jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2021/5/18 L517 2240597-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.05.2021

Entscheidungsdatum

18.05.2021

Norm

AuslBG §12b Z1
AuslBG §2
AuslBG §20d
AuslBG §4 Abs1
AuslBG §4b
B-VG Art133 Abs4

Spruch

L517 2240220-1/4E

L517 2240597-1/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. NIEDERWIMMER als Vorsitzenden und den fachkundigen Laienrichtern Dr. Lorenz HUBER MBL und Mag. Dr. Klaus MAYR LL.M als Beisitzer über die Beschwerde von „ XXXX " alias „ XXXX " und XXXX , StA XXXX , geb. XXXX , beide vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. Martin Enthofer, gegen die Bescheide des Arbeitsmarktservice XXXX vom 14.08.2020, ABB-NR: 4077674, 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 Abs. 1, § 4b und § 12b Z1 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

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

08.04.2020 – Verlängerungsantrag des Arbeitnehmers (Herr XXXX) auf Aufenthaltsbewilligung Student beim Magistrat der Stadt XXXX

16.07.2020 - Zweckänderungsantrag: Antrag auf Rot-Weiß-Rot Karte gem. § 12b Z1 AuslBG sonstige Schlüsselkraft beim Magistrat der Stadt XXXX

22.07.2020 – Parteiengehör: Aufforderung zum Nachweis von Deutsch- und Englischkenntnissen

14.08.2020 – negativer Bescheid der belangten Behörde über den Antrag nach§ 12b Z1 AuslBG nach Anhörung im Regionalbeirat; Zustellung an Dienstgeber am 21.08.2020 und an Dienstnehmer am 24.08.2020

14.09.2020 – Einbringen der Beschwerde gegen Bescheid vom 14.08.2020 durch den Rechtsanwalt und Vorlage der fehlenden Sprachnachweise

17.09.2020 – Einleitung eines Ersatzkraftverfahrens durch das AMS (in Folge mit belangte Behörde bzw. bB bezeichnet)

22.09.2020 – Übermittlung einer Auftragsbestätigung für das Ersatzkraftverfahren per E-Mail an den Betrieb

27.09.2020 – Bewerbung der Ersatzkraft Frau XXXX beim Betrieb XXXX für die Stelle einer Betriebsleiterin; keine Rückmeldung vom Betrieb erhalten

16.11.2020 – Parteiengehör: Aufforderung zur Stellungnahme binnen 1 Woche

01.12.2020 – telefonische Bitte um Fristerstreckung durch den RA

10.12.2020 – schriftliche Stellungnahme des RA, Bitte um neuerliche Fristerstreckung bis 11.01.2021 für ein Bewerbungsgespräch mit XXXX

29.12.2020 – Aussendung eines Parteiengehörs

14.01.2021 – Stellungnahme zum Parteiengehör vom 29.12.2020 und bitte um Fristerstreckung bis 15.02.2021

08.02.2021 – Aussendung eines Parteiengehörs betreffend der Stellungnahme Frau XXXX , sie habe weiter Interesse an der Stelle als Betriebsleiterin

14.02.2021- bitte um Fristerstreckung, weil das Vorstellungsgespräch mit der Ersatzkraft am 15.02.2021 stattfindet

17.02.2021- Übermittlung der Stellungnahme des RA zur Bewerbung Frau Biermeiers

03.03.2021 – telefonische Kontaktaufnahme mit der Ersatzkraft

08.03.2021 – Vorlage an das BVwG wegen Fristablauf zur Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1.0. Feststellungen (Sachverhalt):

Die beschwerdeführende Partei 2 (Arbeitnehmer, in Folge „bP2“) besitzt die Staatsbürgerschaft Serbiens.

Am 08.04.2020 stellte die bP2 beim Magistrat XXXX einen Antrag auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung als Student, welche bis 12.04.2020 gültig war.

Sodann wurde dem Ausländerfachzentrum des AMS vom Magistrat XXXX mitgeteilt, dass die bP am 08.04.2020 einen Antrag auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung als Student gestellt hat, da die bP jedoch im letzten Studienjahr 2019/2020 die Uni nicht besucht habe, könne er die entsprechenden Nachweise nicht erbringen und würde der Antrag daher abgewiesen werden. Aus diesem Grund habe die bP2 am 16.07.2020 einen Zweckänderungsantrag auf Rot-Weiß-Rot Karte gem. § 12b Z1 AuslBG sonstige Schlüsselkraft, beim Magistrat gestellt. Im Anhang wurde der belangten Behörde der Antrag der bP2 übermittelt und mit diesem das Maturazeugnis und Schulabschlusszeugnis der bP2 des Gymnasiums XXXX in XXXX XXXX vom 24.08.2016, sowie die Arbeitgebererklärung für den Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot Karte“ von XXXX (beschwerdeführende Partei 1 bzw. „bP1“). Die Arbeitgebererklärung weist folgenden Inhalt auf:

Berufliche Tätigkeit: Betriebsleiter- Bürokaufmännische Tätigkeit, Entlohnung EUR 2.688,- für die vorgesehene Arbeitszeit von 40 Stunden.

Konkret wurde die Tätigkeit umschrieben mit der Organisation und der Koordination des laufenden Betriebs, Bürotätigkeiten, Buchhaltung, Personalverwaltung und Überwachung der Arbeitszeiten sowie Betriebsanlagengenehmigung. Ferner geht daraus hervor, dass die Vermittlung von Ersatzkräften erwünscht sei.

Aufgrund des eingelangten Antrags wurde von der belangten Behörde am 22.07.2020 ein Parteiengehör an die bP1 (Arbeitgeber) versendet, in welchem dieser darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass die bP2 mit den vorgelegten Unterlagen die Mindestpunkteanzahl für eine sonstige Schlüsselkraft nicht erreichen würde; gleichzeitig wurde die bP1 aufgefordert geeignete Nachweise von Deutsch- und Englischkenntnissen der bP2 nachzureichen. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass Schulzeugnisse für den Nachweis nicht ausreichen würden. Dabei wurde der bP1 eine Frist bis zum 05.08.2020 gewährt.

Parallel dazu wurde versucht seitens der Behörde das Ersatzkraftverfahren einzuleiten, da der Dienstgeber mit dem Antrag indirekt eine Stelle beim AMS gemeldet hat. Die Stellenausschreibung war jedoch nicht möglich, da die Firma weder schriftlich noch telefonisch für das AMS erreichbar war.

Da keine Unterlagen nachgereicht wurden, wurde der Antrag am 14.08.2020 negativ dem Regionalbeirat zur Anhörung vorgelegt.

Sodann erging am 14.08.2020 auf dieser Grundlage der Bescheid der belangten Behörde, mit welchem der Antrag der bP2 vom 16.07.2020 auf Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG im Unternehmen der bP1, nach Anhörung des Regionalbeirates, abgewiesen wurde. Begründend wurde ausgeführt, dass Ausländer zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen werden, wenn sie die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C AuslBG angeführten Kriterien und weitere Voraussetzungen erfüllen. Das Ermittlungsverfahren habe ergeben, dass statt der erforderlichen Mindestpunkteanzahl von 55 nur 40 Punkte angerechnet hätten werden können.

Folgende Punkte (gemäß Kriterien Anlage C) hätten an die bP2 vergeben werden können:

Qualifikation: 25

Ausbildungsadäquate Berufserfahrung: 0

Sprachkenntnisse: 0

Alter, 23 Jahre: 15

Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen: 0

Der Dienstgeber sei mittels Parteiengehör von der Behörde aufgefordert worden, geeignete Sprachnachweise der bP2 für Deutsch und Englisch vorzulegen; da dieser der Aufforderung nicht nachgekommen sei, sei der Antrag abzuweisen gewesen weil die Mindestpunkteanzahl nicht erreicht wurde.

Der Bescheid wurde am 21.08.2020 an die bP1 (Dienstgeber) und am 24.08.2020 an die bP2 (Dienstnehmer) zugestellt.

Am 14.09.2020 langte fristgerecht die Beschwerde gegen den Bescheid vom 14.08.2020 durch Schriftsatz der rechtlichen Vertretung der bP1 und bP2 bei der belangten Behörde ein. Begründend wurde ausgeführt, dass ein Verfahrensfehler vorliege, da der bP1 nicht bekannt gewesen sei, dass Unterlagen hinsichtlich der Sprachkenntnisse der bP2 nachzureichen seien, da er kein Schreiben zur Nachreichung erhalten habe. Ferner habe die bP1 dem Magistrat XXXX mit der Antragstellung auch sämtliche Nachweise über die sprachliche Integration der bP2 vorgelegt. Der Magistrat habe über die fehlenden Unterlagen verfügt, diese jedoch nicht an das AMS übermittelt. Die Sprachkenntnisse seien von der Behörde bei der Berechnung der Mindestpunkteanzahl mit 0 bewertet worden. Dies sei jedoch unrichtig und rechtswidrig. Ferner habe er die Unterlagen deshalb nicht übermittelt, weil ihm das Schreiben der Behörde vom 22.07.2020 nicht zugekommen sei und habe er deshalb auch keine Kenntnis davon erlangt, dass die Sprachnachweise vom Magistrat nicht an das AMS weitergeleitet worden seien. Die Punkte für die Sprachkenntnisse der bP2 seien in rechtswidriger Weise nicht berücksichtigt worden. Er würde die bP2 dringend in seinem Betrieb benötigen und bitte daher um eine schnelle Erledigung.

Folgende Sprachzertifikate wurden mit der Beschwerde nachgereicht:

- Studienerfolgsbestätigung Deutsch A1 vom 30.07.2017, A2 vom 01.07.2018 und B1 vom 31.01.2019

- ÖSD Sprachzertifikat B2, mündlicher Prüfung vom 18.05.2020

- ÖIF Zeugnis zur Integrationsprüfung vom 02.05.2019 auf A2 Niveau bestanden

- Englisch Sprachprüfung auf dem Niveau B1 vom 14.07.2020

In Folge wurde von der belangten Behörde ermittelt, dass die bP2 unter Anrechnung der vorgelegten Sprachnachweise für die deutsche und englische Sprache (15 Punkte für Deutsch und 10 Punkte für Englisch) nun eine Gesamtpunkteanzahl von 65 Punkten gemäß Anlage C des AuslBG erreiche.

Im Zuge des Beschwerdevorentscheidungsverfahrens wurde am 17.09.2020 durch die belangte Behörde ein Ersatzkraftverfahren eingeleitet.

Am 22.09.2020 wurde einer Auftragsbestätigung für das Ersatzkraftverfahren per E-Mail an den Betrieb übermittelt.

Im Wege des Ersatzkraftverfahrens konnte eine passende Ersatzkraft, Frau XXXX , gefunden werden. Am 27.09.2020 erfolgte die Bewerbung der Ersatzkraft für die Stelle einer Betriebsleiterin per E-Mail beim Betrieb. Laut Auskunft von Frau XXXX hat diese in Folge keine Rückmeldung vom Betrieb erhalten.

Am 16.11.2020 erfolgte sodann die Aussendung eines Parteiengehörs an die rechtliche Vertretung der bP1 und bP2. Darin wurde der bisher festgestellte Sachverhalt dargelegt und mitgeteilt, dass der bP2 nun aufgrund der vorgelegten Sprachnachweise auch die entsprechenden Punkte angerechnet werden können. Mitgeteilt wurde, dass für die Deutschkenntnisse 15 Punkte und für die Englischkenntnisse 10 Punkte gewertet werden können. Somit würde sich eine Gesamtpunkteanzahl von 65 Punkten ergeben. Für die Rot-Weiß-Rot Karte als sonstige Schlüsselkraft seien 55 Punkte erforderlich. Bereits vor Erlassung des gegenständlich angefochtenen Bescheids sei versucht worden, ein Ersatzkraftverfahren durchzuführen. Dies sei jedoch mangels der Mitwirkung der bP1 nicht möglich gewesen. Im Zuge des Beschwerdeverfahrens werde nun nochmals versucht eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen. Von der belangten Behörde sei am 22.09.2020 die Stelle als Betriebsleiter ausgeschrieben worden. Der Vermittlungsvorschlag sei dann an Frau XXXX übermittelt worden. Frau XXXX habe sich am 27.09.2020 für die Stelle beworben. Die Ersatzkraft verfüge über eine abgeschlossene Lehre und Berufserfahrung in der Gastronomie. Ferner habe sie langjährige Berufserfahrung als Betriebsleiterin, die nicht in der Gastronomie erworben wurde.

Frau XXXX sei jedenfalls als geeignete Ersatzkraft anzusehen. Die bP2 verfüge hingegen über keine Berufserfahrung als Betriebsleiter. Die bP1 habe der Ersatzkraft keine Rückmeldung auf die Bewerbung gegeben und sei auch für die Behörde zur Abklärung nicht erreichbar gewesen.

Es sei deshalb von einer Verletzung der gesetzlich normierten Mitwirkungspflicht des Unternehmens im Zuge des Bewilligungsverfahrens auszugehen, weshalb die Voraussetzungen zur Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung als sonstigen Schlüsselkraft im Hinblick auf § 4 Abs. 1 AuslBG nicht vorliegen würden. Die bP1 wurde aufgefordert innerhalb einer Woche Stellung zu nehmen.

Am 01.12.2020 wurde durch die rechtliche Vertretung telefonisch um Fristerstreckung bis 14.12.2020 gebeten, da die zuständige Person des Betriebes aufgrund von Quarantäne derzeit nicht erreichbar sei. Der Fristerstreckung wurde seitens der Behörde stattgegeben.

Am 10.12.2020 wurde sodann mittels Schriftsatz der rechtlichen Vertretung eine Stellungnahme der bP1 eingebracht. Dabei wurde ausgeführt, dass der bP1 nicht bekannt gewesen sei, dass seitens der Behörde versucht wurde am 17.08.2020 ein Ersatzkraftverfahren durchzuführen. Die Behörde hätte ihn postalisch kontaktieren müssen; eine E-Mail habe er nicht erhalten. Er werde die Ersatzkraft zu einem Bewerbungsgespräch einladen. Ferner wurde der Stellungnahme ein Anforderungsprofil angehängt und dazu vorgebracht, dass die bP1 einen Vertriebsleiter benötige, welcher sowohl Deutsch als auch Albanisch sprechen könne, da sein „Publikum“ vorwiegend albanisch-stämmig sei. Falls die Ersatzkraft diese Anforderungen erfüllen würde, wäre sie durchaus eine Alternative. Eine Rückmeldung an die Ersatzkraft sei deshalb nicht erfolgt, weil die E-Mail in seinen Spam-Ordner zugestellt worden sei. Sein Betrieb sei wegen der geltenden Corona-Verordnung noch immer geschlossen; es werde um eine neuerliche Fristerstreckung bis 11. Jänner 2021 gebeten, um Rückmeldung über das Bewerbungsgespräch mit der Ersatzkraft geben zu können. Im Anhang wurde das Qualifikationsprofil eines Betriebsleiters übermittelt.

Am 29.12.2020 erfolgte die Aussendung eines Parteiengehörs in welchem auf das übermittelte Qualifikationsprofil Bezug genommen wurde. Dabei wurde ausgeführt, dass die albanischen Sprachkenntnisse von einer Ersatzkraft nicht verlangt werden können, da diese Anforderung bei einem Unternehmen mit Betriebsstandort in Österreich nicht nachvollziehbar seien und keine betriebliche Notwendigkeit bestehe. Vielmehr sei davon auszugehen, dass diese Anforderung auf die bP2 abgestimmt sei und damit der Vorzug einer Ersatzkraft verhindert werden solle. Nachvollziehbar sei, wenn z.B. Englischkenntnisse für die Stelle als Betriebsleiter gefordert werden würden. Ferner

werde im Profil angegeben, dass eine abgeschlossene Berufsausbildung im Gastronomiebereich, als auch eine mehrjährige Berufserfahrung im Gastronomiebereich gegeben sein müsse. Diese Qualifikationen könne jedoch auch die bP2 nicht aufweisen. Von einer Ersatzkraft würden nicht höhere Qualifikationen gefordert werden können. Die bP2 verfüge weder über eine nachgewiesene abgeschlossene Berufsausbildung in der Gastronomie noch über eine mehrjährige Berufserfahrung. Schließlich wurde eine Frist zur Stellungnahme bis 15.01.2021 erteilt.

Am 14.01.2021 langte sodann die Stellungnahme bei der belangten Behörde ein. Darin wurde ausgeführt, dass die Ersatzkraft erstmals von der bP1 im Dezember zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden sei. Diese Nachricht sei unbeantwortet geblieben. Am 13.01.2021 habe er erneut eine E-Mail an Frau XXXX übermittelt um sie zu einem Bewerbungsgespräch einzuladen. Er bitte auch das AMS die Ersatzkraft aufzufordern der Einladung Folge zu leisten und sich auf die E-Mail zurückzumelden. Telefonisch sei die bP1 nur schwer erreichbar. Sein Betrieb sei nach wie vor geschlossen. Weiter führte er aus, dass die Ersatzkraft nicht eine höhere Qualifikation aufweisen müsse als die bP2, die albanischen Sprachkenntnisse seien jedoch unabdingbar. Ferner wurde um Fristerstreckung für die Rückmeldung des Bewerbungsgesprächs mit der Ersatzkraft bis zum 15.02.2021 gebeten.

Am 08.02.2021 wurde von der belangten Behörde wiederum ein Parteiengehör an die bP1 ausgesendet. Darin wurde bekannt gegeben, dass nach Kontaktaufnahme mit Frau XXXX , diese mitgeteilt habe, dass sie sich am 18.01.2021 per E-Mail beim Betrieb gemeldet habe und ihr weiteres Interesse an der Stelle als Betriebsleiterin bekundet habe. Auch wurde im Parteiengehör nochmals darauf hingewiesen, dass die albanischen Sprachkenntnisse nicht nachvollziehbar seien, da die betriebliche Notwendigkeit nicht gegeben sei und dabei auch auf die mit dem Antrag der bP2 eingebrachten Arbeitgebererklärung Bezug genommen, bei welcher bei der Beschreibung der Tätigkeit keine albanischen Sprachkenntnisse aufscheinen und diese auch zur Erledigung der Arbeit nicht erforderlich seien. Vielmehr ergebe sich aus dem mit der Arbeitgebererklärung erstellten Aufgabenprofil vielmehr, dass deutsche Sprachkenntnisse zur Erledigung der Aufgaben erforderlich seien.

Am 15.02.2021 fand sodann ein Vorstellungsgespräch mit der Ersatzkraft statt. In der Stellungnahme der rechtlichen Vertretung, welche am 17.02.2021 bei der belangten Behörde einlangte, wird dazu ausgeführt, dass die Ersatzkraft kein Interesse an einer Anstellung im Betrieb habe; sie habe gesagt, dass das nichts für sie sei. Für eine nähere Begründung, welche ihm selbst nicht mitgeteilt worden sei, ersuche er eine Stellungnahme von der Ersatzkraft einzuholen.

In Folge erfolgte durch die belangte Behörde eine Rücksprache mit dem Berater von Frau XXXX , welcher dem Ausländerfachzentrum mitteilte, dass Frau XXXX nur eine Teilzeitstelle angeboten worden wäre, weswegen sie kein Interesse an der Stelle habe. Auch die Tätigkeit sei im Bewerbungsgespräch anders dargestellt worden, als in der vom AMS ausgeschriebenen Stelle. Der Berater habe weiter mitgeteilt, dass Frau XXXX eine sehr zuverlässige und kooperative Person sei.

Am 03.03.2021 wurde sodann von der belangten Behörde mit Frau XXXX telefonisch Kontakt aufgenommen, welche folgendes mitteilte:

Ihr sei lediglich eine Teilzeitstelle angeboten worden und hätte auch die Entlohnung nicht exakt mitgeteilt werden können, so um die max. € 1.000,- wären es gewesen; die tatsächlich mögliche Entlohnung hätte Herr XXXX erst mit dem Steuerberater abklären müssen. Er kenne sich nicht so aus, da er noch nie Personal gesucht habe, da er das Lokal erst seit einem Jahr habe. Für eine Vollzeitstelle sei zu wenig Arbeit. Die Bürotätigkeiten würden von Herrn XXXX selbst durchgeführt werden. Ihr sei mitgeteilt worden, dass der Betrieb täglich Montag bis Sonntag von 08.00 Uhr bis 22.00 Uhr geöffnet habe. Herr XXXX habe auch gemeint, dass er niemanden brauche, der deutschsprachig ist; er brauche jemand anderen. Er habe schon zwei Kellnerinnen; eine sei Ungarin und spreche eh ein wenig Deutsch, das reiche aus und sie solle ihm das nicht übel nehmen, dass er niemanden einstellen kann, der Deutsch spricht. Die Tätigkeiten im Betrieb wären nach seinen Aussagen Waren (insbesondere Getränke) annehmen und in eine Kammer verräumen, WC-Papier auf den Toiletten nachfüllen, Getränke nachfüllen und auf die Kellnerinnen aufpassen.

Am 08.03.2021 wurde die Beschwerde nach Ablauf der Frist zur Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung dem BVwG vorgelegt. In der Beschwerdevorlage brachte die belangte Behörde vor, dass die Anforderungen im Laufe des Verfahrens geändert worden seien und auch gegenüber der Ersatzkraft ein anderes Tätigkeitsprofil geäußert wurde.

Ihr sei lediglich eine Teilzeitstelle angeboten worden und sei die belangte Behörde der Ansicht, dass der Betrieb die Ersatzkraft nicht einstellen hätte wollen. Da eine Beschwerdevorentscheidung nicht mehr möglich sei, werde die Beschwerde an das BVwG übergeben.

2.0. Beweiswürdigung:

2.1. Der oben unter Punkt I. angeführte Verfahrensgang und unter Punkt II. 1.0. festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem unzweifelhaften und unbestrittenen Akteninhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes der belangten Behörde und des vorliegenden Gerichtsaktes des Bundesverwaltungsgerichtes.

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.

Die bP2 ist XXXX Staatsbürger; er hat im Juni 2016 am Gymnasium XXXX in XXXX maturiert. Das Maturazeugnis und Abschlusszeugnis vom Abschlussjahr 2015/2016 wurden der belangten Behörde vorgelegt. Die bP ist seit 02.02.2017 an der XXXX in XXXX für das Bachelorstudium Informatik zugelassen.

Mit gegenständlich angefochtenem Bescheid vom 14.08.2020 wurde der Antrag der bP2 auf Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12 Z1 AuslBG im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, dass die bP mit insgesamt 40 Punkten (25 Pkt für Qualifikation und 15 Pkt für Alter) nicht die erforderliche Mindestpunkteanzahl von 55 Punkten nach Anlage C des AuslBG erreichen würde. Der Aufforderung zur Vorlage von geeigneten Sprachnachweisen sei vom Dienstgeber nicht nachgekommen worden.

Erst mit der Beschwerde wurden sodann vom Dienstgeber (bP1) die Sprachnachweise der bP2 vorgelegt. Die bP2 verfügt gemäß der vorgelegten Sprachnachweise über nachgewiesene Englischkenntnisse auf dem Niveau B1 und nachgewiesene Deutschkenntnisse auf dem Niveau B1.

Aufgrund der dem BVwG mit dem Akt vorgelegten Unterlagen ergibt sich für die bP2 nach Anlage C des AuslBG folgender Punktesatz:

Qualifikation: 25

Ausbildungsadäquate Berufserfahrung: 0

Sprachkenntnisse Deutsch: 15 (max. Anzahl)

Sprachkenntnisse Englisch: 10 (max. Anzahl)

Alter unter 30: 15

Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen: 0

Die bP2 erreicht somit mit einer Gesamtpunktezahl von 65 die in Anlage C geforderte Mindestpunkteanzahl von 55 für die Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z1 AuslBG.

Kumulatives Erfordernis für die Zulassung als sonstige Schlüsselkraft ist neben der Mindestpunkteanzahl, dass für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches "Mindestbruttoentgelt" vereinbart ist, welches im Anlassfall mindestens 50 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3d ASVG zuzüglich Sonderzahlungen beträgt.

Bezüglich dem zu zahlenden monatlichen Bruttoentgelt hätte zwischen den beschwerdeführenden Parteien für 2020 mindestens ein Gehalt von 2.685 EUR (50 % der Höchstbemessungsgrundlage zur Sozialversicherung 2020) vereinbart werden müssen. Aus der Arbeitgebererklärung geht hervor, dass für die Tätigkeit als Betriebsleiter ein Gehalt von € 2.688,- vereinbart wurde, weshalb dieses Erfordernis erfüllt wird.

Im Falle der Beantragung einer Rot-Weiß-Rot-Karte für sonstige Schlüsselkräfte iSd§ 12b AuslBG ist das AMS gesetzlich verpflichtet, die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes gemäß § 4b AuslBG zu prüfen und somit ein Ersatzkraftverfahren durchzuführen.

Dabei wird kontrolliert, ob für die im Antrag genannte Stelle nicht ein Inländer oder ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer, der zur Aufnahme keine Beschäftigungsbewilligung benötigt, zur Verfügung steht (§ 4b AuslBG). Werden vom Arbeitgeber die verfügbaren Ersatzkräfte pauschal (unbegründet) abgelehnt, ist der Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung abzuweisen.

Insofern hat der Arbeitgeber keinen Anspruch darauf, dass ein von ihm gewünschter Arbeitnehmer für die offene Arbeitsstelle eingestellt wird. Das Ersatzkraftverfahren hat sich jedoch an dem im Antrag angegebenen Anforderungsprofil zu orientieren. Diese Anforderungen müssen durch objektive Notwendigkeiten begründet sein (zB gewisse für den Betrieb notwendige Fremdsprachenkenntnisse).

Im gegenständlichen Fall kommt das BVwG zu dem Schluss, dass die bP1 als Dienstgeber die Absicht gehabt hat, ausschließlich die bP2 für die Stelle als Betriebsleiter einzustellen und durch sein Verhalten verhindern wollte, dass eine Ersatzkraft bei ihm beschäftigt wird. Das BVwG kommt aufgrund der folgenden Erwägungen zu diesem Ergebnis:

Die bP1 hat im Hinblick auf das Ersatzkraftverfahren mehrere Verhinderungshandlungen gesetzt, welche es letztendlich unmöglich gemacht haben eine geeignete Ersatzkraft mit der offenen Stelle im Betrieb zu besetzen.

Zuerst ist auszuführen, dass es der belangten Behörde unter erschwerten Bedingungen möglich war ein Ersatzkraftverfahren einzuleiten, da die bP1 wiederholt auf Anfragen der belangten Behörde nicht reagiert hat und somit vor Erlassung des gegenständlichen Bescheids ein Ersatzkraftverfahren nicht durchgeführt werden konnte. Auch im noch bei der Behörde geführten Beschwerdeverfahren zeigte sich die bP1, im Hinblick auf die Arbeitsmarktprüfung nur wenig kooperativ.

Das Ersatzkraftverfahren hat sich an dem im Antrag angegebenen Anforderungsprofil zu orientieren. Auf dieser Grundlage wurde vom AMS auch am 22.09.2020 eine Stelle als Betriebsleiter/in beim Betrieb der bP1 freigeschalten. Es konnte dadurch eine geeignete Ersatzkraft gefunden werden, welche sich am 27.09.2020 bei der bP1 beworben hat. Daraufhin wurde im Dezember 2020 ein Qualifikationsprofil von der bP1, wohl gezielt in Kenntnis der Ausbildung von der für die Stelle beworbenen Ersatzkraft, an die belangte Behörde übermittelt, in welchem ausgeführt wurde, dass von den Bewerbern verlangt werde, dass sie eine abgeschlossene Ausbildung in der Gastronomie und auch über eine mehrjährige Berufsausbildung in der Gastronomie verfügen müssen. Außerdem müsste die Stelle mit einem Kandidaten besetzt werden, welcher Albanisch spreche.

In Folge wurde die bP1 von der Behörde in Kenntnis gesetzt, dass diese Anforderungen von der Ersatzkraft nicht verlangt werden dürfen, da auch der Antragsteller (bP2) diese Anforderungen nicht erfüllen würde. Ferner sehe man auch keine objektive Notwendigkeit für albanische Sprachkenntnisse für die in der Arbeitgebererklärung angeführte Beschäftigung. Da in der Erklärung überwiegend bürokaufmännische Tätigkeiten und Buchhaltung gefordert werden würden, sei es insbesondere notwendig über deutsche Sprachkenntnisse zu verfügen.

Nach mehrfacher Fristerstreckung zur Durchführung eines Bewerbungsgesprächs durch die bP1, wurde letztendlich am 15.02.2021 ein Bewerbungsgespräch mit der von der belangten Behörde vermittelten Ersatzkraft durchgeführt. Die Rückmeldung an die belangte Behörde seitens der bP1 war lediglich, dass die Ersatzkraft gemeint habe, dass der Job nichts für sie sei, für Näheres solle man sich an die Ersatzkraft wenden.

Trotz einem mehrfachen Hinweis der belangten Behörde an die bP1, dass albanische Sprachkenntnisse von der Ersatzkraft nicht verlangt werden dürfen, hat die bP1 dennoch beim Vorstellungsgespräch dies als unabdingbare Voraussetzung vorgebracht. Nach Aussagen der Ersatzkraft habe die bP1 ihr gegenüber gemeint, dass er niemanden brauchen würde, der deutsch spreche und man solle ihm das auch nicht übel nehmen. Seitens des BVwG gibt es keinerlei Grund an diesen Aussagen der Zeugin zu zweifeln, da die bP1 bereits mehrfach in seinen Stellungnahmen vorgebracht hat, dass er die albanischen Sprachkenntnisse voraussetzen würde.

Auch das erkennende Gericht ist der Ansicht, dass die Voraussetzung der albanischen Sprachkenntnisse an die Ersatzkraft nicht gestellt werden dürfen, da auch in der Arbeitgebererklärung zum Antrag der bP2 auf eine sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b AuslBG dieses Spracherfordernis nicht verlangt wurde. Auch besteht, wie bereits die belangte Behörde richtig ausführte, dafür keine objektive Notwendigkeit für die bürokaufmännische Tätigkeit im Betrieb, da sich der Betrieb in XXXX befindet und die Buchhaltung somit auch in deutscher Sprache zu führen ist.

Ferner wurde der Ersatzkraft auch eine komplett andere Tätigkeit angeboten. Es wurde seitens der bP1 darauf hingewiesen, dass die Bürotätigkeit vom Firmeninhaber selbst geführt wird und er lediglich eine Teilzeitbeschäftigung mit einer Bezahlung von maximal € 1.000,- zu vergeben habe. Inhalt der Tätigkeit sei Getränke zu verräumen und nachzufüllen und WC-Papier aufzufüllen.

Das BVwG kommt zu dem Ergebnis, dass die bP1 bewusst durch seine Angaben beim Bewerbungsgespräch mit der Ersatzkraft verhindern wollte, dass die Stelle an eine andere Person als die beantrage bP2 vergeben wird.

Der Wahrheitsgehalt der Angaben der Zeugin stehen dabei für das erkennende Gericht fest, weil sie bei der belangten Behörde auf Nachfrage einen nachvollziehbaren Verlauf des Gesprächs vorgebracht hat, wohingegen die bP1 nicht einmal bereit war eine inhaltliche Stellungnahme abzugeben.

Es besteht für das BVwG keinerlei Zweifel, dass die bP1 scheinbar keinerlei Interesse gehabt hat, eine Ersatzkraft für die offene Stelle in seinem Betrieb zuzulassen und hat er dadurch, dass er der Ersatzkraft einen anderen Job zu völlig unterschiedlichen Konditionen angeboten hat, die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gemäß § 4b AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften verhindert.

Daher ist die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für eine Rot-Weiß-Rot Karte für den beantragten Ausländer als sonstige Schlüsselkraft gemäß §§ 12b Z1 AuslBG nicht möglich.

3.0. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Entscheidungsrelevante Rechtsgrundlagen:

- Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz AVG, BGBl Nr. 51/1991 idgF

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

- Ausländerbeschäftigungsgesetzes AuslBG, BGBl Nr 218/1975 idgF

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

- Bundesverwaltungsgerichtsgesetz BVwGG, BGBl I Nr 10/2013 idgF

- Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz VwGVG, BGBl I Nr 33/2013 idgF

- Verwaltungsgerichtshofgesetz VwGG, BGBl Nr 10/1985 idgF

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 § 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.

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.

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.

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:

Beschäftigungsbewilligung

Voraussetzungen

§ 4. (1) Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen Ausländer zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen und

1. der Ausländer über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG oder dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100, verfügt, das die Ausübung einer Beschäftigung nicht ausschließt, oder seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen ist und über einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht gemäß den §§ 12 oder 13 AsylG 2005 verfügt oder über ein Aufenthaltsrecht gemäß § 54 Abs. 1 Z 2 oder 3 AsylG 2005 verfügt oder gemäß § 46a FPG geduldet ist und zuletzt gemäß § 1 Abs. 2 lit. a vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen war,

2. die Gewähr gegeben erscheint, dass der Arbeitgeber die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält,

3. keine wichtigen Gründe in der Person des Ausländers vorliegen, wie wiederholte Verstöße infolge Ausübung einer Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung während der letzten zwölf Monate,

4. die Beschäftigung, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat,

5. der Arbeitgeber während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes beschäftigt hat,

6. die Vereinbarung über die beabsichtigte Beschäftigung (§ 2 Abs. 2) nicht aufgrund einer gemäß dem Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl. Nr. 31/1969, unerlaubten Arbeitsvermittlung zustande gekommen ist und der Arbeitgeber dies wusste oder hätte wissen müssen,

7. der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz seines Betriebes beschäftigen wird, wobei eine Zurverfügungstellung des Ausländers an Dritte unbeschadet des § 6 Abs. 2 nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb gilt,

8. die Erklärung über die Verständigung des Betriebsrates oder der Personalvertretung von der beabsichtigten Einstellung des Ausländers vorliegt,

9. der Arbeitgeber nicht hinsichtlich des antragsgegenständlichen oder eines vergleichbaren Arbeitsplatzes innerhalb von sechs Monaten vor oder im Zuge der Antragstellung

a) einen Arbeitnehmer, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, gekündigt hat oder

b) die Einstellung eines für den konkreten Arbeitsplatz geeigneten Arbeitnehmers, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, abgelehnt hat,

es sei denn, er macht glaubhaft, dass die Kündigung oder die Ablehnung der Einstellung nicht aufgrund des Alters des Arbeitnehmers erfolgt ist,

Z 10-11 [...]

Abs. 2 [...]

(3) Die Beschäftigungsbewilligung darf dem Arbeitgeber bei Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen gemäß Abs. 1 und 2 nur erteilt werden, wenn

1. der Regionalbeirat die Erteilung einhellig befürwortet oder

(Anm.: Z 2 bis 4 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 72/2013)

5. der Ausländer gemäß § 5 befristet beschäftigt werden soll oder

6. der Ausländer über eine Aufenthaltsbewilligung als Schüler (§ 63 NAG) oder Student (§ 64 Abs. 1 und 4 NAG) verfügt oder Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Student“ eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union ist und im Rahmen eines Unions- oder multilateralen Programms mit Mobilitätsmaßnahmen oder einer Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Hochschuleinrichtungen einen Teil des Studiums in einer inländischen Hochschuleinrichtung absolviert oder

7. der Ausländer Betriebsentsandter ist (§ 18) oder

(Anm.: Z 8 aufgehoben durch Art. 1 Z 8, BGBl. I Nr. 66/2017)

9. der Ausländer gemäß § 57 AsylG 2005 besonderen Schutz genießt oder

10. für den Ausländer eine Bewilligung zur grenzüberschreitenden Überlassung gemäß § 16 Abs. 4 AÜG bzw. § 40a Abs. 2 des Landarbeitsgesetzes 1984 vorliegt oder, sofern eine solche Bewilligung gemäß § 16a AÜG bzw. § 40a Abs. 6 des Landarbeitsgesetzes 1984 nicht erforderlich ist, die Voraussetzungen des § 16 Abs. 4 Z 1 bis 3 AÜG bzw. § 40a Abs. 2 Z 1 bis 3 des Landarbeitsgesetzes 1984 sinngemäß vorliegen oder

11. der Ausländer auf Grund allgemein anerkannter Regeln des Völkerrechts oder zwischenstaatlicher Vereinbarungen zu einer Beschäftigung zuzulassen ist oder

12. der Ausländer Anspruch auf Leistungen nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AlVG), BGBl. Nr. 609, hat oder

13. der Ausländer nicht länger als sechs Monate als Künstler (§14) beschäftigt werden soll oder

14. der Ausländer einer Personengruppe gemäß einer Verordnung nach Abs. 4 angehört.

Abs. 4-6 [...]

(7) Die Arbeitsmarktprüfung gemäß Abs. 1 und 2 entfällt bei

(Anm.: Z 1 aufgehoben durch Art. 1 Z 9, BGBl. I Nr. 66/2017)

2. Schülern und Studenten (Abs. 3 Z 6) für eine Beschäftigung, die 20 Wochenstunden nicht überschreitet,

3. Studienabsolventen (§ 12b Z 2),

4. Fachkräften hinsichtlich einer Beschäftigung in einem in der Fachkräfteverordnung (§ 13) festgelegten Mangelberuf,

5. Ausländern, die besonderen Schutz genießen (Abs. 3 Z 9) und

6. registrierten befristet beschäftigten Ausländern (§ 5 Abs. 7).

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.

Abs. 2 und 3 [...]

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

Z 1 und 2 [...]

3. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1

Z 4 bis 6 [...]

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.

Abs. 2 bis 5 [...]

Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen

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

1. die erforderliche Mindestpunkteanzahl 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. [...]

Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1

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)

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

Zusatzpunkte für Profisportler/innen und Profisporttrainer/innen

90

20

erforderliche Mindestpunkteanzahl

55

3.6. Die in § 12b Z. 1 AuslBG unter anderem enthaltenen Tatbestandselemente "Mindestpunktezahl" und "Mindestbruttoentgelt" müssen kumulativ erfüllt sein und sind zwingende Voraussetzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft. Ein Ermessen ist hier nicht gegeben (vergleiche VwGH 26.01.2013, 2011/09/0207).

Ferner ist für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung als sonstige Schlüsselkraft iSd§ 12b AuslBG die Arbeitsmarktprüfung verpflichtend vorgesehen (Verweis auf die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1). Dabei wird kontrolliert, ob für die im Antrag genannte Stelle nicht ein Inländer oder ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer, der zur Aufnahme keine Beschäftigungsbewilligung benötigt, zur Verfügung steht (§ 4b AuslBG). Werden vom Arbeitgeber die verfügbaren Ersatzkräfte pauschal abgelehnt, ist der Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung abzuweisen.

Ein Verfahren zur Vermittlung von Ersatzkräften nach§ 4b Abs. 1 AuslBG bezweckt den Vorrang von Inländern und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmern bei der Arbeitsvermittlung sicher zu stellen. Mit Hilfe dieser Bestimmung soll in rechtsstaatlichen Grenzen aus arbeitsmarktpolitischen Gründen die Möglichkeit für einen lenkenden Einfluss auf die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet gewährleistet sein. Zugleich dient ein solches Verfahren dem vom Gesetz gewünschten Ergebnis, dass die freie Stelle besetzt und der Bedarf des Arbeitgebers nach seinem Anforderungsprofil entsprechenden Arbeitskräften befriedigt wird (vgl. E November 2010, 2007/09/0199). (VwGH 24.01.2014, 2013/09/0070)

Die Behörde ist grundsätzlich an das von der antragstellenden Partei formulierte Anforderungsprofil gebunden. Sie 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, Ra 2015/09/0011 und zur Deckung in den betrieblichen Notwendigkeiten beispielsweise VwGH 24.01.2014, 2013/09/0070 und VwGH 18.06.2014, 2013/09/0189)

3.7. Wie in der Beweiswürdigung ausgeführt werden die in § 12b Z. 1 AuslBG unter anderem enthaltenen Tatbestandselemente "Mindestpunktezahl" und "Mindestbruttoentgelt", nach Übermittlung der fehlenden Sprachnachweise von der beantragten Person (bP2) erfüllt.

Im Fall eines Antrags auf eine Beschäftigungsbewilligung als sonstige Schlüsselkraft ist vom AMS verpflichtend eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen.

Die belangte Behörde hat zur Prüfung der Voraussetzungen für die Beschäftigungsbewilligung vorschriftsgemäß ein Ersatzkraftverfahren eingeleitet und ist es ihr gelungen der bP1 eine dem Vermittlungsauftrag entsprechende Ersatzkraft zu stellen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung dargelegt hat, eröffnet das AuslBG dem Arbeitgeber grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Bewilligung für den individuell von ihm gewünschten Ausländer, solange die Möglichkeit einer Ersatzkraftstellung aus gegenüber diesem gemäß § 4b AuslBG bevorzugt zu behandelnden Arbeitskräften besteht (VwGH Zl. 99/09/0242, VwGH 2006/09/0221).

Dadurch, dass die bP1 der durch die belangte Behörde vermittelten Ersatzkraft beim Vorstellungsgespräch ein völlig anderes Stellenangebot mit darüber hinaus schlechten Konditionen unterbreitet hat und dieses in keiner Weise (Tätigkeit, Ausmaß der Beschäftigung, Arbeitslohn) mit dem Job für die beantragte Person (bP2) übereinstimmt, hat die

bP1 zu verstehen gegeben, dass sie kein Interesse an der Vermittlung einer Ersatzkraft hat. Das erkennende Gericht geht davon aus, dass die bP1 dabei vorsätzlich gehandelt hat um die Stelle ausschließlich der beantragten Person vorzubehalten.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen war spruchgemäß zu entscheiden

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at