendigkeiten entspricht.

3.2.3 Es ist zu prüfen, ob sich unter den Arbeitskräften, die sich bei der Bf1 aufgrund der Vermittlung des AMS meldeten, eine geeignete Arbeitskraft befunden hat, die die Anforderungen erfüllt:

Das Ersatzkraftverfahren hat nach Ansicht des Gerichts keine geeigneten Bewerber für den Arbeitsplatz ergeben, dies aus folgenden Gründen:

Die drei Bewerber, die in die nähere Auswahl kamen, haben entweder keine Matura, keine Kenntnisse in der Mixologie oder es sind im Bereich der IT -Kenntnisse sind die Voraussetzungen nicht erfüllt.

Im Übrigen ist der Bf1 zuzubilligen, dass das unentschuldigte Fernbleiben des Herrn XXXX beim 1. Bewerbungsgespräch bzw. dass dieser sich selbst als ungeeignet bezeichnet hat, nachteilig für seine Eignung erwiesen hat.

Bezüglich Herrn XXXX hat der Geschäftsführer als nachteilig gesehen, dass der Bewerber in den letzten Jahren 23 verschiedene Dienstaufgaben innegehabt hatte; das Gericht teilt die Einschätzung der Bf1, dass nach dem Beschäftigungsverlauf damit zu Recht ist, dass mit Herrn XXXX keine längerfristige Arbeitsbeziehung eingegangen werden kann.

3.2.3 Sonstige Voraussetzungen

Ein Hindernisgrund nach § 4 Abs. 1 Z 3 und 5 AuslBG liegt nicht vor, weil die Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung nicht wiederholt erfolgt ist.

Die monatliche Höchstbeitragsgrundlage beträgt für 2019 € 5.220,-

Das Mindestgehalt von 60% davon (€ 3.132,-) wird mit dem vereinbarten Entgelt von € 3.250,- erreicht.

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

Ersatzkraft, Qualifikation, Rot-Weiß-Rot-Karte, Schlüsselkraft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W178.2206923.1.00

Zuletzt aktualisiert am

02.04.2019

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at