

# TE Bvwg Erkenntnis 2021/6/17 L516 2238978-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.06.2021

## Entscheidungsdatum

17.06.2021

## Norm

AuslBG §4

AuslBG §4b

AuslBG §5

B-VG Art133 Abs4

## Spruch

L516 2238978-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Paul NIEDERSCHICK als Vorsitzenden und die fachkundige Laienrichterin Dr.in Silvia WEIGL und den fachkundigen Laienrichter Mag. Rudolf MOSER als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch XXXX , gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX , vom 04.01.2021, ABB-Nr. 4095097, betreffend die Nichterteilung einer Beschäftigungsbewilligung für XXXX , StA Thailand, gemäß § 5 und § 4 Abs 1 iVm § 4b AuslBG zu Recht erkannt:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs 2 VwG VG iVm § 5 und § 4 Abs 1 iVm § 4b AuslBG als unbegründet abgewiesen.

B)

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

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Beschwerdeführerin beantragte am 16.11.2020 als Arbeitgeberin die Verlängerung der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für die mitbeteiligte Arbeitnehmerin XXXX , geb XXXX , Staatsangehörige von Thailand, beim Arbeitsmarktservice XXXX (AMS) für die berufliche Tätigkeit als Köchin im thailändischen Restaurant der

Beschwerdeführerin. Das AMS wies diesen Antrag gemäß § 5 und § 4 Abs 1 iVm § 4b AuslBG ab und begründete dies einerseits damit, dass es sich beim Betrieb der Beschwerdeführerin nicht um einen Saisonbetrieb handle, und andererseits damit, dass eine Ersatzkraftstellung möglich gewesen wäre.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

## 1. Sachverhalt

1.1 Das AMS erteilte der Beschwerdeführerin für die beantragte Arbeitnehmerin mit Bescheid vom 24.02.2020 erstmalig eine Beschäftigungsbewilligung (Branchenkontingent) für die berufliche Tätigkeit als Köchin für die Zeit vom 09.03.2020 bis 08.09.2020.

1.2 Nach Stellung des verfahrensgegenständlichen Verlängerungsantrages vom 16.11.2020 leitete das AMS ein Ersatzkraftverfahren ein.

Im Zuge des Ersatzkraftverfahren stellten sich zwei Stellenbewerber bei der Beschwerdeführerin vor. Bei beiden handelt es sich um ausgebildete Köche.

Der erste Stellenbewerber im Ersatzkraftverfahren war ein in Ungarn ausgebildeter Koch, der über langjährige Kocherfahrung in Ungarn und Österreich – darunter unter anderem ein Jahr als Chefkoch und zwei Jahre in einem Wanderhotel in Österreich – und Zusatzkenntnissen in der Zubereitung von Sushi verfügt. Dieser wurde im Verfahren vor dem AMS von der Beschwerdeführerin mit der Begründung abgelehnt, dass dieser keine einschlägige Kocherfahrung in thailändischer Küche habe und oft den Arbeitgeber gewechselt habe, sich als Selbstständiger versucht und auch in Schnellimbissen gearbeitet habe, sodass nicht nur eine lange Einarbeitungszeit, sondern auch eine nur kurze Bleibedauer zu erwarten sei.

Der zweite Stellenbewerber war ein in Ägypten ausgebildeter Koch, der seit drei Jahren in Österreich als Koch tätig war. Dieser wurde im Verfahren vor dem AMS von der Beschwerdeführerin mit der Begründung abgelehnt, dass es Probleme mit der Sprache gebe, das derzeitige Küchenpersonal vorwiegend Thai und etwas Deutsch spreche, und jener auch keine einschlägige Erfahrung habe.

1.3 Eine Ersatzkraftstellung wäre im gegenständlichen Verfahren möglich gewesen.

1.4 Der Regionalbeirat befürwortete in der Folge in seiner Sitzung vom 15.12.2020 die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für die beantragte Arbeitnehmerin nicht, dies unter anderem mit der Begründung, dass eine Ersatzkraftstellung möglich gewesen wäre.

## 2. Beweiswürdigung

2.1. Die Feststellungen zur beantragten Beschäftigungsbewilligung (oben 1.1), vom durchgeführten Ersatzkraftverfahren zum gegenständlichen Verlängerungsantrag (oben 1.2.) sowie von der vom Regionalbeirat nicht einhellig befürworteten Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung (oben 1.4) aus dem unbestritten gebliebenen Akteninhalt, der im Wesentlichen die Antragsunterlagen, die Korrespondenz zwischen dem AMS und der Beschwerdeführerin, das Protokoll des Regionalbeirates sowie die Beschwerde enthält.

2.2 Die Feststellung dazu, dass im gegenständlichen Verfahren eine Ersatzkraftstellung möglich gewesen wäre (oben 1.3), war aus den folgenden Gründen zu treffen:

2.2.1 Das AMS führte im Rahmen des angefochtenen Bescheides unter Bezugnahme auf die Ablehnungsgründe der Beschwerdeführerin aus, dass einer der Stellenbewerber über langjährige Erfahrung als Koch und dabei sogar über ein Jahr als Chefkoch verfüge und dieser von der Beschwerdeführerin abgelehnt worden sei, da jener über keine einschlägige Erfahrung in der thailändischen Küche verfüge und oft den Arbeitgeber gewechselt habe. Es sei jedoch bei gelernten Köchen mit langjähriger Erfahrung davon auszugehen, dass diese im Rahmen der Ausbildung auch Kenntnisse in internationaler Küche erworben hätten und in vertretbarer Zeit auf die thailändischen Gerichte eingeschult werden könnten, und ein oftmaliger Wechsel des Arbeitsplatzes sei bei Saisonbeschäftigung im Gastgewerbe durchaus üblich. Die zweite Ersatzkraft sei laut Beschwerdeführerin wegen fehlender einschlägiger Erfahrung und Sprachproblemen abgelehnt worden. Diese Ersatzkraft verfüge jedoch über mehrjährige Erfahrung als Koch in Österreich, weshalb ausreichende Deutschkenntnisse für die Verständigung in der Küche anzunehmen seien und ebenso das zuvor Angeführte zu einer zumutbaren Einschulungsdauer gelte.

2.2.2 Mit der Beschwerde wird vorgebracht, dass ein Stellenbewerber aus Ägypten und seit drei Jahren in Österreich

sei und die hier erworbenen Kochkenntnisse der Beschwerdeführerin nicht weiterhelfen würden; der andere Koch sei aus Ungarn, habe in Ungarn gelernt und dort und in Österreich vorwiegend Sushi zubereitet; jener habe zwei Jahre in einem Wanderhotel in XXXX gearbeitet, wo es für Hotelgäste drei Abendmenüs gebe. Im Restaurant der Beschwerdeführerin werde original thailändisches Essen aus der Region Nordostthailand angeboten; Gewürzmischungen, Currys etc würden selbst hergestellt werden; um dies geschmacklich zu erlernen bedürfe es eines Kochpersonals, welches entweder in Thailand gelernt habe, oder einer langen Einschulung. Im Restaurant habe es bei Normalbetrieb bisher schon Personalmangel gegeben, eine Langzeitschulung sei nicht möglich. Es werde einschlägig ausgebildetes Personal und kein Hilfskoch mit Lehrbedarf gesucht.

2.2.3 Zum Beschwerdevorbringen ist auszuführen, dass Verfahrensgegenstand ein Antrag auf Erteilung einer Kontingentbewilligung gemäß § 5 AuslBG ist (auch: „Saisonbewilligung“). Kontingentbewilligungen gemäß § 5 AuslBG zielen – anders als bei der Zulassung von Schlüsselkräften gemäß § 12 ff AuslBG – darauf ab, einen vorübergehenden zusätzlichen Arbeitskräftebedarf abzudecken. Diese sind somit von vornherein zeitlich befristet und als zusätzliche Tätigkeit zum gewöhnlich erforderlichen Bedarf konzipiert. Der Argumentation des AMS im angefochtenen Bescheid, wonach bei gelernten Köchen mit langjähriger Berufserfahrung als Koch davon auszugehen ist, dass diese – in vertretbarer Zeit – diese darauf eingeschränkte Anforderung erfüllen und dafür auch auf neue Gerichte eingeschult werden können, trat die Beschwerde nicht substantiiert entgegen; soweit in der Beschwerde vorgebracht wird, dass es für diesen – vorübergehenden zusätzlichen – Arbeitskräftebedarf eines Kochpersonals bedürfe, welches entweder in Thailand gelernt habe, oder einer langen Einschulung, gelingt es damit nicht, die Beweiswürdigung des AMS mit Erfolg anzugreifen, da es dafür nicht ausreicht, dessen Feststellungen diesen widersprechende Behauptungen entgegenzustellen (vgl VwGH 01.10.2014, Ra 2014/09/0022). Mit der Beschwerde wurde damit nicht dargelegt, aus welchen Gründen die Beweiswürdigung der belangten Behörde unschlüssig wäre.

Das Bundesverwaltungsgericht schließt sich daher den beweiswürdigenden Argumenten des AMS – im hier dargestellten Umfang – an, welche von diesem in schlüssiger, vertretbarer dargelegt und von der Beschwerdeführerin nicht entkräftet wurden.

Den Ausführungen des AMS im angefochtenen Bescheid, wonach die vermittelten Stellenbewerber über ausreichende Deutschkenntnisse verfügen, wurde in der Beschwerde nicht mehr entgegengetreten.

Schließlich wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht vorgebracht, dass die vermittelten Stellenbewerber nicht bereit und fähig sind, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben.

### 3. Rechtliche Beurteilung

Zu A)

Abweisung der Beschwerde (§ 5 und § 4 Abs 1 iVm§ 4b AuslBG)

Möglichkeit der Ersatzkraftstellung

3.1 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.

3.2 Fallbezogen ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass zumindest zwei (Ersatz-)Arbeitskräfte für eine konkrete Vermittlung zur Verfügung standen. Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes lässt damit die Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung nicht zu.

3.3. Die Beschwerde wird daher spruchgemäß abgewiesen.

Entfall der mündlichen Verhandlung

3.4. In seinen Entscheidungen vom 10. Mai 2007, Nr 7.401/04 (Hofbauer/Österreich 2), und vom 3. Mai 2007, Nr

17.912/05 (Bösch/Österreich), hat der EGMR unter Hinweis auf seine frühere Judikatur dargelegt, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich ein Recht auf eine mündliche Verhandlung vor einem Tribunal hat, außer es lägen außergewöhnliche Umstände vor, die eine Ausnahme davon rechtfertigen. Der EGMR hat das Vorliegen solcher außergewöhnlichen Umstände angenommen, wenn das Verfahren ausschließlich rechtliche oder "hoch-technische Fragen" ("exclusively legal or highly technical questions") betrifft, und im Zusammenhang mit Verfahren betreffend "ziemlich technische Angelegenheiten" ("rather technical nature of disputes") auch auf das Bedürfnis der nationalen Behörden nach zweckmäßiger und wirtschaftlicher Vorgangsweise, das angesichts der sonstigen Umstände des Falles zum Absehen von einer mündlichen Verhandlung berechtige, hingewiesen (vgl. auch die Entscheidung des EGMR vom 13. März 2012, Nr. 13.556/07, Efferl/Österreich; ferner etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Dezember 2013, Zl. 2010/07/0111, mwN) (VwGH 19.03.2014, 2013/09/0159).

3.5. Im vorliegenden Fall wurde keine mündliche Verhandlung beantragt. Ebenso ist der entscheidungswesentliche Sachverhalt im festgestellten Umfang unbestritten und geklärt. In der vorliegenden Beschwerde wurden keine Rechts- oder Tatfragen von einer solchen Art aufgeworfen, dass deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte. Art 6 EMRK steht somit dem Absehen von einer mündlichen Verhandlung nicht entgegen.

3.6. Eine mündliche Verhandlung konnte somit gemäß § 24 Abs 4 VwGVG entfallen.

Zu B)

Revision

3.7. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da die für den vorliegenden Fall relevante Rechtslage klar ist.

3.8. Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

### **Schlagworte**

Arbeitsmarktprüfung Beschäftigungsbewilligung Ersatzkraft Verlängerungsantrag

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:L516.2238978.1.00

### **Im RIS seit**

16.09.2021

### **Zuletzt aktualisiert am**

16.09.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

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