

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/4/28 W156 2239151-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.04.2021

## Entscheidungsdatum

28.04.2021

## Norm

AuslBG §12a

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W156 2239150-1/4E

W156 2239151-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Alexandra Krebitz als Vorsitzende und die fachkundigen Laienrichter Dr. Johannes Pflug und Alexander Wirth als Beisitzer über die Beschwerde von 1. Restaurant XXXX GmbH in XXXX Wien und 2. XXXX , beide vertreten durch die Oberhammer GmbH, Rechtsanwälte in 1010 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom 26.11.2020, GZ: ABB-Nr: XXXX , betreffend Nichtzulassung zu einer Beschäftigung als Fachkraft gemäß § 12a Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

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

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. XXXX ein am XXXX geborener indischer Staatsangehöriger, (in Folge als BF2 bezeichnet) stellte am 15.10.2020 beim Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, einen Antrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte als Fachkraft gemäß § 12a AuslBG. Laut beiliegender Arbeitgebererklärung soll er vom Restaurant XXXX GmbH in XXXX Wien, (in Folge als BF1 bezeichnet) als Koch mit einem monatlichen Bruttolohn von € 1.750,00 im Ausmaß von 40 Wochenstunden an einem Arbeitsplatz im eigenen Betrieb beschäftigt werden.

Dem Antrag waren folgende Unterlagen angeschlossen:

- Kopie des Reisepasses
- Geburtsurkunde
- Strafregisterbescheinigung
- Unterkunftsbestätigung

Dem Antrag angeschlossen waren weiters zum Nachweis der Ausbildung sowie der Berufserfahrung folgende Unterlagen:

- High School Diplom vom 23.06.2004
- Zeugnis „Intermediate Examination“ vom 05.06.2006
- Zeugnis „Hotel Management“ ausgestellt durch das „XXXX“ vom November 2009 über ein dreijähriges Diplom im Bereich „Hotel Management & Catering Tech.“
- Zeugnis „XXXX“ vom 02.06.2009 über die Absolvierung einer Lehre als Koch („Apprentice Food Production Cook“) vom 01.05.2006 bis 01.06.2009
- Dienstzeugnis „XXXX“ vom 12.10.2010 über die Beschäftigung als „Apprentice Cook“ vom 09.11.2009 bis 31.10.2010
- Dienstzeugnis „XXXX“ vom 10.02.2012 über die Beschäftigung als „Commi II“ vom 01.03.2011 bis 31.01.2012
- Dienstzeugnis „XXXX“ über die Beschäftigung als „Commi I“ vom 23.02.2012 bis 17.09.2012
- Dienstzeugnis „XXXX“ über die Beschäftigung als „Commi I“ vom 20.09.2012 bis 25.11.2014
- Dienstzeugnis „XXXX“ vom 12.07.2016 über die Beschäftigung als „Demi Chef de Partie“ vom 07.01.2015 bis 12.07.2016
- Dienstzeugnis „XXXX“ über die Beschäftigung als „Head Chef“ vom 01.01.2017 bis 31.12.2019
- Dienstzeugnis „XXXX“ vom 29.08.2020 über die Beschäftigung als „Head Chef“ seit 10.01.2020

2. Mit Schreiben vom 19.10.2020 übermittelte der Landeshauptmann von Wien, MA 35 der Landesgeschäftsstelle Wien des Arbeitsmarktservice (in Folge: AMS) den Antrag samt Beilagen mit dem Ersuchen um schriftliche Mitteilung, ob die Voraussetzungen für die Erteilung der Rot-Weiß-Rot-Karte vorliegen.

3. Mit Schreiben vom 09.11.2020 wurde die BF1 über die gesetzlichen Bestimmungen und die geplante Punktevergabe informiert. Die BF1 wurde darauf aufmerksam gemacht, dass Punkte für die Berufserfahrung nur nach Abschluss der Berufsausbildung (Abschluss 2009) und nur für volle Jahre vergeben werden könnten. Bei den vorgelegten Dienstzeugnissen des BF2 könnten insgesamt drei Jahre angerechnet werden. Die BF1 wurde aufgefordert, bis zum 23.11.2020 schriftliche Einwendungen zu den Feststellungen zu erheben bzw. Unterlagen vorzulegen.

4. In der Stellungnahme der BF1 vom 23.11.2020 wurde festgehalten, dass der BF2 von 2006 bis 2009 eine dreijährige Lehre zum Koch im Restaurant „XXXX“ absolviert habe und somit die Voraussetzung der abgeschlossenen Berufsausbildung erfülle. Zusätzlich zu der abgeschlossenen Berufsausbildung habe er auch ein Diplom des „XXXX“ vorzuweisen, wobei es sich hierbei um eine tertiäre Bildungseinrichtung handle. Der BF2 hätte sohin hierfür 30 Punkte für seine Qualifikation zu erhalten. Der BF2 hätte zudem insgesamt 13 Jahre Berufserfahrung gesammelt. Die Einschätzung der belangten Behörde, wonach ihm jedoch nur drei Jahre anzurechnen seien, da Punkte für die Berufsausbildung nur für volle Jahre vergeben werden können, sei nicht zu folgen, da aus dem Gesetzeswortlaut der Anlage B des AuslBG sich nicht ergebe, dass die zwei Punkte nur für ein ganzes Jahr Erfahrung bei einem bestimmten Arbeitgeber vergeben werden könnten. Im Übrigen werde darauf hingewiesen, dass der BF2 im Restaurant „XXXX“ von 01.01.2017 bis 31.12.2019 und somit drei Jahre und nicht – wie von der belangten Behörde behauptet – ein Jahr tätig gewesen wäre. Der BF2 hätte sohin hierfür 20 Punkte für seine zehnjährige Berufserfahrung zu erhalten. Sohin hätte der BF2 insgesamt die erforderliche Mindestpunktzahl (60 Punkte) erfüllt.

5. Mit Bescheid vom 26.11.2020 wurde der Antrag auf Zulassung des BF2 zu einer Beschäftigung als Fachkraft gemäß 12a AuslBG bei der BF1 nach Anhörung des Regionalbeirates mangels Erreichen der Mindestpunktzahl, abgewiesen. Gemäß der Anlage B könnten 25 Punkte für die Qualifikation, 10 Punkte für die ausbildungsadäquate Berufserfahrung, 0 Punkte für Sprachkenntnisse sowie 10 Punkt für das Alter vergeben werden. Bei der XXXX“ handle es sich nicht um eine universitäre Ausbildung. Zudem könnten für die Berufserfahrung nur volle Jahre berücksichtigt werden können.

6. Dagegen erhoben die Beschwerdeführer durch ihre Rechtsvertreterin binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde und brachte zusammengefasst vor, dass der BF2 zusätzlich zu der dreijährigen abgeschlossenen Berufsausbildung auch ein Diplom des „ XXXX “ vorzuweisen hätte, bei welcher es sich um eine tertiäre Bildungseinrichtung handle. Entsprechend einer Wortinterpretation sei unter einer „tertiären Bildungseinrichtung“ jene Einrichtung zu verstehen, die zu einem Tertiärabschluss führe. Entsprechend der österreichischen Legistik sei unter dem Begriff „Tertiärabschluss“ die Bildungsstufen 5-8 (ISCED 5: Meisterschule, Werkmeister- und Bauhandwerkerschule; Kolleg, Akademie, Erstausbildung; Aufbaulehrgang; Berufsbildende höhere Schule für Berufstätige; Höhere berufsbildende Schule, Jahrgang 4-5; Universitärer Lehrgang; ISCED 6: Bachelorstudium; ISCED 7: Masterstudium, Diplomstudium, universitärer Lehrgang (postgradual); ISCED 8: Doktoratstudium) zu verstehen. Dies entspreche der Anlage 1 des Bundesfinanzgesetzes 2020, BGBl I 46/2020. Aus diesem Grund würden Bildungseinrichtungen zum Abschluss eines universitären Lehrgangs, wie höhere berufsausbildende Schulen oder Kollegs und Akademien als tertiäre Bildungseinrichtung gelten. Dem VwGH zufolge (25.01.2013, ZI 2012/09/0068) hätten Fachkräfte in Mangelberufen mit Universitätsreife oder einem Hochschul- oder Fachhochschulstudium immer auch über eine abgeschlossene Berufsausbildung im jeweiligen Mangelberuf zu verfügen, würden jedoch die für ihre Ausbildung vorgesehene höhere Punkteanzahl erhalten. Zur Berufserfahrung des BF2 wurde vorgebracht, dass einer Wortinterpretation der Anlage B des AuslBG nicht zu entnehmen sei, dass Punkte nur für Berufserfahrung erst nach Abschluss der Ausbildung vergeben werden. Da eine Lehre nicht rein theoretische Kenntnisse vermittele, sondern praktische Fähigkeiten gelehrt werden, wären auch die Lehrjahre als Berufserfahrung anzuerkennen. Dies entspreche auch dem österreichischen Kollektivvertrag für Arbeiter und Arbeiterinnen in der Gastronomie, worin gemäß Artikel 10 lit a bei ununterbrochenen Dienstzeiten bei einem Arbeitgeber eine Anerkennung für den langjährigen „Dienst“ und zwar „einschließlich Lehrzeit“ durch Erhöhung der Mindestlöhne gezahlt werde. Dies zeige geradezu, dass auch die Lehrjahre als Dienst zu bewerten seien, weshalb auch die Erfahrung die gesammelt werde als Berufserfahrung zu zählen sei. Eine Differenzierung zwischen der Berufsausübung während und nach der Ausbildung sei unsachgemäß und weder dem Wortlaut des AuslBG noch der kollektivvertraglichen Praxis zu entnehmen. Daneben ergebe sich aus dem Gesetzeswortlaut der Anlage B des AuslBG nicht, dass die zwei Punkte, welche „pro Jahr“ zu vergeben wären, nur für ein ganzes Jahr Erfahrung bei einem bestimmten Arbeitgeber vergeben werden könnten. Es müsse daher jeder Monat an „ausbildungsadäquater Berufserfahrung“ auf ein Jahr anrechenbar sein. Im Übrigen werde darauf hingewiesen, dass der BF2 im Restaurant „ XXXX “ von 01.01.2017 bis 31.12.2019 und somit drei Jahre und nicht – wie von der belangten Behörde behauptet – ein Jahr tätig gewesen wäre. Ferner sei der BF2 seit 10.01.2020 in der „ XXXX “ als Koch tätig sei, weshalb er am 10.01.2021 ein weiteres volles Jahr der Berufserfahrung erfülle und somit weitere zwei Punkte zu erhalten habe. Insgesamt hätte der BF2 die erforderliche Mindestpunkteanzahl (60 Punkte) erfüllt.

7. Mit Beschwerdevorlage vom 29.01.2021 legte die belangte Behörde den Akt dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der BF2, ein am XXXX geborener indischer Staatsangehöriger, stellte am 15.10.2020 beim Amt der Wiener Landesregierung, Magistratsabteilung 35, einen Antrag auf Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte als Fachkraft gemäß § 12a AuslBG. Laut beiliegender Arbeitgebererklärung soll er von der BF1 als Koch mit einem monatlichen Bruttolohn von € 1.750,00 im Ausmaß von 40 Wochenstunden an einem Arbeitsplatz im eigenen Betrieb beschäftigt werden.

Der BF2 hat eine Berufsausbildung zum Koch im Umfang von drei Jahren im Zeitraum von 01.05.2006 bis 01.06.2009 absolviert und auch ein drei Jahre umfassendes Diplom von 2007 bis 2009 des „ XXXX “ erlangt.

Es handelt sich bei dem „ XXXX “ um eine tertiäre Bildungseinrichtung.

Beim BF2 sind insgesamt von 6 vollen Jahren Berufserfahrung auszugehen. Ein Sprachzertifikat wurde hinsichtlich des BF2 nicht vorgelegt.

2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt steht aufgrund der Aktenlage als unstrittig fest.

Das „ XXXX “ ist als eine tertiäre Bildungseinrichtung zu bewerten ist, da das 1998 gegründete Unternehmen vom AICTE, Board of Technical Education (Lucknow), akkreditiert und der XXXX Technical University angeschlossen ist (<https://www.collegedekho.com/colleges/jpihm-meerut>).

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 20g Abs. 1 AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice, die in Angelegenheiten des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergangen sind, das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und einer aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

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.

Zu A)

Die im vorliegenden Fall anzuwendenden maßgebenden Bestimmungen des AuslBG lauten:

§ 12a in der Fassung BGBl. I Nr. 94/2018:

„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 Mindestpunkteanzahl 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.“

Anlage B in der Fassung BGBl. I Nr. 94/2018:

„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

§ 20d in der Fassung BGBl. I Nr. 94/2018:

„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.

(2) Die Zulassung gemäß Abs. 1 gilt für die Beschäftigung bei dem im Antrag angegebenen Arbeitgeber im gesamten Bundesgebiet. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat unverzüglich nach Beginn der Beschäftigung die Anmeldung zur Sozialversicherung zu überprüfen. Entspricht diese nicht den für die Zulassung maßgeblichen Voraussetzungen, ist die nach dem NAG zuständige Behörde zu verständigen (§ 28 Abs. 6 NAG). Bei einem Arbeitgeberwechsel vor Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ (§ 41a NAG) ist Abs. 1 sinngemäß anzuwenden.

(3) bis (5) [...]“

Die Fachkräfteverordnung 2020, BGBl. II Nr. 421/2019, lautet auszugsweise:

„§ 1. (1) Für das Jahr 2020 werden folgende Mangelberufe, in denen Ausländerinnen und Ausländer als Fachkräfte gemäß § 12a AuslBG zugelassen werden können, für eine Beschäftigung im gesamten Bundesgebiet festgelegt:

1. Landmaschinenbauer/innen

2. Techniker/innen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Maschinenbau

3. Techniker/innen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Starkstromtechnik

4. Techniker/innen für Starkstromtechnik

5. Techniker/innen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Datenverarbeitung

6. Dreher/innen
7. Schwarzdecker/innen
8. Fräser/innen
9. Schweißer/innen, Schneidbrenner/innen
10. Techniker/innen für Maschinenbau
11. Elektroinstallateur(e)innen, -monteur(e)innen
12. Techniker/innen mit höherer Ausbildung (Ing.), soweit nicht anderweitig eingeordnet
13. Schlosser/innen
14. Kraftfahrzeugmechaniker/innen
15. Dachdecker/innen
16. Bautischler/innen
17. Kalkulant(en)innen
18. Betonbauer/innen
19. Rohrinstallateur(e)innen, -monteur(e)innen
20. Huf- und Wagenschmied(e)innen
21. Spengler/innen
22. Lokomotivführer/innen, -heizer/innen
23. Lackierer/innen
24. Zimmerer/innen
25. Techniker/innen für Schwachstrom- u. Nachrichtentechnik
26. Platten-, Fliesenleger/innen
27. Augenoptiker/innen
28. Diplomierte/r Gesundheits- und Krankenpfleger/innen
29. Karosserie-, Kühlerspengler/innen
30. Pflasterer/innen
31. Werkzeug-, Schnitt- und Stanzenmacher/innen
32. Maschinenschlosser/innen
33. Techniker/innen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Bauwesen
34. Bau-, Blech-, Konstruktionsschlosser/innen
35. Sonstige Techniker/innen soweit nicht anderweitig eingeordnet
36. Händler/innen und Verkäufer/innen von Eisen- und Metallwaren, Maschinen, Haushalts- und Küchengeräte
37. Lohn-, Gehaltsverrechner/innen
38. Gaststättenköch(e)innen
39. Bau- und Möbeltischler/innen
40. Techniker/innen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Wirtschaftswesen
41. Sonstige Grobmechaniker/innen
42. Bodenleger/innen
43. Kunststoffverarbeiter/innen

44. Techniker/innen für Datenverarbeitung

45. Holzmaschinenarbeiter/innen

46. Bauspengler/innen

47. Techniker/innen für Wirtschaftswesen

48. Techniker/innen mit höherer Ausbildung (Ing.) für technische Chemie, Chemotechniker

49. Techniker/innen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Schwachstrom- und Nachrichtentechnik 50. Medizinisch-technische Fachkräfte

51. Elektromechaniker/innen

52. Naturblumenbinder/innen

53. Maurer/innen

54. Techniker/innen für Bauwesen 55. Pflegeassistent(en)innen 56. Pflegefachassistent(en)innen

§ 2. Die Bezeichnung der im § 1 genannten Berufe folgt der Berufssystematik des Arbeitsmarktservice.

§ 3. Diese Verordnung tritt mit 01. Jänner 2020 in Kraft und mit Ablauf des 31. Dezember 2020 außer Kraft. Vor Ablauf des 31. Dezember 2020 eingebrachte Anträge gemäß § 20d Abs. 1 Z 2 AuslBG sind nach dieser Verordnung zu erledigen.“

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Der BF2 soll laut Arbeitgebererklärung von der BF1 als Koch beschäftigt werden.

Gemäß § 2 der gegenständlich anzuwendenden Fachkräfteverordnung 2020 folgt die Bezeichnung der im § 1 Fachkräfteverordnung 2020 genannten Berufe der Berufssystematik des Arbeitsmarktservice. Dieser zufolge gilt als Mangelberuf „Gaststättenköch(e)innen“ iSd § 1 Abs. 1 Z. 38 leg.cit.

Der BF2 wurde somit im Mangelberuf „Gaststätten köch(e)innen“ der Fachkräfteverordnung 2020 beantragt.

Gemäß § 12a Z. 1 AuslBG ist es – unabhängig vom Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – erforderlich, dass der Antragsteller eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung im beantragten Mangelberuf nachweisen kann (vgl. VwGH 25.01.2013, Zl. 2012/09/0068; 13.12.2016, Ra 2016/09/0104).

Eine abgeschlossene Berufsausbildung iSd § 12a AuslBG liegt vor, wenn der Antragsteller über ein Zeugnis verfügt, das seine Qualifikation für die beabsichtigte Beschäftigung zweifelsfrei nachweist. Bei Fachkräften muss es eine Qualifikation für einen in der Verordnung genannten Mangelberuf sein. Sofern das Anforderungsprofil Zusatzqualifikationen enthält, sind auch diese durch entsprechende Zeugnisse nachzuweisen (Deutsch, Nowotny, Seitz, AuslBG2 §§ 12 bis 13 Rz 52).

Die Erläuterungen (1077 Blg. NR 24. GP, RV, S 12) zum Erfordernis einer "einschlägigen abgeschlossenen Berufsausbildung" des § 12a Z. 1 AuslBG führen dazu aus: "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."

Den Feststellungen folgend hat der BF2 von 2006 bis 2009 eine Lehre zum Koch im Restaurant „XXXX“ absolviert und zusätzlich zu der dreijährigen abgeschlossenen Berufsausbildung auch ein dreijähriges Diplom des „XXXX“ vorgewiesen. Der Rechtsvertreterin ist insofern Recht zu geben, als entsprechend einer Wortinterpretation unter einer „tertiären Bildungseinrichtung“ jene Einrichtung zu verstehen ist, die zu einem Tertiärabschluss führt Entsprechend der österreichischen Legistik ist unter dem Begriff „Tertiärabschluss“ die Bildungsstufen 5-8 (ISCED 5: Meisterschule, Werkmeister- und Bauhandwerkerschule; Kolleg, Akademie, Erstausbildung; Aufbaulehrgang; Berufsbildende höhere Schule für Berufstätige; Höhere berufsbildende Schule, Jahrgang 4-5; Universitärer Lehrgang; USCED 6: Bachelorstudium; ISCED 7; Masterstudium, Diplomstudium, universitärer Lehrgang (postgradual); ISCED 8: Doktoratstudium) zu verstehen. Aus diesem Grund gelten Bildungseinrichtungen zum Abschluss eines universitären Lehrgangs, wie höhere berufsausbildende Schulen oder Kollegs und Akademien als tertiäre Bildungseinrichtung. Laut



VwGH (25.01.2013, ZI 2012/09/0068) haben Fachkräfte in Mangelberufen mit Universitätsreife oder einem Hochschul- oder Fachhochschulstudium immer auch über eine abgeschlossene Berufsausbildung im jeweiligen Mangelberuf zu verfügen, würden jedoch die für ihre Ausbildung vorgesehene höhere Punkteanzahl erhalten. Der BF2 absolvierte somit ein dreijähriges Studium an einer tertiären Bildungseinrichtung, weshalb er hierfür 30 Punkte für seine Qualifikation zu erhalten hat.

Betreffend die ausbildungsadäquate Berufserfahrung ist den Materialien nichts zu entnehmen, die weder diesen Begriff enthalten noch auch nur den Wortteil „Erfahrung“. Aus der Verwendung des Punkteschemas 2 (bzw. 4) Punkte pro Jahr Berufserfahrung ist ersichtlich, dass Punkte nur für volle Jahre der Berufserfahrung zu vergeben sind und restliche Zeiten - auch nicht teilweise - zu berücksichtigen, da andernfalls zu erwarten wäre, dass das Gesetz eine andere Untergliederung gewählt hätte, z. B. pro Vierteljahr im Inland oder Halbjahr im Ausland je 1 Punkt. Dieses Ergebnis deckt sich mit der in der Literatur vertretenen Ansicht (Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG<sup>2</sup> §§ 12-13 Rz 45; Kind, AuslBG, 2018, § 12b Rz 14).

Demnach wäre dem BF2 für seine geltend gemachte Tätigkeit beim Restaurant „XXXX“ im Zeitraum von 20.09.2012 bis 25.11.2014 zwei volle Jahre, für jene beim Restaurant „XXXX“ im Zeitraum von 07.01.2015 bis 12.07.2016 ein volles Jahr sowie für jene beim Restaurant „XXXX“ im Zeitraum 01.01.2017 bis 31.12.2019 drei volle Jahre, insgesamt somit sechs Jahre, zu vergeben, weshalb der BF2 hierfür 12 Punkte für seine Berufserfahrung zu erhalten hat. Für die weiteren geltend gemachten Monate, die aus den anderen vorgelegten Dienstzeugnissen resultieren, sind keine Punkte an Berufserfahrung zu vergeben, da der BF2 keine ganzen Jahre durchgehend beschäftigt war.

Soweit in der Beschwerde vorgebracht wurde, dass der Anlage B des AuslBG nicht zu entnehmen sei, dass Punkte nur für Berufserfahrung, die erst nach Abschluss der Ausbildung erfolgt hätten, vergeben werden, führen diese Ausführungen nicht zum Erfolg:

Der Gesetzgeber hat mit der Novelle zum AusländerbeschäftigungsgesetzBGBl I Nr 25/2011 ein neues kriteriengeleitetes Zuwanderungsmodell eingeführt. Im Vorblatt zu den Erläuterungen (RV 1077 dB 24. GP) heißt es dazu auszugsweise:

"Infolge der demographischen Entwicklung ist bereits ab 2015 ein Mangel an jungen qualifizierten Arbeitnehmern zu erwarten. Mit der Einführung eines neuen kriteriengeleiteten Zuwanderungssystems, das der Qualifikation besondere Bedeutung beimisst und neben hochqualifizierten Schlüsselkräften auch Fachkräften in Mangelberufen und ausländischen Studienabsolventen an österreichischen Hochschulen einen Arbeitsmarktzugang ermöglicht, soll dieser Entwicklung rechtzeitig gegengesteuert werden."

Den vorgelegten Unterlagen ist zu entnehmen, dass der BF2 die gegenständliche einschlägige Berufsausbildung als Koch im November 2009 abgeschlossen hat. Dies wird in der Beschwerde auch nicht bestritten.

Zum Beschwerdevorbringen ist auszuführen, dass der Gesetzgeber in der Anlage B mit dem von ihm bewusst gewählten Begriff "ausbildungsadäquat" einen klaren Bezug zu der von ihm - vorrangig - geforderten und vorausgesetzten Qualifikation hergestellt hat. Findet der Begriff "ausbildungsadäquat" in der Judikatur und Literatur Verwendung, so bisher ausschließlich in Zusammenhang mit einer bereits vorhandenen abgeschlossenen Berufsausbildung oder sonstigen Qualifikation ("ausbildungsadäquater Arbeitsplatz", "ausbildungsadäquate Beschäftigung"; vgl zB OGH 27.05.2014, Ob24/14s; Panhölzl in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 227 Rz 36).

Der Gesetzgeber selbst verlangt in § 3 Abs. 9 lit f AuslBG in Zusammenhang mit Volontären einen Nachweis des "ausbildungsadäquaten Einsatzes ... nach Beendigung des Schulungsprogrammes", sodass dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen ist, diesen Begriff in der Anlage B anders verstanden wissen zu wollen.

Dies erweist sich auch im Sinne der vom Gesetzgeber im oben zitierten Vorblatt zu den Erläuterungen zum Ausdruck gebrachten Absicht, zum einen bevorzugt jungen qualifizierten Arbeitskräfte eine Option für eine Zuwanderung nach Österreich zu eröffnen und zum anderen dabei den Qualifikationen der potentiellen Arbeitskräfte einen besonders hohen Stellenwert beizumessen. Der Wert einer erworbenen Qualifikation durch ein nachfolgendes Tätigwerden im erlernten Beruf wird nämlich durch die Möglichkeit der Anwendung der erst durch die Ausbildung vermittelten Lehrinhalte und Fertigkeiten in der Praxis noch erhöht. Nur durch die der Ausbildung nachfolgende Berufserfahrung

ist gewährleistet, dass die in der Ausbildung erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten umfassend gefestigt und vertieft werden können, was demgegenüber - wie auch im Falle des BF2 - bei einer der Ausbildung vorgelagerten oder im Zuge der Ausbildung erworbenen Berufserfahrung gerade nicht gewährleistet ist.

Die in der Beschwerde monierte unsachgemäße Differenzierung zwischen der Berufsausübung während und nach der Ausbildung, deckt sich somit jedoch mit der Intention des Gesetzgebers. Daher kann der belangten Behörde nicht entgegengetreten werden, wenn sie davon ausgeht, dass die Beschäftigungszeiten des BF2 vor der Ablegung der Berufsausbildung im November 2009 nicht ausbildungsadäquat erfolgten.

Gemäß Erkenntnis des VwGH vom 31. Mai 2012, ZI 2012/09/0025, obliegt es dem Antragsteller, Sprachkenntnisse durch Vorlage eines anerkannten Sprachzeugnisses iS des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens nachzuweisen, um dafür Punkte zu erlangen. Für Sprachkenntnisse waren dem BF2 daher mangels vorgelegter Zertifikate keine Punkte zu vergeben.

Für sein Alter (31 Jahre) erhält der BF2 10 Punkte.

Da diese Summe mit 52 hinter dem erforderlichen Minimum zurückbleibt, war und ist die in § 12a Abs. 1 Z. 2 AuslBG genannte Zulassungsvoraussetzung nicht erfüllt.

Soweit vorgebracht wurde, dass der BF2 seit 10.01.2020 in der „XXXX“ als Koch tätig und somit am 10.01.2021 ein weiteres volles Jahr erfüllt hätte, weshalb er auch dafür weitere zwei Punkte zu erhalten habe, ist dem entgegenzuhalten, dass auch unter Anerkennung dieser Berufserfahrung lediglich 54 Punkte erzielt werden könnten und auch damit die Mindestpunktzahl von 55 Punkten nicht erreicht werden würde.

Der an die Beschwerdeführer gerichtete abweisende Bescheid ist demnach wegen Nichtvorliegens eines in der Fachkräfteverordnung genannten Mangelberufs und mangels ausreichender Punktezahl nach Anlage B zu Recht ergangen, sodass die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen war.

Entfall der 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.

Die Beschwerdeführer haben zwar einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt.

Der erkennende Senat erachtete die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht für erforderlich, weil der festgestellte Sachverhalt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bescheides aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde hinreichend geklärt erschien und durch die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht zu erwarten war.

Da keine Fragen der Beweiswürdigung auftraten, welche die Durchführung einer mündlichen Verhandlung notwendig gemacht hätten, stehen dem Entfall der Verhandlung auch weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegen (vgl. u.a. VwGH 07.08.2017, Ra 2016/08/0140).

Zu B) Zulässigkeit 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 zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, wenn die Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, wenn es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt oder wenn die Frage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird bzw. sonstige Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vorliegen.

Es bestehen im gegenständlichen Fall Hinweise auf eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung:

Im Hinblick auf die in der rechtlichen Beurteilung vorgenommene Auslegung, wonach aus der Verwendung des Punkteschemas 2 (bzw. 4) Punkte pro Jahr Berufserfahrung ersichtlich sei, dass Punkte nur für "volle Jahre" der Berufserfahrung zu vergeben sind, fehlt es dazu an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Insbesondere ist

klärungsbedürftig, ob Zeiträume einer Tätigkeit unter einem Jahr bei einem Arbeitgeber auch teilweise berücksichtigt werden könnten, z. B. pro Vierteljahr im Inland oder Halbjahr im Ausland je 1 Punkt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**Schlagworte**

Berufserfahrung Fachkräfteverordnung Punktevergabe Revision zulässig Rot-Weiß-Rot-Karte Sprachkenntnisse

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:W156.2239151.1.00

**Im RIS seit**

24.06.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

24.06.2021

**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)