jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2019/11/21 I401 2176353-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 21.11.2019

Entscheidungsdatum

21.11.2019

Norm

AuslBG §12b
B-VG Art. 133 Abs4

Spruch

I401 2176353-1/22E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Gerhard AUER als Vorsitzenden, sowie die fachkundigen Laienrichter Thomas GEIGER MBA und Josef WILLE als weitere Mitglieder des Senats über die Beschwerde des XXXX, vertreten durch MMag. Serkan AKMAN, Rechtsanwalt, Burggasse 74/8, 1070 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Feldkirch, Regionale Geschäftsstelle, vom 31.07.2017, GZ: 08114 / GF: 3865880 ABB-Nr. 3865880 betreffend "Versagung der Zulassung als sonstige Schlüsselkraft nach § 12b Z 1 AuslBG" nach nicht öffentlicher Sitzung 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. Am 11.05.2017 hat XXXX (in der Folge als Beschwerdeführer bezeichnet) an den Landeshauptmann von Wien, Magistratsabteilung 35 - Einwanderung und Staatsbürgerschaft, als zuständige Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde gemäß § 20d Abs. 1 Z 3 AuslBG einen Zweckänderungsantrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "Rot-Weiß-Rot-Karte (unselbständige Mobilität)" gemäß § 41 Abs. 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) gestellt.

Dem Antrag legte er eine Kopie eines Diploms der Republik Kosovo, Zentrum zur Beruflichen Befähigung in Prizren, vom 16.06.2011 über den Kursabschluss als Koch mit der Dauer von 480 Stunden (60 theoretische und 420 praktische

Stunden), ein Diplom über den Abschluss der Hohen Mittelschule des Gymnasiums "Asllan Berisha" in Rogove vom 20.09.2012 in der Fachrichtung Gesellschaftswissenschaften und ein ÖSD-Zertifikat über Deutschkenntnisse auf dem Niveau B2 bei. Angeschlossen wurden weiters eine Arbeitgebererklärung des H S (in der Folge als Arbeitgeber bezeichnet), mit der eine Entlohnung von € 2.550,-- für die unbefristete Tätigkeit des Beschwerdeführers als "Koch für mediterrane und kosovarischer Küche" in Aussicht gestellt wurde, sowie ein vom Arbeitsgeber am 04.05.2017 und vom Beschwerdeführer am 04.06.2017 unterfertigter Dienstvertrag.

2. Auf das Schreiben des Arbeitsmarktservice Feldkirch, Regionale Geschäftsstelle (in der Folge als Arbeitsmarktservice bezeichnet), vom 27.06.2017, wonach der Beschwerdeführer die erforderliche Mindestpunkteanzahl von 50 nicht erreiche, weil die ausbildungsadäquate Berufserfahrung nicht anerkannt worden sei, legte der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 10.07.2017 dar, es seien 20 Punkte für allgemeine Universitätsreife, weil er über ein Gymnasiumdiplom verfüge, und 20 Punkte für die abgeschlossene Berufsausbildung mit speziellen Kenntnissen als Koch, weil er im Kosovo eine der entsprechenden Ausbildung in Österreich gleichwertige, durch das vorgelegte Diplom dokumentierte Berufsausbildung zum Koch absolviert habe, zu berücksichtigen.

3. Mit E-Mail vom 18.07.2017 reichte der Beschwerdeführer eine Bestätigung des Inhabers des Restaurants N SH T "B" (in der Gemeinde Rahovec), ausgestellt am 03.06.2011 nach, wonach der Beschwerdeführer als Praktikant (Schüler) tätig gewesen sei und im Zeitraum vom 12.10.2008 bis 03.06.2011 das Praktikum als Koch abgeschlossen habe, sowie eine Bescheinigung, ausgestellt am 14.07.2017, wonach er im Zeitraum vom 15.10.2011 bis 28.04.2013 im angeführten Restaurant vollzeitbeschäftigt als Koch gearbeitet habe.

4. Mit Bescheid vom 31.07.2017 hat das Arbeitsmarktservice nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß 12b Z 1 AuslBG den Antrag vom 11.05.2017 auf Zulassung des Beschwerdeführers als Schlüsselkraft im Unternehmen des Arbeitgebers abgewiesen.

Begründend wurde ausgeführt, das Ermittlungsverfahren habe ergeben, dass statt der im Sinn des§ 12b Z 1 AuslBG erforderlichen Mindestpunkteanzahl von 50 Punkten nur 35 Punkte hätten angerechnet werden können.

5. Gegen diesen Bescheid hat der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer rechtzeitig und zulässig Beschwerde erhoben.

Er begründete sie - zusammengefasst - damit, dass eine abgeschlossene Berufsausbildung immer dann vorliege, wenn der Beschwerdeführer über ein Zeugnis verfüge, das seine Qualifikation für die beabsichtigte Beschäftigung zweifelsfrei nachweise. Entgegen der Rechtsansicht des Arbeitsmarktservice sei eine formale Gleichstellung mit einer inländischen Berufsausbildung nicht erforderlich.

Das vorgelegte Diplom, welches die abgelegte Berufsprüfung des Beschwerdeführers als Koch im Kosovo dokumentiere, in Verbindung mit den vorgelegten Praktikums- bzw. Dienstzeugnissen des Restaurants B über die von ihm dort ausgeübte Tätigkeit als Koch über eine Zeitdauer von insgesamt 52 Monaten sei Beweis dafür, dass der Beschwerdeführer im Kosovo eine Ausbildung als Koch absolviert habe. Bei der Beurteilung, ob eine abgeschlossene Berufsausbildung vorliege, seien entgegen der Rechtsansicht und Praxis des Arbeitsmarktservice neben dem Ausbildungszeugnis auch die vorgelegten beiden Dienstnachweise zu berücksichtigen.

Im Übrigen stelle das Arbeitsmarktservice gar nicht in Abrede, dass der Beschwerdeführer über die allgemeine Universitätsreife verfüge. Sie vergebe jedoch keine Punkte dafür, weil diese kein Erfordernis für die Ausbildung zum Koch und deshalb nicht anzuerkennen sei. Diese Rechtsansicht des Arbeitsmarktservice finde keine Deckung im Gesetz. Unabhängig davon, ob die Universitätsreife für die beabsichtigte Beschäftigung erforderlich sei oder nicht, seien dafür Punkte zu vergeben.

Der Beschwerdeführer stellte die Anträge, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, der Beschwerde Folge zu geben und dem Antrag auf Zulassung als Schlüsselkraft stattzugeben, in eventu den Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Erlassung einer neuen Entscheidung an die Behörde zurückzuverweisen sowie der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

6. Im Vorlagebericht vom 13.11.2017 verwies das Arbeitsmarktservice auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1077 Blg NR 24.GP, S 13 ("Sonstige Schlüsselkräfte"), wonach das zusätzliche Kriterium "spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten" in der Anlage C alternativ zu einer abgeschlossenen Berufsausbildung gelten und sicherstellen solle, dass

Profisportler, aber auch sonstige Spezialisten, die über keine formelle Berufsausbildung verfügen würden, zugelassen werden könnten. Dem sei entgegen zu halten, dass es in Österreich eine Lehrausbildung als Koch gebe. Das Vorhandensein derartiger spezieller Kenntnisse, welche vielleicht über jene eines normalen Facharbeiters mit einer abgeschlossenen Berufsausbildung als Koch hinausgingen, sei aber weder behauptet noch nachgewiesen worden. Die allgemeinen Kenntnisse einer kosovarischen oder italienischen Küche seien für sich alleine nicht geeignet, dieses Kriterium zu erfüllen.

Zur Nichtberücksichtigung der Universitätsreife sei anzumerken, dass im gegenständlichen Fall eine Universitätsreife nicht anerkannt werden könne, weil sie kein Erfordernis für eine Ausbildung als Koch darstelle. Mangels anerkannter abgeschlossener Berufs(fach)ausbildung könne auch die Tätigkeit als ("angelernter") Koch nicht als ausbildungsadäquate Berufserfahrung anerkannt werden. Bei diesem Ergebnis brauche nicht näher auf den Umstand eingegangen werden, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum des bestätigten Praktikums im Restaurant B zeitgleich die Mittelschule in Rogove besucht haben soll. Im Jahr 2008 sei der Beschwerdeführer erst 15 Jahre alt gewesen.

7. In Reaktion auf das Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.11.2017, mit dem dem Beschwerdeführer die Möglichkeit zur Stellungnahme zu diesem Vorlagebericht eingeräumt wurde, wiederholte dieser im Schreiben vom 13.12.2017 im Wesentlichen sein bisheriges Vorbringen.

8. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.03.2018 wurde dem Beschwerdeführer aufgetragen, entsprechende Unterlagen und Zeugnisse, aus denen - auch - die Dauer der beruflichen Ausbildung oder der erfolgreiche Abschluss einer schulischen Ausbildung hervorgehe, über die Art und Qualität der vom Beschwerdeführer erworbenen besonderen Kenntnisse und über den Beginn und das Ende der (Zusatz-) Ausbildung sowie Zeugnisse mit den Unterrichtsgegenständen der letzten beiden Schuljahre vor dem Abschluss der schulischen Ausbildung und die zwischen dem Beschwerdeführer und dem Arbeitgeber als Inhaber des Restaurants B abgeschlossenen Dienstverträge, die Jahreslohnkonten für die Jahre 2008 bis 2013 und die Bestätigungen des zuständigen Sozialversicherungsträgers über die An- und Abmeldungen des Beschwerdeführers zur Sozialversicherung für die Zeiträume des Praktikums und der Beschäftigung als Koch binnen innerhalb von drei Wochen vorzulegen.

9. Mit Schreiben vom 17.04.2018 übermittelte der Beschwerdeführer (lediglich) die Zeugnisse der 10., 11. und 12. Schulstufe des kosovarischen Gymnasiums "Asslan Berisha".

10. In seinem Schreiben vom 09.05.2018 führte das Arbeitsmarktservice zum Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.04.2018, mit dem die Stellungnahmen des Beschwerdeführers vom 13.12.2017 und vom 17.04.2018 sowie das Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 28.03.2018 übermittelt wurden, aus, dass für die in Aussicht genommene Beschäftigung als Koch eine allgemeine Universitätsreife im Allgemeinen nicht Voraussetzung sei. Der bloße Nachweis einer allgemeinen Universitätsreife ohne einschlägige Fachausbildung sei im Sinne der Zielsetzung der Regelung des § 12b Z 1 AuslBG ebenso wenig ausreichend wie der Abschluss eines Studiums mit dreijähriger Mindestdauer, mit dem keine der auszuübenden Tätigkeit entsprechende Qualifikation erworben worden sei.

Gemäß § 12b Z 1 iVm § 4 Abs. 1 Satz 1 AuslBG sei eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen. Eine positive Entscheidung könne es demnach nur geben, wenn keine geeigneten Ersatzarbeitskräfte im Sinne des § 4b AuslBG zur Verfügung stünden. Wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nicht entgegenstehe, müssten jedoch zusätzlich auch die übrigen Voraussetzungen des § 12b Z 1 kumulativ erfüllt sein. Daraus ergebe sich, dass der Umstand, dass keine geeigneten Arbeitskräfte vermittelt werden könnten, für sich alleine noch keinen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung begründe.

Im gegenständlichen Fall sei jedoch festzuhalten, dass laut aktuellem Datenabgleich mit 01.05.2018 eine Pizzaköchin erfolgreich habe vermittelt werden können. Weiters sei der Beschwerdeführer in der Pizzeria C des Arbeitsgebers laufend geringfügig beschäftigt. Dort würden nach wie vor keine kosovarischen oder albanischen Speisen angeboten. Außerdem hätten Ermittlungen ergeben, dass mit Ausnahme der gegenständlichen Beschwerde bei Aufträgen an das AMS zur Vermittlung von (Pizza-) Köchen/innen als Anforderung lediglich "Kenntnisse der italienischen Küche von Vorteil" wären, eventuell auch österreichische, aber niemals Kenntnisse von Speisen aus dem kosovarisch-albanischen Raum. Somit sei naheliegend, dass die gestellten Anforderungen des potentiellen Arbeitgebers an eine Ersatzarbeitskraft im Rahmen des Verfahrens gemäß § 12b Z 1 AuslBG den Zweck verfolgen würden, dem Beschwerdeführer zu einer Rot-Weiß-Rot-Karte zu verhelfen.

11. Auf das Schreiben des Bundesverwaltungsgerichts vom 28.02.2019, mit dem das Schreiben des Arbeitsmarktservice vom 09.05.2018 übermittelt wurde, erfolgte vom Beschwerdeführer keine Reaktion.

12. Nach Abberaumung der für den 29.04.2019 und 26.08.2019 anberaumten mündlichen Verhandlungen nahm der Beschwerdeführer seinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Einvernahme des Arbeitgebers zurück.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer, geboren am 08.09.1993, ist Staatsbürger des Kosovo.

Am 17.09.2012 schloss er die Hohe Mittelschule des Gymnasiums "Asllan Berisha" in der Fachrichtung Gesellschaftswissenschaften ab.

Weiters absolvierte er während der Schulzeit einen Kurs als Koch in der Dauer von 480 Stunden, wobei dieser Kochkurs 60 theoretische und 420 praktische Stunden umfasste. Über welchen Zeitraum sich der Kochkurs erstreckte und in welchem Ort im Kosovo er stattfand, konnte nicht festgestellt werden.

Bei M K, dem Inhaber des Restaurants B, im Dorf Xërxë in der Gemeinde Rahovec übte der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 15.10.2011 bis 28.04.2013 eine Praktikantentätigkeit als Koch aus, wobei nicht festgestellt werden konnte, um welche konkreten Zeiträumen es sich dabei handelte. In der Zeit vom 15.10.2011 bis 28.04.2013 war er in diesem Restaurant B in Vollzeit als Koch tätig.

In der Zeit vom 12.11.2013 bis 15.11.2017 verfügte der Beschwerdeführer in Österreich über eine Aufenthaltsbewilligung als Studierender.

Der Beschwerdeführer beantragte am 11.05.2017 die Ausstellung einer Rot-Weiß-Rot-Karte als (sonstige) Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG. Zum Zeitpunkt der Antragstellung hatte er somit das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet.

Er sollte im Unternehmen des Arbeitgebers auf unbestimmte Zeit als Koch mit Schwerpunkten der mediterranen / italienischen und zusätzlich der traditionellen kosovarischen Küche mit 40 Wochenstunden bei einem Entgelt in der Höhe von € 2.550,-- monatlich (samt Ansprüche auf Weihnachtsremuneration und Urlaubsbeihilfe etc.) tätig werden. Welche Spezialitäten der traditionellen kosovarischen Küche der Beschwerdeführer hätte zubereiten sollen, legte er nicht dar.

Er verfügt über Deutschkenntnisse auf dem Niveau B2.

In Österreich war der Beschwerdeführer in der Zeit vom 29.10.2013 bis 28.02.2015 und vom 06.11.2015 bis 31.08.2018 gemäß § 16 Abs. 2 ASVG in der Krankenversicherung freiwillig selbstversichert. Er war in der Zeit vom 05.12.2014 bis 28.02.2015 beim Dienstgeber M S und vom 09.03.2017 bis 18.05.2018 beim Arbeitgeber als geringfügig beschäftigter Arbeiter tätig.

Der Arbeitgeber gab in der Arbeitgebererklärung die Zustimmung zur Vermittlung von Ersatzarbeitskräften.

Die monatliche ASVG-Höchstbeitragsgrundlage für das Jahr 2017 belief sich auf € 4.980,--.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen basieren auf dem vorliegenden Akt des Arbeitsmarktservice und dem Vorbringen des Beschwerdeführers und sind im Wesentlichen unstrittig.

Zum Nachweis der Berufsausbildung und der ausgeübten Tätigkeit als Koch legte er im (Beschwerde-) Verfahren eine Kopie eines Diploms der Republik Kosovo, Zentrum zur Beruflichen Befähigung in Prizren, vom 16.06.2011 über den Kursabschluss als Koch mit der Dauer von 480 Stunden (60 theoretische und 420 praktische Stunden) vor. In diesem Diplom fehlen allerdings Angaben dazu, über welchen Zeitraum sich der Kochkurs erstreckt und wo dieser tatsächlich stattgefunden hat. Es lässt lediglich den Schluss zu, dass der Beschwerdeführer diesen Kurs während seiner Schulzeit absolviert hat.

Zudem finden sich im erstinstanzlichen Akt ein Diplom über den Abschluss der Hohen Mittelschule des Gymnasiums "Asllan Berisha" in Rogove vom 20.09.2012 in der Fachrichtung Gesellschaftswissenschaften, ein ÖSD-Zertifikat über Deutschkenntnisse auf dem Niveau B2, eine Arbeitgebererklärung über die in Aussicht genommen Tätigkeit des

Beschwerdeführers als Koch, einen vom Arbeitsgeber am 04.05.2017 und dem Beschwerdeführer am 04.06.2017 unterfertigten Dienstvertrag, eine Bestätigung des Inhabers des Restaurants B vom 03.06.2011 über die Praktikantentätigkeit des Beschwerdeführers als Koch im Zeitraum vom 12.10.2008 bis 03.06.2011 sowie von diesem ein Dienstzeugnis vom 14.07.2017, dass der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 15.10.2011 bis 28.04.2013 im angeführten Restaurant vollzeitbeschäftigt als Koch gearbeitet habe. Die näheren Zeiträume der Praktikantentätigkeit lassen sich der vorgelegten Bestätigung vom 03.06.2011 nicht entnehmen; andere Beweismittel dazu wurden nicht übermittelt.

Dass er in den angeführten Zeiträumen in der Krankenversicherung selbstversichert und bei M S sowie beim Arbeitgeber geringfügig beschäftigt war und er über eine (vier Mal verlängerte) von 12.11.2013 (zuletzt) bis 15.11.2017 gültige Aufenthaltsbewilligung als Studierender verfügte, ergibt sich aus einem aktuellen Versicherungsdatenausauszug und der Abfrage im Informationsverbundsystem Zentrales Melderegister jeweils vom 13.11.2019.

Die Höchstbeitragsgrundlage für 2017 wurde im BundesgesetzblattBGBl. II Nr. 391/2016 kundgemacht.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A):

3.1. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 13.12.2017, G 281/2017, die Wortfolge "die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und" in § 12b Z 1 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 BGBl. I Nr. 25/2011, als verfassungswidrig aufgehoben. Die Aufhebung trat mit Ablauf 31. Dezember 2018 in Kraft. Frühere gesetzliche Bestimmungen traten nicht wieder in Kraft.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt im Erkenntnis vom 26.06.2014, Zl. Ro 2014/16/0034, u.v.a., die Rechtsansicht, dass im Fall der Aufhebung eines Gesetzes (bzw. einer gesetzlichen Bestimmung) wegen Verfassungswidrigkeit nach Art. 140 Abs. 7 B-VG alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den Spruch des Verfassungsgerichtshofes gebunden sind. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles ist jedoch das Gesetz weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht. Hat der Verfassungsgerichtshof in seinem aufhebenden Erkenntnis eine Frist gemäß Abs. 5 gesetzt, so ist das Gesetz auf alle bis zum Ablauf dieser Frist verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles anzuwenden.

Da mit Bescheid des Arbeitsmarktservice von 31.07.2017 der Antrag des Beschwerdeführers vom 11.05.2017 auf Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG abgewiesen wurde und der vorliegende Fall nicht ein "Anlassfall" des zitierten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes war, ist diese Bestimmung gemäß Art. 140 Abs. 7 letzter Satz B-VG die aufgehobene Gesetzesbestimmung (ungeachtet der vom Verfassungsgerichtshof vorgenommenen Fristsetzung gemäß Art. 140 Abs. 5 B-VG) im gegenständlichen Beschwerdefall weiterhin anzuwenden.

3.2. Nach § 4 Abs. 1 AuslBG (in der Fassung BGBl. I Nr. 72/2013) 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. ...

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.

Der mit "Prüfung der Arbeitsmarktlage" überschriebene § 4b AuslBG (in der Fassung BGBl. I Nr. 72/2013) normierte in seinem Abs. 1, dass die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) 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.

Der mit "Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen" überschriebene § 12b AuslBG (in der Fassung BGBl. I Nr. 25/2011) lautete:

"Ausländer werden 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 Masterstudium 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."

Die Anlage C zum AuslBG (in der Fassung BGBl. I Nr. 25/2011) lautete:

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 vertiefte 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

3.2.2. Die gesetzliche Voraussetzung für die Anerkennung als Schlüsselkraft wäre nach den Angaben im gestellten Antrag hinsichtlich der Höhe der monatlichen Bruttoentlohnung erfüllt gewesen. Denn das vereinbarte (Brutto-) Entgelt in der Höhe von € 2.550,-- monatlich (samt den Ansprüchen auf Weihnachtsremuneration und Urlaubsbeihilfe etc.) überschritt den im § 12b Z 1 (erster Fall) AuslBG normierten Mindestbetrag von 50 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage von € 4.980,--.

3.2.3. Der Beschwerdeführer machte in der erhobenen Beschwerde im Wesentlichen geltend, dass er aufgrund der von ihm erworbenen Universitätsreife, des absolvierten Kurses als Koch im Ausmaß von 480 Stunden sowie der von ihm über Jahre erworbenen praktischen Berufserfahrung über eine abgeschlossene Berufsausbildung (hinsichtlich der Dauer und des Inhaltes) verfüge. Eine formale Gleichstellung mit einer inländischen Ausbildung sei nicht erforderlich.

Mit diesem Vorbringen zum absolvierten Kochkurs und der gewonnenen Berufserfahrung sieht der Beschwerdeführer das in der Anlage C des AuslbG normierte Zulassungskriterium "abgeschlossene Berufsausbildung oder spezielle

Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" als erfüllt an. Dabei übersieht er, dass eine "abgeschlossene Berufsausbildung" dann vorliegt, wenn der Antragsteller über ein Zeugnis verfügt, das seine Qualifikation für die beabsichtigte Beschäftigung zweifelsfrei nachweist. Die vorgelegte Bestätigung, (während der Schuljahre an einem Gymnasium) an einem Kochkurs als (Ferial-) Praktikant teilgenommen zu haben, genügt dem Erfordernis der abgeschlossenen Berufsausbildung oder des Erwerbs spezieller Kenntnisse oder Fertigkeiten in der beabsichtigten Beschäftigung nicht.

Im "Besondere[n] Teil" der Erläuterungen der Regierungsvorlage 1077 der Beilagen XXIV. GP, S 11 ff, wird zu Art. I Z 17 (§§ 12, 12a, 12b, 12c, 12d und 13 AuslBG sowie Anlage A, B und C) wird (auszugsweise) Folgendes dargelegt:

"Die Zulassungsvoraussetzungen werden für besonders hochqualifizierte Personen (§ 12), für Fachkräfte in Mangelberufen (§ 12a) und für sonstige Schlüsselkräfte (§§ 12b und 12c) den jeweiligen arbeitsplatzbezogenen und arbeitsmarktpolitischen Anforderungen entsprechend unterschiedlich geregelt. Die in den Anlagen A, B und C normierten Kriterien sind in Kategorien unterteilt, wobei pro Kategorie nur eine bestimmte Höchstpunkteanzahl erreicht werden kann und den Qualifikationen ein besonders hoher Stellenwert zukommt. Als Qualifikationsnachweise gelten Hochschul- oder Fachhochschulausbildungen, die den Stufen 5A und 6 der Internationalen Standardklassifikation für das Bildungswesen (ISCED) 1997 entsprechen und eine vierjährige (Anlage A) bzw. dreijährige Mindestdauer (Anlage B und C) aufweisen. Die Hochschulausbildung erfasst sowohl Diplomstudien als auch Studien, die der Bologna-Struktur entsprechen. Die Stufe 5A umfasst die Hochschulausbildung unterhalb der Promotion, die Stufe 6 die Promotion und die Habilitation sowie PostgraduateAusbildungen. Studien in den Fachgebieten Mathematik, Informatik, Naturwissenschaften und Technik (sog. MINT-Fächer) werden wegen der großen Nachfrage nach Absolventen dieser Studienrichtungen höher bewertet. Das in der Anlage A angegebene Bruttojahresgehalt muss jedenfalls im Rahmen einer Tätigkeit in einer Führungsposition eines börsennotierten Unternehmens oder eines Unternehmens, für dessen Aktivitäten bzw. Geschäftsfeld eine positive Stellungnahme der zuständigen Außenhandelsstelle vorliegt, für das letzte Kalenderjahr vor der Antragstellung nachgewiesen werden. Dieses Kriterium ist hinsichtlich seiner praktischen Auswirkungen auf die Zulassung Hochqualifizierter, insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Umrechnung des letztjährigen Bruttojahresgehalts mit einem internationalen Faktor zur Vergleichbarkeit der Gehälter, ein Jahr nach In-Kraft-Treten der Regelung zu evaluieren und erforderlichenfalls anzupassen. Die im Kriterienkatalog der Anlagen A bis C vorgesehenen Sprachkenntnisse orientieren sich am Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen. Dabei entsprechen Kenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau der Stufe A1, Kenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung der Stufe A2, Kenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung der Stufe B1 und Kenntnisse zur vertieften selbständigen Sprachverwendung der Stufe B2.

Besonders Hochqualifizierte (§ 12 AuslBG)

... .

Fachkräfte in Mangelberufen (§§ 12a und 13 AuslBG)

Grundlage ist eine Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, in der bestimmte Mangelberufe festgelegt sind. Es können somit nur Fachkräfte zugelassen werden, die eine abgeschlossene Berufsausbildung in einem solchen Mangelberuf nachweisen, die einem Lehrabschluss vergleichbar ist. Als abgeschlossene Berufsausbildung gilt auch der erfolgreiche Abschluss einer schulischen Ausbildung, die dem Abschluss einer Berufsbildenden Höheren Schule (BHS) in Österreich entspricht. Dementsprechend hoch ist die Qualifikation auch im Kriterienkatalog der Anlage B bewertet. Neben der erforderlichen Mindestpunkteanzahl ist ein der Ausbildung und jeweiligen Einstufung entsprechendes Entgelt, das vom Arbeitgeber vor der Einstellung zu gewährleisten

ist, eine unabdingbare Zulassungsvoraussetzung. ... .

Sonstige Schlüsselkräfte, Studienabsolventen und Anwärter auf eine "Blaue Karte EU" (§§ 12b und 12c AuslBG)

Das Kriterien- und Punktesystem für die sonstigen Schlüsselkräfte (Anlage C) entspricht im Wesentlichen dem der Fachkräfte in Mangelberufen. Das zusätzliche Kriterium "spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten" soll alternativ zu einer abgeschlossenen Berufsausbildung gelten und sicherstellen, dass Profisportler, aber auch sonstige Spezialisten, die über keine formelle (Berufs)-Ausbildung verfügen, zugelassen werden können. Die für den Wirtschafts- und

Beschäftigungsstandort Österreich besonders wichtige Gruppe der Profisportler und Profisporttrainer erhält zudem Bonuspunkte, um die erforderliche Mindestpunkteanzahl auch bei Überschreiten der vorgesehenen Altersgrenzen erreichen zu können. Voraussetzung ist weiters ein Mindestentgelt von 50 % (für unter 30-Jährige) bzw. von 60 % (für über 30-Jährige) der monatlichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage. Das entspricht derzeit einem monatlichen Bruttoentgelt von 2.100 bzw. 2.520 Euro zuzüglich Sonderzahlungen. Vor der Zulassung ist eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen, d.h. die Schlüsselkräfte erhalten die "Rot-Weiß-Rot - Karte" nur, wenn für die 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.

... ."

Der Gesetzgeber wollte daher auch bei den "sonstigen Schlüsselkräften" im Wesentlichen an das für "Fachkräfte in Mangelberufen" geltende Kriterien- und Punktesystem anknüpfen. Sowohl nach der Anlage B ("Fachkräfte in Mangelberufen gemäß § 12a") als auch nach der Anlage C ("sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b") wurde das Qualifikationskriterium "abgeschlossene Berufsausbildung", der - nach den Erläuterungen zur Regierungsvorlage - auch der erfolgreiche Abschluss einer schulischen Ausbildung, die dem Abschluss einer Berufsbildenden Höheren Schule (BHS) in Österreich entspricht, gleich zu halten ist, mit 20 Punkten bewertet.

Der Beschwerdeführer legte zwar ein Diplom über den Abschluss eines Kurses als Koch im zeitlichen Ausmaß von 480 Stunden vor, jedoch enthält dieses Diplom keine Angaben dazu, welche Kenntnisse er sich während der relativ kurzen Dauer des "Kochkurses" angeeignet hat. Dieser vom Beschwerdeführer als eine "Spezialausbildung" mit Schwerpunkten der mediterranen / italienischen und zusätzlich der traditionellen kosovarischen Küche verstandene Kochkurs kann allenfalls als Fortbildung angesehen werden, bei welcher einem Koch jedoch nur Kenntnisse vermittelt werden, die in ihrer Breite und Tiefe über jene des Lehrberufes des Kochs nicht hinausgehen. Aus der vorgelegten Bestätigung kann nicht gefolgert werden, dass der Beschwerdeführer eine einschlägige Berufsausbildung abgeschlossen hat.

Der Besuch eines Kochkurses entspricht daher nicht einem österreichischen Lehrabschluss oder einer vergleichbaren Ausbildung im Sinn der Anlage C.

Zur Bestätigung des Inhabers des Restaurants B vom 03.06.2011, wonach der Beschwerdeführer in der Zeit vom 12.10.2008 bis 03.06.2011 bei ihm ein Praktikum als Koch absolviert habe, ist auszuführen, dass er in dieser Zeit (noch) Schüler am Gymnasium "Asllan Berisha" in Rugove in der Fachrichtung Gesellschaftswissenschaften, also nicht einer Berufsbildenden Höheren Schule, die einer schulischen Ausbildung in Österreich entspricht, war. Auch wenn kein Nachweis vorgelegt wurde, in welchen konkreten Zeiträumen der Beschwerdeführer tatsächlich als Koch-Praktikant tätig war, konnte er im Alter zwischen 15 und 18 Jahren während der Schulferien allenfalls ein so genanntes "Ferialpraktikum" gemacht haben.

Nach der vorgelegten Bescheinigung des Inhabers des Restaurants B vom 14.07.2017 habe der Beschwerdeführer im Zeitraum vom 15.10.2011 bis 28.04.2013 bei ihm als Koch gearbeitet und sehr gute Berufskenntnisse erworben.

Damit machte der Beschwerdeführer - als Alternative zur einschlägigen abgeschlossenen (BHS-) Schul- oder Berufsausbildung - geltend, dass er über das Qualifikationserfordernis der speziellen Kenntnisse oder Fertigkeiten in der beabsichtigten Beschäftigung verfüge. In der angeführten Bescheinigung zu seiner im Restaurant B ausgeübten Beschäftigung als Koch fehlen Angaben dazu, welche speziellen Kenntnisse oder Fertigkeiten der Beschwerdeführer erworben hat, die ihn persönlich vom "herkömmlichen" Koch besonders unterscheiden würden. Weder aus dem Antrag auf Zulassung als Schlüsselkraft noch aus der Beschwerde und den vorgelegten Beweismitteln ergibt sich, dass der Beschwerdeführer in seiner Eigenschaft als Koch über besondere Kenntnisse mit Schwerpunkten der mediterranen / italienischen und zusätzlich der traditionellen kosovarischen Küche verfügt. Er behauptet lediglich, Kochkenntnisse erworben zu haben, wobei auch hier zu betonen ist, dass die Zubereitung mediterraner / italienischer und zusätzlich traditioneller kosovarischer Speisen nicht über das "gängige" Repertoire eines Kochs hinausgehen.

Da der vom Beschwerdeführer durch ein Diplom des Zentrums zur Beruflichen Befähigung Dituria, Prizren, vom 16.06.2011 bestätigte Abschluss eines Kurses als Koch im Ausmaß von 480 Stunden, nicht als "abgeschlossene Berufsausbildung" zu werten ist und damit nicht von einer mit einer in Österreich abgeschlossenen Lehrzeit vergleichbaren Ausbildung ausgegangen werden kann, und der Beschwerdeführer auch nicht nachweisen konnte, dass er als Koch über spezielle Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, waren für das Qualifikationskriterium "abgeschlossene

Berufsausbildung oder spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung" gemäß der Anlage C zu § 12b AuslBG keine Punkte zu vergeben.

3.2.4. Hinsichtlich des Vorbringens des Beschwerdeführers, 20 Punkte seien ihm für die erworbene allgemeinen Universitätsreife im Sinn des § 64 Abs. 1 des Universitätsgesetzes 2002 zu vergeben, ist auszuführen, dass nach den oben dargelegten Erläuternden Bemerkungen die Zulassungsvoraussetzungen für sonstige Schlüsselkräfte (§§ 12b und 12c) den jeweiligen arbeitsplatzbezogenen und arbeitsmarktpolitischen Anforderungen entsprechend geregelt werden.

Für die in Aussicht genommene Beschäftigung als Koch ist eine allgemeine Universitätsreife nicht Voraussetzung. Der bloße Nachweis einer allgemeinen Universitätsreife ohne einschlägige Fachausbildung ist im Sinn der Zielsetzung der Regelung des § 12b Z 1 AuslBG nicht ausreichend, um den arbeitsplatzbezogenen Anforderungen als Koch zu genügen. Dem Diplom über den Abschluss der Hohen Mittelschule des Gymnasiums "Asllan Berisha" in Rogove vom 20.09.2012 in der Fachrichtung Gesellschaftswissenschaften kann nicht entnommen werden, dass der Beschwerdeführer eine der auszuübenden Tätigkeit entsprechende Qualifikation erworben hätte. Die Vergabe von Punkten für das Kriterium "Qualifikation" nach der Anlage C ist mit dem Zweck bzw. dem Inhalt der in Aussicht genommenen Beschäftigung verbunden. Der Ansicht des Beschwerdeführers, jede erworbene "allgemeine Hochschulreife" führe per se bzw. abstrakt ohne jeden Bezug zur beabsichtigten Tätigkeit zur Vergabe von Punkten, ist daher nicht beizutreten.

Damit konnten auch keine Punkte für das Qualifikationskriterium "Allgemeine Universitätsreife" vergeben werden.

3.2.5. Selbst wenn man die Vollzeitbeschäftigung des Beschwerdeführers im Restaurant B im Zeitraum vom 15.10.2011 bis 28.04.2013 als "ausbildungsadäquate Berufserfahrung" wertet, könnten für diese Zeiten der Beschäftigung als Koch insgesamt (nur) zwei Punkte (pro vollem Jahr) vergeben werden.

3.2.6. Da im konkreten Fall lediglich für die Sprachkenntnisse 15 Punkte, für das Alter 20 Punkte und für die Berufserfahrung zwei Punkte, somit insgesamt 37 Punkte, nicht jedoch für die "Qualifikation" Punkte zu vergeben waren, wurde die erforderliche Mindestpunkteanzahl von 50 nicht erreicht. Die Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft nach § 12b Z 1 AuslBG lagen damit nicht vor.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

4. Abstandnahme von einer 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.

Der Beschwerdeführer stellte zunächst einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, nahm ihn aber in der Folge zurück. Im Beschwerdefall ist die Durchführung einer mündlichen Verhandlung jedoch nicht erforderlich, weil der festgestellte Sachverhalt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bescheides aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde hinreichend geklärt erscheint und daher durch die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht zu erwarten war.

Da auch keine Fragen der Beweiswürdigung auftraten, welche die Durchführung einer mündlichen Verhandlung notwendig gemacht hätten, stehen dem Entfall der Verhandlung auch weder Artikel 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch

Artikel 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegen (vgl. VwGH 07.08.2017, Ra 2016/08/0140). Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte daher abgesehen werden.

Zu Spruchpunkt 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 fehlt es an einer Rechtsprechung, noch weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab; 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

Berufsausbildung, Qualifikation, Rot-Weiß-Rot-Karte, Schlüsselkraft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:I401.2176353.1.00

Zuletzt aktualisiert am

09.03.2020

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at