

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/7/8 W156 2242634-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.07.2021

## Entscheidungsdatum

08.07.2021

## Norm

AuslBG §12a

AuslBG §13

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

W156 2242630-1/4E

W156 2242634-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Alexandra Krebitz als Vorsitzende und den fachkundigen Laienrichtern Dr. Johannes Pflug und Alexander With als Beisitzer über die Beschwerden vom 06.04.2021 von 1. XXXX und 2. XXXX , beide vertreten durch LegalFocus, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom 05.03.2021, XXXX , in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung vom 29.04.2021, XXXX , in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

A) Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

B) Die Revision ist nicht zulässig.

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

1. Am 01.02.2021 beantragte XXXX , ein am XXXX geborener indischer Staatsbürger, in Folge als BF1 bezeichnet, den Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot-Karte“ gemäß § 41 NAG im Rahmen der Zulassung als Fachkraft gemäß § 12a AuslBG (Koch) im Unternehmen des XXXX , in Folge als BF2 bezeichnet. Als Beschäftigungsort wurde Wien angegeben.

2. Mit Parteiengehör des Arbeitsmarktservice Esteplatz, in Folge als AMS bezeichnet, vom 10.02.2021 wurde dem BF2 mitgeteilt, dass die angeführte Tätigkeit „Fachkoch“ des BF1 nicht auf der derzeit gültigen bundesweiten Liste für Mangelberufe 2021 gelistet ist. Eine Stellungnahme wurde hiezu nicht abgegeben.

3. Mit Bescheid des AMS vom 05.03.2021 wurde der Antrag abgewiesen. Begründet wurde dies im Wesentlichen, dass die Tätigkeit als Fach-Koch nicht in der derzeit gültigen Fachkräfteverordnung als Mangelberuf geführt werde.

4. Dagegen erhob der BF1 fristgerecht Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. In der Beschwerde wird im Wesentlichen ausgeführt, dass das Arbeitsmarktservice nicht realisiert hätte, dass in der Mangelberufsliste (regional) Gaststättenköche aufschienen.

5. Mit Mail vom 12.04.2021 an die Rechtvertretung wurde neuerlich darauf hingewiesen, dass der Beruf „Gaststättenkoch“ nicht auf der bundeweit gültigen Mangelberufsliste 2021 aufgelistet sei. Innerhalb der vorgegebenen Frist wurde keine Stellungnahme abgegeben.

6. Mit Beschwerdevorentscheidung des AMS vom 29.04.2021 wurde die Beschwerde abgewiesen.

7. Dagegen beantragen die BF1 und BF1 fristgerecht die Vorlage der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass das AMS berücksichtigen hätte müssen, dass auch der in Wien ansässige Arbeitgeber einen dringenden Bedarf nach einem Koch habe. Durch das Aufschieben des Berufes auf der regionalen Mangelberufsliste sei erkennbar, dass der BF auch in Wien gebraucht werde. Das AMS hätte die regionale Mangelberufsliste analog für den in Wien ansässigen Dienstgeber anwenden müssen.

8. Mit Schreiben vom 21.05.2021 legte das AMS die Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Am 01.02.2021 beantragte der BF1, ein am XXXX geborener indischer Staatsbürger, in Folge als BF1 bezeichnet, den Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot-Karte“ gemäß § 41 NAG im Rahmen der Zulassung als Fachkraft gemäß § 12a AuslBG (Koch) im Unternehmen des BF2.

Der BF2 als Dienstgeber hat seinen Betriebsstandort in 1180 Wien, Währingerstraße 180.

Der Beruf „(Gaststätten)Koch“ wird für das Jahr 2021 auf den regionalen Mangelberufslisten für die Bundesländer Oberösterreich, Salzburg und Vorarlberg gelistet. In der bundesweiten Mangelberufsliste ist er nicht aufgeführt.

2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verfahrensakt und ist unbestritten.

3. Rechtliche Beurteilung:

§ 12a AuslBG:

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.

§ 13 Abs. 1 AuslBG:

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.

Gemäß § 1 der Fachkräfteverordnung 2021, BGBl. II Nr. 595/2020, gilt für das Jahr 2021 folgende bundesweite Mangelberufsliste.

#### Bundesweite Mangelberufe

Für das Jahr 2021 gelten folgende Berufe als bundesweite Mangelberufe:

1. DiplomingenieurInnen für Starkstromtechnik
2. TechnikerInnen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Starkstromtechnik
3. LandmaschinenbauerInnen
4. SchwarzdeckerInnen
5. TechnikerInnen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Datenverarbeitung
6. DiplomingenieurInnen für Datenverarbeitung
7. TechnikerInnen für Starkstromtechnik
8. TechnikerInnen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Maschinenbau
9. DiplomingenieurInnen für Maschinenbau
10. DachdeckerInnen
11. Dipl. Gesundheits- und KrankenpflegerInnen
12. BautischlerInnen
13. Ärzte/Ärztinnen
14. DiplomingenieurInnen für Schwachstrom- und Nachrichtentechnik
15. Lokomotivführer/innen, -heizer/innen
16. BetonbauerInnen
17. Rohrinstallateure/Rohrinstallateurinnen, Rohrmonteur/Rohrmonteurinnen
18. Elektroinstallateure/Elektroinstallateurinnen, Elektromonteur/Elektromonteurinnen
19. TechnikerInnen mit höherer Ausbildung (Ing.), soweit nicht anderweitig eingeordnet
20. Zimmerer/Zimmererinnen
21. SpenglerInnen
22. DreherInnen
23. Kalkulanten/Kalkulantinnen
24. Platten-, FliesenlegerInnen
25. SchweißerInnen, SchneidbrennerInnen
26. FräserInnen
27. TechnikerInnen für Maschinenbau
28. AugenoptikerInnen
29. TechnikerInnen mit höherer Ausbildung (Ing.) für Bauwesen

30. DiplomingenieurInnen, soweit nicht anderweitig eingeordnet
31. TechnikerInnen mit höherer Ausbildung (Ing.) für technische Chemie, Chemotechniker
32. BodenlegerInnen
33. KraftfahrzeugmechanikerInnen
34. SchlosserInnen
35. HändlerInnen und VerkäuferInnen von Eisen- und Metallwaren, Maschinen, Haushalts- und Küchengeräte
36. Lohn-, GehaltsverrechnerInnen
37. BauspenglerInnen
38. Pflasterer/Pflasterinnen
39. Bau- und MöbeltischlerInnen
40. TechnikerInnen für Schwachstrom- und Nachrichtentechnik
41. LackiererInnen
42. TechnikerInnen für Datenverarbeitung
43. MaurerInnen
44. Pflegefachassistenten/Pflegefachassistentinnen
45. Pflegeassistenten/Pflegeassistentinnen

#### Zu A) Abweisung der Beschwerde

Gemäß § 12a Z 1 werden Ausländer in einem in der Fachkräfteverordnung (§ 13) festgelegten Mangelberuf zu einer Beschäftigung als Fachkraft zugelassen, wenn sie eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung nachweisen können.

Im vorliegenden Fall wurde der verfahrenseinleitende Antrag für die berufliche Tätigkeit als „Fachkoch“ gestellt und auch während des Verfahrens nicht abgeändert. Die beantragte berufliche Tätigkeit „Fach“ ist jedoch kein Mangelberuf im Sinne der bundesweiten Fachkräfteverordnung 2021 (BGBl II 595/2020).

Sofern die BF vorbringen, dass das AMS die Ausnahmeregelungen für die Bundesländer Oberösterreich, Salzburg und Tirol auch auf den gegenständlichen Fall analog anzuwenden gehabt hätten, ist anzumerken, dass gerade aus dem Umstand, dass für diese drei Bundesländer in den regionalen Fachkräftelisten der Beruf als Gaststättenkoch gesondert aufgelistet ist, der Gesetzgeber einen Bedarf lediglich für diese Bundesländer, nicht aber bundesweit gesehen hat. Eine analoge Anwendung ist der Verordnung nicht zu entnehmen und kann nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes ob der klaren Regelung auch keine Lücke erkannt werden, die durch Analogie zu füllen wäre.

Bereits aus diesem Grund liegen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte nicht vor und war auf die weiteren Voraussetzungen daher nicht mehr einzugehen.

#### 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.

Es treffen § 12a AuslBG sowie die Fachkräfteverordnung 2021, BGBl. II Nr. 595/2020 eine klare Regelung (im Sinne der Entscheidung des OGH vom 22.03.1992, 5 Ob 105/90), weshalb keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

#### **Schlagworte**

Fachkräfteverordnung Rot-Weiß-Rot-Karte Voraussetzungen

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:W156.2242634.1.00

**Im RIS seit**

19.08.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

19.08.2021

**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)