jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2026/5/4 W167 2327098-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 04.05.2026

Entscheidungsdatum

04.05.2026

Norm

AuslBG §12b
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §28 Abs3 Satz2

1. AuslBG § 12b heute
2. AuslBG § 12b gültig ab 01.10.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2022
3. AuslBG § 12b gültig von 01.01.2019 bis 30.09.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2018
4. AuslBG § 12b gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/2018
5. AuslBG § 12b gültig von 01.10.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 66/2017
6. AuslBG § 12b gültig von 01.07.2011 bis 30.09.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 25/2011

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBl. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

,

W167 2327098-1/11E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag.a Daria MACA-DAASE als Vorsitzende und durch die fachkundigen Laienrichter Mag.a Natasha GHULAM, LL.M. und Mag. Johannes DENK über die Beschwerde von XXXX StA. Kosovo (beschwerdeführende Partei = BF), vertreten durch XXXX , gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX (belangte Behörde) vom XXXX , nach Beschwerdevorentscheidung vom XXXX , wegen § 12b Z 1 AuslBG betrefffend die Tätigkeit bei XXXX . (mitbeteiligte Partei = MB), vertreten durch XXXX nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag.a Daria MACA-DAASE als Vorsitzende und durch die fachkundigen Laienrichter Mag.a Natasha GHULAM, LL.M. und Mag. Johannes DENK über die Beschwerde von römisch 40 StA. Kosovo (beschwerdeführende Partei = BF), vertreten durch römisch 40 , gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice römisch 40 (belangte Behörde) vom römisch 40 , nach Beschwerdevorentscheidung vom römisch 40 , wegen Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG betrefffend die Tätigkeit bei römisch 40 . (mitbeteiligte Partei = MB), vertreten durch römisch 40 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung behoben. Die Angelegenheit wird zur Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens und Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die vertretene MB beantragte bei der zuständigen Niederlassungsbehörde eine Rot-Weiß-Rot-Karte Sonstige Schlüsselkräfte.

2. Mit Bescheid wies die belangte Behörde den Antrag mit näherer Begründung ab.

3. Dagegen erhob die vertretene BF rechtzeitig Beschwerde und legte ergänzende Unterlagen vor.

4. Mit Beschwerdevorentscheidung wies die belangte Behörde mit ausführlicher Begründung die Beschwerde ab. Sie stellte fest, dass die Mindestpunkteanzahl gemäß Anlage C erreicht werde, nach Ansicht der Behörde ist die Forderung eines XXXX für die beantragte Tätigkeit und daher auch im Ersatzkraftverfahren überzogen, Auslastung als vollzeitbeschäftigte Qualitätsmanagerin wird von der Behörde angezweifelt, keine betriebliche Notwendigkeit der angeführten Position dargelegt, Kollektivvertraglich zu hohe Einstufung aus Sicht der Behörde und nicht nachvollziehbare Überzahlung.4. Mit Beschwerdevorentscheidung wies die belangte Behörde mit ausführlicher Begründung die Beschwerde ab. Sie stellte fest, dass die Mindestpunkteanzahl gemäß Anlage C erreicht werde, nach Ansicht der Behörde ist die Forderung eines römisch 40 für die beantragte Tätigkeit und daher auch im Ersatzkraftverfahren überzogen, Auslastung als vollzeitbeschäftigte Qualitätsmanagerin wird von der Behörde angezweifelt, keine betriebliche Notwendigkeit der angeführten Position dargelegt, Kollektivvertraglich zu hohe Einstufung aus Sicht der Behörde und nicht nachvollziehbare Überzahlung.

5. Die vertretene BF stellte einen Vorlageantrag.

6. Die belangte Behörde legte die Beschwerde samt Verwaltungsakt dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG) vor.

7. Am XXXX führte das BVwG eine mündliche Verhandlung durch.7. Am römisch 40 führte das BVwG eine mündliche Verhandlung durch.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. BF stellte XXXX einen Zweckänderungsantrag Rot-Weiß-Rot-Karte Sonstige Schlüsselkräfte. 1.1. BF stellte römisch 40 einen Zweckänderungsantrag Rot-Weiß-Rot-Karte Sonstige Schlüsselkräfte.

1.2. BF war im Antragszeitpunkt 31 Jahre alt, ihre Muttersprache ist Albanisch. BF hat in Österreich das Bachelorstudium XXXX in deutscher Sprache studiert und abgeschlossen, ein Zeugnis über die Ergänzungsprüfung Deutsch liegt vor. BF hat in Österreich vollversichert und mit Beschäftigungsbewilligung von XXXX gearbeitet. Die BF hat in der Verhandlung angegeben, keinen Führerschein zu haben. 1.2. BF war im Antragszeitpunkt 31 Jahre alt, ihre Muttersprache ist Albanisch. BF hat in Österreich das Bachelorstudium römisch 40 in deutscher Sprache studiert und abgeschlossen, ein Zeugnis über die Ergänzungsprüfung Deutsch liegt vor. BF hat in Österreich vollversichert und mit Beschäftigungsbewilligung von römisch 40 gearbeitet. Die BF hat in der Verhandlung angegeben, keinen Führerschein zu haben.

1.3. MB ist ein Einzelunternehmen und verfügt über Gewerbeberechtigungen für „Gastgewerbe in der Betriebsart Imbissstube“ und eine Gewerbeberechtigung „Gastgewerbe in der Betriebsart Verabreichung von Speisen in einfacher Art und Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden“.

Aktuell verfügt MB über je einen Unternehmensstandort in XXXX Ein weiterer Standort in XXXX ist in Vorbereitung. Aktuell verfügt MB über je einen Unternehmensstandort in römisch 40 Ein weiterer Standort in römisch 40 ist in Vorbereitung.

Im Betrieb von MB wird Deutsch, Englisch und Albanisch gesprochen.

1.4. Folgende unbefristete Stelle soll bei der MB besetzt werden:

Tätigkeitsbezeichnung: Qualitätsmanagerin

Beschäftigungsorte: XXXX Beschäftigungsorte: römisch 40

Tätigkeitsbeschreibung: "Überwachung der Lebensmittelhygiene nach HACCP Richtlinien, Schulung des Personals zu Hygienevorschriften, Kontrolle von Lagerung, Haltbarkeit und Zubereitung der Lebensmittel, Implementierung biologisch fundierter Kontrollstrategien zur Minimierung biologischer Gefahren: Lagertemperatur, Frische der Zutaten und hygienische Arbeitspraktiken, Untersuchung und Einführung nachhaltiger, biologisch orientierter Praktiken (z.B.: Abfallreduktion), Durchführung von Schulungen zu mikrobiologischen und biologischen Aspekten der Lebensmittelsicherheit, Sensibilisierung des Teams für die biologischen Grundlagen der Hygiene z.B.: wie Bakterien wachsen, wie sich die Kontaminationen ausbreiten und welche Maßnahmen ergriffen werden müssen, um dies zu verhindern. Optimierung der Lebensmittelverschwendung und Kostenreduktion durch Einführung nachhaltiger Methoden, die sowohl die Qualität als auch die Wirtschaftlichkeit verbessern (Corporate Social Responsibility und Corporate Identity). Die genannten Tätigkeiten sind auch in Koordination mit unseren albanisch sprechenden Mitarbeitern durchzuführen. Aufgrund [weiters nichts abgebildet]"

Laut MB ist die kollektivvertragliche Einstufung wie folgt: Kollektivvertrag für Angestellte in der Gastronomie, Beschäftigungsgruppe 1, 0 – 5 Dienstjahre

Gehalt: 3.225,-- brutto/Monat für 38,5 Wochenstunden

Arbeitszeit: Mo-So, 11:00 – 20:00 Uhr (mit Flexibilität)

2. Beweiswürdigung:

Zu 1.1. Der Antrag findet sich im Verwaltungsakt (VwAkt ON 3).

Zu 1.2. Das Geburtsdatum (VwAkt ON 10), Muttersprache (VwAkt ON 12 und ON 21), der Studienabschluss (VwAkt ON 7) samt Zeugnis über die Ergänzungsprüfung (VwAkt ON 6) sowie die Dauer der festgestellten Tätigkeit in Österreich (VwAkt ON 29) wurden bereits von der belangten Behörde festgestellt und im Verfahren nicht bestritten. Es wurde die Angabe der BF in der Verhandlung (OZ 7 S. 6) den Feststellungen zugrunde gelegt, nicht jedoch die Angabe im Lebenslauf über den Führerschein B zu verfügen (VwAkt ON 12).

Zu 1.3. Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verwaltungs- und Gerichtsakt. Die Gewerbeberechtigungen in der Beschwerdevorentscheidung angeführt (VwAkt ON 34, BVE S. 6), in weiteren Verlauf der Verhandlung nicht relativiert und entsprechen auch dem Stand im Entscheidungszeitpunkt.

Das Vorbringen, dass es sich bei den beiden bestehenden Standorten um Restaurants handle (VwAkt ON 33, OZ 7 S. 5), ist im Hinblick auf die vorhandenen Gewerbeberechtigungen unzutreffend formuliert bzw. eine Schutzbehauptung von MB (OZ 7 S. 5), zumal auch der Rechtsvertreter in der Verhandlung festhielt, dass keine Gewerbeberechtigung für Restaurants vorliege und dass in Zukunft geplant sei, bei Überschreiten der Größe, die für dieses Gewerbe notwendig sei, das Gastgewerbe anzumelden (OZ 7 S. 5). Für die Betriebsart Restaurant liegt keine Gewerbeberechtigung vor.

Die Unternehmensstandorte sind aktenkundig und wurden auch in der Verhandlung so angegeben (OZ 7 S. 6).

Die Angabe zu den Sprachen im Unternehmen ergibt sich aus dem Verwaltungsverfahren, zuletzt in der Verhandlung (OZ 7 S. 6).

Zu 1.4. Die Angaben wurden aus der Arbeitgebererklärung vom XXXX übernommen (VwAkt ON 5).Zu 1.4. Die Angaben wurden aus der Arbeitgebererklärung vom römisch 40 übernommen (VwAkt ON 5).

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) Zurückverweisung

3.1. Maßgebliche Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)

Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen

§ 12b. Ausländer werden zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft zugelassen, wenn sieParagraph 12 b, 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 der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, oder1. die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreichen und für die beabsichtigte Beschäftigung ein monatliches Bruttoentgelt erhalten, das mindestens 50 vH der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage gemäß Paragraph 108, Absatz 3, des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), Bundesgesetzblatt Nr. 189 aus 1955,, zuzüglich Sonderzahlungen beträgt, oder

2. […],

und sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 erfüllt sind. […]und sinngemäß die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, mit Ausnahme der Ziffer eins, erfüllt sind. […]

§ 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 undParagraph 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. […]

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,6. die Vereinbarung über die beabsichtigte Beschäftigung (Paragraph 2, Absatz 2,) nicht aufgrund einer gemäß dem Arbeitsmarktförderungsgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 31 aus 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,7. der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz seines Betriebes beschäftigen wird, wobei eine Zurverfügungstellung des Ausländers an Dritte unbeschadet des Paragraph 6, Absatz 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 wiederholt Ausländern eine nicht ortsübliche Unterkunft zur Verfügung gestellt hat und10. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß Paragraph 5, während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländern eine nicht ortsübliche Unterkunft zur Verfügung gestellt hat und

11. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 5 bestätigt, dass dem Ausländer für die beabsichtigte Dauer der Beschäftigung eine ortsübliche Unterkunft zur Verfügung stehen wird und, sofern die Unterkunft vom oder über den Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird, die Miete nicht automatisch vom Lohn abgezogen wird.11. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß Paragraph 5, bestätigt, dass dem Ausländer für die beabsichtigte Dauer der Beschäftigung eine ortsübliche Unterkunft zur Verfügung stehen wird und, sofern die Unterkunft vom oder über den Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird, die Miete nicht automatisch vom Lohn abgezogen wird.

(2) bis (8) […]

§ 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.Paragraph 4 b, (1) Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (Paragraph 4,

Absatz eins,) 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 (Paragraph 4 c,) und Ausländer mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang (Paragraph 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.

(2) bis (3) […]

Anlage C

Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß § 12b Z 1Zulassungskriterien für sonstige Schlüsselkräfte gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins

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. 120allgemeine Universitätsreife im Sinne des Paragraph 64, Absatz eins, des Universitätsgesetzes 2002, Bundesgesetzblatt römisch eins Nr. 120

25

Abschluss eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer

30

Berufserfahrung

maximal anrechenbare Punkte: 20

Berufserfahrung (pro Halbjahr)

Berufserfahrung in Österreich (pro Halbjahr)

1

2

Sprachkenntnisse

maximal anrechenbare Punkte: 25

Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau (A1)

Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A2)

Deutschkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

10

15

Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A2)

Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

10

Französischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

Spanischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

Bosnisch-, Kroatisch- oder Serbischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B1)

5

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

Zusatzpunkte für Englischkenntnisse, sofern die vorherrschende Unternehmenssprache Englisch ist

90

20

5

erforderliche Mindestpunkteanzahl

55

3.2. Maßgebliche Judikatur

Die in § 12b Z. 1 AuslBG unter anderem enthaltenen Tatbestandselemente "Mindestpunkte-zahl" und "Mindestbruttoentgelt" müssen kumulativ erfüllt sein und sind zwingende Voraus-setzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft. Ein Ermessen ist hier nicht gegeben. Liegt daher eine Minderentlohnung vor, ist der Antragsteller schon aus diesem Grund nicht als Schlüsselkraft zuzulassen. Bei diesem Ergebnis braucht auf Ausführungen zum Tatbestandse-lement "Mindestpunktezahl" nicht mehr eingegangen zu werden. (VwGH 26.01.2012, 2011/09/0207)Die in Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG unter anderem enthaltenen Tatbestandselemente "Mindestpunkte-zahl" und "Mindestbruttoentgelt" müssen kumulativ erfüllt sein und sind zwingende Voraus-setzungen für die Zulassung als Schlüsselkraft. Ein Ermessen ist hier nicht gegeben.

Liegt daher eine Minderentlohnung vor, ist der Antragsteller schon aus diesem Grund nicht als Schlüsselkraft zuzulassen. Bei diesem Ergebnis braucht auf Ausführungen zum Tatbestandse-lement "Mindestpunktezahl" nicht mehr eingegangen zu werden. (VwGH 26.01.2012, 2011/09/0207)

Laut § 12b AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Fachkraft in einem Mangelberuf dann zugelassen, wenn sinngemäß die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 mit Ausnahme der Z 1 legcit erfüllt sind - damit ist insbesondere die positive Arbeitsmarktprüfung von Bedeutung - und dass die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreicht wird. Diese Voraussetzungen müssen demnach kumulativ vorliegen und es ist eine "Rot-Weiß-Rot Karte" bei Fehlen auch nur eines der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen zu versagen. (VwGH 18.06.2014, Ro 2014/09/0032)Laut Paragraph 12 b, AuslBG werden Ausländer zu einer Beschäftigung als Fachkraft in einem Mangelberuf dann zugelassen, wenn sinngemäß die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, mit Ausnahme der Ziffer eins, legcit erfüllt sind - damit ist insbesondere die positive Arbeitsmarktprüfung von Bedeutung - und dass die erforderliche Mindestpunkteanzahl für die in Anlage C angeführten Kriterien erreicht wird. Diese Voraussetzungen müssen demnach kumulativ vorliegen und es ist eine "Rot-Weiß-Rot Karte" bei Fehlen auch nur eines der gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen zu versagen. (VwGH 18.06.2014, Ro 2014/09/0032)

Nach dem klaren Wortlaut des letzten Absatzes des § 12b AuslBG muss die Voraussetzung des § 4 Abs. 1 im Fall einer Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG "mit Ausnahme der Z 1" (gemeint Z 1 des § 4 Abs. 1 legcit) gegeben sein. Daher muss zunächst die Beschäftigung (unter anderem) auf einem Arbeitsplatz des Betriebes des vorgesehenen Arbeitgebers (§ 4 Abs. 1 Z 7 AuslBG) vorgesehen sein. Aus dem Verweis auf § 4 Abs. 1 legcit und den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu § 12b legcit geht auch hervor, dass nach § 12b Z 1 AuslBG "(v)or der Zulassung eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen" (1077 BlgNR 24. GP, 13) ist, "für die zu besetzende offene Stelle (darf) weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung (stehen), der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben." Diese Arbeitsmarktprüfung ist nach den Bestimmungen des § 4b Abs. 1 AuslBG durchzuführen. Nach dem dritten Satz dieser Gesetzesstelle ist das im Antrag angegebene Anforderungsprofil, das vom Arbeitgeber festzulegen ist (hier: in der Arbeitgebererklärung) zu Grunde zu legen. Dieses Anforderungsprofil muss nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes "in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung finden". (VwGH 18.06.2014, 2013/09/0189)Nach dem klaren Wortlaut des letzten Absatzes des Paragraph 12 b, AuslBG muss die Voraussetzung des Paragraph 4, Absatz eins, im Fall einer Zulassung als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG "mit Ausnahme der Ziffer eins, (gemeint Ziffer eins, des Paragraph 4, Absatz eins, legcit) gegeben sein. Daher muss zunächst die Beschäftigung (unter anderem) auf einem Arbeitsplatz des Betriebes des vorgesehenen Arbeitgebers (Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 7, AuslBG) vorgesehen sein. Aus dem Verweis auf Paragraph 4, Absatz eins, legcit und den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu Paragraph 12 b, legcit geht auch hervor, dass nach Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG "(v)or der Zulassung eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen" (1077 BlgNR 24. GP, 13) ist, "für die zu besetzende offene Stelle (darf) weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung (stehen), der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben." Diese Arbeitsmarktprüfung ist nach den Bestimmungen des Paragraph 4 b, Absatz eins, AuslBG durchzuführen. Nach dem dritten Satz dieser Gesetzesstelle ist das im Antrag angegebene Anforderungsprofil, das vom Arbeitgeber festzulegen ist (hier: in der Arbeitgebererklärung) zu Grunde zu legen. Dieses Anforderungsprofil muss nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes "in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung finden". (VwGH 18.06.2014, 2013/09/0189)

Rechtswidrig ist die Auffassung des VwG, es sei Sache der Behörde aus unpräzisen, nicht übereinstimmenden Angaben zum Arbeitsplatz ein "Anforderungsprofil" zu erstellen, weil die Erstellung eines solchen der "Privatsphäre" unterliegt (vgl. E 15. Mai 2008, 2005/09/0106: "Die Behörde ist in diesem Rahmen aber grundsätzlich an das von der antragstellenden Partei formulierte Anforderungsprofil gebunden"). Sache der Behörde ist lediglich die Prüfung, ob die von der Arbeitskraft zu leistenden Tätigkeiten konkret umschrieben sind, in den betrieblichen Notwendigkeiten ihre Deckung finden und die darüber erbrachten Nachweise ausreichen. (VwGH 10.09.2015, Ro 2015/09/0011)Rechtswidrig ist die Auffassung des VwG, es sei Sache der Behörde aus unpräzisen, nicht übereinstimmenden Angaben zum Arbeitsplatz ein "Anforderungsprofil" zu

erstellen, weil die Erstellung eines solchen der "Privatsphäre" unterliegt vergleiche E 15. Mai 2008, 2005/09/0106: "Die Behörde ist in diesem Rahmen aber grundsätzlich an das von der antragstellenden Partei formulierte Anforderungsprofil gebunden"). Sache der Behörde ist lediglich die Prüfung, ob die von der Arbeitskraft zu leistenden Tätigkeiten konkret umschrieben sind, in den betrieblichen Notwendigkeiten ihre Deckung finden und die darüber erbrachten Nachweise ausreichen. (VwGH 10.09.2015, Ro 2015/09/0011)

Die Durchführung eines Ersatzkraftstellungsverfahrens ist aber nur dann erforderlich, wenn der Ausländer selbst das Anforderungsprofil des Arbeitgebers erfüllt. (VwGH 13.05.2024, Ra 2023/09/0009 mit Judikaturverweis)

3.3. Für den Beschwerdefall bedeutet das:

Das gesetzlich vorgesehene Mindestgehalt im Zeitpunkt der Antragstellung in der Höhe von € 3.225,-- (2025) brutto pro Monat zuzüglich Sonderzahlungen wird mit dem angegebenen Gehalt von € 3.225,-- erreicht.

Bereits die belangte Behörde hat das Erreichen der erforderlichen Mindestpunkteanzahl durch die BF bestätigt (Qualifikation Bachelor-Abschluss 30 Punkte, für die Berufserfahrung im Inland 18 Punkte, Sprachkenntnisse Deutsch 15 Punkte, Alter bei Antragstellung 10 Punkte). Insgesamt erreicht die BF 73 Punkte, dies übersteigt die erforderliche Mindestpunktanzahl von 55 Punkten.

Somit erfüllt die BF das "Mindestbruttoentgelt" und "Mindestpunktezahl" gemäß§ 12b Z 1 AuslBG. Auch die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 AuslBG sind erfüllt, insbesondere bestehen gegen die Einhaltung von § 4 Abs. 1 Z 2 AuslBG keine Bedenken, da eine Überzahlung kollektivvertraglich nicht ausgeschlossen wird. Somit erfüllt die BF das "Mindestbruttoentgelt" und "Mindestpunktezahl" gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG. Auch die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, AuslBG sind erfüllt, insbesondere bestehen gegen die Einhaltung von Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 2, AuslBG keine Bedenken, da eine Überzahlung kollektivvertraglich nicht ausgeschlossen wird.

Die Beschreibung der Tätigkeit für die MB betrifft im Wesentlichen die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften, die diesbezüglichen Schulungen sowie die Kontrolle von Qualität der zu verarbeitenden Zutaten und ist für einen Gastro-Betrieb plausibel. Nach Angabe von MB ist eine der Sprachen im Unternehmen Albanisch.

Die BF erfüllt aufgrund ihres Studiums und ihrer Sprachkenntnisse die Voraussetzungen für die zu besetzende Stelle.

Während im Verfahren zunächst noch vorgebracht wurde “Personen, die dem Profil der Antragstellerin entsprechen sind auf dem Arbeitsmarkt in Österreich nicht verfügbar. Es gibt keine Personen, welche einen Abschluss in XXXX haben und gleichzeitig fließend albanisch sprechen. Der Arbeitgeber kann mit Personen, die nicht albanisch sprachen und keinen solchen Studienabschluss haben nichts anfangen und wir daher auch andere nicht einstellen können, da dies für den Arbeitgeber kein Mehrwert wäre.” (VwAkt ON 21) Der Vermittlungsauftrag wurde auch nicht retourniert. Vor diesem Hintergrund kann der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, dass diese im Bescheid davon ausging, dass die Voraussetzungen des § 12b Z 1 AuslBG nicht gegeben waren (VwAkt ON 23, vergleiche auch VwGH 10.12.2009,2008/09/0349 dazu, wenn der antragstellende Arbeitgeber offensichtlich nur an der Einstellung eines(r) bestimmten Ausländers(in) Interesse hat mit Judikaturverweis).Während im Verfahren zunächst noch vorgebracht wurde “Personen, die dem Profil der Antragstellerin entsprechen sind auf dem Arbeitsmarkt in Österreich nicht verfügbar. Es gibt keine Personen, welche einen Abschluss in römisch 40 haben und gleichzeitig fließend albanisch sprechen. Der Arbeitgeber kann mit Personen, die nicht albanisch sprachen und keinen solchen Studienabschluss haben nichts anfangen und wir daher auch andere nicht einstellen können, da dies für den Arbeitgeber kein Mehrwert wäre.” (VwAkt ON 21) Der Vermittlungsauftrag wurde auch nicht retourniert. Vor diesem Hintergrund kann der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, dass diese im Bescheid davon ausging, dass die Voraussetzungen des Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG nicht gegeben waren (VwAkt ON 23, vergleiche auch VwGH 10.12.2009, 2008/09/0349 dazu, wenn der antragstellende Arbeitgeber offensichtlich nur an der Einstellung eines(r) bestimmten Ausländers(in) Interesse hat mit Judikaturverweis).

MB stimmte in der Verhandlung der gesetzlich vorgesehenen Ersatzkraftvermittlung zu. Hierzu wird festgehalten, dass das Studium der BF sie zwar grundsätzlich zur Ausübung der Tätigkeit qualifiziert, ein

derartiges Studium jedoch keine Voraussetzung für die Ausübung der Tätigkeit darstellt. Vielmehr hat die belangte Behörde zu Recht ausgeführt, dass die beantragte Tätigkeit auch ohne einschlägiges Studium ausgeübt werden kann. Im Verfahren wurde u.a. angegeben, dass die Stelle dazu dient, die gesetzlichen Vorschriften im Gastrobereich im Hinblick auf Hygiene, Haltbarkeitsdaten, Schulung von Mitarbeiter:innen etc. einzuhalten sowie die Konkurrenzfähigkeit durch die Qualität der Lebensmittel zu erhöhen. Die Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften in der Gastronomie sowie Erkennbarkeit von Haltbarkeitsdaten, Produktionsbedingungen wird durch vielfältige Kennzeichnungspflichten erleichtert (z.B. Kennzeichnung Mindesthaltbarkeitsdatum, GMO, Ausweis als Bio-Lebensmittel). Diesen Verpflichtungen wurde im Betrieb des MB bisher von zwei Personen mit Gastroerfahrung nachgekommen, welche ebenfalls kein Studium aufweisen. Auch in der Verhandlung hat MB ausgeführt, “Es ist gut, wenn man es [das Studium der BF] hat, das ist ein großer Vorteil, es ist aber nicht unbedingt erforderlich, man muss aber die Aufgaben erfüllen können.” (Verhandlungsschrift OZ7 S. 8)

Daher ist ein Ersatzkraftverfahren von der belangten Behörde durchzuführen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

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. Die heran-gezogene Judikatur wurde zitiert.Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die heran-gezogene Judikatur wurde zitiert.

Schlagworte

Ermittlungspflicht Ersatzkraft Kassation mangelnde Sachverhaltsfeststellung Rot-Weiß-Rot-Karte Schlüsselkraft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2026:W167.2327098.1.00

Im RIS seit

29.05.2026

Zuletzt aktualisiert am

29.05.2026

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at