jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2021/11/30 L517 2245542-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 30.11.2021

Entscheidungsdatum

30.11.2021

Norm

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

Spruch

L517 2245542-1/12E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. NIEDERWIMMER als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Kristina TOMA und Mag. Dr. Klaus MAYR als Beisitzer über die Beschwerde des Arbeitnehmers XXXX , StA.: XXXX , geb. XXXX , vertreten durch RAe Dr. Peter LECHENAUER und Dr. Margrit SWOZIL, und den Arbeitgeber „ XXXX “, XXXX , gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX vom XXXX , ABB-NR: XXXX XXXX nach ergangener Beschwerdevorentscheidung vom 12.07.2021 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, 12a und § 20d Abs. 1 Z 2 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:

04.03.2021 - Antrag des Arbeitnehmers (beschwerdeführende Partei 1 bzw. „bP1“) auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-

Karte“ Fachkraft im Mangelberuf bei der Bezirkshauptmannschaft XXXX und Zuweisung an das AMS XXXX (in der Folge „belangte Behörde“ bzw. „bB“) gem. § 20d Abs. 1 Z 2 AuslBG

10.03.2021 - Parteiengehör an bP1

30.03.2021 - Behandlung des Antrags im Regionalbeirat (negative Entscheidung)

08.04.2021 - Bescheid der bB: Abweisung des Antrags auf Zulassung als Fachkraft im Mangelberuf (zugestellt am 15.04.2021)

12.05.2021 - Beschwerde der bP1 samt Beilagen

12.07.2021 - Beschwerdevorentscheidung der bB (zugestellt am 14.07.2021)

28.07.2021 - Vorlageantrag der bP1 samt Beilagen

18.08.2021 - Beschwerdevorlage an das BVwG

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1.0. Feststellungen (Sachverhalt):

Die beschwerdeführende Partei 1 (Arbeitnehmer, in der Folge „bP1“) besitzt die serbische Staatsbürgerschaft. Sie beantragte am 04.03.2021 erstmals die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte“ bei der Bezirkshauptmannschaft XXXX , welche den Antrag an das AMS XXXX (belangte Behörde, in der Folge „bB“) als zuständige Behörde gem. § 20d Abs. 1 Z 2 AuslBG weiterleitete. Dem Antrag waren auszugsweise folgende Unterlagen beigeschlossen:

- Arbeitgebererklärung vom 28.02.2021 ([...] Berufliche Tätigkeit: Grilleur/Hilfskoch; Entlohnung brutto: EUR 1.600; Anzahl der Wochenstunden: 40; Genaue Beschreibung der Tätigkeit: Grillspezialitäten, Balkangrill, Burgerbräter, Sides, Wochenendspezial-Spanferkel [...])

- XXXX Diplom der Mittleren Fachschule XXXX vom 24.08.2020 über den Erwerb der mittleren Bildung (3 Jahre) im Ausbildungsprofil Koch (Abschlussprüfung: Russischer Borschtsch, Saute Stroganov, Gemüsereisbeilage, Vitaminsalat, Palatschinken mit Marmelade) samt beglaubigter Übersetzung

- XXXX Bescheinigung der Mittleren Fachschule XXXX vom 24.08.2020 über die bestandenen Prüfungen im Rahmen des beherrschten Programms zum Ausbildungsprofil Koch (Dauer: 3 Jahre) samt beglaubigter Übersetzung

- XXXX Bescheid der Mittleren Fachschule XXXX vom 16.09.2017 über die Anerkennung von Gegenstandsnoten und das Ablegen von Prüfungen wegen Umschulung vom Automechaniker zum Koch samt beglaubigter Übersetzung

- XXXX Bestätigung der Firma „ XXXX “ Fleischerei XXXX vom 28.10.2020 über die Beschäftigung der bP1 als Grillmeisterin und Fleischerin seit Februar 2011 samt beglaubigter Übersetzung

- Goethe Sprachzertifikat Deutsch A2 vom 21.09.2020

Mit Parteiengehör vom 10.03.2021 brachte die bB der bP1 die Rechtsgrundlagen des§ 12a AuslBG sowie die Punktevergabe nach den Zulassungskriterien für Fachkräfte in Mangelberufen gemäß Anlage B zur Kenntnis (40 von 55 erforderlichen Mindestpunkten). Demnach könnten der bP1 20 Punkte für ihre abgeschlossene Ausbildung als Koch (Diplom der Mittleren Fachschule XXXX vom 24.08.2020) angerechnet werden. Die Berufserfahrung bei der Firma „ XXXX “ könnte nicht gewertet werden, da diese noch vor Abschluss der Kochausbildung am 24.08.2020 absolviert worden sei. Die Sprachkenntnisse in Deutsch könnten aufgrund des vorgelegten Goethe-Sprachzertifikats A2 vom 21.09.2020 mit 10 Punkten bewertet werden. Sprachkenntnisse in Englisch seien nicht geltend gemacht worden. In der Arbeitgebererklärung seien die beruflichen Tätigkeiten „Grilleur“ und „Hilfskoch“ angegeben worden. Die Tätigkeit als Hilfskoch sei jedoch nicht in der Mangelberufsliste für 2021 definiert, weshalb die Arbeitgebererklärung auf die berufliche Tätigkeit des Grilleurs zu beschränken sei. Die bP1 könne binnen einer Woche Einwendungen gegen die genannten Feststellungen erheben und weitere Unterlagen vorlegen, was in weiterer Folge jedoch nicht geschah.

Am 30.03.2021 erfolgte die Behandlung des Antrags auf Zulassung als Fachkraft im Mangelberuf „Gaststättenköch(e)innen“ (Grilleur) im Regionalbeirat. Im Beiratsprotokoll ist unter anderem festgehalten: “[...] lt. vorliegendem Diplom (beglaubigt durch eine Apostille) hat die bP1 im Schuljahr 2019/20 die dritte Klasse zum Ausbildungsprofil: Koch in XXXX absolviert und die Abschlussprüfung bestanden, ausbildungsadäquate

Berufserfahrung konnte bei der Punktevergabe nicht berücksichtigt werden, lt. Goethe-Sprachzertifikat -ausgestellt am 21.09.2020 in XXXX - Deutschkenntnisse auf Level A2 - Sprachkenntnisse in Englisch sind nicht nachgewiesen, EKV war nicht erfdl., da gem. § 13 AuslBG der Beruf Koch als Mangelberuf für 2021 festgelegt ist, somit sind die Zulassungskriterien nicht erfüllt und die Mindestpunkte konnten mit den vorliegenden Nachweisen nicht erreicht werden - Ablehnung [...].“

Mit Bescheid vom 08.04.2021 (zugestellt am 15.04.2021) wies die bB den Antrag auf Zulassung als Fachkraft im Mangelberuf „Gaststättenköch(e)innen“ (Grilleur) gemäß § 12a AuslBG ab. Wiederholt führte sie aus, die bP1 könne lediglich 40 von 55 erforderlichen Mindestpunkten erreichen. Für die bP1 seien folgende Punkte gemäß Anlage B vergeben worden:

Qualifikation: 20

Ausbildungsadäquate Berufserfahrung: 0

Sprachkenntnisse: 10

Alter: 34 Jahre 10

Die bP1 habe lt. Diplom der Mittleren Fachschule XXXX vom 24.08.2020 eine dreijährige Kochausbildung absolviert. Die berufliche Qualifikation könne daher mit 20 Punkten bewertet werden. Die Berufserfahrung bei der Fa. XXXX könne nicht berücksichtigt werden, da sie zeitlich vor dem Abschluss der Kochausbildung liege und folglich nicht ausbildungsadäquat sei. Die bP1 erhalte 10 Punkte für ihre Deutschkenntnisse auf A2 Niveau, nachgewiesen durch ein Goethe-Sprachzertifikat vom 21.09.2020. Englischkenntnisse seien von der bP1 nicht geltend gemacht worden. Die Arbeitgebererklärung sei von der bP2 trotz Aufforderung im Parteiengehör vom 10.03.2021 nicht hinsichtlich der unzulässigen Mischverwendung der beruflichen Tätigkeiten „Hilfskoch“ und „Grilleur“ berichtigt worden. Die berufliche Tätigkeit des Hilfskochs sei nicht in der Mangelberufsliste für 2021 definiert und seien auch Hilfstätigkeiten nicht unter die Bestimmungen des § 12 ff AuslBG zu subsumieren.

Mit Schreiben vom 12.05.2021 erhob die rechtsfreundliche Vertretung der bP1 rechtzeitig Beschwerde gegen den Bescheid der bB. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, die bB habe den Sachverhalt in Bezug auf die ausbildungsadäquate Berufserfahrung der bP1 unrichtig bzw. unvollständig erhoben. Die bP1 könne über neun Jahre Berufserfahrung im Zusammenhang mit Imbissgrillen insbesondere Balkanspezialitäten und Balkangrill vorweisen, weshalb die Tätigkeiten bei den Firmen „ XXXX “ und „ XXXX “ (diese Firmen würden zusammengehören) als ausbildungsadäquate Berufserfahrung zu berücksichtigen seien. Die bP1 sei gerne bereit, einen Gleichhaltungsantrag für ihre Ausbildung zu stellen. Davon abgesehen hätte die bB den Arbeitgeber (Fa. XXXX) zu den Tätigkeiten und Fertigkeiten der bP1 befragen müssen, zumal die bP1 noch immer von Montag bis Samstag in XXXX arbeiten würde. Die rechtsfreundliche Vertretung beantrage daher die Einvernahme der bP1, die Einholung eines berufskundlichen Gutachtens zur Berufserfahrung der bP1, die zeugenschaftliche Einvernahme der bP2 sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Ergänzend legte sie einen XXXX Versicherungsdatenauszug des Republikfonds für Pensions- und Invaliditätsversicherung Filiale XXXX vom 22.03.2021 samt beglaubigter Übersetzung, eine berichtigte Arbeitgebererklärung vom 20.04.2021 („[...] Berufliche Tätigkeit: Grilleur; Genaue Beschreibung der Tätigkeit: Grillspezialitäten, Balkangrill, Spanferkel, alles auf Balkanart, Burger, Zusammenstellung spezieller Burger; die bP1 wird für diese Ausübung DRINGEND benötigt, da ich keinen Mitarbeiter mit solchen speziellen Qualifikationen finden kann. Diese speziellen Kenntnisse, sprich Balkanspezialitäten und Balkangrill sind von keinem anderen Mitarbeiter durchführbar. Ich habe mehrere Mitarbeiter in den letzten Monaten eingestellt und keiner konnte dies umsetzen. [...]“) sowie einen Nachweis über die entrichtete Beschwerdegebühr vor.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 12.07.2021 wies die bB die Beschwerde gegen den Bescheid vom 08.04.2021 ab. Die Abweisung begründete sie erneut damit, dass die bP1 die erforderliche Mindestpunkteanzahl von 55 Punkten nicht erreichen würde und ihr insbesondere keine Punkte für die seit 2011 ausgeübte Tätigkeit als Grillmeisterin und Fleischerin in XXXX zu vergeben seien. Schließlich habe die bP1 die für den Mangelberuf „Gaststättenkoch/-köchin“ erforderliche Berufsausbildung erst am 24.08.2020 abgeschlossen. Die vor dem 24.08.2020 ausgeübte Berufstätigkeit bei der Firma „ XXXX “ sei daher nicht ausbildungsadäquat gewesen, weshalb sich eine Bewertung der Berufspraxis der bP1 oder eine Befragung des Arbeitgebers zu den Fähigkeiten der bP1 erübrigen würde. In der regionalen Mangelberufsliste für XXXX sei der Beruf „Gaststättenkoch-/köchin“ aufgelistet, wozu als Untergruppe auch die Tätigkeit des Grilleurs gehöre, nicht jedoch die Beschäftigung als Hilfskoch. Die Verwendung beider beruflicher

Tätigkeiten in der Arbeitgeberklärung stelle daher eine unzulässige Mischverwendung dar und sei die bP2 darüber bereits im Schreiben vom 09.03.2021 (gemeint wohl: 10.03.2021) informiert worden. Die bP2 habe auf dieses Schreiben allerdings nicht reagiert und auch die Beschwerde enthalte dazu keine Ausführungen. Es sei daher weiterhin von einer beruflichen Verwendung als Grilleur und Hilfskoch auszugehen.

Gegen die Beschwerdevorentscheidung vom 12.07.2021 (zugestellt am 14.07.2021) erhob die rechtsfreundliche Vertretung der bP1 am 28.07.2021 fristgerecht einen Vorlageantrag. Darin betonte sie, die Beschwerdevorentscheidung der bB sei sachlich und rechtlich unzutreffend. Die bP2 benötige die bP1 als Grilleurin und Köchin und sei unstrittig, dass diese über die entsprechende Ausbildung verfüge. Beide Berufe würden in der Mangelberufsliste aufscheinen und liege auch keine unzulässige Mischverwendung nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor. Die Rechtsvertretung übermittelte ergänzend ein Schreiben der bP2 betreffend die Notwendigkeit der Einstellung der bP1 als Mitarbeiterin in ihrem Grilladen/Burgerladen/ Foodtruck. Erneut beantragte sie die Einvernahmen der bP1 als Partei und der bP2 als Zeugin.

Am 18.08.2021 legte die bB dem BVwG die Akten samt einer ergänzenden Stellungnahme vor. Darin brachte sie vor, die bP1 habe im Rahmen eines Umschulungsprogrammes vom Automechaniker zum Koch am 24.08.2020 die Ausbildung als Köchin abgeschlossen. Die vor dem 24.08.2020 absolvierte einschlägige berufliche Tätigkeit der bP1 sei daher nicht ausbildungsadäquat gewesen und habe folglich nicht berücksichtigt werden können. Der Gesetzgeber habe in der Anlage B mit dem von ihm bewusst gewählten Begriff „ausbildungsadäquat“ einen klaren Bezug zu der von ihm - vorrangig - geforderten und vorausgesetzten Qualifikation hergestellt. Findet der Begriff „ausbildungsadäquat“ in der Judikatur und Literatur Verwendung, so sei dies bisher ausschließlich in Zusammenhang mit einer bereits vorhandenen abgeschlossenen Berufsausbildung oder sonstigen Qualifikation - „ausbildungsadäquater Arbeitsplatz“, „ausbildungsadäquate Beschäftigung“ gewesen, vgl. z.B. OGH 27.05.2014, Ob24/14s; Panhölzl in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm § 227 Rz 36- (vgl. Erk BVwG zu § 12a AuslBG vom 28.04.2021, W156 2239150-1/4E, W156 2239151-1/4E). Zum Einwand, die bP1 würde als Grilleurin und Köchin beschäftigt werden und beide Berufe seien in der Mangelberufsliste angeführt, sei angemerkt, dass die bP2 im Vorlageantrag keine näheren Angaben zur geplanten Tätigkeit der bP1 als Köchin oder Hilfsköchin gemacht habe. In der Arbeitgebererklärung hätte die bP2 "Hilfskoch" angegeben und dies trotz Hinweis und Aufforderung nicht korrigiert.

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 vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde, dem Gerichtsakt und der Einsichtnahme 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 bP2 die bP1 als Fachkraft im Mangelberuf „Gaststättenköch(e)innen“ beschäftigen. Dies geht unstrittig aus den vorgelegten Arbeitgebererklärungen vom 28.02.2021 und 20.04.2021 (OZ 1) hervor. Zwar gibt die bP2 in der Arbeitgebererklärung vom 28.02.2021 zunächst an, die bP1 als Grilleurin und/oder Hilfsköchin einstellen zu wollen, doch übermittelte sie im Zuge ihrer Beschwerde eine berichtigte - auf die berufliche

Tätigkeit als Grilleurin eingeschränkte - Arbeitgebererklärung vom 20.04.2021 (OZ 1). Weshalb die bB trotz Vorlage der berichtigten Arbeitgebererklärung in ihrer Beschwerdevorentscheidung und Stellungnahme zur Beschwerdevorlage nach wie vor von einer unzulässigen Mischverwendung der Berufe „Grilleur“ und „Hilfskoch“ ausgeht, erschließt sich dem erkennenden Gericht nicht.

Dass der Beruf „Grilleur“ unter den Mangelberuf „Gaststättenköch(e)innen“ gemäß § 1 Abs. 2 Z 26 der Fachkräfteverordnung 2021 für das Bundesland XXXX fällt, ergibt sich aus der Definition des Mangelberufs in der regionalen Mangelberufsliste (https://www.migration.gv.at/de/formen-der-zuwanderung/dauerhafte-zuwanderung/regionale-mangelberufe/).

2.4. Voraussetzung für die Zulassung einer Fachkraft im Mangelberuf ist unter anderem der Nachweis einer einschlägigen abgeschlossenen Berufsausbildung (§ 12a Z 1 AuslBG). Eine abgeschlossene Berufsausbildung liegt vor, wenn der Antragsteller über ein Zeugnis verfügt, das seine Qualifikation für einen in der Fachkräfteverordnung genannten Mangelberuf zweifelsfrei nachweist (vgl. dazu Deutsch/Nowotny/Seitz, AuslBG 2. Auflage 2018, § 12 Rz 40).

Verfahrensgegenständlich schloss die bP1 am 24.08.2020 eine dreijährige Ausbildung zur Köchin an der Mittleren Fachschule „ XXXX “ in XXXX ab. Dies gründet unstrittig auf dem vorgelegten Diplom und der Bescheinigung der Mittleren Fachschule „ XXXX “ über bestandene Prüfungen im Rahmen des beherrschten Programms zum Ausbildungsprofil Koch vom 24.08.2020 (OZ 7 und 10). Die bP1 kann damit zweifelsfrei eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung im Mangelberuf „Gaststättenköch(e)innen“ nachweisen.

Zur berufsadäquaten Berufserfahrung der bP1 ist festzuhalten, dass die bP1 sowohl eine Arbeitsbestätigung der Firma XXXX vom 28.10.2020 als auch einen Sozialversicherungsdatenauszug des Republikfonds für Pensions- und Invaliditätsversicherung Filiale XXXX vom 22.03.2021 vorgelegt hat (OZ 1). Während die bP1 lt. genannter Arbeitsbestätigung bereits seit Februar 2011 als Grillmeisterin und Fleischerin bei der Firma „ XXXX “ beschäftigt sei, scheint ein Arbeitsverhältnis im Sozialversicherungsdatenauszug dort erst ab 01.10.2015 auf.

Die Rechtsvertretung bringt dazu in der Beschwerde vor, die Firmen „ XXXX “ und „ XXXX “ seien in der Vergangenheit zusammengelegt worden und würden zusammengehören. Die bP1 sei zuerst bei der Firma „ XXXX “ und sodann bei der Firma „ XXXX “ gemeldet gewesen, weshalb sie insgesamt über 9 Jahre Berufserfahrung beim gleichen Arbeitgeber vorweisen könne. Die bP1 würde auch aktuell von Montag bis Samstag dort arbeiten (OZ 1). Dem von der Rechtsvertretung vorgelegten Sozialversicherungsdatenauszug vom 22.03.2021 ist hingegen zu entnehmen, dass die bP1 von 08.04.2013 bis 10.08.2015 bei der Firma „ XXXX “ und von 01.10.2015 bis 25.12.2020 bei der Firma „ XXXX “ beschäftigt war. Es kann somit weder eine bereits seit Februar 2011 bestehende Beschäftigung noch eine mehr als 9 Jahre dauernde Berufserfahrung bei der Firma „ XXXX “ festgestellt werden. Eine frühere Beschäftigung der bP1 kann einzig bei der Firma „ XXXX “ im Zeitraum von 01.07.2010 bis 31.08.2010 festgestellt werden. Diese Beschäftigung wurde im gesamten Beschwerdeverfahren jedoch nicht dargetan (OZ 1).

Abgesehen von den aufzeigten Widersprüchen kann für die bP1 eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung erst nach dem Abschluss ihrer Kochausbildung am 24.08.2020 berücksichtigt werden. Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, der zum Begriff der ausbildungsadäquaten Berufserfahrung wie folgt ausführt: “[...] Eine ´ausbildungsadäquate Berufserfahrung` setzt ihrem Wortsinn nach voraus, dass die für die jeweilige Berufstätigkeit erforderliche Ausbildung zuvor abgeschlossen sein muss. Es sind nur Zeiten an Berufserfahrung heranzuziehen, die nach Abschluss der für den Mangelberuf erforderlichen Berufsausbildung liegen. [...]“ (VwGH 22.09.2021, Ro 2021/09/0016).

Fallbezogen kann die bP1 eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung daher ausschließlich im Zeitraum von 24.08.2020 bis 25.12.2020 geltend machen. Die vor Abschluss der Kochausbildung liegende Berufserfahrung kann unter Verweis auf die oben zitierte Rechtsprechung nicht berücksichtigt werden, weshalb weitere Ermittlungen zur Beschäftigung der bP1 bei der Firma „ XXXX “ im Jahr 2010 unterbleiben konnten. Nachdem die ausbildungsadäquate Berufserfahrung von 4 Monaten und 1 Tag bei der Firma „ XXXX “ entgegen § 12a Z 2 iVm. Anlage B kein ganzes Jahr beträgt, kann auch diese nicht berücksichtigt werden. So spricht der Verwaltungsgerichtshof zur Bewertung von unterjährigen Zeiten der Berufserfahrung aus: “[...] Nach dem klaren Wortlaut der besagten Anlage B werden für eine solche (also ausbildungsadäquate) Berufserfahrung pro Jahr die angeführten Punkte angerechnet; die Zuerkennung aliquoter Punkteanteile für unterjährige Zeiten ist demnach nicht vorgesehen. [...]“ (VwGH 22.09.2021, Ro

2021/09/0016). Da für die unterjährige - ausbildungsadäquate - Berufserfahrung der bP1 von 24.08.2020 bis 25.12.2020 keine Punkte vergeben werden können, konnte auch von der im Vorlageantrag beantragten Einvernahme beider Parteien zur Berufserfahrung der bP1 abgesehen werden.

Zu den Sprachkenntnissen der bP1 ist festzuhalten, dass diese einen Deutsch Sprachkurs auf A2 Niveau am 21.09.2020 in XXXX lt. vorliegendem Sprachzertifikat absolviert hat (OZ 7). Sprachkenntnisse in Englisch wurden von der bP1 im gesamten Verfahren nicht geltend gemacht.

Die bP1 war zum Zeitpunkt ihrer Antragstellung 34 Jahre alt. Dies ergibt sich schlüssig aus dem Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte" vom 04.03.2021 sowie ihrer Geburtsurkunde (OZ 1 und 10).

Die bP1 erhält das ihr nach dem Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung nicht. Dieses beträgt für Facharbeiterinnen und Facharbeiter im berufseinschlägigen Aufgabenbereich im 1. und 2. Berufsjahr nach Abschluss einer facheinschlägigen Lehre bzw. mindestens dreijährigen berufsbildenden mittleren bzw. höheren Schule, die den facheinschlägigen Lehrabschluss gemäß § 34a BAG ersetzt (Lohngruppe 4 der Nomenklatur XXXX , gültig ab 01.04.2021), EUR 1.635 (https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/loehne-hotel-gastronomie- XXXX -2021-2022.pdf). Die bP1 erhält lt. Arbeitgebererklärungen vom 28.02.2021 und 20.04.2021 (OZ 1) bloß EUR 1.600 brutto pro Monat.

3.0. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Entscheidungsrelevante Rechtsgrundlagen:

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

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

- Ausländerbeschäftigungsgesetz 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.

Die bP1 hat im Verfahren auf Zulassung zu einer Beschäftigung als Fachkraft im Mangelberuf „Gastättenköch(e)innen" 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.

Zu A) Abweisung der Beschwerde:

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

2. als Fachkraft gemäß § 12a,

[...] Z 3 - 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.

[...].

Fachkräfte in Mangelberufen

§ 12a. Ausländer werden in einem in der Fachkräfteverordnung (§ 13) festgelegten Mangelberuf zu einer Beschäftigung als Fachkraft zugelassen, wenn sie

1. eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung nachweisen können,

2. die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage B angeführten Kriterien erreichen,

3. für die beabsichtigte Beschäftigung das ihnen nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung erhalten und

sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. Die Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall entfällt.

Zulassungskriterien für Fachkräfte in Mangelberufen gemäß § 12a

Anlage B

Kriterien

Punkte

Qualifikation

maximal anrechenbare Punkte: 30

abgeschlossene Berufsausbildung im Mangelberuf

20

allgemeine Universitätsreife im Sinne des § 64 Abs. 1 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120

25

Abschluss eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer

30

ausbildungsadäquate Berufserfahrung

maximal anrechenbare Punkte: 20

Berufserfahrung (pro Jahr)

Berufserfahrung in Österreich (pro Jahr)

2

4

Sprachkenntnisse Deutsch

maximal anrechenbare Punkte: 15

Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau (A 1)

Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2)

Deutschkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)

5

10

15

Sprachkenntnisse Englisch

maximal anrechenbare Punkte: 10

Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2)

Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)

5

10

Alter

maximal anrechenbare Punkte: 15

bis 30 Jahre

bis 40 Jahre

15

10

Summe der maximal anrechenbaren Punkte

90

erforderliche Mindestpunkteanzahl

55

3.6. Verfahrensgegenständlich sind die Voraussetzungen für die Zulassung der bP1 als Fachkraft im Mangelberuf "Gaststättenköch(e)innen" nicht erfüllt. Wie beweiswürdigend ausgeführt, kann die bP1 zwar eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung als Köchin gemäß § 12a Z 1 AuslBG nachweisen, nicht jedoch die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage B angeführten Kriterien in Höhe von 55 Punkten gemäß § 12a Z 2 leg. cit. erreichen. Der bP1 können für ihre Qualifikation 20 Punkte, für ihre Sprachkenntnisse in Deutsch auf A2-Niveau 10 Punkte sowie für ihr Alter 10 Punkte angerechnet werden. Als ausbildungsadäquate Berufserfahrung kann ausschließlich der Zeitraum nach Abschluss der Kochausbildung von 24.08.2020 bis 25.12.2020 bei der Firma „ XXXX " berücksichtigt werden. Dieser Zeitraum beträgt jedoch weniger als ein Jahr (4 Monate und 1 Tag), weshalb dafür keine Punkte vergeben werden können (VwGH 22.09.2021, Ro 2021/09/0016). Die bP1 erreicht in Summe somit nur 40 von 55 erforderlichen Mindestpunkten. Das ihr nach dem Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung in Höhe von EUR 1.635 erhält sie ebenfalls nicht (§ 12a Z 3 AuslBG), weshalb die Beschwerdevorentscheidung der bB im Ergebnis zu bestätigen war.

3.7. Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 24 Abs. 2 VwGVG kann die Verhandlung entfallen, wenn

1. der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben, die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder die angefochtene Weisung für rechtswidrig zu erklären ist oder

2. die Säumnisbeschwerde zurückzuweisen oder abzuweisen ist.

3. wenn die Rechtssache durch einen Rechtspfleger erledigt wird.

Gemäß § 24 Abs. 3 VwGVG hat der Beschwerdeführer die Durchführung einer Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. Den sonstigen Parteien ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, zwei Wochen nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien zurückgezogen werden.

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass

die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

Gemäß § 24 Abs. 5 VwGVG kann das Verwaltungsgericht von der Durchführung (Fortsetzung) einer Verhandlung absehen, wenn die Parteien ausdrücklich darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann bis zum Beginn der (fortgesetzten) Verhandlung erklärt werden.

Verfahrensgegenständlich erwies sich die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung als nicht erforderlich, da der maßgebliche Sachverhalt hinreichend durch die Aktenlage geklärt und durch die mündliche Erörterung keine weitere Klärung der Rechtssache zu erwarten war. Eine von der Rechtsvertretung behauptete unrichtige bzw. unvollständige Sachverhaltsermittlung konnte abgesehen von der Nichtberücksichtigung der berichtigten Arbeitgebererklärung vom 20.04.2021 und der Nichtfeststellung von Zeiten einer ausbildungsadäquaten Berufserfahrung im Zeitraum von 24.08.2020 bis 25.12.2020 nicht erblickt werden. Ungeachtet dessen wirkten sich diese Feststellungs- bzw. Beweiswürdigungsmängel nicht auf die rechtliche Beurteilung aus.

Des Weiteren ist in Ergänzung des eben Ausgeführten auch darauf hinzuweisen, dass aufgrund der bestehende Corona-Pandemie die Durchführung einer Verhandlung ein Gesundheitsrisiko für alle Verhandlungsteilnehmer darstellt. Zwar sind gemäß § 3 Abs. 1 Z 6 und § 18 Abs. 1 Z 5 bis 6 der 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung die Verwaltung und die Justiz von der angeordneten Ausgangsbeschränkung ausgenommen und können unaufschiebbare behördliche und gerichtliche Wege, einschließlich der Teilnahme an mündlichen Verhandlungen der Gerichte, von der Bevölkerung wahrgenommen werden, jedoch steht für das erkennende Gericht der entscheidungserhebliche Sachverhalt fest und bedarf dieser keine Ergänzungen mehr, weshalb das Gericht auch im Hinblick auf das erhöhte Infektionsrisiko bei Verhandlungen von der Durchführung einer solchen Abstand nimmt.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen (VwGH vom 22.05.2014, Ra 2014/01/0030).

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diesbezüglich ist die vorliegende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Darüber hinaus stellten sich im gegenständlichen Fall in erster Linie Fragen der Tatsachenfeststellung und der Beweiswürdigung. Sonstige Hinweise, die auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage schließen lassen, liegen ebenfalls nicht vor.

Die grundsätzliche Bestimmung betreffend die Ausstellung der Rot-Weiß-Rot Karte – Zulassung als Fachkraft im Mangelberuf erfuhr keine substanzielle Änderung, weshalb auch in diesem Zusammenhang die Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht gegeben waren.

Auf Grundlage der obigen Ausführungen war spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Berufserfahrung Fachkräfteverordnung Punktevergabe Rot-Weiß-Rot-Karte

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:L517.2245542.1.00

Im RIS seit

23.12.2021

Zuletzt aktualisiert am

23.12.2021

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

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