jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2019/1/2 G304 2123971-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 02.01.2019

Entscheidungsdatum

02.01.2019

Norm

AuslBG §12b
B-VG Art.133 Abs4

Spruch

G304 2123971-2/24E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Beatrix LEHNER als Vorsitzende, und die fachkundigen Laienrichter Thomas WIEDNER und Dr. Peter J. DEMSCHAR als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX als Arbeitgeber (BF 2) und des XXXX, geb. XXXX, StA. Kosovo, als Arbeitnehmer (BF 1), beide vertreten durch RA Mag. Michael-Thomas REICHENVATER, Herrengasse 13/II, 8010 Graz, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Graz Ost vom 23.09.2016, GZ: XXXX, nach Durchführung mündlicher Verhandlungen am 23.03.2017 und 24.07.2018 zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts (im Folgenden: BVwG) vom 23.06.2016, Zl. G304 2123971-1/9E, wurde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 23.06.2016 die Beschwerdevorentscheidung der belangten Behörde vom 15.03.2016 aufgehoben und die Angelegenheit gemäß § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, das in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Original des Reifeprüfungszeugnisses sei auf deren Echtheit zu überprüfen und bei dessen Echtheit anzuerkennen.

2. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 23.09.2016 wurde der Beschwerde nicht stattgegeben. Begründend dafür wurde ausgeführt, mit Beschwerdevorentscheidung vom 15.03.2016 sei der Antrag auf Zulassung zu einer

Beschäftigung als Schlüsselkraft abgelehnt worden, weil insgesamt nur 20 Punkte für das Alter des BF 1 zu vergeben gewesen seien. Für die beantragte Tätigkeit als Koch sei die Kopie eines Diploms über den Besuch des Kurses "Ausbildung zum Koch" mit der Dauer von 480 Stunden (60 Stunden Theorie und 420 Stunden Praktikum) vorgelegt worden. Da diese Ausbildung bezüglich der Dauer nicht mit einer Kochausbildung in Österreich gleichgestellt werden könne, werde der Nachweis nicht anerkannt. Mangels Anerkennung seiner Berufsausbildung werde in weiterer Folge auch die Berufserfahrung, belegt mit einer Firmenbestätigung für die Zeit von 01.07.2010 bis 30.08.2011, in der der BF 1 als Restaurantmanager tätig gewesen sein soll, nicht anerkannt. Es sei dem Auftrag des BVwG, die zum Abschluss einer Mittelschule vorgelegten Unterlagen auf deren Echtheit prüfen zu lassen, nachgekommen und deren Echtheit festgestellt worden. Die Universitätsreife des BF1 könne jedoch nicht anerkannt werden, weil diese für einen Koch kein Erfordernis darstelle. Mangels erforderlichen Nachweises für eine Ausbildung zum Koch könne zudem auch die Erfahrung des BF 1 im betreffenden Betrieb als Vorwäscher nicht anerkannt werden. Obwohl der BF 1 fließend Deutsch spreche, seien dafür keine entsprechenden Nachweise erbracht worden. Es seien somit nur für das Alter des BF1 Punkte zu vergeben gewesen. Die Zulassung des BF als Schlüsselkraft gemäß § 12 b Z. 1 AuslbG sei mangels Vorliegens der erforderlichen Punkteeanzahl und der möglichen Ersatzkraftstellung nicht positiv zu behandeln gewesen.

Dieser Bescheid wurde dem BF am 28.09.2016 zugestellt.

3. Mit Telefax des Rechtsvertreters der BF vom 24.10.2016, bei der belangten Behörde eingelangt am 27.10.2016, wurde fristgerecht Beschwerde erhoben und im Wesentlichen vorgebracht, für den BF 1 sei es nicht nachvollziehbar, warum seine absolvierte Kochausbildung in der Dauer von 480 Stunden, seine Tätigkeit als Restaurantmanager in der Zeit von 01.07.2010 bis 30.08.2011 und seine Tätigkeit bei der BF 2 seit 20.04.2012 nicht anerkannt worden sei. Beantragt wurde, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und den angefochtenen Bescheid wegen Rechtswidrigkeit gänzlich zu beheben und dem BF1 die Rot-Weiß-Rot-Karte für eine Schüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslbG zu erteilen, in eventu den angefochtenen Bescheid zu beheben und die Angelegenheit an die belangte Behörde zurückzuverweisen.

4. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 17.11.2016 wurde dem BF 1 im Rahmen des Parteiengehörs zusammengefasst vorgehalten, dass der Antrag des BF 1 auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte abgewiesen worden sei, sei doch die erforderliche Punkteanzahl nicht erreicht worden.

5. Mit Telefax des Rechtsvertreters der BF 2 vom 29.11.2016 wurden zusammen mit Abgabe einer Stellungnahme Unterlagen zum Nachweis der Deutschkenntnisse des BF 1 von Juni 2014 und Mai 2016 übermittelt.

6. Am 10.12.2016 langte beim Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden: BVwG) die gegenständliche Beschwerde samt dazugehörigem Verwaltungsakt ein.

7. Am 23.03.2017 wurde vor dem BVwG eine mündliche Verhandlung durchgeführt, an der der BF 1 und der BF 2, ihr Rechtsvertreter und ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen.

8. Das BVwG beraumte in der Folge für den 23.03.2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung an, an welcher der BF1 und die BF2, ihr Rechtsvertreter und ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen.

Am Schluss der Verhandlung wurde nach Durchführung der nichtöffentlichen Beratung des Senates gemäß§ 29 Abs. 2 VwGVG das gegenständliche Erkeknntnis verkündet.

9. Mit Erkenntnis des BVwG vom 23.03.2017, Zl. G304 2123971-2/7E, wurde die Beschwerde der BF 2 und des BF 1 als unebgründet abgewiesen.

10. Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes (im Folgenden: VfGH) vom 26.02.2018, Zl.E 2144/2017-14, wurde das Erkenntnis des BVwG vom 29.03.2017, Zl. G304 2123971-2/7E, aufgehoben, weil der BF durch das angefochtene Erkenntnis wegen Anwendung eines verfassungswidirgen Gesetzes in seinen Rechten verletzt worden sei.

11. Am 24.07.2018 wurde vor dem BVwG, Außenstelle Graz, eine neuerliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese gestaltete sich auszugsweise wie folgt (Vorsitzende Richterin (VR), neben BF - Weitere Verfahrenspartei (WP), Rechtsvertreter (RV)):

"WP: Aus der Sicht des Betriebes ist es auf jeden Fall ein Vorteil, wenn ein Koch eine Matura und gute Rechtschreibkenntnisse hat. Der BF hat sich, als er bei uns als Abwäscher begonnen hat, wirklich schnell integriert und wurde zu einer sehr wertvollen Arbeitskraft. Ihm wurden auch organisatorische Tätigkeiten übertragen wie unter

anderem die Einteilung der Dienste (Küchenpersonal).

VR: Welche Dienste teilt der BF ein?

WP: Die Dienste der Küchenkräfte, also Koch und Abwäscher. Ein Koch teilt bei uns keine Servicekräfte ein, da es verschiedene Bereiche sind.

VR: Sind seine Aufgaben dann nicht, so wie im Antrag beschrieben?

WP: Ja, jedoch gibt es bei uns den Bereich des Annoncierens. Das macht bei uns eigentlich der Chef, aber auch der BF hat diese Kenntnisse.

VR: Wo sehen Sie den Mehrwert einer Universitätsreife im Küchenbereich?

WP: Im Allgemeinen. Die Schreibkenntnisse sind besser und bei der Kalkulation tut sich ein Maturant leichter.

RV: Wenn Sie die Wahl zwischen einem Koch ohne und einem mit Abitur haben, nehmen Sie den mit Abitur?

WP: Ja.

VR: Wie würde die berufliche Weiterbeschäftigung des BF in Zukunft aussehen?

WP: Es hängt von der Gesundheit des Herrn XXXX ab.

VR: Welche Ausbildung hat Herr XXXX?

WP: Koch.

VR: Könnte man die Position des Annoncierplatzes auch mit einem Nicht-Koch besetzen?

WP: Nein.

VR: Muss der Mitarbeiter der am Annoncierplatz arbeitet die Matura haben?

WP: Nein.

VR: Ist die Tätigkeit eines Restaurantleiters als Tätigkeitsbereich für den BF angedacht?

WP: Nein. Jedoch ist der BF ein "Bindeglied" zwischen Küche und Service.

RV: Wie viele Personen arbeiten bei Ihnen in der Küche?

WP: 9. Wir haben 4 Köche, einen Hilfskoch und 4 Lehrlinge.

RV: Hat der BF etwas mit der Patisserie zu tun?

WP: Bis heute bestimmt schon.

RV: Wäre der BF am Annoncierplatz einzusetzen wenn dieser die Bewilligung hat?

WP: Ja.

Die Verhandlung wird um 12:05 Uhr unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 12:15 Uhr fortgesetzt.

Die Sach- und Rechtslage wird weitwendig erörtert.

Die VR gibt dem RV und der BehV die Möglichkeit, zu den bisherigen Angaben der Parteien eine mündliche Stellungnahme abzugeben oder Fragen zu stellen.

BehV: Dem AMS ist es wichtig festzuhalten, dass Tätigkeiten im Gastonomiebereich, unabhängig von der Berufsbezeichnung sehr unterschiedlich sein können. Die Universitätsreife ist somit nicht als Normalzugang zu einer Rot-Weiß-Rot-Karte zu sehen. Auch die Tätigkeit als Restaurantleiter ist immer auf die tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten zu beurteilen. Das AMS nimmt hier immer eine Einzelfallbeurteilung vor.

VR: Kann es im Einzelfall dann auch sein, dass ein Mitarbeiter mir der Stellenbezeichnung Koch beantragt wird aufgrund der tatsächlich ausgeübten Tätigkeiten (Administrativbereich) Punkte für die Universitätsreife zuerkannt bekommt?

BehV: Sofern die zum Nachweis erforderlichen Unterlagen vorgelegt werden, ist dies nur unter den Bedingungen vorstellbar, dass auch eine Kochausbildung nachgewiesen wird. Aber wir prüfen auch hier stets den Einzelfall. Jemand

der als Koch beantragt wird, muss er vor allem die Ausbildung als Koch nachweisen. Die Matura ist zweitrangig. Von einem österreichischen Koch, verlange ich die Matura auch nicht.

RV: Der BF selbst hat nachweislich die Ausbildung als Koch eines angesehenen Institutes im Kosovo absolviert. Diese Ausbildung ist eine im Kosovo angebotenen übliche Ausbildung. Er selbst war bereits als Küchenmanager und Koch tätig. Würde bei Erteilung eines Aufenthaltstitels im Betrieb der Fa. XXXX seine Tätigkeiten am Annoncierplatz ausüben, sodass hierfür zweifelsohne das Abiturzeugnis vorteilhaft und seitens der Fa. XXXX auch bevorzugt werden würde, sodass sämtliche Voraussetzung als selbstständige Schlüsselkraft vorliegen."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Am 08.09.2015 beantragte die BF 2 die Zulassung des im Spruch angeführten kosovarischen Staatsangehörigen als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslbG.

1.2. Diesem Antrag wurde von der belangten Behörde jedoch mit der Begründung keine Folge gegeben, dass die vom BF 1 absolvierte Ausbildung zum Koch in Bezug auf die Dauer nicht mit derjenigen in Österreich geforderten Fachausbildung gleichgestellt und mangels anzuerkennender Berufsausbildung auch die auf seine Ausbildung folgende Berufserfahrung nicht anerkannt werden könne. Die abweisende Entscheidung der belangten Behörde vom 21.12.2015 wurde auch mit Beschwerdevorentscheidung vom 15.03.2016 bestätigt. Nach Vorlageantrag und darauffolgender Behebung der Beschwerdevorentscheidung und Zurückverweisung der Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde wurde mit gegenständlich angefochtenem Bescheid vom 23.09.2016 der Beschwerde erneut nicht stattgegeben.

1.3. Mit schriftlicher Stellungnahme vom 29.11.2016 wurden zwei Nachweise über erworbene Deutschkenntnisse vorgelegt, ein mit "19.05.2016" datiertes "ÖSD Zertifikat A2" aus seinem Heimatland, wonach er die Prüfung "gut bestanden" hat, und ein mit "02.06.2014" datiertes Zertifikat der XXXX über den Besuch des Kurses "Deutsch Umgangssprache und Fachsprache" im Umfang von 101 Unterrichtseinheiten.

1.4. Der BF1 hat am 16.06.2010 eine Kochausbildung in der Dauer von 480 Stunden (60 Stunden Theorie und 420 Stunden Praktikum) absolviert und daraufhin im Zeitraum von 01.07.2010 bis 30.08.2011 als Manager in einem Restaurant gearbeitet.

1.5. Er war im Zeitraum von 17.04.2012 bis 23.09.2015 im Betrieb des BF 2 als Abwäscher beschäftigt, zunächst nur geringfügig, seit 2014 als Vollzeit - Abwäscher.

Die letzte Beschäftigungsbewilligung wurde mit 23.09.2015 beendet, da der Aufenthaltstitel des BF mit 31.08.2015 abgelaufen ist und dem BF mit der Begründung, es sei kein entsprechender Studienerfolg vorgelegen, kein weiterer Aufenthaltstitel als Schüler und Studierender erteilt werden konnte.

1.6. Nunmehr soll der BF 1 beim BF 2 als Koch tätig werden und auch organisatorisch Tätigkeiten übernehmen, wie etwa die Dienste des Küchenpersonals - Koch und Abwäscher - einteilen, der Angabe der Vertreterin des BF 2 in mündlicher Verhandlung vom 24.07.2018 zufolge damit Bindeglied zwischen Küche und Service sein.

2. Beweiswürdigung:

Der oben angeführte Verfahrensgang und Sachverhalt ergeben sich aus dem diesbezüglich unzweifelhaften und unbestrittenen Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes des AMS sowie des nunmehr dem BVwG vorliegenden Gerichtsaktes.

Die Feststellungen zur Erwerbstätigkeit des BF 1 beim BF 2 ergeben sich aus einem AJ-WEB Auskunftsverfahrensauszug und den diesbezüglichen unbedenklichen Akteninhalt.

Dass, wie ihm mit Schreiben des AMS vom 17.11.2016 vorgehalten wurde, der BF 1 nur bis einschließlich 31.08.2015 im Bundesgebiet aufenthaltsberechtigt war, ergab sich aus einem Fremdenregisterauszug, aus welchem hervorgeht, dass der BF 1 im Zeitraum von 02.02.2013 bis 01.02.2014 als "Studierender" und von 14.02.2014 bis 13.02.2015 als "Schüler" einen Aufenthaltstitel innehatte und sein am 02.02.2015 gestellter Verlängerungsantrag am 31.08.2015 abgewiesen wurde. Der BF 1 war nicht nur für die Dauer seines ihm erteilten Aufenthaltstitel, sondern auch für die Dauer seines Verlängerungsverfahrens bis zur Abweisung seines Antrages am 31.08.2015 im Bundesgebiet aufenthaltsberechtigt.

Dass der BF 1 in seinem Heimatland eine Ausbildung zum Koch im Ausmaß von 480 Stunden, davon 60 Stunden Theorie und 420 Stunden Praktikum, absolviert hat, ergibt sich aus einer vorgelegten Kopie eines Diploms, die dies bestätigt. Die Feststellung zu seiner Tätigkeit als Restaurantmanager von 01.07.2010 bis 30.08.2011 beruht auf einer vorgelegten Firmenbestätigung.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Zuständigkeit und anzuwendendes Recht:

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit.

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das BVwG durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 20f Abs. 1 AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide einer Geschäftsstelle das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter angehören, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und aus dem Kreis der Arbeitnehmer. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG,BGBl. I 2013/33 i.d.F. 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.

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben findet, den angefochtenen Bescheid aufgrund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4 VwGVG) zu überprüfen.

Gemäß § 9 Abs. 1 Z 3 und 4 VwGVG hat die Beschwerde die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, und das Begehren zu enthalten.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist.

Das Verwaltungsgericht hat gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG über Beschwerden gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht (Z 1) oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist (Z 2).

3.2. Zu Spruchteil A): Abweisung der Beschwerde:

3.2.1. Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen des AuslBG lauten:

Gemäß § 20d Abs. 1 AuslBG haben besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte sowie sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen 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

1. als besonders Hochqualifizierter gemäß § 12

2. als Fachkraft gemäß § 12a,

3. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1,

4. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 2 (Studienabsolvent),

5. als Schlüsselkraft gemäß § 12c (Anwärter auf eine "Blaue Karte EU") oder

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.

Gemäß § 12b Z 1 AuslBG, BGBl. I. Nr. BGBl. Nr. 218/1975 idFd. BGBl. I Nr. 25/2011, 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.

Die Wortfolge "die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und" in § 12b Z. 1 wurde ebenso wie die Anlage C "Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z. 1" des Bundesgesetzes vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslbG), BGBl Nr. 218/1975 idF BGB. I Nr. 25/2011, vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 13.12.2017, G 281/2017, als verfassungswidrig aufgehoben, wobei festgesetzt wurde, dass die Aufhebung der angeführten Wortfolge mit Ablauf des 31. Dezember 2018 in Kraft tritt.

Nach Außerkrafttreten des § 12b Z. 1 AuslbG, BGBl. BGBl. Nr. 218/1975 idF BGBl. I Nr. 66/2017, welche Fassung für den Zeitraum von 01.10.2017 bis 31.12.2018 in Kraft ist, am 31.12.2018, tritt § 12b Z. 1 AuslbG in der vom VfGH mit Entscheidung vom 13.12.2017, G281/2017, geänderten Fassung in Kraft.

§ 12b Z. 1 AuslbG, BGBl Nr. 218/1975, in der Fassung nach Außerkrafttreten der "alten" Fassung am 31.12.2018, lautet - ohne die vom VfGH mit Entscheidung vom 13.12.2017 aufgehobene Wortfolge - wie folgt:

"Gemäß § 12b Z 1 AuslBG, BGBl. I. Nr. BGBl. Nr. 218/1975 idFd. BGBl. I Nr. 25/2011, werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie 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."

Der mit "Beschäftigungsbewilligung" betitelte § 4 Abs. 1 AuslbG lautet wie folgt:

"§ 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 und

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."

§ 4 b Abs. 1 AuslbG lautet wie folgt:

"(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."

3.2.2. Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 26.02.2018 wurde das Erkenntnis des BVwG vom 23.03.2017, Zl. G304 2123971-2/7E, mit welchem die Beschwerde gegen den Bescheid des AMS vom 23.09.2016, mit welchem dem Antrag des BF 2 auf Zulassung des BF 1 - eines kroatischen Staatsangehörigen - als Schlüsselkraft nicht Folge gegeben wurde, abgewiesen wurde, aufgehoben, mit der Begründung, dass der BF 1 wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in seinen Rechten verletzt worden sei.

In besagtem Erkenntnis des VfGH wurde begründend ausgeführt:

"4. Der Verfassungsgerichtshof hat über die - zulässige Beschwerde erwogen:

"4.1. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 13. Dezember, 2017, G 281/2017, die Wortfolge "die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und" in § 12b Z. 1 sowie die Anlage C "Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z. 1" des AUslbG, BGBl. 218/1975 isF BGBl. I 25/2011, als verfassungswidrig aufgehoben.

4.2. Gemäß Art. 140 Abs. 7 B-VG wirkt die Aufhebung eines Gesetzes auf den Anlassfall zurück. Es ist daher hinsichtlich des Anlassfalles so vorzugehen, als ob die als verfassungswidrig erkannte Norm bereits zum Zeitpunkt der Verwirklichung des der angefochtenen Entscheidung des Verwaltungsgerichtes zugrunde gelegten Tatbestandes nicht mehr der Rechtsordnung angehört hätte.

(...)."

In dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes wurde auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom

13.12.2017, Zl. G 281/2017, hingewiesen, mit welchem die Wortfolge "die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und" in § 12b Z. 1 sowie die Anlage C "Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslbG), BGBl. Nr. 218/1975 idF des Bundesgesetzes mit dem das Ausländerbeschäftigungsgesetz und das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1997 geändert werden, BGBl. I Nr. 25/2011, als verfassungswidrig aufgehoben wurden, wobei diese Aufhebung mit Ablauf des

31. Dezember 2018 in Kraft tritt.

3.2.3. Im gegenständlichen Fall war einem "Texteintrag" einer Mitarbeiterin der belangten Behörde vom 12.09.2016 zufolge die Zulassung des BF 1 als sonstige Schlüsselkraft für die Tätigkeit als "Abteilungskoch" beim BF 2 beantragt.

Mit gegenständlich angefochtenem Bescheid der belangten Behörde vom 23.09.2016 wurde der Antrag des BF 2 auf Ausstellung einer Rot-Weiß-Rot-Karte für den BF 1 als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z. 1 AuslbG, BGBl. Nr. 218/1975 idgF., abgewiesen. In diesem Bescheid wurde ausgeführt:

"Zur Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes wird festgehalten, dass dem für die Zeit vom 28.01.2016 bis 12.09.2016 laufenden Auftrag auf Zuweisung eines Koch/einer Köchin in Summe 25 Arbeitskräfte zugewiesen wurden, 10 davon sind noch ohne Rückmeldung, die letzte Zuweisung erfolgte am 06.09.2016.

D.h. die Abdeckung mittels ausgebildeter Köche aus dem Potential der vorgemerkten Arbeitslosen müsste bzw. ist möglich. Da der Betrieb hat mittlerweile 2 Kochlehrlinge eingestellt hat, wird diese Annahme bestätigt."

In der mündlichen Verhandlung am 23.03.2017 gab der Rechtsvertreter des BF 2 an (im Folgenden für Name des Arbeitgebers BF 2, für Name der Arbeitskraft BF 1 und Vertreterin des BF 2 statt deren Name angeführt):

"Unter Verweis auf die Beschwerdeausführungen und zahlreich eingebrachten Stellungnahmen sowie die im gegenständlichen Verfahren vorgelegten Urkunden wurden sämtliche Beweise vorgebracht, die rechtfertigen, der Beschwerde Folge zu geben und dem BF 1 den Aufenthaltstitel als sonstige Schlüsselkraft zu erteilen. Im Kosovo ist keine andere Ausbildung des Koches vorgesehen, die der BF 1 im Verfahren als Nachweise für seine Ausbildung vorgelegt hat. In Verbindung mit dem nunmehr im Verfahren vorgelegten Abiturzeugnis sowie die Sprachkenntnisse, die Berufserfahrung im Ausland, der Beschäftigung im Inland, ist die Mindestpunkteanzahl als Erfordernis der sonstigen Schlüsselkraft erreicht.

Des Weiteren möchte ich darauf verweisen, dass der BF 1 für die BF 2 einen sehr wichtigen Mitarbeiter darstellen würde, wie sich aus dem unter einem vorgelegten E-Mail der Vertreterin des BF 2 vom 23.11.2016 ergibt. Demnach ist die fragliche Stelle nach wie vor nicht besetzt und ist es nicht möglich, einen Mitarbeiter zu finden, der den BF 1 ersetzen könnte."

Die Wortfolge "die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und" in§ 12b Z. 1 AuslbG und auch die Anlage C "Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z. 1" des AuslbG, BGBl. 218/1975 idF BGBl. I 25/2011, mit Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 13.12.2017, Zl. G 281/2017, wurde als verfassungswidrig aufgehoben. Eine zu erreichende Mindestpunkteanzahl ist daher nicht mehr entscheidungsrelevant.

Die Aufhebung besagter Wortfolge in § 12b Z. 1 AuslbG und besagter Anlage C des AUslbG, BGBl. 218/1975 idF BGBl. I 25/2011, tritt zwar erst mit Ablauf des 31. Dezember 2018 in Kraft, wird jedoch der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 26.02.2018, Zl. E 2144/2017-14, zufolge gemäß Art. 140 Abs. 7 B-VG als auf den Anlassfall zurückwirkend angesehen und im gegenständlichen Fall so vorgegangen, als ob die als verfassungswidrig erkannte Norm bereits zum Zeitpunkt der Verwirklichung der Verwirklichung des der vorangegangenen Entscheidung des BVwG vom 23.03.2017 zugrunde gelegten Tatbestandes nicht mehr der Rechtsordnung angehört hätte.

In mündlicher Verhandlung vom 23.03.2017 gab der Behördenvertreter an, dass er die 480 Stunden-Ausbildung des BF 1 im Kosovo nicht akzeptiere, und führte der Rechtsvertreter der BF an, dass im Kosovo keine andere Kochausbildung vorgesehen sei und diese Ausbildung des BF 1 einer Zulassung als Schlüsselkraft nicht entgegenstehe.

In gegenständlich angefochtenem Bescheid ging die belangte Behörde davon aus, dass für die vom BF 2 beantragte Stelle nicht die erforderliche Ausbildung als Koch vorliege.

Der BF 1 hat in seinem Herkunftsstaat eine Kochausbildung im Ausmaß von 480 Stunden (60 Stunden Theorie und 420 Stunden Praktikum) absolviert.

Wie auch das BVwG in seiner Entscheidung vom 22.05.2017, Zl. L516 2142293-1, ausführt, ist für die Zulassung einer Schlüsselkraft keine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung erforderlich. In § 12b Z 1 AuslBG waren ausbildungsrelevante Umstände ausschließlich im Rahmen der in - mit Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vom 26.02.2018, Zl. E 21414/2017-14, bereits als verfassungswidrig aufgehobenen - Anlage C angeführten Kriterien bei der Ermittlung der Mindestpunktezahl (allenfalls) zu berücksichtigen (VwGH 13.12.2016, Ra 2016/09/0104).

Im gegenständlichen Fall ist somit entgegen der Auffassung der belangten Behörde die im Herkunftsstaat des BF 1 von ihm absolvierte Kochausbildung für die beantragte Stelle jedenfalls ausreichend. Der im Verwaltungsakt einliegende "Texteintrag" der belangten Behörde vom 04.01.2017, "zum heutigen Tag sind insgesamt im Raum (...) 123 Personen arbeitslos vorgemerkt, die eine Lehre als Koch absolviert haben, also besser ausgebildet sind als der BF 1, (...)", ist im gegenständlichen Fall somit ebenso wenig berücksichtigungswürdig wie der im Verwaltungsakt einliegende "Texteintrag" vom 12.09.2016:

"(..) für den Beruf Koch wurde nur ein Kursbesuch im Ausmaß von 480 Stunden belegt, der aber nicht mit einer österreichischen Lehrausbildung gleichzusetzen ist."

3.2.4. Der BF 2 hatte hinsichtlich verfahrensgegenständlichen Antrages auf Zulassung des BF 1 als sonstige Schlüsselkraft ein Ersatzkraftverfahren durchzuführen, hat der Arbeitgeber doch ausländischen Arbeitskräften vorgemerkte Arbeitslose als Ersatzarbeitskräfte vorzuziehen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob für den beantragten Ausländer am inländischen Arbeitsmarkt geeignete Ersatzkräfte zur Verfügung stehen, im Rahmen einer nach den Bestimmungen des § 4b Abs. 1 AuslBG durchzuführen Arbeitsmarktprüfung zu prüfen (vgl. u.a. VwGH 18.06.2014,2013/09/0189).

Das AuslBG räumt einem Arbeitgeber grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung für einen individuell von ihm gewünschten ausländischen Dienstnehmer ein, solange die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gegenüber diesem gemäß § 4b AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften besteht (VwGH 03.07.2000, 99/09/0041).

§ 4b Abs. 1 AuslbG sieht vor, dass die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zulässt, 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.

Die Bestimmung des § 4b Abs 1 AuslBG bezweckt einen Vorrang von Inländern und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmern bei der Arbeitsvermittlung. Diesem Zweck würde es widersprechen, wenn entgegen der allgemeinen Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes eine Beschäftigungsbewilligung zu erteilen wäre, weil zB der einzelne (ausländische) Arbeitnehmer einen - aus welchen Gründen auch immer - zu seiner Einstellung bereiten Arbeitgeber gefunden hat. 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. Die Prüfung der Arbeitsmarktlage erübrigt sich indes dann, wenn seitens des Arbeitgebers die Stellung jeder Ersatzkraft begründungslos abgelehnt wird (Hinweis E 22. 04. 1993, 93/09/0118, E 19. 05. 1993, 93/09/0130), (VwGH, 28.06.2007, Zl 2005/09/0186).

Ein Ersatzkräfteverfahren nach § 4b Abs. 1 AuslBG ist vom Arbeitsmarktservice nur dann durchzuführen, wenn die Stellung einer Ersatzkraft vom Antragsteller nicht ausdrücklich abgelehnt wird (Hinweis E 6. März 1997, 94/09/0387). Es sind in einem solchen Fall demnach keine Feststellungen darüber zu treffen, zu welchem Ergebnis ein Ersatzkraftstellungsverfahren - hätte der Antragsteller ein solches zugelassen - tatsächlich geführt hätte. Hat der

antragstellende Arbeitgeber offensichtlich nur an der Einstellung eines(r) bestimmten Ausländers(in) Interesse und lehnt deshalb die Stellung von Ersatzkräften ab, hindert dies die Behörde, konkrete Feststellungen über das Vorhandensein entsprechender Ersatzkräfte zu treffen (VwGH, 28.02.2002, Zl. 99/09/0093)

Die Prüfung der Arbeitsmarktlage erübrigt sich nach ständiger Rechtsprechung des VwGH jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber die Stellung einer Ersatzkraft von vornherein ablehnt (vgl. VwGH vom 24.01.2014, Zl. 2013/09/0070).

Ungeachtet einer ausdrücklichen Bereitschaft, an einem Ersatzkraftverfahren mitzuwirken hat das Arbeitsmarktservice eine Prüfung der Arbeitsmarktlage durchzuführen und dem Arbeitgeber die der Meinung des Arbeitsmarktservice nach als bevorzugt zu behandelnden Arbeitssuchenden, die fähig und bereit sind, den vom Arbeitgeber zu besetzenden Arbeitsplatz zu den angebotenen Bedingungen auszufüllen, namhaft zu machen. Erst dann kann rechtlich einwandfrei beurteilt werden, ob der Arbeitgeber des Ausländers tatsächlich kein Interesse an einer solchen Vermittlung hat. Dabei hat es der Prüfung der Arbeitsmarktlage das vom Arbeitgeber angegebene Anforderungsprofil nur insoweit zu Grunde zu legen, als es in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung findet (VwGH 24.01.2014, 2013/09/0070).

In gegenständlich angefochtenem Bescheid vom 23.09.2016 ist die belangte Behörde von einer möglichen Ersatzkraftstellung ausgegangen und gab diesbezüglich an:

"Zur Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes wird festgehalten, dass dem für die Zeit vom 28.01.2016 bis 12.09.2016 laufenden Auftrag auf Zuweisung eines Koch/ einer Köchin in Summe 25 Arbeitskräfte zugewiesen wurden, 10 davon sind noch ohne Rückmeldung, die letzte Zuweisung erfolgte am 06.09.2016. D.h. die Abdeckung mittels ausgebildeter Köche aus dem Potenzial der vorgemerkten Arbeitslosen müsste bzw. ist möglich. Da der Betrieb mittlerweile 2 Kochlehrlinge eingestellt hat, wird diese Annahme bestätigt."

Die Ausführung im gegenständlich angefochtenen Bescheid vom 23.09.2016, "dass dem für die Zeit vom 28.01.2016 bis 12.09.2016 laufenden Auftrag auf Zuweisung eines Koch/ einer Köchin in Summe 25 Arbeitskräfte zugewiesen wurden, 10 davon sind noch ohne Rückmeldung, die letzte Zuweisung erfolgte am 06.09.2016", kann als Indiz dafür gedeutet werden, dass der BF 2 an den ihm zugewiesenen zehn arbeitslosen Personen, denen er zum Zeitpunkt des gegenständlich angefochtenen Bescheides der belangten Behörde zufolge seit Zuweisung dieser am 06.09.2016 noch keine Rückmeldung erstattet habe, kein besonderes Interesse hat.

In einem mit Wichtigkeit "Hoch" übermittelten - E-Mail vom 23.11.2016 - der bei der mündlichen Verhandlung am 24.07.2018 teilgenommenen Vertreterin des BF 2 an den BF 1 und den Rechtsvertreter wurde unter anderem ausgeführt:

"Zum Punkt der ausgeschriebenen freien Koch-Stellen und der "Vielen" zugewiesenen Arbeitssuchenden, dürfen wird wie folgt mitteilen:

(...), die Stellen sind ausgeschrieben. Leider ist es so, dass auf eigene Initiative keine Bewerber ins Haus kommen und sich vorstellen müssen. Deshalb kontaktieren wir als Betrieb die Arbeitssuchenden per Mail oder Telefon und bitten um Bewerbungsunterlagen oder ein Vorstellungsgespräch.

Von denen die man telefonisch erreicht, bekommt man als Antwort, dass sie in einer Umschulung stehen oder die Arbeit aufgrund einer Krankheit nicht ausüben können... usw. Von denen die wir per Mail kontaktieren, bekommen wir großteils keine Antwort. Trotzdem gab es ein paar Arbeitssuchende, die im (BF 2) den Dienst angetreten haben. Jedoch hörten alle wieder innerhalb kürzester Zeit auf.

Die Begründungen dafür waren sehr unterschiedlich; Mutter ist schwer erkrankt, Arbeit ist zu viel, Arbeit ist zu stressig, in der Küche zieht es, die Arbeitszeiten sind zu flexibel (kann mir die Freizeit

nicht einteilen) ... usw.

Wir als Betrieb sind sehr empört über die Art und Weise wie sich die Arbeitssuchenden "raus reden" können, ohne dass deren Bezug leidet. Gleichzeitig müssen wir feststellen, dass jenen die arbeiten (Beispielsweise bei Messen tageweise aushelfen) der Bezug sofort eingestellt wird, wenn nicht unmittelbar der Nachweis über die Beschäftigung erbracht wird.

Hier ist offensichtlich, dass etwas verkehrt läuft - nämlich Bestrafung für jene die arbeiten und keine Konsequenzen für jene die nicht arbeiten wollen.

Der BF 1 kennt den Betrieb, will arbeiten und darf nicht. Wir möchten den BF 1 endlich wieder bei uns einstellen!

Somit hoffen wir auf Erfolg der nächsten Beschwerde, damit jetzt nach 1,5 Jahren "Wartezeit" dieser Fall endlich zu einem positiven Abschluss kommt!"

Es ist nicht nachvollziehbar, dass der BF 2, wie von ihm in einem E-Mail vom 23.11.2016 mitgeteilt wurde, von den ihm zugewiesenen per E-Mail kontaktierten Personen, "großteils" keine Antwort bekommen habe, handelt es sich doch bei den für die in Frage gekommene Stelle zugewiesenen Arbeitskräfte um Personen auf Arbeitssuche, die die dafür erforderliche Grundqualifikation erfüllen.

Diesem E-Mail vom 23.11.2016 zufolge seien die dem BF 2 zugewiesenen bei ihm bereits den Dienst angetretenen Arbeitskräfte alle "arbeitsunwillig" gewesen. Zunächst wurde - belanglos - darauf hingewiesen, "trotzdem gab es ein paar Arbeitssuchende, die im (BF 2) den Dienst angetreten haben." Dann wurde unter Angabe verschiedener allgemeingehaltener Begründungen dafür - Mutter schwer erkrankt, Arbeit zu viel, Arbeit zu stressig, in der Küche zieht es, Arbeitszeiten zu flexibel - betont, "jedoch hörten ALLE wieder innerhalb kürzester Zeit auf."

Hinsichtlich derer, die laut Angabe im E-Mail vom 23.11.2016 den Dienst beim BF 2 angetreten haben, konnte keine hinreichende Begründung dafür gegeben werden, warum keine Ersatzkraftstellung möglich war. Die Begründungen dafür waren bloß allgemeingehalten. Dem BF 2 war es zudem wichtig zu betonen, dass "ALLE" nach Dienstantritt "innerhalb kürzester Zeit" wieder aufgehört hätten.

Gegen Ende des E-Mails wurde angeführt: "(Der BF 1) kennt den Betrieb, will arbeiten und darf nicht. Wir möchten Herrn (Name des BF 1) nun endlich wieder bei uns einstellen! Somit hoffen wir auf Erfolg der nächsten Beschwerde, damit jetzt nach 1,5 Jahren "Wartezeit" dieser Fall endlich zu einem positiven Abschluss kommt!"

Die Angabe des BF 2 in diesem E-Mail, nach 1,5 Jahren "Wartezeit" auf einen positiven Abschluss zu hoffen, spricht jedenfalls eher für ein "Warten" auf eine positive Erledigung hinsichtlich des vom BF 2 gestellten Antrages vom 08.09.2015 auf Zulassung des BF 1 als sonstige Schlüsselkraft 2 als für eine auf die tatsächliche Erlangung einer geeigneten Ersatzarbeitskraft gerichtete Aktivität des BF 2.

Der tatsächlich geplante Tätigkeitsbereich des BF 1, für den im Jahr 2015 eine Zulassung als sonstige Schlüsselkraft für die Tätigkeit als "Abteilungskoch" beim BF 2 beantragt wurde, umfasste laut Angaben in den beiden mündlichen Verhandlungen vom 23.03.2017 und 24.07.2018 einen über den Antrag hinausgehenden Aufgabenbereich.

In der mündlichen Verhandlung am 24.07.2018 wurde anfangs die verfahrensgegenständliche Arbeitsplatzbeschreibung erörtert, "aus der sich nach Ansicht des BF (1) ergibt, dass auch administrative Tätigkeiten zu verrichten sind, als auch der BF (1) im Krankheitsfall oder als Urlaubsvertretung in einzelnen Fällen die Leitung in verschiedenen Küchenbereichen übernimmt."

Der Rechtsvertreter der belangten Behörde betonte in der mündlichen Verhandlung vom 24.07.2018, dass der BF 1 "als Abteilungskoch und Springer beantragt war". Das Wesen eines "Springers" würde darin liegen, dass dieser eben von allen Bereichen etwas verstehe. Der BF 1 sei bereits seit längerer Zeit beim BF 2 als Abwäscher beschäftigt, weshalb er Kenntnisse über die Abläufe im Betrieb habe.

In mündlicher Verhandlung vom 24.07.2018 gab die Vertreterin des BF 2 an, den BF 1 im Bereich des Annoncierens einsetzen zu wollen. Von der verhandelnden Richterin gefragt, ob die Aufgaben des BF 1 dann nicht so wie im Antrag beschrieben seien, gab die Vertreterin des BF 2 an: "Ja, jedoch gibt es bei uns den Bereich des Annoncierens (ergänzend: d.i. "Ausrufen von Service-Bestellungen in der Küche"). Das macht bei uns eigentlich der Chef, aber auch der BF (1) hat diese Kenntnisse."

Auf Frage der verhandelnden Richterin, wie die berufliche Weiterbeschäftigung des BF 2 in Zukunft aussehen werde, gab diese an: "Es hängt von der Gesundheit des Herrn XXXX (Arbeitgeber des BF 1) ab." Wie die "berufliche Weiterbeschäftigung" des BF 1 beim BF 2 konkret aussehen soll, konnte die Vertreterin des BF 2 jedoch nicht angeben.

Befragt nach der Ausbildung von Herrn XXXX führte die Vertreterin des BF 2 "Koch" an. Sie gab an, es sei die Einsetzung des BF 1 als Bindeglied zwischen Küche und Service geplant.

Der Rechtsvertreter verwies gegen Schluss der am 23.03.2017 geführten mündlichen Verhandlung darauf, "dass der (BF 1) für die (BF 2) einen sehr wichtigen Mitarbeiter darstellen würde, wie sich auch aus dem unter einem vorgelegten E-Mail vom 23.11.2016 von (der an der mündlichen Verhandlung am 24.07.2018 teilnehmenden Vertreterin des BF 2)

ergibt", und die fragliche Stelle nach wie vor nicht besetzt und es nicht möglich sei, einen Mitarbeiter zu finden, der den BF 1 ersetzen könnte.

Dieser Angabe des Rechtsvertreters folgend ist der BF 2 offensichtlich nicht bereit, eine ihm für die verfahrensgegenständlich ausgeschriebene Stelle zugewiesene geeignete Ersatzkraft einzustellen, sondern auf die Einstellung des BF 1 bedacht.

In einem "Texteintrag" der belangten Behörde vom 04.01.2017 wurde festgehalten, dass aufgrund im Raum (...) insgesamt über 100 arbeitslos vorgemerkter Personen mit absolvierter Kochlehre dem BF 1 "die RWR-Karte gemäß § 4 Abs. 1 Z. 1 AUslbG nicht erteilt werden" könne, "da das Potenzial an Ersatzkräften einfach zu groß ist."

Dem angefochtenen Bescheid zufolge waren zum Zeitpunkt der Bescheidausfertigung mittlerweile zwei Kochlehrlinge beim BF 2 eingestellt worden.

Die an der mündlichen Verhandlung vom 24.07.2018 teilnehmende Vertreterin des BF 2 sprach von einem zum Verhandlungszeitpunkt insgesamt neunköpfigen Küchenpersonal, bestehend aus vier Köchen, einen Hilfskoch und vier Lehrlingen.

Daraus ist ersichtlich, dass der BF 2 nach Bekanntgabe des BF 2 mit E-Mail vom 23.11.2016, alle dem BF 2 zugewiesenen und bei ihm den Dienst angetretenen Arbeitskräfte hätten innerhalb kürzester Zeit wieder aufgehört, zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 24.07.2018 - unabhängig davon, ob da die zum Zeitpunkt der Ausfertigung des angefochtenen Bescheides am 23.09.2016 beim BF 2 neu eingestellten zwei Kochlehrlinge miteingerechnet sind oder nicht, zum Zeitpunkt der Verhandlung am 24.07.2018 vier Lehrlinge in seinem Betrieb hatte.

In einem Schreiben des BF 2 an das BVwG vom 13.03.2017 betonte der BF 2, dass der BF 1 während den dreieinhalb Beschäftigungsjahren beim BF 2 "ein wertvoller Mitarbeiter" geworden sei und "die Arbeitsabläufe im Betrieb kenne und somit vielseitig einsetzbar sei. "Er bringt die erforderliche Flexibilität und Belastbarkeit für die Gastronomie mit und könnte sofort nach positivem Bescheid hier seinen Dienst als Abteilungskoch im Betrieb aufnehmen".

In mündlicher Verhandlung vom 24.07.2018 wurde von der an der Verhandlung teilnehmenden Vertreterin der belangten Behörde darauf hingewiesen, dass der BF aufgrund seiner langzeitigen Beschäftigung beim BF 2 als Abwäscher Kenntnisse über die Abläufe im Betrieb erworben habe. Die Vertreterin des BF 2 betonte, der BF 1 habe sich im Betrieb des BF 2 "wirklich schnell integriert" und sei "zu einer sehr wertvollen Arbeitskraft" geworden.

In mündlicher Verhandlung vom 23.03.2017 wurde der BF 1 vom Rechtsvertreter als wertvoller Mitarbeiter bezeichnet, für welchen kein geeigneter Ersatz gefunden werden könne.

Inwieweit der BF 1, der dreieinhalb Jahre lang beim BF 2 als "Abwäscher" beschäftigt war und infolge seiner langzeitigen Tätigkeit beim BF 2 arbeitsbedingt gute Kenntnisse über die Betriebsabläufe erworben hat, gegenüber anderen gleichqualifizierten am Arbeitsmarkt verfügbaren Ersatzkräften, die den Betriebsablauf ebenso kennenlernen können, einen Mehrwert hat, ist aus der Aktenlage nicht ersichtlich.

Die eine für den BF 1 vorgesehene Stelle wurde vom BF 2 offensichtlich bewusst für den BF 1 freigehalten, worauf auch die Angabe des Rechtsvertreters in mündlicher Verhandlung vom 23.03.2017, dass es nicht möglich sei, eine für den BF 1 mögliche Ersatzkraft zu finden, hindeutet.

In Gesamtbetrachtung ist von keinem tatsächlichen Interesse des BF 2 an einer Ersatzarbeitskraft auszugehen, weshalb gegenständliche Beschwerde als unbegründet abzuweisen war.

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

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at