

TE Bvwg Beschluss 2024/2/19 W151 2282425-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.02.2024

Entscheidungsdatum

19.02.2024

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 StGBI. 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

,

W151 2282425-1/3E

W151 2282427-1/3E

W151 2282427-1/3E,

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Doris Kohl, MCJ als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Dr. Sandra HUBER, MA und den fachkundigen Laienrichter Sascha ERNSZT als Beisitzer über die Beschwerde der XXXX GmbH und XXXX , geb. am XXXX , StA. Iran, beide vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Alejandra NAVARRO DE CHALUPA, Kantgasse 3/1/9, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom 01.09.2023, ABB-Nr. XXXX , externe GZ: XXXX betreffend Nichtzulassung zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Dr. Doris Kohl, MCJ als Vorsitzende und die fachkundige Laienrichterin Mag. Dr. Sandra HUBER, MA und den fachkundigen Laienrichter Sascha ERNSZT als Beisitzer über die Beschwerde der römisch 40 GmbH und römisch 40 , geb. am römisch 40 , StA. Iran, beide vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Alejandra NAVARRO DE CHALUPA, Kantgasse 3/1/9, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom 01.09.2023, ABB-Nr. römisch 40 , externe GZ: römisch 40 betreffend Nichtzulassung zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

A)

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

B) Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid 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:, Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Der Zweitbeschwerdeführer, Herr XXXX , stellte am 01.09.2023 beim Amt der Wiener Landesregierung einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ als Sonstige Schlüsselkraft gemäß § 41 Abs. 2 Z 2 NAG, welcher gemäß § 20d Abs. 1 Z 3 AuslBG an die belangte Behörde (im Folgenden: AMS) übermittelt wurde. Gemäß der dem Antrag angeschlossenen Arbeitgebererklärung sollte der Zweitbeschwerdeführer bei XXXX GmbH (im Folgenden: Erstbeschwerdeführerin) für die berufliche Tätigkeit „Sachbearbeiter für internationalen Handel und Marketing“ für eine Entlohnung in Höhe von brutto EUR 2.950,- pro Monat im Ausmaß von 38,5 Wochenstunden beschäftigt werden. 1. Der Zweitbeschwerdeführer, Herr römisch 40 , stellte am 01.09.2023 beim Amt der Wiener Landesregierung einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ als Sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer 2, NAG, welcher gemäß Paragraph 20 d, Absatz eins, Ziffer 3, AuslBG an die belangte Behörde (im Folgenden: AMS) übermittelt wurde. Gemäß der dem Antrag angeschlossenen Arbeitgebererklärung sollte der Zweitbeschwerdeführer bei römisch 40 GmbH (im Folgenden: Erstbeschwerdeführerin) für die berufliche Tätigkeit „Sachbearbeiter für internationalen Handel und Marketing“ für eine Entlohnung in Höhe von brutto EUR 2.950,- pro Monat im Ausmaß von 38,5 Wochenstunden beschäftigt werden.

2. Mit Bescheid vom 01.09.2023 wies die belangte Behörde den Antrag auf Zulassung des Zweitbeschwerdeführers als Schlüsselkraft nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß § 12b Z 1 AuslBG ab.

Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliege, sei der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Aus den vorgelegten Nachweisen ergebe sich nicht, ob es tatsächlich zu einer Geschäftstätigkeit der Erstbeschwerdeführerin gekommen sei oder kommen werde. Eine Gewerbeanmeldung liege nicht vor. Bei der Erstbeschwerdeführerin handle es sich wohl um ein Familienunternehmen. Die zweite eingetragene Gesellschafterin sei die Gattin des Zweitbeschwerdeführers. Der Zweitbeschwerdeführer habe 24 %, seine Gattin 76 %. Es sei davon auszugehen, dass die Anteile so gesetzt worden seien, damit der Zweitbeschwerdeführer unter dieser Grenze (Anm: § 2 Abs. 4 AuslBG) liege. Der Zweitbeschwerdeführer habe zudem die Funktion als alleiniger Geschäftsführer inne und habe drei weitere Leitungsfunktionen bei drei Firmen im Ausland. Aufgrund der Gesamtumstände werde nicht von einer unselbständigen Tätigkeit ausgegangen.

2. Mit Bescheid vom 01.09.2023 wies die belangte Behörde den Antrag auf Zulassung des Zweitbeschwerdeführers als Schlüsselkraft nach Anhörung des Regionalbeirates gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins, AuslBG ab. Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Absatz 2, vorliege, sei der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Aus den vorgelegten Nachweisen ergebe sich nicht, ob es tatsächlich zu einer Geschäftstätigkeit der Erstbeschwerdeführerin gekommen sei oder kommen werde. Eine Gewerbeanmeldung liege nicht vor. Bei der Erstbeschwerdeführerin handle es sich wohl um ein Familienunternehmen. Die zweite eingetragene Gesellschafterin sei die Gattin des Zweitbeschwerdeführers. Der Zweitbeschwerdeführer habe 24 %, seine Gattin 76 %. Es sei davon auszugehen, dass die Anteile so gesetzt worden seien, damit der Zweitbeschwerdeführer unter dieser Grenze Anmerkung, Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG) liege. Der Zweitbeschwerdeführer habe zudem die Funktion als alleiniger Geschäftsführer inne und habe drei weitere Leitungsfunktionen bei drei Firmen im Ausland. Aufgrund der Gesamtumstände werde nicht von einer unselbständigen Tätigkeit ausgegangen.

3. Dagegen erhoben die Beschwerdeführer fristgerecht Beschwerde und führten aus, dass das AMS unrichtigerweise davon ausgegangen sei, dass der Zweitbeschwerdeführer selbständig tätig sei. Der Zweitbeschwerdeführer habe lediglich einen geringen Geschäftsanteil von 24 %, verfüge über keine Sonderrechte und keine Sperrminorität. Er werde bei der ÖGK sozialversichert sein, nur sein Monatsentgelt erhalten und die Erstbeschwerdeführerin werde sämtliche Kosten betreffend den Arbeitnehmer (ÖGK, Finanzamt, Gemeinde Wien) tragen. Zudem ergebe sich aus den zukünftigen Aufgaben des Zweitbeschwerdeführers (tägliche Anwesenheit im Büro, Online- und Rufbereitschaft für Kunden während der wöchentlichen Arbeitszeiten, Kommunikation mit internationalen Geschäftspartnern etc.), dass er unselbständig handeln werden. Auch sei nicht erforderlich, dass die Gesellschaft bereits operativ tätig sein müsse. Der Zweitbeschwerdeführer sei im Ergebnis als unselbständiger Arbeitnehmer für die Erstbeschwerdeführerin tätig.

4. Die Beschwerde wurde unter Anschluss des Verwaltungsaktes und einer Stellungnahme des AMS dem Bundesverwaltungsgericht am 06.12.2023 zur Entscheidung vorgelegt.

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

1. Feststellungen:

1.1. Der Zweitbeschwerdeführer, Herr XXXX, stellte am 01.09.2023 beim Amt der Wiener Landesregierung einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot - Karte“ als Sonstige Schlüsselkraft gemäß § 41 Abs. 2 Z 2 NAG. Der Zweitbeschwerdeführer soll bei der Erstbeschwerdeführerin, der XXXX GmbH, für die berufliche Tätigkeit „Sachbearbeiter für internationalen Handel und Marketing“ für eine Entlohnung in Höhe von brutto EUR 2.950,- pro Monat im Ausmaß von 38,5 Wochenstunden beschäftigt werden.

1.1.1. Der Zweitbeschwerdeführer, Herr römisch 40, stellte am 01.09.2023 beim Amt der Wiener Landesregierung einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot - Karte“ als Sonstige Schlüsselkraft gemäß Paragraph 41, Absatz 2, Ziffer 2, NAG. Der Zweitbeschwerdeführer soll bei der Erstbeschwerdeführerin, der römisch 40 GmbH, für die berufliche Tätigkeit „Sachbearbeiter für internationalen Handel und Marketing“ für eine Entlohnung in Höhe von brutto EUR 2.950,- pro Monat im Ausmaß von 38,5 Wochenstunden beschäftigt werden.

1.2. Bei der Erstbeschwerdeführerin handelt es sich um eine im Dezember 2022 gegründete GmbH mit Sitz

in Wien. Der Unternehmensgegenstand der Erstbeschwerdeführerin lautet auf „Handel mit Waren jeder Art sowie Import und Export von Waren aller Art; Handelsagentur: Handel mit Industriegütern, mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“.

1.3. Als Gesellschafter der Erstbeschwerdeführerin sind Frau XXXX , geb. XXXX , Ehegattin des Antragstellers, mit einer Stammeinlage von EUR 26.600 (= 76 %) sowie der Zweitbeschwerdeführer mit einer Stammeinlage von EUR 8.400 (= 24 %) am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Als (alleiniger) Geschäftsführer ist der Zweitbeschwerdeführer eingetragen; er vertritt die Gesellschaft seit 20.12.2022 selbständig. Der Zweitbeschwerdeführer ist laufend bei drei weiteren Unternehmen im Ausland im Management bzw. in der Geschäftsführung tätig. 1.3. Als Gesellschafter der Erstbeschwerdeführerin sind Frau römisch 40 , geb. römisch 40 , Ehegattin des Antragstellers, mit einer Stammeinlage von EUR 26.600 (= 76 %) sowie der Zweitbeschwerdeführer mit einer Stammeinlage von EUR 8.400 (= 24 %) am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Als (alleiniger) Geschäftsführer ist der Zweitbeschwerdeführer eingetragen; er vertritt die Gesellschaft seit 20.12.2022 selbständig. Der Zweitbeschwerdeführer ist laufend bei drei weiteren Unternehmen im Ausland im Management bzw. in der Geschäftsführung tätig.

1.4. Die Erstbeschwerdeführerin hat bis dato noch keine operative Tätigkeit entfaltet. Die Erstbeschwerdeführerin schloss mit der „ XXXX “ in 1190 Wien, XXXX , einen Mietvertrag zur Anmietung eines Büroraumes zum Zweck der geschäftlichen Nutzung des Mietgegenstandes als Büro. Das Vertragsverhältnis begann am 01.07.2023 und wurde für die Dauer von sechs Monaten geschlossen. Zudem wurde dem businesscenter eine unbefristete Postvollmacht zur Übernahme von ua. eingeschriebenen Sendungen und Rsb-Briefen eingeräumt. Die Erstbeschwerdeführerin legte einen Business-Plan sowie „Proformarechnungen“, als welchen potenzielle Kunden und Lieferanten hervorgehen, vor. Die Erstbeschwerdeführerin verfügt über eine Steuer- und UID-Nummer. 1.4. Die Erstbeschwerdeführerin hat bis dato noch keine operative Tätigkeit entfaltet. Die Erstbeschwerdeführerin schloss mit der „ römisch 40 “ in 1190 Wien, römisch 40 , einen Mietvertrag zur Anmietung eines Büroraumes zum Zweck der geschäftlichen Nutzung des Mietgegenstandes als Büro. Das Vertragsverhältnis begann am 01.07.2023 und wurde für die Dauer von sechs Monaten geschlossen. Zudem wurde dem businesscenter eine unbefristete Postvollmacht zur Übernahme von ua. eingeschriebenen Sendungen und Rsb-Briefen eingeräumt. Die Erstbeschwerdeführerin legte einen Business-Plan sowie „Proformarechnungen“, als welchen potenzielle Kunden und Lieferanten hervorgehen, vor. Die Erstbeschwerdeführerin verfügt über eine Steuer- und UID-Nummer.

1.5. Die voraussichtliche Tätigkeit des Zweitbeschwerdeführers wurde wie folgt beschrieben:

? „Tägliche Anwesenheit im Büro Büroarbeiten.

? Online- und Rufbereitschaft für Kunden und Partnerfirmen während der wöchentlichen Arbeitszeiten, per Telefon und per E-Mail.

? Kommunikation mit internationalen Geschäftspartnern in Englisch und Persisch. Telefongespräche mit Partnerunternehmen und Kunden für Verkaufsrückmeldungen, Kundenbetreuung und Marketing.

? Teilnahme an Geschäftsverhandlungen mit internationalen Geschäftspartnern.

? Koordination der Termine und Geschäftsgespräche mit den Kunden und

? Geschäftspartnern

? Koordinierung der Verschiffungen und Abholungen der Waren sowie der Import- und Exportangelegenheiten.

? Vorbereiten und Ausstellen der Dokumente wie Proforma-Rechnungen, Rechnungen und Versandunterlagen.

? Vorbereitung der monatlichen Dokumente für die Buchhaltung und deren regelmäßige Übermittlung an Buchhaltung.

? Ausbau bereits bestehender internationaler Geschäftsbeziehungen und Pflege der Kontakte zu Kunden.“

1.6. Der Zweitbeschwerdeführer ist am XXXX geboren und iranischer Staatsangehöriger. Er hat am XXXX im Iran das Masterstudium „Handelsmanagement (BWL) – Schwerpunkt Internationales Marketing abgeschlossen. Der Zweitbeschwerdeführer hat Englischkenntnisse B2 sowie sieben Jahre Berufserfahrung im Iran nachgewiesen.

1.6. Der Zweitbeschwerdeführer ist am römisch 40 geboren und iranischer Staatsangehöriger. Er hat am römisch 40 im Iran das Masterstudium „Handelsmanagement (BWL) – Schwerpunkt Internationales Marketing abgeschlossen. Der Zweitbeschwerdeführer hat Englischkenntnisse B2 sowie sieben Jahre Berufserfahrung im Iran nachgewiesen.

1.7. Dem Zweitbeschwerdeführer sind 30 Punkte für Qualifikation, 10 Punkte für Sprachkenntnisse, 14 Punkte für Berufserfahrung und 10 Punkte für Alter, sohin insgesamt 64 Punkte nach Anlage C zum AuslBG anzurechnen.

2. Beweismwürdigung:

2.1. Die Feststellungen zur Person des Zweitbeschwerdeführers, zum gegenständlichen Antrag und der beabsichtigten Beschäftigung ergeben sich aus dem aktenkundigen Antrag samt Arbeitgebererklärung.

2.2. Die Feststellungen zu Gründung und Sitz der Erstbeschwerdeführerin, den Beteiligungs- und Vertretungsverhältnissen und dem Geschäftszweig ergeben sich aus einem aktenkundigen Auszug aus dem Firmenbuch. Dass die Zweitbeschwerdeführerin noch keine operative Tätigkeit entfaltet hat, ist unstrittig (vgl. Beschwerdeschrift, S. 5, wonach bislang die geschäftliche Tätigkeit vorbereitet werde, und die Erteilung des gegenständlichen Aufenthaltstitels an den Zweitbeschwerdeführer voraussetze). Die Anmietung einer Büroräumlichkeit samt Postvollmacht ist dem vorgelegten Untermietvertrag vom 03.07.2023 in Zusammenschau mit dem Firmenbuchauszug zu entnehmen.

2.2. Die Feststellungen zu Gründung und Sitz der Erstbeschwerdeführerin, den Beteiligungs- und Vertretungsverhältnissen und dem Geschäftszweig ergeben sich aus einem aktenkundigen Auszug aus dem Firmenbuch. Dass die Zweitbeschwerdeführerin noch keine operative Tätigkeit entfaltet hat, ist unstrittig vergleiche Beschwerdeschrift, S. 5, wonach bislang die geschäftliche Tätigkeit vorbereitet werde, und die Erteilung des gegenständlichen Aufenthaltstitels an den Zweitbeschwerdeführer voraussetze). Die Anmietung einer Büroräumlichkeit samt Postvollmacht ist dem vorgelegten Untermietvertrag vom 03.07.2023 in Zusammenschau mit dem Firmenbuchauszug zu entnehmen.

2.3. Die Feststellungen zur voraussichtlichen Tätigkeit des Zweitbeschwerdeführers im Rahmen der beantragten Beschäftigung (II.1.5.) ergeben sich aus den diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerde (S. 15f. Beschwerdeschrift).

2.3. Die Feststellungen zur voraussichtlichen Tätigkeit des Zweitbeschwerdeführers im Rahmen der beantragten Beschäftigung (römisch zwei.1.5.) ergeben sich aus den diesbezüglichen Ausführungen in der Beschwerde (S. 15f. Beschwerdeschrift).

2.3. Die Feststellungen zur Ausbildung, beruflichen Tätigkeit und Sprachkenntnissen des Zweitbeschwerdeführers ergeben sich aus den im Verwaltungsverfahren vorgelegten und aktenkundigen Unterlagen. Dass Erreichen der Mindestpunkteanzahl wurde bereits vom AMS im bekämpften Bescheid nicht in Frage gestellt.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 6 des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes (BVwGG), BGBl. I. Nr. 10/2013 idgF, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

3.1. Gemäß Paragraph 6, des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes (BVwGG), Bundesgesetzblatt römisch eins. Nr. 10 aus 2013, idgF, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 20g Abs. 1 AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservices, die in Angelegenheiten des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergangen sind, das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und einer aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

Gemäß Paragraph 20 g, Absatz eins, AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des

Arbeitsmarktservices, die in Angelegenheiten des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ergangen sind, das Bundesverwaltungsgericht durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und einer aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

3.2. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. 3.2. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

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 Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 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.

Zu A)

3.3. Die gegenständlich maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) idF BGBl. I Nr. 175/2023 lauten: 3.3. Die gegenständlich maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 175 aus 2023, lauten:

„Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt. Paragraph 2, (1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

a) in einem Arbeitsverhältnis,

b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,

c) ... (2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung, a) in einem Arbeitsverhältnis,, b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,, c) ...

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 liegt insbesondere auch dann vor, wenn

1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder

2. ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25% (4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Absatz 2, vorliegt, ist der wahre

wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Eine Beschäftigung im Sinne des Absatz 2, liegt insbesondere auch dann vor, wenn, 1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder, 2. ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25%

Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag binnen drei Monaten fest, daß ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hierfür hat der Antragsteller zu erbringen. Nach Ablauf dieser Frist darf die Tätigkeit auch ohne den erforderlichen Feststellungsbescheid aufgenommen werden. Wird der Antrag nach Ablauf der Frist abgewiesen, ist die bereits begonnene Tätigkeit umgehend, spätestens jedoch binnen einer Woche nach Zustellung des Bescheides, zu beenden.

(5a) ...“

„Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen

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

1. die erforderliche Mindestpunktzahl 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, oder
1. die erforderliche Mindestpunktzahl 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. Bei Studienabsolventen gemäß Z 2 entfällt die Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall.und sinngemäß die Voraussetzungen des Paragraph 4, Absatz eins, mit Ausnahme der Ziffer eins, erfüllt sind. Bei Studienabsolventen gemäß Ziffer 2, entfällt die Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall.

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

„Zulassungsverfahren für besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte, sonstige Schlüsselkräfte, Studienabsolventen und Künstler

§ 20d. (1) Besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte, sonstige Schlüsselkräfte, Studienabsolventen und Stammmitarbeiter 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 für den Ausländer und bei gleichzeitiger Antragstellung auch für dessen Familienangehörige (§ 2 Abs. 1 Z 9 NAG) vom beabsichtigten Arbeitgeber 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 in den Fällen der Z 3 und 5 die Arbeitsmarktprüfung zügig und bedarfsgerecht durchzuführen, in allen Fällen 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 Paragraph 20 d, (1) Besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte, sonstige Schlüsselkräfte, Studienabsolventen und Stammmitarbeiter haben den Antrag auf eine „Rot-Weiß-Rot - Karte“, Schlüsselkräfte gemäß Paragraph 12 c, 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 für den Ausländer und bei gleichzeitiger Antragstellung auch für dessen Familienangehörige (Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer 9, NAG) vom beabsichtigten Arbeitgeber im Inland eingebracht werden. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat den Antrag, sofern er nicht gemäß Paragraph 41, Absatz 3, Ziffer eins, 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 in den Fällen der Ziffer 3 und 5 die Arbeitsmarktprüfung zügig und bedarfsgerecht durchzuführen, in allen Fällen 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

1. als besonders Hochqualifizierter gemäß § 12, 1. als besonders Hochqualifizierter gemäß Paragraph 12,,

2. als Fachkraft gemäß § 12a, 2. als Fachkraft gemäß Paragraph 12 a,,

3. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1, 3. als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer eins,,

4. als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 2 (Studienabsolvent), 4. als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 b, Ziffer 2, (Studienabsolvent),

5. als Schlüsselkraft gemäß § 12c (Anwärter auf eine „Blaue Karte EU“), 5. als Schlüsselkraft gemäß Paragraph 12 c, (Anwärter auf eine „Blaue Karte EU“),

6. als Stammmitarbeiter gemäß § 12d oder 6. als Stammmitarbeiter gemäß Paragraph 12 d, oder

7. als Künstler gemäß § 14 7. als Künstler gemäß Paragraph 14,

erfüllt sind. Die Frist von vier Wochen verkürzt sich in den Fällen des § 50a Abs. 1 NAG auf 15 Tage. 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.

(2) Die Zulassung gemäß Abs. 1 gilt für die Beschäftigung bei dem im Antrag angegebenen Arbeitgeber im gesamten Bundesgebiet. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat unverzüglich nach Beginn der Beschäftigung die Anmeldung zur Sozialversicherung zu überprüfen. Entspricht diese nicht den für die Zulassung maßgeblichen Voraussetzungen, ist die nach dem NAG zuständige Behörde zu verständigen (§ 28 Abs. 6 NAG). Bei einem Arbeitgeberwechsel vor Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ (§ 41a NAG) ist Abs. 1 sinngemäß anzuwenden. (2) Die Zulassung gemäß Absatz eins, gilt für die Beschäftigung bei dem im Antrag angegebenen Arbeitgeber im gesamten Bundesgebiet. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat unverzüglich nach Beginn der Beschäftigung die Anmeldung zur Sozialversicherung zu überprüfen. Entspricht diese nicht den für die Zulassung maßgeblichen Voraussetzungen, ist die nach dem NAG zuständige Behörde zu verständigen (Paragraph 28, Absatz 6, NAG). Bei einem Arbeitgeberwechsel vor Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ (Paragraph 41 a, NAG) ist Absatz eins, sinngemäß anzuwenden.

(2a) ...“

3.4. Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Das AMS begründete den bekämpften Bescheid einerseits damit, dass aus den vorgelegten Unterlagen nicht hervorgehe, ob es zu einer Geschäftstätigkeit der Erstbeschwerdeführerin gekommen sei oder noch kommen werde, andererseits liege keine unselbständige Beschäftigung iSd § 2 Abs. 2 AuslBG vor, da es sich bei der Erstbeschwerdeführerin um ein Familienunternehmen handle, die Anteile (24 % und 76 %) zwischen dem Zweitbeschwerdeführer und dessen Gattin bewusst so gesetzt worden seien, damit der Zweitbeschwerdeführer unter der Grenze des § 2 Abs. 4 AuslBG liege und dieser zudem die Funktion als alleiniger Geschäftsführer sowie weitere Leitungsfunktionen bei drei Firmen im Ausland innehave, sodass die Tätigkeit als angestellter Sachbearbeiter unglaublich erscheine. Die Beschwerdeführer verweisen unter anderem darauf, dass dem Zweitbeschwerdeführer aufgrund des Gesellschaftsvertrages weder Sonderrechte noch eine Sperrminorität zukomme, dieser bei der ÖGK angemeldet werde, nur ein monatliches Entgelt erhalte und typischerweise unselbständige Tätigkeiten verrichten werde. Das AMS begründete den bekämpften Bescheid einerseits damit, dass aus den vorgelegten Unterlagen nicht hervorgehe, ob es zu einer Geschäftstätigkeit der Erstbeschwerdeführerin gekommen sei oder noch kommen werde, andererseits liege keine unselbständige Beschäftigung iSd Paragraph 2, Absatz 2, AuslBG vor, da es sich bei der Erstbeschwerdeführerin um ein Familienunternehmen handle, die Anteile (24 % und 76 %) zwischen dem Zweitbeschwerdeführer und dessen Gattin bewusst so gesetzt worden seien, damit der Zweitbeschwerdeführer unter der Grenze des Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG liege und dieser zudem die Funktion als alleiniger Geschäftsführer sowie weitere Leitungsfunktionen bei drei Firmen im Ausland innehave, sodass die Tätigkeit als angestellter Sachbearbeiter unglaublich erscheine. Die Beschwerdeführer verweisen unter anderem darauf, dass dem Zweitbeschwerdeführer aufgrund des Gesellschaftsvertrages weder Sonderrechte noch eine Sperrminorität zukomme, dieser bei der ÖGK angemeldet werde, nur ein monatliches Entgelt erhalte und typischerweise unselbständige Tätigkeiten verrichten werde.

3.4.1. Zur Aufnahme operativer Tätigkeit durch die Erstbeschwerdeführerin:

Wie in der Beschwerde zutreffend aufgezeigt wird, ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes weder die bereits erfolgte Aufnahme operativer Tätigkeit, noch das Bestehen des Arbeitsplatzes vor Zulassung des Arbeitnehmers als Schlüsselkraft erforderlich:

„Weder ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der bisherigen Judikatur des VwGH in Verfahren betreffend Zulassung als Schlüsselkraft, dass der Arbeitsplatz, der besetzt werden soll, bereits zuvor von einem anderen Arbeitnehmer ausgefüllt gewesen sein muss, also im Betrieb des Arbeitgebers nicht neu geschaffen worden sein darf. Auch die vom VwG für notwendig erachtete weitere Anforderung, dass der Arbeitsplatz zur Aufrechterhaltung eines bereits laufenden Geschäftsbetriebs erforderlich ist oder in einem laufenden Unternehmen nicht im Hinblick auf eine Änderung des Geschäftsmodells erforderlich geworden sein darf, hat weder das Gesetz noch die höchstgerichtliche Rechtsprechung für sich, soll doch grundsätzlich der Bedarf des Arbeitgebers nach seinem Anforderungsprofil entsprechenden Arbeitskräften befriedigt werden. Nur dann, wenn der im Antrag angeführte Arbeitsplatz im Betrieb des Arbeitgebers tatsächlich nicht besetzt werden soll, die Arbeitskraft also gar nicht, oder nicht in der behaupteten Art und Weise beschäftigt werden soll, hätte dies unter dem angeführten Gesichtspunkt zur Antragsabweisung zu führen (vgl. VwGH 18.6.2014, 2013/09/0189; VwGH 27.1.2011, 2008/09/0195). Im vorliegenden Fall schadet es daher nicht, dass die Arbeitgeberin, eine bereits im Firmenbuch eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine operative Tätigkeit bislang noch nicht entfaltet hat, verneinte das VwG doch nicht, dass eine solche entsprechend dem festgestellten Geschäftsplan tatsächlich beabsichtigt sei und bei Besetzung des Arbeitsplatzes aufgenommen werden würde. Dass diese Tätigkeit erst mit dem auf die zu besetzende Arbeitsstelle aufzunehmenden Arbeitnehmer begonnen werden soll, kann eine Abweisung des Antrags oder das Unterlassen einer Arbeitsmarktprüfung daher nicht begründen.“ (VwGH 01.09.2022, Ro 2021/09/0002). „Weder ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der bisherigen Judikatur des VwGH in Verfahren betreffend Zulassung als Schlüsselkraft, dass der Arbeitsplatz, der besetzt werden soll, bereits zuvor von einem anderen Arbeitnehmer ausgefüllt gewesen sein muss, also im Betrieb des Arbeitgebers nicht neu geschaffen worden sein darf. Auch die vom VwG für notwendig erachtete weitere Anforderung, dass der Arbeitsplatz zur Aufrechterhaltung eines bereits laufenden Geschäftsbetriebs erforderlich ist oder in einem laufenden Unternehmen nicht im Hinblick auf eine Änderung des Geschäftsmodells erforderlich geworden sein darf, hat weder das Gesetz noch die höchstgerichtliche Rechtsprechung für sich, soll doch grundsätzlich der Bedarf des Arbeitgebers nach seinem Anforderungsprofil entsprechenden Arbeitskräften befriedigt werden. Nur dann, wenn der im Antrag angeführte Arbeitsplatz im Betrieb des Arbeitgebers tatsächlich nicht besetzt werden soll, die Arbeitskraft also gar nicht, oder nicht in der behaupteten Art und Weise beschäftigt werden soll, hätte dies unter dem angeführten Gesichtspunkt zur Antragsabweisung zu führen vergleiche VwGH 18.6.2014, 2013/09/0189; VwGH 27.1.2011, 2008/09/0195). Im vorliegenden Fall schadet es daher nicht, dass die Arbeitgeberin, eine bereits im Firmenbuch eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine operative Tätigkeit bislang noch nicht entfaltet hat, verneinte das VwG doch nicht, dass eine solche entsprechend dem festgestellten Geschäftsplan tatsächlich beabsichtigt sei und bei Besetzung des Arbeitsplatzes aufgenommen werden würde. Dass diese Tätigkeit erst mit dem auf die zu besetzende Arbeitsstelle aufzunehmenden Arbeitnehmer begonnen werden soll, kann eine Abweisung des Antrags oder das Unterlassen einer Arbeitsmarktprüfung daher nicht begründen.“ (VwGH 01.09.2022, Ro 2021/09/0002).

Dass gegenständlich somit noch keine operative Tätigkeit durch die Erstbeschwerdeführerin aufgenommen wurde, steht der Zulassung des Zweitbeschwerdeführers als Schlüsselkraft nicht entgegen. Anhaltspunkte dafür, dass die Aufnahme der Geschäftstätigkeit tatsächlich nicht beabsichtigt ist, haben sich nicht ergeben. Im Gegenteil hat die Erstbeschwerdeführerin diverse Vorbereitungshandlungen – Vorlage eines Business-Plans und „Proformarechnungen“, Erlangung einer Steuer- und UID-Nummer, Anmietung einer Büroräumlichkeit samt Postvollmacht – nachgewiesen, die einer solchen Annahme entgegenstehen.

3.4.2. Zur Unselbständigkeit der Beschäftigung:

Der Begriff der "Beschäftigung" ist ein Rechtsbegriff. Grundlage für die rechtliche Würdigung ist ein ausreichend erhobener Sachverhalt. Dabei ist nach § 2 Abs. 4 AuslBG dessen wahrer wirtschaftlicher Gehalt maßgebend (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2003/09/0025). (VwGH 05.11.2014, Ro 2014/09/0050) Der Begriff der "Beschäftigung" ist ein Rechtsbegriff. Grundlage für die rechtliche Würdigung

ist ein ausreichend erhobener Sachverhalt. Dabei ist nach Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG dessen wahrer wirtschaftlicher Gehalt maßgebend vergleiche z.B. das hg. Erkenntnis vom 17. November 2004, Zl. 2003/09/0025). (VwGH 05.11.2014, Ro 2014/09/0050)

Bei der Rechtsfrage, ob ein dem AuslBG widersprechendes Beschäftigungsverhältnis vorliegt, kommt es ausschließlich auf den tatsächlich gelebten wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit an, nicht aber auf den auf eine Selbst- oder Unselbständigkeit gerichteten Willen der vertragsschließenden Parteien (vgl. E 4. Oktober 2012, 2012/09/0134). (VwGH 05.09.2013, 2012/09/0114) (VwGH 12.07.2011, 2009/09/0123 mit Hinweis auf Stammrechtssatz GRS wie 2006/09/0023 E 24. Jänner 2008 RS 1) Bei der Rechtsfrage, ob ein dem AuslBG widersprechendes Beschäftigungsverhältnis vorliegt, kommt es ausschließlich auf den tatsächlich gelebten wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit an, nicht aber auf den auf eine Selbst- oder Unselbständigkeit gerichteten Willen der vertragsschließenden Parteien vergleiche E 4. Oktober 2012, 2012/09/0134). (VwGH 05.09.2013, 2012/09/0114) (VwGH 12.07.2011, 2009/09/0123 mit Hinweis auf Stammrechtssatz GRS wie 2006/09/0023 E 24. Jänner 2008 RS 1)

Die Bestimmung des § 2 Abs 4 zweiter Satz AuslBG soll die Umgehung des AuslBG durch Vortäuschung von Gesellschaftsverhältnissen verhindern. IZm dem Gebot, nicht auf die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, sondern auf seinen wahren Gehalt zu sehen (§ 2 Abs 4 erster Satz AuslBG) bringt das Erfordernis einer "tatsächlichen" Ausübung von Gesellschafterbefugnissen nur die Voraussetzung zum Ausdruck, dass die beabsichtigte Tätigkeit nicht nur nach den formellen rechtlichen Gegebenheiten des (vielleicht nur vorgeschobenen) Gesellschaftsvertrages, sondern nach der wahren Absicht der Parteien wirklich als Ausfluss der Gesellschafterstellung iVm der hierfür typischen Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung (Hinweis E 25.6.1996, 95/09/0102; und E 26.9.1996, 94/09/0175) ausgeübt werden soll. Diese Voraussetzung ist nur dann zu prüfen, wenn die beabsichtigten Arbeitsleistungen typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, weshalb etwa bloße Geschäftsführungstätigkeiten nicht darunter fallen (Hinweis E VfGH 27.2.1998, G 326/97 ua). (VwGH 27.02.2003, 2000/09/0188). Die Bestimmung des Paragraph 2, Absatz 4, zweiter Satz AuslBG soll die Umgehung des AuslBG durch Vortäuschung von Gesellschaftsverhältnissen verhindern. IZm dem Gebot, nicht auf die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes, sondern auf seinen wahren Gehalt zu sehen (Paragraph 2, Absatz 4, erster Satz AuslBG) bringt das Erfordernis einer "tatsächlichen" Ausübung von Gesellschafterbefugnissen nur die Voraussetzung zum Ausdruck, dass die beabsichtigte Tätigkeit nicht nur nach den formellen rechtlichen Gegebenheiten des (vielleicht nur vorgeschobenen) Gesellschaftsvertrages, sondern nach der wahren Absicht der Parteien wirklich als Ausfluss der Gesellschafterstellung in Verbindung mit der hierfür typischen Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung (Hinweis E 25.6.1996, 95/09/0102; und E 26.9.1996, 94/09/0175) ausgeübt werden soll. Diese Voraussetzung ist nur dann zu prüfen, wenn die beabsichtigten Arbeitsleistungen typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, weshalb etwa bloße Geschäftsführungstätigkeiten nicht darunter fallen (Hinweis E VfGH 27.2.1998, G 326/97 ua). (VwGH 27.02.2003, 2000/09/0188).

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages, das heißt die rechtliche Möglichkeit allein ist nicht geeignet, den Nachweis eines wesentlichen Einflusses auf die Geschäftsführung der Gesellschaft zu erbringen, weil nach § 2 Abs. 4 AuslBG gerade der bestimmende (gestaltende, positive) tatsächliche Einfluss auf die (laufende) Geschäftsführung das maßgebende Element zur Abgrenzung bildet (vgl. etwa VwGH 12.07.2011, 2009/09/0123 mwN). Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages, das heißt die rechtliche Möglichkeit allein ist nicht geeignet, den Nachweis eines wesentlichen Einflusses auf die Geschäftsführung der Gesellschaft zu erbringen, weil nach Paragraph 2, Absatz 4, AuslBG gerade der bestimmende (gestaltende, positive) tatsächliche Einfluss auf die (laufende) Geschäftsführung das maßgebende Element zur Abgrenzung bildet vergleiche etwa VwGH 12.07.2011, 2009/09/0123 mwN).

Anders als die belangte Behörde qualifiziert das Bundesverwaltungsgericht die beabsichtigte Tätigkeit des Zweitbeschwerdeführers nicht als selbständige Tätigkeit. Mag der Zweitbeschwerdeführer in der Gesellschaft auch die Funktion des (alleinigen) Geschäftsführers sowie die Vertretungsbefugnis innehaben, kann allein daraus noch nicht geschlossen werden, dass diesem ein bestimmender, tatsächlicher Einfluss auf die

(laufende) Geschäftsführung zukommt. Dem steht schon der Umstand entgegen, dass diesem als Minderheitsgesellschafter und in Ermangelung einer Sperrminorität kein maßgeblicher Einfluss im Innenverhältnis der Gesellschaft zukommt.

Auch ergeben sich weder aus dem Gesetz noch der Judikatur Einschränkungen in Hinblick auf den Umstand, dass es sich bei der Erstbeschwerdeführerin um ein Familienunternehmen handelt, sodass dahingehend den Bedenken der belangten Behörde nicht gefolgt werden kann.

Letztlich ist gegenständlich der Bezug eines kollektivvertraglichen Gehalts und die voraussichtliche Tätigkeit zu berücksichtigen, welche nach den bisherigen Angaben als unselbständige Erwerbstätigkeit ausgestaltet sein wird. Dass der Zweitbeschwerdeführer bereits in weiteren Unternehmen im Ausland in leitenden Funktionen tätig ist, steht der Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit für die Erstbeschwerdeführerin nicht entgegen. In einer Gesamtbetrachtung spricht das Gesamtbild der beantragten Tätigkeit somit dem einer unselbständigen Beschäftigung.

3.4.3. Bereits die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid zu Recht ausgeführt, dass der Zweitbeschwerdeführer die erforderliche Mindestpunktzahl nach Anlage C erreicht, und zwar insgesamt 64 Punkte (vom AMS offenbar irrtümlich 63 Punkte berechnet): für die Qualifikation 30 Punkte, für Berufserfahrung im Ausland 14 Punkte, für die Sprachkenntnisse Englisch 10 Punkte.

Auch das gesetzlich vorgesehene Mindestgehalt von € 2.925 (2023) brutto pro Monat zuzüglich Sonderzahlungen wird mit dem angegebenen Gehalt erreicht.

Der Zweitbeschwerdeführer erfüllt daher insgesamt die in § 12b Z1 AuslBG geforderten Voraussetzungen für die Beschäftigung als sonstige Schlüsselkraft. Der Zweitbeschwerdeführer erfüllt daher insgesamt die in Paragraph 12 b, Z1 AuslBG geforderten Voraussetzungen für die Beschäftigung als sonstige Schlüsselkraft.

3.4.4. Dem AMS obliegt es zu prüfen, ob für die vom beantragten Ausländer zu besetzende offene Stelle ein Inländer oder ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung stünde, der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben (Ersatzkraftverfahren).

Die Erstbeschwerdeführerin hat in der Arbeitgebererklärung ausdrücklich zugestimmt, dass ein solches Verfahren eingeleitet wird und eine Arbeitsplatzbeschreibung abgegeben.

Im gegenständlichen Fall wurde das Ersatzkräfteverfahren nicht durchgeführt und wurde daher diese notwendigen Ermittlungen des Sachverhalts zur Gänze unterlassen. In einem weiteren Schritt wäre daher nunmehr eine Arbeitsmarktprüfung gemäß § 4 Abs. 1 iVm § 4b AuslBG durchzuführen. Im gegenständlichen Fall wurde das Ersatzkräfteverfahren nicht durchgeführt und wurde daher diese notwendigen Ermittlungen des Sachverhalts zur Gänze unterlassen. In einem weiteren Schritt wäre daher nunmehr eine Arbeitsmarktprüfung gemäß Paragraph 4, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 4 b, AuslBG durchzuführen.

Da die belangte Behörde die Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens unterlassen hat, steht der maßgebliche Sachverhalt nicht fest, sodass eine Entscheidung in der Sache selbst nicht zulässig ist.

Da die Durchführung des Ersatzkraftverfahrens seitens des Bundesverwaltungsgerichtes mangels der Befugnis, Arbeitskräfte zu vermitteln, ausscheidet, ist der angefochtene Bescheid und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen, welche ein Ersatzkraftverfahren gemäß § 4 Abs. 1 iVm § 4b AuslBG durchzuführen hat. Da die Durchführung des Ersatzkraftverfahrens seitens des Bundesverwaltungsgerichtes mangels der Befugnis, Arbeitskräfte zu vermitteln, ausscheidet, ist der angefochtene Bescheid und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen, welche ein Ersatzkraftverfahren gemäß Paragraph 4, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 4 b, AuslBG durchzuführen hat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3.5. Zum Entfall einer mündlichen Verhandlung:

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 Paragraph 24, Absatz eins,

VwGG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Die Beschwerdeführer haben einen solchen Antrag (in eventu) gestellt. Der erkennende Senat erachtete die Durchführung einer mündlichen Verhandlung jedoch nicht für erforderlich, weil der festgestellte Sachverhalt zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Bescheides aus der Aktenlage in Verbindung mit der Beschwerde hinreichend geklärt erschien und durch die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht zu erwarten war.

Da keine Fragen der Beweiswürdigung auftraten, welche die Durchführung einer mündlichen Verhandlung notwendig gemacht hätten, stehen dem Entfall der Verhandlung auch weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegen (vgl. u.a. VwGH 07.08.2017, Ra 2016/08/0140).

Zu B) Unzulässigkeit der Revision Da keine Fragen der Beweiswürdigung auftraten, welche die Durchführung einer mündlichen Verhandlung notwendig gemacht hätten, stehen dem Entfall der Verhandlung auch weder Artikel 6, Absatz eins, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegen vergleiche u.a. VwGH 07.08.2017, Ra 2016/08/0140)., 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. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

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 von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.,

Schlagworte

Ermittlungspflicht Ersatzkraft Kassation mangelnde Sachverhaltsfeststellung Schlüsselkraft

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2024:W151.2282425.1.00

Im RIS seit

22.03.2024

Zuletzt aktualisiert am

22.03.2024

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at