

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/12/10 L517 2217963-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.12.2019

## Entscheidungsdatum

10.12.2019

## Norm

AuslBG §12a

AuslBG §2

AuslBG §20d

AuslBG §4

B-VG Art. 133 Abs4

## Spruch

L517 2217963-1/4E

L517 2218497-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. NIEDERWIMMER als Vorsitzenden und den fachkundigen Laienrichtern Dr. PRUGGER und Mag. MOSER als Beisitzer über die Beschwerde von XXXX , geb. XXXX StA: Georgien gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice,

Geschäftsstelle XXXX , vom XXXX , GZ: XXXX , in nichtöffentlicher

Sitzung zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 1

Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl I Nr 33/2013 idgF, iVm § 2, § 4 und § 12a iVm § 20d Abs. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) idgF, als unbegründet abgewiesen.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 Bundesverfassungsgesetz

(B-VG), BGBl Nr 1/1930 idgF, nicht zulässig.

## Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

22.02.2019 - Antrag der Arbeitnehmerin (in Folge beschwerdeführende Partei oder "bP1") auf Erteilung einer "Rot-Weiß-Rot Karte" Fachkraft im Mangelberuf bei der Niederlassungs- und Aufenthaltsbehörde

Weiterleitung an das AFZ XXXX zur Prüfung

25.02.2019 - Parteiengehör an die bP2

11.03.2019 - Stellungnahme zum PG, Bitte um Fristverlängerung

12.03.2019 - Telefonat mit bP1 und bP2

XXXX - Anhörung im RBR und negativer Bescheid der belangten Behörde (in Folge bB)

12.04.2019 - Beschwerde der bP1

25.04.2019 - Beschwerdevorlage am BVwG

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1.0. Feststellungen (Sachverhalt):

1.0. Die bP1 (Antragstellende Arbeitnehmerin) besitzt die georgische Staatsbürgerschaft. Am 22.02.2019 stellte die bP1 beim XXXX einen Antrag auf Ausstellung einer "Rot Weiß Rot Karte - Fachkraft im Mangelberuf". Mit dem Antrag wurden folgende Unterlagen vorgelegt:

Kopie Reisepass, Arbeitgebererklärung XXXX (in Folge beschwerdeführende Partei, "bP2") Gastronomie, Berufliche Tätigkeit als Kellnerin mit Inkasso, Entlohnung lt. Kollektivvertrag, Besuchsbestätigung Veranstaltung "Vorbereitungskurs Gastgewerbe Befähigungsprüfung" 130 Trainingseinheiten, Zeugniskopie Befähigungsprüfung Gastgewerbe Modul 1 ausgestellt am 01.06.2017, Zeugniskopie Befähigungsprüfung Gastgewerbe Modul 2 ausgestellt am 01.06.2017.

Am selben Tag erfolgte die Weiterleitung an das AFZ XXXX gem.§ 20d Abs. 1 AuslBG.

Am 25.02.2019 erging das Parteiengehör an die bP2. Die bB teilte darin dem Arbeitgeber mit, dass sofern mit dem Modul 2 der Nachweis gegeben sei, dass die Befähigung für das Gastgewerbe abgeschlossen ist, davon ausgegangen werden könne, dass eine Ausbildung als Kellnerin vorliege und dafür 20 Punkte anzurechnen wären.

Bezüglich Punkte für die Sprachkenntnisse könne mangels vorliegender Sprachdiplome unter diesem Kriterium keine Punkteanrechnung erfolgen.

Bezüglich Berufserfahrung, sei die bP1 bei der bP2 kein volles Jahr (09.10.2015 bis 31.08.2016) als Kellnerin beschäftigt gewesen und seien daher auch hier keine Punkte anzurechnen.

Aufgrund des Alters würden 15 Punkte angerechnet werden, weshalb die bP1 35 von insgesamt 55 erforderlichen Punkten erreiche.

Weiters wurde die bP2 darauf hingewiesen, dass sie die monatliche Entlohnung als Bruttobetrag anzugeben habe.

Mit E-Mail vom 11.03.2019 nahm die bP2 Stellung und führte aus, die Bruttoentlohnung erfolge nach Gruppe 5 mit EUR 1.500,- per Monat. Bezüglich Deutschzertifikate werde um eine Fristerstreckung bis zum nächsten Prüfungstermin gebeten, da die bP1 über hervorragende Deutschkenntnisse verfüge und daher den Kurs überspringen werde um alsbald die Prüfung abzulegen.

Laut Texteintrag der bB vom 12.03.2019 wurde der bP2 daraufhin telefonisch mitgeteilt, dass sich der Punktestand geändert habe und keine Ausbildung als Kellnerin angerechnet werden könne, da die Befähigungsprüfung kein Nachweis für eine Ausbildung sei. Weiteres wurde die bP2 darauf aufmerksam gemacht, dass die Entlohnung von EUR 1.500,- nicht angemessen sei. Da die Punkte nicht erreicht werden könnten, sei eine Fristverlängerung nicht sinnvoll.

In einem Telefonat am selben Tag mit der bP1 wurde dieser ebenfalls mitgeteilt, dass ihr keine Punkte für die Ausbildung angerechnet werden könnten und es auch keinen Sinn mache die Deutschprüfung nachzureichen, da auch so keine 55 Punkte erreicht werden. Weiteres wurde festgehalten, dass von der bP1 bestätigt wurde, dass sie über keinen Lehrabschluss als Kellnerin verfüge.

Mit XXXX erfolgte die Anhörung im Regionalbeirat mit negativem Ergebnis. Am selben Tag erließ die bB den negativen Bescheid. Für folgende Kriterien nach Anlage B wurden von der bB Punkte vergeben:

Qualifikation: 0

Sprachkenntnisse: 0

Ausbildungsadäquate Berufserfahrung: 0

Alter 27 Jahre: 15

Insgesamt: 15 Punkte von erforderlichen 55

Zusätzlich führte die bB aus, die bP2 sei mit Schreiben vom 25.02.2019 über die Punktevergabe informiert worden, hätte aber bis dato keine Unterlagen nachgereicht, welche eine Neuberechnung veranlasst hätte.

Am 12.04.2019 brachte die bP1 gegen den ergangenen negativen Bescheid Beschwerde ein und führte inhaltlich zusammengefasst Folgendes aus:

Rechtlich vorgesehen seien mindestens 55 von 90 Punkten. Vom AMS seien aber lediglich 15 Punkte für das Alter (unter 30) angerechnet worden.

Im Verfahren seien erhebliche Fakten außer Acht gelassen und bei der Punkteberechnung nicht berücksichtigt worden. Es sei zwar richtig, dass sie keine Lehre nach Berufsausbildungsgesetz abgeschlossen habe. Mit 01.06.2017 habe sie aber die Befähigungsprüfung für das Gastgewerbe Modul 1 und 2 erfolgreich bestanden. Dies sei auch Grundlage für die Ausübung des Gastgewerbes auf selbstständiger Basis gewesen. Mit dem Befähigungsnachweis sei die uneingeschränkte Ausübung des Gastgewerbes möglich, was bedeute, dass dieser Befähigungsnachweis den Kenntnissen und Fähigkeiten der Gastgewerbeausbildung nach dem Berufsausbildungsgesetz gleichzusetzen sei. Aus diesem Grund wären von der bB auch 20 Punkte anzurechnen gewesen.

Davon abgesehen besitze sie auch die Universitätsreife und sei auch derzeit wieder im Zulassungsverfahren für die XXXX. Vor der Selbstständigkeit sei sie Studentin an der XXXX in XXXX gewesen. Es hätten daher 25 Punkte angerechnet werden müssen. Eine Inskriptionsbestätigung sowie das Maturazeugnis wurden beigelegt.

Zu den Deutschkenntnissen führte die bP1 aus, sie habe 4 Schulstufen Hauptschule in XXXX sowie eine Klasse Volksschule absolviert und habe immer eine positive Note erhalten. Entsprechende Zeugnisse wurden beigelegt. Zwischenzeitlich habe sie auch den Deutschkurs B1 absolviert.

Weites könne die bP1 auch Englische Sprachkenntnisse vorweisen, so habe sie den EF SET Test mit einer Punktezahl von 66 absolviert, was einem Niveau von C1 entspreche. Die bB hätte ihr daher hier 10 Punkte anrechnen müssen.

Auch Berufserfahrung im Inland könne sie vorweisen. Spätestens mit der Ablegung der Befähigungsprüfung hätte ihr die selbstständige Tätigkeit in der Gastronomie angerechnet werden müssen. Auch als Studentin sei sie bereits geringfügig in der Gastronomie beschäftigt gewesen. In Summe sei sie circa 31 Monate bzw. mehr als 2,5 Jahre in der Gastronomie tätig gewesen und hätten ihr dafür 10 Punkte angerechnet werden müssen.

Allein durch die Kriterien Alter, Ausbildung/Universitätsreife und Deutschkenntnisse hätte sie 55 Punkte erreicht. Bei optimaler Anrechnung (Englisch und 2,5 Jahre Berufserfahrung im Inland) sogar 75 Punkte.

Die bP1 beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Der Beschwerde angehängt fanden sich folgende Dokumente: Bestätigung über die Authentifizierung von Dokumenten des georgischen Nationalzentrums für Entwicklung der Ausbildungsqualität in übersetzter und beglaubigter Form (Datum: 11.03.2019) sowie im Original inklusive Diploma "General Education Program 2010" worin die Authentizität eines ausgestellten Duplikates über ein Zeugnis betreffend die "volle allgemeine Ausbildung" bescheinigt wird. Demnach habe die bP1 2010 den "vollständigen Lehrgang des allgemeinbildenden Programms" beendet. Es handelt sich dabei um ein Duplikat des Maturazeugnisses.

Hauptschulzeugnisse der 6ten, 7ten und 8ten Schulstufe 2004 bis 2006 mit positivem Abschluss sowie zusätzlich die Schulnachrichten der 6ten, 7ten, 8ten Schulstufe und Schulbesuchsbestätigungen sowie Nachweis der bestandenen Integrationsprüfung vom 16.03.2019. Sprachnachweis EF SET Certificat Niveau C1 vom 09.02.2019, Studienblatt XXXX SS 2016 gemeldet seit 6 Semester.

Laut Sozialversicherungsnachweis vom 25.02.2019 war die bP1 in den Zeiträumen 02.06.2014 bis 31.07.2014, sowie 04.08.2014 bis 25.08.2014 und vom 09.10.2015 bis 31.08.2016 (hier bei der bP2 als AG) geringfügig beschäftigt und vom 04.08.2016 bis 31.05.2018 als selbstständig gemeldet.

Am 25.04.2019 erfolgte die Beschwerdevorlage am BVwG.

In der Beschwerdevorlage führte die bB hinsichtlich der Punktevergabe Folgendes aus:

Der Antrag erfolgte laut Arbeitgebererklärung für die berufliche Tätigkeit einer Kellnerin mit Inkasso. Als Qualifikationsnachweise wurden Zeugnisse des WIFI XXXX über die Absolvierung eines 130 Trainingseinheiten umfassenden Vorbereitungskurs für die Gastgewerbe-Befähigungsprüfung und der anschließenden Ablegung der Prüfungen für das Modul 1 und 2 der Befähigungsprüfung für das Gastgewerbe vorgelegt. Diese Befähigungsprüfung ist einer Fachausbildung (Lehre) im beabsichtigten Mangelberuf schon aufgrund der geringen Anzahl der Traininseinheiten nicht gleichzuhalten. Somit können weder für die Ausbildung, noch für die danach erworbenen Praxiszeiten Punkte angerechnet werden. Ebenso wenig können für die allgemeine Universitätsreife Punkte angerechnet werden, da diese für die in Aussicht genommene Beschäftigung als Kellnerin mit Inkasso im Allgemeinen nicht Voraussetzung ist und auch nicht üblich vorausgesetzt wird. Für die Deutschkenntnisse auf Niveau B1 (mit Prüfung vom 16.03.2019 nachgewiesen) sowie das Alter können je 15 Punkte angerechnet werden. Von den nach Anlage B erforderlichen 55 Punkten werden nur 30 erreicht.

## 2.0. Beweiswürdigung:

2.1. Die Feststellungen zu den allgemeinen Voraussetzungen ergeben sich durch Einsichtnahme in das zentrale Melderegister, sowie den sonstigen im Akt relevanten Unterlagen.

Der oben unter Punkt I. angeführte Verfahrensgang ergibt sich aus dem unzweifelhaften und unbestrittenen Akteninhalt der vorgelegten Verwaltungsakten der bB und des vorliegenden Gerichtsaktes des Bundesverwaltungsgerichtes.

Der oben unter Punkt II. 1.0. festgestellte Sachverhalt beruht auf den Ergebnissen des vom erkennenden Gericht auf Grund der vorliegenden Akten durchgeführten Ermittlungsverfahrens.

2.2. Aufgrund des vorliegenden Verwaltungsaktes ist das ho. Gericht in der Lage, sich vom entscheidungsrelevanten Sachverhalt im Rahmen der freien Beweiswürdigung ein ausreichendes und abgerundetes Bild zu machen. Die freie Beweiswürdigung ist ein Denkprozess der den Regeln der Logik zu folgen hat und im Ergebnis zu einer Wahrscheinlichkeitsbeurteilung eines bestimmten historisch-empirischen Sachverhalts, also von Tatsachen, führt. Der Verwaltungsgerichtshof führt dazu präzisierend aus, dass eine Tatsache in freier Beweiswürdigung nur dann als erwiesen angenommen werden darf, wenn die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ausreichende und sichere Anhaltspunkte für eine derartige Schlussfolgerung liefern (VwGH 28.09.1978, Zahl 1013, 1015/76). Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens,

5. Auflage, § 45 AVG, E 50, Seite 305, führen beispielsweise in Zitierung des Urteils des Obersten Gerichtshofs vom 29.02.1987, Zahl 13 Os 17/87, aus: "Die aus der gewissenhaften Prüfung aller für und wider vorgebrachten Beweismittel gewonnene freie Überzeugung der Tatrichter wird durch eine hypothetisch denkbare andere Geschehensvariante nicht ausgeschlossen. Muss doch dort, wo ein Beweisobjekt der Untersuchung mit den Methoden einer Naturwissenschaft oder unmittelbar einer mathematischen Zergliederung nicht zugänglich ist, dem Richter ein empirisch-historischer Beweis genügen. Im gedanklichen Bereich der Empirie vermag daher eine höchste, ja auch eine (nur) hohe Wahrscheinlichkeit die Überzeugung von der Richtigkeit der wahrscheinlichen Tatsache zu begründen, (...).Vergleiche dazu auch VwGH, vom 18.06.2014, Ra 2014/01/0032.

Bei dem beigebrachten EF SET Englisch Zertifikat handelt es sich laut Homepage von EF um einen standartisierten Englishtest, welcher Lese- und Hörverständnis, nicht aber die Sprech- und Schreibfertigkeiten überprüft. Es ist daher zur Beurteilung der Sprachkenntnisse der bP1 nicht aussagekräftig. Die Einstufung im europäischen Referenzrahmen erfolgt allein durch die erreichte Gesamtpunkteanzahl. Demnach würde ein Punktestand von 66 die Klassifizierung nach den Kriterien C1 bedeuten:

"Proficient User"

Effective operational proficiency oder advanced (fortgeschritten Kenntnisse)

-

Kann ein breites Spektrum anspruchsvoller, längerer Texte verstehen und auch implizite Bedeutungen erfassen

-

Kann sich spontan und fließend ausdrücken, ohne öfter deutlich erkennbar nach Worten suchen zu müssen.

-

Kann die Sprache im gesellschaftlichen und beruflichen Leben oder in Ausbildung und Studium wirksam und flexibel gebrauchen.

-

Kann sich klar, strukturiert und ausführlich zu komplexen Sachverhalten äußern und dabei verschiedene Mittel zur Textverknüpfung angemessen verwenden.

Die bP1 konnte durch Nachweis entsprechender Hauptschulzeugnisse ( XXXX ), Jahreszeugnisse der Schulstufen sechs, sieben und acht aus den Jahren 2003 bis 2006 belegen, dass sie über ausreichende Deutschkenntnisse verfügt und werden ihr hierfür Punkte anzurechnen sein. Zusätzlich wurde von der bP1 mit Beschwerde ein "Zeugnis zur Integrationsprüfung" des ÖIF vom 16.03.2019 beigelegt, mit welchem eine Sprachkompetenz auf "B1"-Niveau nachgewiesen wird.

3.0. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Entscheidungsrelevante Rechtsgrundlagen:

-

Ausländerbeschäftigungsgesetzes AuslBG, BGBl Nr. 218/1975 idgF

-

Berufsausbildungsgesetzes BAG, BGBl Nr. 142/1969 idgF

-

Bundesverfassungsgesetz B-VG, BGBl. Nr. 1/1930 idgF

-

Bundesverwaltungsgerichtsgesetz BVwGG, BGBl. I Nr. 10/2013 idgF

-

Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz NAG, BGBl. I Nr. 100/2005 idgF

-

Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013 idgF

-

Verwaltungsgerichtshofgesetz VwGG, BGBl. Nr. 10/1985 idgF

-

Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, mit der für das Jahr 2019 Mangelberufe für die Beschäftigung von ausländischen Fachkräften festgelegt werden (Fachkräfteverordnung 2019)

StF: BGBl. II Nr. 3/2019

Nachfolgende Bestimmungen beziehen sich auf die im Pkt. 3.1. angeführten Rechtsgrundlagen in der jeweils geltenden Fassung.

3.2. Gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden

1. gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit; ...

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

Gemäß § 20g AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice das Bundesverwaltungsgericht spätestens drei Monate nach deren Einlangen durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und aus dem Kreis der Arbeitnehmer,

angehören.

In Anwendung des Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG iVm § 20g AuslBG wird die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes in der zugrundeliegenden Beschwerdeangelegenheit begründet und fällt die Entscheidung der gegenständlichen Rechtssache jenem Richtersenat zu, der unter Berücksichtigung der zitierten Bestimmungen in der Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes dafür vorgesehen ist. Der erkennende Senat ist daher in diesem Beschwerdeverfahren zuständig.

Gemäß § 20g Abs. 5 AuslBG gelten im Übrigen die Bestimmungen des VwGVG.

3.3. 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 ist, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen.

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

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Gemäß § 9 Abs. 1 VwGVG hat die Beschwerde zu enthalten:

1. die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, der angefochtenen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder der angefochtenen Weisung,
2. die Bezeichnung der belangten Behörde,
3. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
4. das Begehren und
5. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht ist.

Bezugnehmend auf die zitierten Bestimmungen waren die unter Pkt. 3.1. im Generellen und die unter Pkt. 3.2. ff im Speziellen angeführten Rechtsgrundlagen für dieses Verfahren in Anwendung zu bringen.

3.4. Gemäß § 21 AuslBG hat der Ausländer in allen Verfahren, in denen seine persönlichen Umstände maßgeblich für die Entscheidung sind, sowie in jenen Fällen, in denen keine Person im Sinne des § 2 Abs. 3 vorhanden ist, Parteistellung. In allen anderen Verfahren hat der Ausländer die Stellung eines Beteiligten.

Gemäß § 21 AuslBG kommt einem Ausländer Parteistellung im Verfahren nur dann zu, wenn seine persönlichen Umstände maßgeblich für die Entscheidung sind. In den Urteilen vom 27.7.2006, Jurisic und Collegium Mererau gegen Österreich (Appl 62539/00) und Coorplan-Jenni GmbH und Hascic gegen Österreich (Appl 10523/00) kommt der EGMR aber zum Ergebnis, dass das Verfahren zur Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung - entgegen der ständigen Rsp des VfGH und VwGH sowie zu § 21 - eine Angelegenheit ist, die zivilrechtliche Ansprüche iSv Art 6 Abs 1 EMRK betrifft. Deshalb müsse auch für Ausländer stets und nicht nur - wie es § 21 vorsieht - bei Maßgeblichkeit der persönlichen Umstände der Zugang zu einem Gericht iSd Art 6 Abs 1 EMRK gewährleistet und für sämtliche Antragsteller eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

Dieser Judikatur folgend werden Ausländer daher auch in allen übrigen Verfahren, die seine Zulassung zu einer Beschäftigung bzw. deren Widerruf zum Gegenstand haben, Parteistellung haben (Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsgesetz 2018, zu § 20 Rz 9 ff, § 21 Rz 2). Einer Partei kommen alle nach dem AVG zustehenden

Rechte, wie Akteneinsicht, Parteiengehör, Kenntnis des Bescheides sowie die Beschwerdelegitimation zu.

Der ausländische Arbeitnehmer hat im Verfahren um Zulassung zu einer Beschäftigung als "Fachkraft im Mangelberuf" Parteistellung.

Bezugnehmend auf die zitierten Bestimmungen waren die unter Pkt 3.1. im Generellen und die unter Pkt 3.2. ff im Speziellen angeführten Rechtsgrundlagen für dieses Verfahren in Anwendung zu bringen.

3.5. Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in der Fassung BGBl Nr 218/1975 idgF lauten:

Zulassungsverfahren für besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte, sonstige Schlüsselkräfte, Studienabsolventen und Künstler

§ 20d. (1) Besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte sowie sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen haben den Antrag auf eine "Rot-Weiß-Rot - Karte", Schlüsselkräfte gemäß § 12c den Antrag auf eine "Blaue Karte EU" und ausländische Künstler den Antrag auf eine "Niederlassungsbewilligung - 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.

[...]

Fachkräfte in Mangelberufen

§ 12a. Ausländer werden in einem in der Fachkräfteverordnung (§ 13) festgelegten Mangelberuf zu einer Beschäftigung als Fachkraft zugelassen, wenn sie

1. eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung nachweisen können,
2. die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage B angeführten Kriterien erreichen,
3. für die beabsichtigte Beschäftigung das ihnen nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung erhalten und

sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. Die Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall entfällt.

Fachkräfteverordnung

§ 13. (1) Die Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz legt im Falle eines längerfristigen Arbeitskräftebedarfs, der aus dem im Inland verfügbaren Arbeitskräftepotenzial nicht abgedeckt werden kann, zur Sicherung des Wirtschafts- und Beschäftigungsstandortes im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort durch Verordnung für das nächstfolgende Kalenderjahr

Mangelberufe fest, in denen Ausländer als Fachkräfte gemäß § 12a für eine Beschäftigung im gesamten Bundesgebiet oder in bestimmten Bundesländern zugelassen werden können. Als Mangelberufe kommen Berufe in Betracht, für die bundesweit oder in bestimmten Bundesländern pro gemeldeter offener Stelle höchstens 1,5 Arbeitsuchende vorgemerkt (Stellenandrangsziffer) sind. Berufe mit einer Stellenandrangsziffer bis zu 1,8 können berücksichtigt werden, wenn weitere objektivierbare Mangelindikatoren, insbesondere eine erhöhte Ausbildungsaktivität der Betriebe festgestellt werden oder der betreffende Beschäftigungszweig eine überdurchschnittlich steigende Lohnentwicklung aufweist. Die von Arbeitskräfteüberlassern gemäß § 3 Abs. 2 AÜG gemeldeten offenen Stellen sind bei der Ermittlung der Stellenandrangsziffer gesondert auszuweisen.

(2) Ein vom Verwaltungsrat des Arbeitsmarktservice Österreich gemäß den Bestimmungen des Arbeitsmarktservicegesetzes, BGBl. I Nr. 313/1994, einzurichtender Ausschuss kann nach Maßgabe des Abs. 1 einvernehmlich Vorschläge für die Festlegung von Mangelberufen erstatten. Wird kein Einvernehmen erzielt, können die Vertreter der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber gesonderte Vorschläge erstatten.

(3) In der Verordnung gemäß Abs. 1 können unter Bedachtnahme auf die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes Höchstzahlen festgelegt werden. Diese gelten für die Zulassung von Fachkräften in Mangelberufen, die ausschließlich für bestimmte Bundesländer festgelegt wurden.

(4) Unbeschadet der Regelungen des § 12 kann die Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort darüber hinaus im Falle eines anhaltend dringenden Bedarfs an Arbeitskräften in besonders hochqualifizierten Beschäftigungsbereichen durch Verordnung für das nächstfolgende Kalenderjahr festlegen, dass Ausländer mit bestimmten tertiären Ausbildungen in diesen Beschäftigungsbereichen als besonders Hochqualifizierte nach Maßgabe des § 12 und der Anlage A zugelassen werden können, wobei die erforderliche Mindestpunktzahl um 5 Punkte herabgesetzt wird.

Verordnung der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, mit der für das Jahr 2019 Mangelberufe für die Beschäftigung von ausländischen Fachkräften festgelegt werden (Fachkräfteverordnung 2019)

§ 1. (1) Für das Jahr 2019 werden folgende Mangelberufe, in denen Ausländerinnen und Ausländer als Fachkräfte gemäß § 12a AuslBG zugelassen werden können, für eine Beschäftigung im gesamten Bundesgebiet festgelegt:

[...] Z 1 bis 45

(2) Für das Jahr 2019 werden folgende Mangelberufe, in denen Ausländerinnen und Ausländer als Fachkräfte gemäß § 12a AuslBG zugelassen werden können, für eine Beschäftigung bei einem Arbeitgeber mit Betriebsstz in folgenden Bundesländern festgelegt:

Oberösterreich:

-----

-

14.-Maschinist(en)innen, Wärter/innen an Kraftmaschinen

15.-Speditionsfachleute

16.-Glaser/innen

17.-Kellner/innen

18.-Maler/innen, Anstreicher/innen

Bei der beantragten beruflichen Tätigkeit einer "Kellnerin mit Inkasso" handelt es sich um einen auf der Fachkräfteverordnung 2019 gelisteten Mangelberuf in Oberösterreich.

Die Zulassung zur Beschäftigung als Fachkraft in einem Mangelberuf erfolgt gem. § 12a Abs. 1 AuslBG wenn eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung nachgewiesen werden kann, die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage B angeführten Kriterien erreicht wird, und die Bestimmungen für die Entlohnung eingehalten werden.

Die Anlage B sieht folgende Punktevergabe vor:

Anlage B



## Zulassungskriterien für Fachkräfte in Mangelberufen gemäß § 12a

### Kriterien

#### Punkte

#### Qualifikation

maximal anrechenbare Punkte: 30

abgeschlossene Berufsausbildung im Mangelberuf

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: 20

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

2 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

Sprachkenntnisse Englisch

maximal anrechenbare Punkte: 10

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

5 10

Alter

maximal anrechenbare Punkte: 15

bis 30 Jahre bis 40 Jahre

15 10

Summe der maximal anrechenbaren Punkte

90

erforderliche Mindestpunktzahl

55

Soweit die bP1 zum Nachweis einer abgeschlossenen Berufsausbildung zur "Restaurantfachfrau" Zeugnisse über die bestandene Gastgewerbebefähigungsprüfung vorlegt, können diese nicht als adäquate Nachweise angerechnet werden, und ist begründend auszuführen:

Die Gastgewerbe Befähigungsprüfung berechtigt zur selbstständigen Führung eines Gastgewerbes.

Die Verordnung der Wirtschaftskammer Österreich über die Befähigungsprüfung für das reglementierte Gastgewerbe (Gastgewerbe-Befähigungsprüfungsordnung), erlassen auf Grundlage der §§ 22 Abs. 1 und 352a Abs. 2 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194 idgF

sieht vor, dass die Prüfung für das reglementierte Gastgewerbe aus 2 Modulen besteht.

Modul 1: Schriftliche Prüfung

§ 3. (1) Die schriftliche Prüfung ist ein einheitlicher Gegenstand und hat sich auf die für die selbständige Ausübung eines Gastgewerbes erforderlichen Kenntnisse in Unternehmensführung, insbesondere Kostenrechnung, Kalkulation und Controlling sowie Marketing, Management, Organisation und Kommunikation zu erstrecken.

(2) Die Erledigung der schriftlichen Arbeiten muss vom Prüfling in 1,5 Stunden erwartet werden können. Die schriftliche Prüfung ist nach 2,5 Stunden zu beenden.

(3) Während der Arbeitszeit hat entweder ein Kommissionsmitglied oder eine andere geeignete Aufsichtsperson anwesend zu sein. Die Anwesenheit der gesamten Prüfungskommission während der gesamten Arbeitszeit ist nur insoweit erforderlich, als es für die Beurteilung der Leistung des Prüfungskandidaten erforderlich ist.

Entfall von Prüfungsteilen

§ 4. Für Personen, die durch Zeugnis nachweisen, dass sie die Unternehmerprüfung erfolgreich abgelegt haben oder dass sie die Voraussetzungen für den Entfall des Prüfungsteiles Unternehmerprüfung gemäß § 8 Unternehmerprüfungsordnung, BGBl. Nr. 453/1993, in der jeweils geltenden Fassung erfüllen, entfällt die schriftliche Prüfung.

Modul 2: Mündliche Prüfung

§ 5. (1) Die mündliche Prüfung besteht aus 3 Gegenständen:

1. Berufs- und Fachkunde (Abs. 2);
2. Recht (Abs. 3);
3. Technik und Hygiene (Abs. 4).

Die Gegenstände haben sich an den für die selbständige Ausübung eines Gastgewerbes erforderlichen Kenntnissen zu orientieren. Die mündliche Prüfung darf maximal 15 Minuten pro Gegenstand dauern. Kann eine zweifelsfreie Bewertung des Gegenstandes nicht getroffen werden, so kann eine Verlängerung um höchstens 5 Minuten im Einzelfall erfolgen. (2) Im Gegenstand "Berufs- und Fachkunde" sind dem Kandidaten Fragen aus folgenden Fächern zu stellen:

1. Lebensmittelkunde (einschließlich Grundzüge der Ernährungslehre);
2. Küchenkunde;
3. Getränkkunde;
4. Servierkunde.

(3) Im Gegenstand "Recht" sind dem Kandidaten Fragen aus folgenden Fächern zu stellen:

- a) Gewerberecht;

- b) Unternehmerische Rechtskunde einschließlich der Vorschriften über die Preisauszeichnung im Gastgewerbe und der Jugendschutzvorschriften;
- c) Arbeits- und Sozialrecht;
- d) Steuer- und Abgabenrecht;
- e) Melderecht;
- f) Wirtschaftskammerorganisation.

(4) Im Gegenstand "Technik und Hygiene" sind dem Kandidaten Fragen aus folgenden Fächern zu stellen:

1. Lebensmittelhygiene (inklusive HACCP);
2. Unfallverhütung;
3. Einschlägige Umweltschutzvorschriften (inklusive Abfallbewirtschaftung);
4. Logiskunde.

[...]

Wie den Erläuterungen in der Regierungsvorlage (1077 dB 24 GP.) zur Novelle des Ausländerbeschäftigungsgesetzes BGBl I Nr 25/2011, mit der das kriteriengeleitete Zuwanderungsmodell eingeführt wurde, klar zu entnehmen ist, soll Fachkräften aus Drittstaaten bei Erfüllung personenbezogener und nach Punkten bewerteter Kriterien und klar definierter arbeitsmarktpolitischer Voraussetzungen nur eine qualifizierte Beschäftigung in Österreich ermöglicht werden.

Daraus ergibt sich, dass wenn auch eine formale Gleichstellung der im Ausland absolvierten Ausbildung mit einer inländischen Ausbildung nicht erforderlich ist, doch eine inhaltlich der österreichischen Lehre vergleichbare Qualifikation vorliegen muss.

Gemäß § 5 Abs. 1 lit. c des Berufsausbildungsgesetzes (BAG), BGBl Nr. 142/1969 idGF, ist ein Lehrberuf eine Tätigkeit (neben anderen Erfordernissen), deren sachgemäße Erlernung mindestens zwei Jahre erfordert. Gemäß § 6 Abs. 1 BAG beträgt die Dauer der Lehrzeit in einem Lehrberuf in der Regel drei Jahre.

In Österreich ist die Ausbildung zur "Restaurantfachfrau" mit einer dreijährigen Lehrzeit verbunden. Eine Verkürzung der Lehrzeit auf 2 Jahre ist laut AMS Berufsinformationssystem vorgesehen, bei Abschluss einer allgemein bildenden höheren Schule (AHS), einer berufsbildenden höheren Schule (BHS) oder einer mindestens 3-jährigen berufsbildenden mittleren Schule (BMS), wenn schon ein Lehrberuf erlernt wurde (mit erfolgreicher Lehrabschlussprüfung) oder wenn die Facharbeiterprüfung in einem land- und forstwirtschaftlichen Beruf erfolgreich abgelegt wurde.

Wie aus der Prüfungsordnung ersichtlich ist, handelt es sich bei der Gastgewerbe Befähigungsprüfung zwar um eine umfangreiche Ausbildung - die neben Kenntnissen zur Unternehmensführung, auch Grundlagenkenntnisse in Küchen- und Servicekunde vermittelt, doch kann wie von der bB richtig ausgeführt wurde, ein 130 Einheiten umfassender Vorbereitungskurs und die Ablegung von zwei Modulprüfungen - nicht der dreijährigen Lehrzeit für den Lehrberuf "Restaurantfachfrau" bzw. "Kellnerin" gleichgestellt werden.

Fachkräfte in Mangelberufen mit Universitätsreife oder einem Hochschul- oder Fachhochschulstudium müssen immer auch über eine abgeschlossene Berufsausbildung im jeweiligen Mangelberuf verfügen (VwGH 25.01.2013, ZI 2012/09/0068). Sie erhalten aber die für ihre Ausbildung vorgesehene höhere Punkteanzahl. (Deutsch/Novotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsgesetz2, §§ 12 -13, RZ 44)

Als abgeschlossene Berufsausbildung gilt auch der erfolgreiche Abschluss einer schulischen Ausbildung, die dem Abschluss einer Berufsbildenden Höheren Schule (BHS) in Österreich entspricht. (vgl. Erläuterungen zu 1077 Blg. NR. 24 GP, RV, S 12, sowie VwGH vom 25.01.2013, VwGH 2012/09/0068).

Daraus ergibt sich, dass für die Punktevergabe im Bereich "Qualifikation" immer die konkret zur Ausübung der beruflichen Tätigkeit vorgesehene inländische Ausbildung heranzu

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)