

# TE Bwvg Erkenntnis 2020/11/18 W167 2235262-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.11.2020

## Entscheidungsdatum

18.11.2020

## Norm

AuslBG §12b

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W167 2235261-1/11E

W167 2235262-1/9E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Daria MACA-DAASE als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Manuela ECKERSDORFER und den fachkundigen Laienrichter Mag. Johannes DENK als Beisitzer/in über die Beschwerde von XXXX , beide vertreten durch XXXX gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz nach Beschwerdevorentscheidung vom XXXX , betreffend die Abweisung des Antrags des BF1 auf Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG im Unternehmen der BF2 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung 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. BF1 beantragte eine Rot-Weiß-Rot-Karte (sonstige Schlüsselkraft, Koch mit Spezialisierung auf landestypische Küche) für die Tätigkeit bei BF2.

2. Die belangte Behörde wies den Antrag des BF1 ab. 55 Punkte wurden angerechnet. Der vorgelegte Ausbildungsnachweis könne keiner österreichischen Ausbildung zum Koch (Lehre) gleichgestellt werden. Da keine

Ausbildungsunterlagen als Koch vorgelegt worden seien wäre das Ersatzkraftverfahren im Hinblick auf „gastgewerbliche Hilfskraft“ zu führen gewesen; aufgrund der immensen Anzahl von vorgemerkten gastgewerblichen Hilfskräften wäre ein Ersatzkraftverfahren obsolet gewesen. Zudem hätte BF2 die bisher erteilten Bewilligungen für BF1 als gastgewerbliche Hilfskraft nicht beanstandet und dem BF1 auch nur den Mindestlohn für gewerbliche Hilfskraft bezahlt.

3. Beschwerde von BF1 und BF2. Vorgebracht wurde insbesondere, dass ein Aufenthaltstitel als sonstige Schlüsselkraft und nicht etwa als Facharbeiter in einem Mangelberuf beantragt wurde. Daher sei kein Nachweis dahingehend zu erbringen, dass die Ausbildung des Erstbeschwerdeführers im Herkunftsland einem österreichischen Lehrabschluss entspreche. Die konkrete Tätigkeit als Koch bei der BF2 erfordere sehr spezielle Kenntnisse, über welche der BF1 schon aufgrund seiner Ausbildung im Herkunftsstaat verfüge und von denen sich BF2 im Zuge seiner bisherigen Tätigkeit überzeugen konnte.

4. Beschwerdevorentscheidung: Abweisung der Beschwerde. BF1 erreiche zwar die erforderliche Mindestpunktzahl von 55, von einer „abgeschlossenen Berufsausbildung“ als Koch werde nicht ausgegangen. Da sich die erforderliche Ausbildung als Koch aus dem Vorbringen BF2 als Voraussetzung für die Besetzung der konkreten Stelle ergäbe, wäre diese Ausbildung auch von BF2 nachzuweisen gewesen.

5. Im Vorlageantrag wurde darauf hingewiesen, dass BF1 alle Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft erfülle.

6. Am XXXX fand eine mündliche Verhandlung statt, an der BF1 sowie eine für ihn geladene Dolmetscherin, Vertreter/innen der BF2 sowie eine Behördenvertreterin teilnahmen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Am XXXX beantragte der unter 30-jährige BF1 die Rot-Weiß-Rot-Karte um als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z1 AuslBG (Spezialkoch) bei der BF2 tätig zu werden und ein monatliches Bruttogehalt von EUR 2.685,- (40 Wochenstunden) zu erhalten.

BF1 hat Hochschulreife, ein ÖSD B2-Zertifikat und laufend Schulbesuch mit 50% Unterricht in Deutsch.

Bei der Tätigkeit, welche BF1 für BF2 ausüben soll (Herstellung von speziellen Teigtaschen und speziellen Nudeln), handelt es sich um eine angelernte Tätigkeit, welche der BF1 im Rahmen seiner Tätigkeit als Hilfskraft bei BF2 in kurzer Zeit erlernte.

Der BF1 konnte keine Ausbildung zum Koch in seinem Herkunftsstaat nachweisen.

2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aufgrund des Verwaltungsaktes und insbesondere aufgrund der Angaben in der mündlichen Verhandlung.

BF2 sucht eine Person, welche Kenntnisse der Herstellung von speziellen Teigtaschen und speziellen Nudeln hat. Diese Spezialfertigkeiten können im Betrieb der BF2 vermittelt werden. Es handelt sich dabei um angelernte Tätigkeiten. Selbst wenn allfällige Vorkenntnisse von BF1, welche im Verfahren nicht ausreichend belegt wurden, hilfreich gewesen sein könnten, ändert das nichts daran, dass sich auch BF1 die erforderlichen Spezialfertigkeiten im Betrieb der BF2 angeeignet hat (VHS S. 8 und 10). Dies hat nach Angabe von BF1 ca. drei Monate gedauert, wobei zu berücksichtigen ist, dass BF1 in dieser Zeit nur zweimal die Woche gearbeitet hat und zuvor auch die eigentlichen Hilfstätigkeiten in der Küche erledigen musste (VHS S. 8 und 11). Bereits jetzt wendet BF1 im Rahmen seiner Tätigkeit als Hilfskraft für BF2 diese Spezialfertigkeiten an und es gibt auch weitere Mitarbeiter von BF2, welche diese Spezialfertigkeiten beherrschen, wobei ca. ein bis zwei Personen aufgrund der Covid-19-Situation derzeit diese Tätigkeit nicht ausüben (VHS S. 11 sowie 13 f.).

Aus dem im Verwaltungsverfahren vorgelegten Berufszeugnis „Koch“ geht die Dauer der Ausbildung nicht hervor, weitere Unterlagen wurden nicht vorgelegt. Die für einen Nachweis der Ausbildung erforderlichen Unterlagen wurden auch im Beschwerdeverfahren nicht nachgereicht. Darüber hinaus ergaben die Angaben von BF1, dass er neben

seinem Studium den von ihm im Verfahren angegebenen zweimonatigen Kochkurs im Herkunftsstaat absolviert hat (VHS S. 10). Ein zweimonatiger Kochkurs, welcher als Abendkurs besucht wird, kann bereits aufgrund der Kürze nicht als Ausbildung zum Koch gewertet werden.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) Abweisung der zulässigen und rechtzeitigen Beschwerde

#### 3.1.1. Maßgebliche Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG):

§ 12b. Ausländer werden zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sie

1. die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens 50 vH oder, sofern sie das 30. Lebensjahr überschritten haben, mindestens 60 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, oder

2. [...],

und sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. [...]

Anlage C, Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1

Kriterien

Punkte

Qualifikation

maximal anrechenbare Punkte: 30

abgeschlossene Berufsausbildung oder spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten in beabsichtigter Beschäftigung

20

allgemeine Universitätsreife im Sinne des § 64 Abs. 1 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120

25

Abschluss eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer

30

ausbildungsadäquate Berufserfahrung

maximal anrechenbare Punkte: 20

Berufserfahrung (pro Jahr)

2

Berufserfahrung in Österreich (pro Jahr)

4

Sprachkenntnisse Deutsch

maximal anrechenbare Punkte: 15

Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau (A 1)

5

Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2)

10

Deutschkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)

15

Sprachkenntnisse Englisch

maximal anrechenbare Punkte: 10

Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2)

5

Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)

10

Alter

maximal anrechenbare Punkte: 15

bis 30 Jahre

15

bis 40 Jahre

10

Summe der maximal anrechenbaren Punkte

90

Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen

20

erforderliche Mindestpunktzahl

55

Prüfung der Arbeitsmarktlage

§ 4b. (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.

3.1.2. Maßgebliche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH):

Die in § 12b Z 1 AuslBG unter anderem enthaltenen Tatbestandselemente "Mindestpunktzahl" und "Mindestbruttoentgelt" müssen kumulativ erfüllt sein und sind zwingende Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft. Ein Ermessen ist hier nicht gegeben. Liegt daher eine Minderentlohnung vor, ist der Antragsteller schon aus diesem Grund nicht als Schlüsselkraft zuzulassen. Bei diesem Ergebnis braucht auf Ausführungen zum Tatbestandselement "Mindestpunktzahl" nicht mehr eingegangen zu werden (VwGH 26.01.2012, 2011/09/0207).

Laut § 12b AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Fachkraft in einem Mangelberuf dann zugelassen, wenn sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 legcit erfüllt sind - damit ist insbesondere die positive Arbeitsmarktprüfung von Bedeutung - und dass die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreicht wird. Diese Voraussetzungen müssen demnach kumulativ vorliegen und es ist eine "Rot-Weiß-Rot Karte" bei Fehlen auch nur eines der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen zu versagen (VwGH 18.06.2014, Ro 2014/09/0032).

Die Behörde ist grundsätzlich an das von der antragstellenden Partei formulierte Anforderungsprofil gebunden. Die Behörde hat aber zu prüfen, ob die von der Arbeitskraft zu leistenden Tätigkeiten konkret umschrieben sind, in den betrieblichen Notwendigkeiten ihre Deckung finden und ob die darüber erbrachten Nachweise ausreichen (vgl. VwGH 10.09.2015, Ro 2015/09/0011).

### 3.1.3. Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Die belangte Behörde gestand BF1 bereits zu, die Mindestpunktzahl zu erreichen. Sie begründet die Abweisung der Zulassung von BF1 zu einer Beschäftigung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG in der Beschwerdevorentscheidung insbesondere damit, dass dieser keine einschlägige Ausbildung nachweisen könne und BF2 einen Spezialkoch suche.

Der BF1 erreicht die erforderliche Mindestpunktzahl von 55 (Alter unter 30 Jahren, Hochschulreife, ÖSD Deutschzertifikat B2).

Im Jahr 2020 beträgt das Mindestentgelt gemäß § 12b Z 1 AuslBG für unter 30-jährige EUR 2.685,- brutto pro Monat zuzüglich Sonderzahlungen. Laut vorliegender Arbeitgebererklärung ist daher das erforderliche Mindestbruttoentgelt gegeben.

Somit sind zwar die Tatbestandselemente „Mindestpunktzahl“ und „Mindestbruttoentgelt“ erfüllt, allerdings ist die Beschwerde aus folgenden Gründen abzuweisen:

Einerseits bringt BF2 vor, einen Spezialkoch zu benötigen und betont auch, dass es wichtig sei eine entsprechende einschlägige Ausbildung zu haben.

Eine abgeschlossene Berufsausbildung liegt etwa vor, wenn der Antragsteller über ein Zeugnis verfügt, das seine Qualifikation für die beabsichtigte Beschäftigung zweifelsfrei nachweist. Eine formale Gleichstellung mit einer inländischen Berufsausbildung ist nicht erforderlich. Schlüsselkräfte können alternativ zu einer formellen Berufsausbildung auch spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten geltend machen, die nicht durch formale Ausbildungsnachweise dokumentiert werden können, aber zur Ausübung der konkreten Tätigkeit notwendig sind (zB Profisportler, Designer, Musiker). Dafür sind entsprechende Nachweise vorzulegen (Dienstzeugnisse etc.). Als abgeschlossene Berufsausbildung gilt auch der erfolgreiche Abschluss einer schulischen Ausbildung, die dem Abschluss einer Berufsbildenden Höheren Schule (BHS) in Österreich entspricht (vgl. Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsgesetz, 2. Auflage, § 12-13 Rz 52 bis 54).

Gemäß § 5 Abs. 1 lit. c des Berufsausbildungsgesetzes (BAG), 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. Sie darf innerhalb eines Zeitraumes von zwei bis höchstens vier Jahren nur in ganzen oder halben Jahren festgesetzt werden.

Im konkreten Fall hat BF1 nach eigenen Angaben lediglich einen zweimonatigen Kochkurs am Nachmittag/Abend in seinem Heimatstaat besucht, welcher schon aufgrund der Kürze nicht mit einer Berufsausbildung vergleichbar ist. Auch eine Vergleichbarkeit mit dem in Österreich erlernbaren Beruf Koch/Köchin (als Lehrberuf mit dreijähriger Ausbildung im dualen System in einem Betrieb, ergänzt durch die Berufsschule oder in zumindest dreijährigen Hotel-, Tourismus-Fachschulen etc.) kann im Hinblick auf die Kürze nicht angenommen werden und es konnte daher nicht von einer „abgeschlossenen Berufsausbildung“ zum Koch ausgegangen werden, weshalb BF1 diese von BF2 angegebene Voraussetzung nicht erfüllt. Darüber hinaus musste auch BF1 von BF2 für die Spezialtätigkeit angelernt werden.

Andererseits handelt es sich bei der Spezialtätigkeit auch nach Angaben von BF1 und BF2 um eine angelernte Hilfstätigkeit, welche BF1 bereits jetzt im Rahmen seiner Anstellung als Küchenhilfe ausübt. BF1 wird bis dato auch nur als Küchenhilfe bezahlt, was ebenfalls unterstreicht, dass es sich bei der beantragten Tätigkeit auch nach Einschätzung von BF2 um eine Hilfstätigkeit handelt. Somit findet die Forderung nach einer Ausbildung als Koch für eine angelernte Hilfstätigkeit in den betrieblichen Notwendigkeiten keine Deckung. Im Hinblick auf die bereits von der belangten Behörde nachvollziehbar angeführte große Anzahl von vorgemerkten gastgewerblichen Hilfskräften ist auch keine Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens erforderlich, da davon auszugehen ist, dass eine geeignete Person gefunden werden kann.

Somit war im Beschwerdefall – trotz Vorliegens der Mindestpunktzahl und des Mindestbruttogehalts – das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 12b Ziffer 1 AuslBG in Verbindung mit §§ 4 Absatz 1 und 4b AuslBG zu verneinen.

Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die maßgebliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist unter 3.2 zitiert.

**Schlagworte**

Berufsausbildung Nachweismangel Rot-Weiß-Rot-Karte Schlüsselkraft

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2020:W167.2235262.1.00

**Im RIS seit**

11.01.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

11.01.2021

**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)