jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2021/9/28 L517 2243929-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.09.2021

Entscheidungsdatum

28.09.2021

Norm

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

Spruch

L517 2243929-1/18E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. NIEDERWIMMER als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Dr. Lorenz HUBER MBL und Mag. Iris WOLTRAN als Beisitzer über die Beschwerden von „ XXXX " und XXXX , geb. XXXX , StA.: XXXX , beide vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Wolfgang KEMPF, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX vom 28.05.2021, ABB-NR: XXXX , 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 und 12b Z 1 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:

29.04.2021 - Antrag des Arbeitnehmers (beschwerdeführende Partei 2 bzw. „bP2") auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte" gemäß § 12b Z 1 AuslBG beim Magistrat XXXX und Zuweisung an das AMS XXXX (belangte Behörde bzw. „bB")

04.05.2021 - Parteiengehör an den Arbeitgeber (beschwerdeführende Partei 1 bzw. „bP1")

25.05.2021 - Beantwortung Parteiengehör bP1 (E-Mail XXXX - Personalverrechnung)

28.05.2021 - Sitzung des Regionalbeirats: negative Entscheidung

28.05.2021 - Bescheid der bB: Abweisung des Antrags auf Zulassung als sonstige Schlüsselkraft - zugestellt am 07.06.2021

25.06.2021 - Beschwerden beider Parteien samt Unterlagenvorlage (Beilagen ./1 bis ./8)

01.07.2021 - Beschwerdevorlage an das BVwG samt Stellungnahme der bB

22.07.2021 - Rechtshilfeersuchen an die XXXX Universität XXXX

23.07.2021 - Parteiengehör mit Auftrag zur Stellungnahme und Unterlagenvorlage an bP1

29.07.2021 - Rechtshilfeersuchen an Finanzpolizei XXXX

02.08.2021 - Beantwortung Rechtshilfeersuchen Finanzpolizei XXXX

03.08.2021 - Beantwortung Rechtshilfeersuchen Finanzpolizei XXXX

26.08.2021 - Beantwortung Rechtshilfeersuchen XXXX Universität XXXX

31.08.2021 - Beantwortung Parteiengehör bP1 und Unterlagenvorlage (Beilagen ./1 bis ./6)

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1.0. Feststellungen (Sachverhalt):

Die beschwerdeführende Partei 2 (Arbeitnehmer, in der Folge „bP2“) besitzt die XXXX Staatsbürgerschaft. Von 07.03.2017 bis 06.03.2018 sowie von 07.03.2018 bis 07.09.2018 verfügte sie über eine Aufenthaltsbewilligung als Studierende in Österreich.

Am 29.04.2021 beantragte die bP2 erstmals die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte“ beim Magistrat XXXX , welches den Antrag an das AMS XXXX (belangte Behörde, in der Folge „bB“) als zuständige Behörde gem. § 20d Abs. 1 Z 3 AuslBG mit folgenden Unterlagen weiterleitete:

- Kopie Reisepass Nr. XXXX

- XXXX Diplom der Volkshochschule „Professor XXXX “ XXXX über die mit Erfolg bestandene Kontrollprüfung für Armierungsbauarbeiter vom 29.12.2015 samt beglaubigter Übersetzung

- XXXX Diplom des 4-jährigen Gymnasiums „ XXXX “ XXXX vom 17.07.2013 über die bestandene Abschlussprüfung zum Staatsabitur im Bereich Elektrotechnik - Hauptfach Elektrotechniker für Computertechnik und Automatik (unter anderem in den Fächern Englische Sprache, Informatik und Digitalisierte Systeme absolviert) samt beglaubigter Übersetzung

- Bescheid der XXXX Universität (im Folgenden „ XXXX “) vom 09.11.2016 betreffend die Zulassung als ordentlicher Student zum Bachelorstudium Informatik unter der Bedingung, eine Ergänzungsprüfung für den Nachweis der deutschen Sprache abzulegen

- Ausfüllhilfe für Prüfungsraster betreffend die positiv bestandene Lehrveranstaltung „Deutsch als Fremdsprache - Grundstufe I (A1.2)“ vom 30.01.2018

- Entgeltabrechnungen der Firma „ XXXX “ in XXXX betreffend die Beschäftigung der bP2 in den Monaten Jänner und Februar 2021

- Bescheid der bB vom 19.09.2017 betreffend die Beschäftigungsbewilligung für die bP2 als Eisenbiegerhelfer im Zeitraum von 19.09.2017 bis 18.09.2018 bei der bP1
(7 Wochenstunden; monatliches Entgelt: EUR 415,72 brutto)

- Schreiben der OÖGKK vom 17.05.2017 betreffend die Anmeldung der bP2 als geringfügig Beschäftigte

- Lohn-/Gehaltsabrechnungen der bP1 betreffend die Beschäftigung der bP2 in den Monaten April 2018 bis Juni 2018.

Neben den genannten Unterlagen wurde dem Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte“ weiters eine Arbeitgebererklärung vom 27.04.2021 - auszugsweise mit folgendem Inhalt - beigeschlossen: „Art des Betriebes:

Arbeitskräfteüberlassung und Baumeister; berufliche Tätigkeit: Vorarbeiter/Verlegeleiter; Entlohnung (ohne Zulage) brutto: 3.132,00 pro Monat; Anzahl der Wochenstunden: 40.510; genaue Beschreibung der Tätigkeit: Führung von 2-3 Arbeitsgruppen in den zugeteilten Baustellen - kann alle notwendigen Pläne lesen, verstehen und in Bearbeitung weitergeben - ist für die genaue Verteilung der Arbeitsstunden pro Arbeiter und Baustelle verantwortlich - ist für die rechtzeitige und erfolgreiche/fehlerfreie Schließung der Baustelle verantwortlich." Die Vermittlung von Ersatzkräften wurde abgelehnt, da der Arbeitgeber (bP1) die bP2 persönlich kenne, diese bei ihm angestellt gewesen sei, ihr vertraue und sehr zufrieden mit ihr gewesen sei.

Ferner wurden dem Antrag ein unter der Bedingung der positiven Antragserledigung abgeschlossener Arbeitsvertrag vom 27.04.2021 zwischen der bP1 und bP2 sowie ein als „Einstellungsbestätigung/Dienstzeugnis" bezeichnetes Schreiben der bP1 vom 27.04.2021 mit folgendem Inhalt beigelegt: „Wir die bP1, bestätigen, dass wir die bP2 im Bereich Verlegung als Vorarbeiter einstellen würden. Da sie schon mal bei uns angestellt war, können wir bestätigen, dass sie folgende, für uns unbedingt erforderliche Kriterien, sehr gut erfüllt: Ist im Stande 2 bis 3 Arbeitsgruppen in den von uns zugeteilten Baustellen zu führen; kann alle notwendigen Pläne lesen, verstehen und in weiterer Bearbeitung weitergeben; kann die genauen Arbeitsstunden pro Arbeiter und Baustelle einteilen; kann jede Baustelle rechtzeitig, erfolgreich/fehlerfrei abschließen."

Mit Parteiengehör vom 04.05.2021 wurde der bP1 die Punktevergabe nach den Zulassungs-kriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1 iVm. Anlage C des AuslBG zur Kenntnis gebracht (15 von 55 erforderlichen Mindestpunkten) und ihr bis 11.05.2021 die Möglichkeit eingeräumt, gegen die getroffenen Feststellungen zur Qualifikation, ausbildungsadäquaten Berufserfahrung, den Sprachkenntnissen und dem Alter Einwendungen zu erheben sowie gegebenenfalls (weitere) Unterlagen zu erbringen. Darüber hinaus wurde die bP1 darauf hingewiesen, dass die Angabe zweier Berufsgruppen (Vorarbeiter/Verlegeleiter) in der Arbeitgebererklärung unzulässig und stattdessen ausschließlich die überwiegend ausgeübte Tätigkeit anzugeben sei. Die Zustimmung zur Vermittlung von Ersatzkräften sei überdies erforderlich.

Mit E-Mail vom 25.05.2021 gab Herr XXXX von der Personalverrechnung stellvertretend für die bP1 bekannt: „[...] Die Firma XXXX , benötigt zum ehestmöglichen Eintritt einen Vorarbeiter im Bereich Eisenverlegung. Die bP2 ist im Besitz dieser Fähigkeiten, insbesondere kann sie Pläne lesen. Das bewies sie schon in den Jahren 2017, 2018 und 2019, wo sie als Student in unserem Unternehmen beschäftigt war. Die bP2 hat einen Abschluss einer HTL für Elektrotechnik. Wir betonen nochmals ausdrücklich die Wichtigkeit der Ausstellung einer Arbeitserlaubnis betreffend die bP2. [...]."

Am 28.05.2021 erfolgte die Behandlung des Antrags auf Zulassung als sonstige Schlüsselkraft im Regionalbeirat, woraufhin ein abweisender, beiden Parteien am 07.06.2021 zugestellter, Bescheid der bB gemäß § 12b Z 1 AuslBG erging. Begründend hielt die bB fest, der bP2 könnten abgesehen von ihrem Alter (15 Punkte) keine Punkte für ihre Qualifikation, ausbildungsadäquate Berufserfahrung und ihre Sprachkenntnisse angerechnet werden. Bei den vorgelegten Ausbildungsnachweisen („Hauptschulabschluss Elektrotechnik - Hauptfach Elektrotechniker für Computertechnik und Automatik") handle es sich um keine berufsadäquate Ausbildung. Mangels berufsadäquater Ausbildung könne auch die Berufserfahrung der bP2 aus der Vorbeschäftigung bei der bP1 nicht angerechnet werden. Überdies gehe die Dauer der Beschäftigung bei der bP1 nicht aus der vorgelegten Einstellungsbestätigung/Dienstzeugnis hervor und seien auch keine jüngeren Sprachdiplome als ein Jahr gemäß dem Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen vorgelegt worden. Trotz diesbezüglicher Aufforderungen im Parteiengehör vom 04.05.2021 habe die bP1 weder die Arbeitgebererklärung bezüglich der Angabe einer beruflichen Tätigkeit (Vorarbeiter oder Verlegeleiter) korrigiert noch die Zustimmung zur Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens erteilt oder ergänzende Unterlagen beigebracht.

Mit Schreiben vom 25.06.2021 erhob der Rechtsvertreter beider Parteien fristgerecht Beschwerde beim BVwG. Darin führte er zusammengefasst aus, die bP2 habe am 29.04.2021 einen Antrag auf Zulassung als Schlüsselkraft im Unternehmen der bP1 gemäß § 12b Z 1 AuslBG gestellt, welcher mit Bescheid der bB vom 28.05.2021 aufgrund der Nichterreichung der Mindestpunkteanzahl (15 von 55 erforderlichen Mindestpunkten) abgewiesen worden sei. Die bP2 habe binnen offener Frist entsprechende Unterlagen beigebracht, welche die bB jedoch nicht berücksichtigt habe. Die bP2 habe am 17.07.2013 in XXXX maturiert. Der Abschluss des technischen Gymnasiums sei mit einer Informatik HTL in Österreich vergleichbar. Mit Bescheid der XXXX vom 09.11.2016 sei die bP2 als ordentlicher Student zum Bachelorstudium Informatik unter der Bedingung, den Nachweis der deutschen Sprache zu erbringen, zugelassen worden. Dem Bescheid der XXXX liege jedenfalls eine fachliche Überprüfung bzw. Vorprüfung durch die Universität

zugrunde. Die XXXX habe folglich festgestellt, dass die bP2 über eine dem österreichischen System gleichwertige Matura verfüge. Die bP2 habe am 30.01.2018 Deutsch als Fremdsprache Grundstufe (A1.2) im Ausmaß von sechs Wochenstunden (6 ECTS) an der Universität absolviert, womit sie ein Semester lang sechs Stunden in der Woche intensiv Deutsch geübt habe. Die Ablegung Deutsch als Fremdsprache sei als sehr hochwertig anzusehen, da es das Ziel sei, dass die Studierenden dem Vortrag auf der Uni folgen könnten. Im Jahr 2018 sei die bP2 bereits bei der bP1 beschäftigt gewesen, wobei sie 2017 ebenfalls geringfügig beschäftigt gewesen sei. In Österreich bestünden daher nachweisbare Vorkenntnisse, die die bP2 berechtigen würden, zumindest als angelernter Arbeiter (und nicht mehr als Hilfsarbeiter) angesehen zu werden. Seit 11.06.2019 sei die bP2 bei Frau XXXX in XXXX als Vorarbeiter beschäftigt. Die im Bescheid der bB vorgenommenen Einstufungen seien folglich nicht korrekt erfolgt.

Neben den bereits vorgelegten Unterlagen (XXXX Maturazeugnis vom 17.07.2013 samt beglaubigter Übersetzung, XXXX Diplom über die erfolgreich abgelegte Kontrollprüfung für Armierungsbauarbeiter vom 29.12.2015 samt beglaubigter Übersetzung, Bescheid der XXXX vom 09.11.2016, Ausfüllhilfe für Prüfungsraster betreffend die abgelegte Lehrveranstaltungsprüfung „Deutsch als Fremdsprache - Grundstufe I“ vom 30.01.2018) übermittelte der Rechtsvertreter beider Parteien Lohn-/Gehaltsabrechnungen der Firma „ XXXX “ betreffend die geringfügige Beschäftigung der bP2 in den Monaten Mai und Juli 2017 (Beilage ./5), einen Bescheid der OÖGKK vom 22.01.2018 betreffend die Abmeldung der bP2 von der Pflichtversicherung per 06.08.2017 aufgrund der rechtskräftig festgestellten Scheinfirma „ XXXX “ durch die Finanzpolizei (Beilage ./6), einen Lohnzettel und Beitragsgrundlagennachweis der bP1 vom 17.01.2018 betreffend die Teilzeitbeschäftigung der bP2 im Zeitraum von 25.09.2017 bis 31.12.2017 (Bruttobezüge gemäß § 25 EStG 1988: EUR 1.564,18), eine Lohn-/Gehaltsabrechnung der bP1 betreffend die Beschäftigung der bP2 als Eisenbieger für den Monat März 2018, ein E-Mail von Herrn XXXX (Personalverrechnung) betreffend den Beschäftigungsbeginn der bP2 per 25.09.2017 und das mehr als zwei Jahre dauernde Beschäftigungsverhältnis bei der bP1 (Beilagen ./7) sowie einen am 17.08.2020 unterzeichneten Arbeitsvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer vom 11.06.2019 betreffend die Beschäftigung der bP2 als Eisenflechter bei der Firma „ XXXX “ samt dazugehörigen Entgeltabrechnungen für die Monate Juni bis Juli 2019 und März bis April 2021 (Beilage ./8).

Am 01.07.2021 legte die bB dem BVwG die Beschwerde samt einer ergänzenden Stellungnahme vor. Darin betonte sie, dass die bP2 zwar über eine vierjährige Ausbildung zum Elektrotechniker für Computertechnik und Automatik auf Maturaniveau verfüge, dies aber keine einschlägige Ausbildung für die beabsichtigte Tätigkeit als Vorarbeiter/Verlegeleiter sei. Darüber hinaus liege der abgelegten Kontrollprüfung als Armierungsbauarbeiter keine vorangehende Ausbildung zugrunde und werde für die Tätigkeit eines Vorarbeiters in der Eisenverlegung weder die allgemeine Universitätsreife vorausgesetzt noch als üblich angesehen. Mangels vorliegender anrechenbarer Ausbildung könne daher keine berufsadäquate Berufserfahrung angenommen werden, zumal die bP2 bei der bP1 lediglich als Eisenbiegerhelfer in geringfügigem Ausmaß beschäftigt gewesen sei. Das vorgelegte Sprachzeugnis Deutsch als Fremdsprache (A1.2) der XXXX vom 30.01.2018 könne aufgrund seines Alters nicht gewertet werden (älter als ein Jahr) und würde selbst im Falle seiner Wertung zu keinem anderen Ergebnis führen (20 statt 15 von 55 Mindestpunkten). Nachdem die bP1 der Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens überdies nicht zugestimmt hätte, lägen die Voraussetzung des § 4 Abs. 1 AuslBG ebenfalls nicht vor.

Am 22.07.2021 ersuchte das BVwG die XXXX im Rechtshilfeweg um Übermittlung der Unterlagen betreffend die im Bescheid vom 09.11.2016 bedingt ausgesprochene Zulassung der bP2 zum Bachelorstudium Informatik, um Bestätigung der allgemeinen Universitätsreife sowie um Bekanntgabe, ob die bP2 das Informatikstudium abgeschlossen, die im Bescheid vom 09.11.2016 vorgeschriebene Ergänzungsprüfung in Deutsch abgelegt und Sprachkenntnisse in Englisch erworben habe.

Mit Parteiengehör vom 23.07.2021 forderte das BVwG die Rechtsvertretung beider Parteien auf, Stellung zur beabsichtigten Beschäftigung der bP2 bei der bP1 oder der Firma „ XXXX “ (Punkt 1.), zum Ausbildungsinhalt des vorgelegten Diploms für Armierungsbauarbeiter vom 29.12.2015 (Punkt 2.), zur Beschäftigungsdauer und Tätigkeit der bP2 als Eisenbieger oder Vorarbeiter bei der bP1 (Punkte 3. und 4.), zum nachträglich unterzeichneten Arbeitsvertrag bei der Firma „ XXXX “ vom 17.08.2020 (Punkt 5.) sowie zu den Sprachkenntnissen der bP2 in Deutsch und Englisch gemäß dem beiliegenden Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen (Punkt 6.) zu nehmen und die entsprechenden Unterlagen (Arbeitsbestätigungen/Dienstzeugnisse sowie Lohnabrechnungen der bP1 und der Firma „ XXXX “, Sprachzertifikate der bP2 in Deutsch und Englisch) zu erbringen.

Mit Rechtshilfeersuchen vom 29.07.2021 ersuchte das BVwG die Finanzpolizei XXXX um Erhebung, ob an der Anschrift der bP1 (XXXX XXXX) ein Firmengebäude bestehe oder es sich dabei um ein Scheinunternehmen handle.

Mit E-Mail vom 02.08.2021 teilte die Finanzpolizei XXXX dem BVwG unter gleichzeitiger Vorlage eines Mietvertrags zwischen der XXXX und der bP1 mit, dass die bP1 seit März 2020 im 1. Stock des Gebäudes der XXXX an der Anschrift „ XXXX XXXX " eingemietet sei und folglich kein Scheinunternehmen sei.

Darüber hinaus verständigte die Finanzpolizei XXXX das BVwG am 03.08.2021 davon, dass die Firma „ XXXX " in XXXX , welche die bP2 vorgeblich mehrmals nach Österreich zur Arbeitsleistung entsandt hätte, weltweit nicht existiere.

Mit E-Mail vom 26.08.2021 informierte die XXXX das BVwG darüber, dass die bP2 am 30.08.2016 einen Antrag auf Zulassung zum Bachelorstudium Informatik gestellt habe und am 09.11.2016 der Zulassungsbescheid erstellt worden sei. Die Zulassung sei aufgrund der vorgelegten Schulnachweise erteilt worden. Die bP2 sei am 13.02.2017 als außerordentlicher Hörer für den Besuch von Deutschkursen zur Ablegung der Ergänzungsprüfung in Deutsch aufgenommen worden. Sie sei drei Semester aktiv eingeschrieben gewesen und mit 30.11.2018 exmatrikuliert worden. Die bP2 habe keinen Studienabschluss in Informatik und es seien abgesehen von der positiv abgelegten Lehrveranstaltung „Deutsch als Fremdsprache - Grundstufe I (A1.2)" keine weiteren ECTS-Punkte erworben worden. Die bP2 habe die Ergänzungsprüfung in Deutsch nicht abgelegt und sei folglich nie in das ordentliche Studium eingeschrieben worden. In Englisch seien ebenfalls keine ECTS-Punkte erworben worden.

Die XXXX legte neben den bereits bekannten Unterlagen (Bescheid vom 09.11.2016, XXXX Maturazeugnis vom 17.07.2013 samt beglaubigter Übersetzung) unter anderem eine Bestätigung über den Studienerfolg der bP2 vom 03.08.2021 betreffend die positiv bestandene Lehrveranstaltung „Deutsch als Fremdsprache - Grundstufe I" vom 30.01.2018, ein beglaubigt übersetztes XXXX Abschlusszeugnis der vierten Klasse des Technischen Gymnasiums „ XXXX " der bP2 vom 05.06.2013, ein beglaubigt übersetztes Schreiben des XXXX Bildungsministeriums vom 24.08.2016 betreffend die Studienberechtigung der bP2 für Österreich sowie das Ansuchen der bP2 um Zulassung zum Bachelorstudium Informatik vom 26.08.2016 vor. Im Zulassungsansuchen vom 26.08.2016 gab die bP2 der XXXX bekannt, dass sie weder über Sprachkenntnisse in Deutsch noch in Englisch verfüge (vgl. S 2 des unterzeichneten Ansuchens).

Mit Schreiben vom 31.08.2021 erfolgte die Stellungnahme der Rechtsvertretung zum Ersuchen des BVwG vom 23.07.2021. Zur Frage der beabsichtigten Beschäftigung der bP2 bei der bP1 oder der Firma „ XXXX " (vgl. Punkt 1. des Ersuchens) teilte die Rechtsvertretung mit, dass die bP2 bei der bP1 als Vorarbeiter beschäftigt werden würde. Dazu legte sie eine undatierte Bestätigung der bP1 vor (Beilage ./5).

Zum vorgelegten Diplom über die bestandene Kontrollprüfung für Armierungsbauarbeiter vom 29.12.2015 führte die Rechtsvertretung aus (vgl. Punkt 2. des Ersuchens), dass es sich dabei um eine Abschlussprüfung eines einmonatigen Kurses für Fortgeschrittene handeln würde. Die bP2 hätte sich das gesamte Wissen durch selbständiges Arbeiten in ihrer Heimat angeeignet und diesen Kurs für Fortgeschrittene absolviert, wobei dann eine schriftliche Kontrollprüfung erfolgt sei. Im Kurs hätten Stahleinlagen hergestellt werden müssen, welche in den Beton eingearbeitet worden seien um diesen stabiler und tragfähiger zu machen. Als Prüfungsaufgabe sei Bewährungsstahl gemessen, geschnitten und gebogen, das Material ausgewählt, die entsprechenden Stäbe vorbereitet und lt. Konstruktionszeichnung gebogen worden. Auch Betonstäbe und Baustahlmatten hätten bearbeitet und gleichzeitig Biegemaschinen bedient werden müssen. Ebenso hätten kleine Maurer- und Betonierarbeiten durchgeführt werden müssen. Außer diesem Diplom gebe es keine weiteren Unterlagen zu diesem Kurs.

Zur Frage der Beschäftigungsdauer und Tätigkeit der bP2 als Eisenbieger oder Vorarbeiter im Unternehmen der bP1 (vgl. Punkte 3. und 4. des Ersuchens vom 23.07.2021) übermittelte die Rechtsvertretung wiederholt eine (undatierte) Einstellungsbestätigung/Dienstzeugnis der bP1 mit folgendem Inhalt (Beilage ./6): „Wir die bP1, bestätigen, dass wir die bP2 im Bereich Verlegung als Vorarbeiter einstellen würden. Die bP2 war bei uns von 25.09.2017 bis 06.09.2018 als Eisenbieger geringfügig beschäftigt und bei unserer Partnerfirma XXXX von 16.05.2017 bis 06.08.2017 geringfügig beschäftigt. Jedoch hat sie besonders im letzten Jahr vor ihrem Austritt, alle Tätigkeiten, die bei uns sonst nur Vorarbeiter haben, übernommen und alle für uns unbedingt erforderlichen Kriterien zum Vorarbeiter sehr gut erfüllt: Ist im Stande 2 bis 3 Arbeitsgruppen in den von uns zugeteilten Baustellen zu führen. Kann alle notwendigen Pläne

lesen, verstehen und in weiterer Bearbeitung weitergeben. Kann die genauen Arbeitsstunden pro Arbeiter und Baustelle einteilen. Kann jede Baustelle rechtzeitig, erfolgreich/fehlerfrei abschließen." Darüber hinaus legte die Rechtsvertretung die Lohnkonten der bP1 für die Beschäftigung der bP2 in den Jahren 2017 und 2018 vor (Beilage ./1).

Bezüglich der erst am 17.08.2020 erfolgten Vertragsunterzeichnung des bereits am 11.06.2019 begonnenen Beschäftigungsverhältnisses bei der Firma „ XXXX " in XXXX (Punkt 5. des Ersuchens vom 23.07.2021) führte die Rechtsvertretung aus, dass am 17.08.2020 eine Zusatzvereinbarung für eine ab 01.09.2020 geltende Lohnanpassung abgeschlossen worden sei. Den diesbezüglichen Arbeitsvertrag legte sie wiederholt vor (Beilage ./3). Zudem übermittelte sie einen undatierten Einstellungsbogen, aus welchem der ursprüngliche Tarifstundenlohn iHv. EUR 15,20 brutto zum Zeitpunkt der Einstellung der bP2 am 11.06.2019 im Vergleich zu dem ab 01.09.2020 geltenden Stundenlohn iHv. EUR 16,40 brutto hervorgehe (Beilage. /4).

Betreffend die angeforderte Arbeitsbestätigung der Firma „ XXXX " teilte die Rechtsvertretung mit, dass die bP2 derzeit keine solche erbringen könne, da sie sich in einem aufrechten Beschäftigungsverhältnis zur Firma befinde und ohne sicheres Visum für Österreich dort nicht kündigen könne. Aus den vorgelegten Lohnabrechnungen für den Zeitraum Juni 2019 bis Mai 2021 (Beilage ./2) gehe jedoch hervor, dass die bP2 als Vorarbeiter entlohnt und Vollzeit beschäftigt werden würde.

Hinsichtlich der Sprachkenntnisse in Englisch gab die Rechtsvertretung bekannt, dass die bP2 ihre Kenntnisse auf Niveau B1 einstufen würde. Sprachzertifikate in Deutsch oder Englisch wurden nicht vorgelegt.

2.0. Beweiswürdigung:

2.1. Der oben unter Punkt I. angeführte Verfahrensgang und unter Punkt II. 1.0. festgestellte Sachverhalt ergibt sich unstrittig aus dem vorliegenden Verwaltungsakt der belangten Behörde, dem Gerichtsakt und der Einsicht in die amtlichen Datenbanken.

2.2. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen 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, (...)" (vgl. dazu auch VwGH 18.06.2014, Ra 2014/01/0032).

2.3. Verfahrensgegenständlich möchte die bP1 die bP2 als Vorarbeiterin in ihrem Unternehmen beschäftigen. Dies geht schlüssig aus der vorgelegten Arbeitgebererklärung (OZ 1), den übermittelten Einstellungsbestätigungen (OZ 1; OZ 16 - Beilage 6) und der Bestätigung der bP1 (OZ 16 - Beilage 5) hervor.

Die bB führt im angefochtenen Bescheid aus, die bP1 habe in der Arbeitgebererklärung zwei Berufsgruppen angeführt und die Mischbezeichnung „Vorarbeiter/Verlegeleiter" unzulässig verwendet. Die Arbeitgebererklärung sei im weiteren Ermittlungsverfahren trotz Aufforderung der bB nicht mehr von der bP1 korrigiert worden.

Dazu hält das erkennende Gericht fest, dass der bB zwar diesbezüglich zuzustimmen ist, sich aus der Zusammenschau der Arbeitgebererklärung und den genannten Unterlagen jedoch eindeutig ergibt, dass die bP2 bei der bP1 ausschließlich als Vorarbeiter beschäftigt werden soll.

Zur widersprüchlich angegebenen Beschäftigung der bP2 bei der Firma „ XXXX " lt. E-Mail von Herrn XXXX ist auszuführen, dass das BVwG die bP1 am 23.07.2021 diesbezüglich um Stellungnahme ersucht hat (OZ 7). Im Schreiben vom 31.08.2021 stellte der Rechtsvertreter ausdrücklich klar, dass die bP2 bei der bP1 und nicht bei der Firma „ XXXX "

beschäftigt werden soll (OZ 16). Dies wird von der bP1 im beigelegten Schreiben überdies bestätigt (OZ 16 - Beilage 5).

2.4. Zur Qualifikation der bP2 ist auszuführen, dass diese weder über eine abgeschlossene Berufsausbildung noch über spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten für die Tätigkeit als Vorarbeiter verfügt. Dem Berufslexikon des AMS zufolge ist für die Ausübung der Tätigkeit als Vorarbeiter der Abschluss einer einschlägigen Lehre, unter anderem als Betonbauer, Hochbauer, Tiefbauer oder Maurer, nötig um im Zuge der weiteren Berufslaufbahn zum Vorarbeiter aufsteigen zu können. Beim Beruf des Vorarbeiters handelt es sich somit um einen allgemeinen Aufstiegsberuf (siehe dazu https://www.berufslexikon.at/berufe/3513-BetonbauerIn/#aufstieg sowie https://www.bic.at/berufsinformation.php?brfid=104&reiter =1).

Verfahrensgegenständlich besitzt die bP2 über keinen derartigen Lehrabschluss. Sie verfügt ausschließlich über eine vierjährige Schulausbildung, welche sie im Bereich Elektrotechnik am 17.07.2013 mit Matura abgeschlossen hat. Die bP2 absolvierte in der vierten Klasse des Technischen Gymnasiums „ XXXX " auszugsweise folgende Fächer: „Englisch, Mathematik, Physik, Business, Digitale Systeme, Programmierung, Prozessierte Führung" (OZ 15). Ihre Abschlussprüfung legte sie im Fach „Elektrotechnik - Hauptfach Elektrotechniker für Computertechnik und Automatik" ab, wobei sie unter anderem in den Fächern „Englisch", „Informatik" und „Digitalisierte Systeme" maturierte (OZ 1, OZ 15).

Das erkennende Gericht stimmt daher der Rechtsvertretung zu, wonach die Schulausbildung der bP2 mit einem HTL-Abschluss in Österreich vergleichbar ist. Das BVwG teilt allerdings anders als die Rechtsvertretung nicht die Auffassung, dass die Schulausbildung als abgeschlossene Berufsausbildung für die beabsichtigte Tätigkeit als Vorarbeiter beurteilt werden kann. Zwar gilt auch der erfolgreiche Abschluss einer schulischen Ausbildung, die dem Abschluss einer Berufsbildenden Höheren Schule (BHS) in Österreich entspricht, als abgeschlossene Berufsausbildung, doch muss damit die Qualifikation für die beabsichtigte Beschäftigung zweifelsfrei nachgewiesen werden können (vgl. dazu Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG 2. Auflage 2018, § 12 Rz 52, 54 sowie VwGH 25.01.2013, 2012/09/0068).

Wie die bB im angefochtenen Bescheid zutreffend ausführt, stellt die vierjährige Schulausbildung im Bereich Elektrotechnik keine berufsadäquate Ausbildung für die beabsichtigte Beschäftigung als Vorarbeiter dar. Die genannte Ausbildung kann inhaltlich weder mit den erwähnten Lehrberufen (Betonbauer, Hochbauer, Maurer etc.) verglichen noch diesen gleichgesetzt werden.

Auch spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten, die für die Ausübung der Tätigkeit eines Vorarbeiters notwendig sind, können daraus nicht abgeleitet werden (vgl. dazu Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG 2. Auflage 2018, § 12 Rz 53). So spricht der Verwaltungsgerichtshof im Zusammenhang mit speziellen Kenntnissen oder Fertigkeiten von Personen, die im Hinblick auf ihre Ausbildung oder Tätigkeit als Spezialisten zu bezeichnen sind, jedoch über keine formelle (Berufs-)Ausbildung verfügen (VwGH 26.02.2021, Ra 2020/09/0046). Die bP2 kann weder im Hinblick auf ihre Elektrotechnikausbildung noch im Hinblick auf ihre bloß kurz ausgeübte, geringfügige Beschäftigung als Eisenbiegerhelfer im Zeitraum von 25.09.2017 bis 06.09.2018 als Spezialistin für die beabsichtigte Beschäftigung als Vorarbeiter angesehen werden. Daran kann auch das Vorbringen, wonach die bP2 zwei bis drei Arbeitsgruppen führen, Pläne lesen, verstehen und weitergeben, Baustellen organisieren und rechtzeitig/fehlerfrei fertigstellen könne (OZ 1 und OZ 16 - Beilage ./6), sowie dass die bP2 bereits im letzten Jahr sämtliche Arbeiten eines Vorarbeiters übernommen habe (OZ 16 - Beilage ./6), nichts ändern.

2.5. Dem Vorbringen der Rechtsvertretung im Schreiben vom 31.08.2021 zufolge habe die bP2 einen einmonatigen Kurs als Armierungsbauarbeiter für Fortgeschrittene besucht, wobei sie sich unter anderem das gesamte Wissen durch selbständiges Arbeiten angeeignet und einer schriftlichen Kontrollprüfung am 29.12.2015 in ihrer Heimat unterzogen habe (OZ 16).

Dazu ist festzuhalten, dass abgesehen vom bereits vorgelegten Diplom vom 29.12.2015 (OZ 1) keine weiteren Unterlagen zu diesem Kurs erbracht werden konnten. Der von der Rechtsvertretung geschilderte Ausbildungsinhalt und die Prüfungsaufgabe des Kurses gleichen beinahe wortident der Tätigkeitsbeschreibung des Berufs „EisenbiegerIn" im Berufslexikon der bB (vgl. dazu https://www.berufslexikon.at/berufe/2760-EisenbiegerIn/# ausbildung - Tätigkeitsmerkmale). Die Behauptung, die bP2 hätte sich das gesamte Wissen durch selbständiges Arbeiten in ihrer Heimat angeeignet, wurde von der bP2 bzw. der Rechtsvertretung überdies in keiner Weise präzisiert. Von Seiten des Gerichts kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass die bP2 tatsächlich einen derartigen Kurs in ihrer Heimat besucht hat.

Davon abgesehen ist der bloß einmonatige Kurs mit einer dreijährigen Ausbildung der unter Punkt 2.4. genannten Lehrberufe (Betonbauer, Hochbauer, Maurer etc.) nicht vergleichbar, weshalb bereits aus diesem Grund keine abgeschlossene Berufsausbildung angenommen werden kann (VwGH 26.02.2021, Ra 2020/09/0046; 25.01.2013, 2012/09/ 0068). Spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten können im Hinblick auf den bloß einmonatigen Kurs und die geringfügige Beschäftigung der bP2 als Eisenbiegerhelfer im Sinne der unter Punkt 2.4. zitierten Rechtsprechung ebenfalls nicht zuerkannt werden.

2.6. Die bP2 besitzt die allgemeine Universitätsreife gem. § 64 Abs. 1 UG 2002 aufgrund ihrer Schulausbildung mit Matura (HTL Elektrotechnik). Dies geht unstrittig aus dem Schreiben des XXXX Bildungsministeriums vom 24.08.2016 hervor, wonach die bP2 für ein Studium im In- und Ausland berechtigt ist (OZ 15).

Das Vorliegen der allgemeinen Universitätsreife kann mangels adäquater Berufsausbildung der bP2 für die beabsichtigte Beschäftigung als Vorarbeiter (einschlägige Lehre oder Berufsausbildung an einer Berufsbildenden Höheren Schule) jedoch nicht als „Qualifikation“ im Sinne der Anlage C gewertet werden (vgl. dazu auch Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG 2. Auflage 2018, § 12 Rz 44, 54). Davon abgesehen bedarf der Beruf des Vorarbeiters weder einer Universitätsreife noch ist eine solche dafür üblich.

2.7. Die bP2 verfügt über keinen Studienabschluss. Dies ergibt sich aus den übermittelten Informationen und Unterlagen der XXXX (Studienerfolg vom 03.08.2021), wonach die bP2 abgesehen von einer einzigen Lehrveranstaltung in Deutsch keine Prüfungen abgelegt und ECTS-Punkte erworben hat (OZ 15). Abgesehen davon würde auch der Abschluss des angestrebten Bachelorstudiums Informatik keine adäquate Berufsausbildung für die beabsichtigte Beschäftigung als Vorarbeiter begründen können.

2.8. Zur ausbildungsadäquaten Berufserfahrung ist festzuhalten, dass diese durch Vorlage von Dienstzeugnissen und Arbeitsbestätigungen nachzuweisen ist, wobei nur volle Jahre an Berufserfahrung im In- und Ausland gewertet werden können (Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG 2. Auflage 2018, § 12 Rz 45, 54).

Verfahrensgegenständlich war die bP2 im Zeitraum von 25.09.2017 bis 06.09.2018 als Eisenbiegerhelfer bei der bP1 geringfügig (7 Wochenstunden) beschäftigt. Dies ergibt sich übereinstimmend aus dem Bescheid der bB vom 19.09.2017 (OZ 1), den vorgelegten Lohn- und Gehaltsabrechnungen (OZ 1 - Beilage 7 der Beschwerde; OZ 16 - Beilage 1), der undatierten Einstellungsbestätigung/Dienstzeugnis zum Schreiben vom 31.08.2021 (OZ 16 - Beilage 5) sowie aus dem durchgeführten Sozialversicherungsauszug vom 21.07.2021 (OZ 5). Nachdem die bP2 über keine adäquate Berufsausbildung als Vorarbeiter (Lehre oder Berufsbildende Höhere Schule im Bereich Beton, Hoch-, Tiefbau etc.) verfügt, kann die Berufserfahrung als Eisenbiegerhelfer nicht als ausbildungsadäquate Berufserfahrung gewertet werden. Abgesehen davon kann die bP2 aufgrund ihrer bloß geringfügig ausgeübten Beschäftigung insgesamt nur etwa zwei Monate an Berufserfahrung vorweisen (Anmerkung: Umrechnung der geringfügigen Beschäftigungszeiten auf Zeiten einer Vollbeschäftigung), weshalb die Berufserfahrung bereits aus diesem Grund (unter einem „vollen“ Jahr) nicht gewertet werden kann.

Die geringfügige Beschäftigung als angelernter Bauarbeiter bei der Firma „ XXXX “ im Zeitraum von 16.05.2017 bis 06.08.2017 und die seit 11.06.2019 ausgeübte Beschäftigung als Eisenflechter bei der Firma „ XXXX “ können mangels adäquater Berufsausbildung für die beabsichtigte Tätigkeit als Vorarbeiter ebenfalls keine ausbildungsadäquate Berufserfahrung begründen. Abgesehen davon handelt es sich bei den genannten Beschäftigungen um Scheinbeschäftigungen. Dies geht aus dem vorgelegten Bescheid der OÖGKK vom 22.01.2018 betreffend die Firma „ XXXX “ (vgl. Beilage ./6 zur Beschwerde in OZ 1) und den Erhebungen der Finanzpolizei betreffend die Firma „ XXXX “ hervor (OZ 12). Der Umstand, dass die bP2 für die Firma „ XXXX “ trotz Aufforderung des BVwG vom 23.07.2021 keine Arbeitsbestätigung erbringen konnte, bestätigt dies umso mehr (OZ 7, OZ 16).

Der Rechtsvertreter begründet die nicht erbrachte Arbeitsbestätigung damit, dass die bP2 eine Arbeitsbestätigung nur im Falle ihrer Kündigung erhalten würde, der Firma jedoch nicht ohne sicherem Visum für Österreich kündigen könne. Nach Ansicht des erkennenden Gerichts handelt es sich dabei um eine bloße Schutzbehauptung.

2.9. Zu den Sprachkenntnissen in Deutsch und Englisch ist festzuhalten, dass sich diese am Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen orientieren und durch international anerkannte Sprachdiplome oder Kurszeugnisse, die nicht älter als ein Jahr sind, nachzuweisen sind (Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG 2. Auflage 2018, § 12 Rz 18, 46 und 54).

Verfahrensgegenständlich kann die bP2 weder Sprachkenntnisse in Deutsch noch in Englisch nachweisen. Dies ergibt sich glaubwürdig aus den übermittelten Informationen und Unterlagen der XXXX vom 26.08.2021 (OZ 15). Demnach hat die bP2 die im Bescheid vom 09.11.2016 vorgesehene Ergänzungsprüfung Deutsch, welche gem. § 63 Abs. 11 UG 2002 dem Nachweis der Kenntnis der deutschen Sprache dient, entgegen dem Vorbringen der Rechtsvertretung nicht absolviert. Zwar hat die bP2 die Lehrveranstaltungsprüfung „Deutsch als Fremdsprache - Grundstufe I (A1.2)" im Ausmaß von sechs Semesterstunden (6 ECTS) am 30.01.2018 positiv bestanden, doch handelt es sich hierbei nicht um die vorgeschriebene Ergänzungsprüfung. Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachem Niveau (A1) können daher bereits aus diesem Grund nicht zuerkannt werden. Abgesehen davon liegt die bestandene Lehrveranstaltungsprüfung vom 30.01.2018 mehr als ein Jahr zurück.

Zu den Sprachkenntnissen in Englisch bringt die Rechtsvertretung vor, dass die bP2 diese auf Niveau B1 einstufen würde (OZ 16). Zwar ist aus dem vorgelegten Maturazeugnis vom 17.07.2013 (u.a. Beilage 1 der Beschwerde) ersichtlich, dass die bP2 in Englisch maturiert hat, doch kann bereits aufgrund der acht Jahre zurückliegenden Matura nicht davon ausgegangen werden, dass die bP2 noch über derart hohe Sprachkenntnisse verfügt. Davon abgesehen gab die bP2 bereits am 26.08.2016 gegenüber der Universität bekannt, dass sie keinerlei Englischkenntnisse hat (vgl. Ansuchen um Zulassung zum Bachelorstudium Informatik vom 26.08.2016 in OZ 15). Weshalb die Englischkenntnisse nun fünf Jahre später plötzlich dem Niveau B1 entsprechen sollen, erschließt sich dem Gericht nicht. So wurden weder nachträglich Sprachkenntnisse in Englisch an der Universität erworben noch ein ständiger Sprachgebrauch von Seiten der bP2 dargetan.

2.10. Die bP2 ist 27 Jahre alt. Dies ergibt sich aus dem vorgelegten unbedenklichen Identitätsdokument (Reisepass) der bP2 und ist nicht weiter strittig (OZ 1 und OZ 15).

2.11. Die bP2 würde für die beabsichtigte Beschäftigung als Vorarbeiter ein monatliches Bruttoentgelt von EUR 3.132 erhalten. Das Mindestbruttoentgelt zuzüglich Sonderzahlungen beträgt für unter 30-Jährige im Jahr 2021 gemäß § 12b Z 1 iVm. § 108 Abs. 3 ASVG EUR 2.775. Die bP1 stimmte der Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens gem.§ 4 Abs. 1 AuslBG nicht zu mit der Begründung, die bP2 bereits persönlich zu kennen und ihr zu vertrauen. Die Zustimmung zur Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens wurde trotz Aufforderung der bB auch im weiteren Ermittlungsverfahren nicht von der bP1 nachgeholt. Dies ergibt sich zweifellos aus dem vorliegenden Verwaltungsakt (OZ 1) und wird im weiteren Verfahren nicht bestritten.

3.0. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Entscheidungsrelevante Rechtsgrundlagen:

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

- Ausländerbeschäftigungsgesetz AuslBG, BGBl Nr. 218/1975 idgF

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

- Bundesverwaltungsgerichtsgesetz BVwGG, BGBl I Nr. 10/2013 idgF

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

Gemäß § 21 AuslBG kommt einem Ausländer Parteistellung im Verfahren nur dann zu, wenn seine persönlichen Umstände maßgeblich für die Entscheidung sind. In den Urteilen vom 27.7.2006, Jurisic und Collegium Mererau gegen Österreich (Appl 62539/00) und Coorplan-Jenni GmbH und Hascic gegen Österreich (Appl 10523/00) kommt der EGMR aber zum Ergebnis, dass das Verfahren zur Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung - entgegen der ständigen Rsp des VfGH und VwGH sowie zu § 21 - eine Angelegenheit ist, die zivilrechtliche Ansprüche iSv Art 6 Abs 1 EMRK betrifft. Deshalb müsse auch für Ausländer stets und nicht nur - wie es § 21 vorsieht - bei Maßgeblichkeit der persönlichen Umstände der Zugang zu einem Gericht iSd Art 6 Abs 1 EMRK gewährleistet und für sämtliche Antragsteller eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

Dieser Judikatur folgend werden Ausländer daher auch in allen übrigen Verfahren, die seine Zulassung zu einer Beschäftigung bzw. deren Widerruf zum Gegenstand haben, Parteistellung haben (Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG 2. Auflage 2018, § 20 Rz 9 ff, § 21 Rz 2-3). Einer Partei kommen alle nach dem AVG zustehenden Rechte, wie Akteneinsicht, Parteiengehör, Kenntnis des Bescheides sowie die Beschwerdelegitimation zu.

Die bP2 hat im Verfahren um Zulassung zu einer Beschäftigung als sonstige Schlüsselkraft gemäß§ 20d AuslBG daher Parteistellung.

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:

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 bis 2

3. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1

[...]

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.

[...].

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. [...]

und sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. Bei Studienabsolventen gemäß Z 2 entfällt die Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall.

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

Abschnitt II

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,

10. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 5 während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wi

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at