



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel, den Hofrat Dr. Doblinger und die Hofrätin Mag. Schindler als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.^a Rieder, über die außerordentliche Revision des A B in C, vertreten durch Mag. Gerald Hamminger, Rechtsanwalt in 5280 Braunau am Inn, Linzerstraße 1/Stadtplatz 49, als bestellter Verfahrenshelfer gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Dezember 2022, L512 2259801-1/11E, betreffend Zulassung als Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Braunau), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Zweckänderungsantrag vom 20. Juni 2022 beehrte der Revisionswerber, ein kosovarischer Staatsangehöriger, die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot- Karte“ gemäß § 41 Abs. 2 Z 2 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz als sonstige Schlüsselkraft nach § 12b Z 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) für eine Tätigkeit bei einem näher bezeichneten Unternehmen als Monteur von Photovoltaikanlagen, der folgende Tätigkeitsbeschreibung im Vermittlungsauftrag zugrunde lag: „Montage von Photovoltaikanlagen ohne Anschlussarbeiten, alle damit verbunden Arbeitsleistungen, andere geringfügige Tätigkeiten im Betrieb“.
- 2 Die gemäß § 20d Abs. 1 AuslBG befasste vor dem Bundesverwaltungsgericht belangte Behörde versagte mit Bescheid vom 1. August 2022 die Zulassung als „sonstige Schlüsselkraft“ gemäß § 12b Z 1 AuslBG im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Erteilung einer Rot-Weiß-Rot-Karte für Tätigkeiten, die



im überwiegenden Ausmaß in Hilfsarbeitertätigkeiten oder einfachen angelernten Tätigkeiten bestehen sollen, generell unzulässig sei.

- 3 Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit dem angefochtenen Erkenntnis ab. Die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte es für nicht zulässig.
- 4 In seiner Begründung stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass die Arbeitgebererklärung im Zuge der Beschwerdeverhandlung dahingehend modifiziert worden sei, als im Vergleich zum ursprünglichen Vermittlungsauftrag die Wortfolge „andere geringfügige Tätigkeiten im Betrieb“ weggelassen worden sei. Der Revisionswerber habe im Kosovo im Schuljahr 2009/2010 bis 2012/2013 vier Jahre die Wirtschaftsmittelschule „D“, Fachrichtung Wirtschaft (Profil Buchführung) besucht und diese am 24. Juni 2013 erfolgreich mit Diplom abgeschlossen. Am 19. Juni 2012 habe er vom kosovarischen Ministerium ein Zertifikat über die absolvierte Ausbildung für Angestellte im Bank- und Versicherungswesen erhalten. Am 20. Juni 2018 habe er an der Universität Salzburg die Deutschprüfung B2 erfolgreich abgelegt. Im Zusammenhang mit der beabsichtigten Tätigkeit ging das Bundesverwaltungsgericht mit näheren beweismäßigenden Erwägungen davon aus, dass es sich hierbei um eine einfache angelernte Tätigkeit handle.
- 5 Rechtlich führte das Verwaltungsgericht nach Darlegung maßgeblicher gesetzlicher Bestimmungen aus, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot- Karte“ fallbezogen schon deshalb nicht vorlägen, weil diese für Hilfstätigkeiten bzw. einfache angelernte Tätigkeiten - selbst bei Erreichen der Mindestpunktzahl in der Anlage C - nicht vorgesehen sei. Damit solle entsprechend den Erläuterungen zur Novelle BGBl. I Nr. 25/2011 (ErläutRV 1077 BlgNR 24. GP) Fachkräften aus Drittstaaten nur eine qualifizierte Beschäftigung in Österreich ermöglicht werden. Eine Zulassung könne hingegen nicht für Tätigkeiten erfolgen, die im überwiegenden Ausmaß in Hilfsarbeitertätigkeiten oder einfachen angelernten Tätigkeiten bestünden.



- 6 Zur Unzulässigkeit der Revision verwies das Bundesverwaltungsgericht fallunspezifisch auf das Fehlen einer grundsätzlichen Rechtsfrage.
- 7 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. Die belangte Behörde erstattete in dem vom Verwaltungsgerichtshof durchgeführten Vorverfahren eine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

- 8 Vorweg ist festzuhalten, dass der Verfassungsgerichtshof mit dem vom Bundeskanzler am 21. März 2023 in BGBl. I Nr. 21/2023 kundgemachten Erkenntnis vom 9. März 2023, G 38/2023, u.a., die Wortfolge „Bescheide und“ in § 20 Abs. 4 AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, idF BGBl. I Nr. 72/2013, mit Ablauf des 31. März 2024 als verfassungswidrig aufgehoben und ausgesprochen hat, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten. Ferner sprach er nach Art. 140 Abs. 7 zweiter Satz B-VG aus, dass die aufgehobene Bestimmung in den am 9. März 2023 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren nicht mehr anzuwenden ist. Eine Ausdehnung auf die beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahren wurde nicht verfügt (vgl. demgegenüber VfGH 9.3.2023, G 295/2022, u.a.). Der Revisionsfall ist daher kein Anlassfall und vom Verwaltungsgerichtshof noch auf Grund der alten Rechtslage zu entscheiden; eine neuerliche Anfechtung der erwähnten Wortfolge ist nicht zulässig (vgl. zum Ganzen etwa VwGH 29.3.2023, Ra 2023/09/0011, mwN).
- 9 In der Sache selbst erweist sich die Revision bereits mit ihrem Vorbringen zur Frage, ob die Zuerkennung einer Bewilligung als Schlüsselkraft von vorherein ausscheide, wenn es sich bei der beabsichtigten Tätigkeit um eine Hilfsarbeitertätigkeit oder einfache angelernte Tätigkeit handle, als zulässig. Sie ist auch begründet.
- 10 Die relevanten Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. Nr. 2018/1975, § 4 in der Fassung BGBl. I Nr. 168/2022, § 4b in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2017, § 12b in der Fassung BGBl. I Nr. 106/2022, lauten (auszugsweise):



„Beschäftigungsbewilligung

Voraussetzungen

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

...

Prüfung der Arbeitsmarktlage

§ 4b. (1) Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) lässt die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zu, wenn für die vom beantragten Ausländer zu besetzende offene Stelle weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben. Unter den verfügbaren Ausländern sind jene mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, EWR-Bürger, Schweizer, türkische Assoziationsarbeitnehmer (§ 4c) und Ausländer mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang (§ 17) zu bevorzugen. Der Prüfung ist das im Antrag auf Beschäftigungsbewilligung angegebene Anforderungsprofil, das in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung finden muss, zugrunde zu legen. Den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen hat der Arbeitgeber zu erbringen.

...

Sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen

§ 12b. 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
2. ...“



11 Den Materialien zur Novelle BGBl. I Nr. 25/2011

(ErläutRV 1077 BlgNR 24. GP, S. 11ff) ist u.a. Folgendes zu entnehmen:

„Zu Art. 1 Z 17 (§§ 12, 12a, 12b, 12c, 12d und 13 AuslBG sowie Anlage A, B und C)

Im Abschnitt IIa wird die Neuzulassung von qualifizierten Arbeitskräften aus Drittstaaten neu geregelt. Dem Modell liegen die Vorschläge der Sozialpartner und der Industriellenvereinigung zu Grunde. Nachdem die bisherige, über Quoten und eher allgemeine Kriterien gesteuerte Zulassung von Schlüsselkräften dem Bedarf an qualifizierten Arbeitskräften nicht ausreichend Rechnung getragen hat, soll nun - angelehnt an die erfolgreichen Zuwanderungsmodelle anderer Staaten - eine flexiblere, mit personenbezogenen und arbeitsmarktpolitischen Kriterien kombinierte Neuzuwanderung jener qualifizierter Arbeitskräfte ermöglicht werden, die bei einer längerfristigen Beobachtung der Arbeitsmarkt- und Wirtschaftsentwicklung sowie unter Berücksichtigung der schulischen und betrieblichen Ausbildungsmaßnahmen nicht aus dem vorhandenen Arbeitskräftepotenzial rekrutiert werden können und zur Sicherung bestehender und zur Schaffung zusätzlicher Arbeitsplätze notwendig sind. Die neuen Regelungen sollen vor allem besonders qualifizierten Personen eine Option für eine Zuwanderung nach Österreich eröffnen und den Beschäftigungsstandort Österreich attraktiver machen.

Die Zulassungsvoraussetzungen werden für besonders hochqualifizierte Personen (§ 12), für Fachkräfte in Mangelberufen (§ 12a) und für sonstige Schlüsselkräfte (§§ 12b und 12c) den jeweiligen arbeitsplatzbezogenen und arbeitsmarktpolitischen Anforderungen entsprechend unterschiedlich geregelt.

...

Sonstige Schlüsselkräfte, Studienabsolventen und Anwärter auf eine ‚Blaue Karte EU‘ (§§ 12b und 12c AuslBG)

Das Kriterien- und Punktesystem für die sonstigen Schlüsselkräfte (Anlage C) entspricht im Wesentlichen dem der Fachkräfte in Mangelberufen. Das zusätzliche Kriterium ‚spezielle Kenntnisse oder Fertigkeiten‘ soll alternativ zu einer abgeschlossenen Berufsausbildung gelten und sicherstellen, dass Profisportler, aber auch sonstige Spezialisten, die über keine formelle (Berufs)-Ausbildung verfügen, zugelassen werden können. Die für den Wirtschafts- und Beschäftigungsstandort Österreich besonders wichtige Gruppe der Profisportler und Profisporttrainer erhält zudem Bonuspunkte, um die erforderliche

Mindestpunkteanzahl auch bei Überschreiten der vorgesehenen Altersgrenzen erreichen zu können.





Voraussetzung ist weiters ein Mindestentgelt von 50 % (für unter 30-Jährige) bzw. von 60 % (für über 30-Jährige) der monatlichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage. Das entspricht derzeit einem monatlichen Bruttoentgelt von 2.100 bzw. 2.520 Euro zuzüglich Sonderzahlungen. Vor der Zulassung ist eine Arbeitsmarktprüfung durchzuführen, d.h. die Schlüsselkräfte erhalten die ‚Rot-Weiß-Rot - Karte‘ nur, wenn für die 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.

...“

- 12 Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits festgehalten, dass § 12b Z 1 AuslBG nicht mit der Bestimmung des § 12a AuslBG (Zulassung als Fachkraft in Mangelberufen) vergleichbar ist. Während § 12a AuslBG in seiner Z 1 ausdrücklich auf eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung Bezug nimmt, ist eine solche Regelung § 12b Z 1 AuslBG fremd. In § 12b Z 1 AuslBG sind ausbildungsrelevante Umstände ausschließlich im Rahmen der in Anlage C angeführten Kriterien bei der Ermittlung der Mindestpunkteanzahl (allenfalls) zu berücksichtigen (vgl. VwGH 13.12.2016, Ra 2016/09/0104).
- 13 Im Unterschied zu § 12b Z 1 AuslBG erfordert die Zulassung als besonders hochqualifizierter Ausländer gemäß § 12 AuslBG ebenfalls schon nach dessen Wortlaut, dass die beabsichtigte Beschäftigung der Qualifikation der Schlüsselkraft und den sonstigen für die Erreichung der Mindestpunkteanzahl maßgeblichen Kriterien entspricht (vgl. in diesem Zusammenhang VwGH 12.12.2023, Ra 2023/09/0170 bis 0171, mwN).
- 14 Ferner muss nach dem gleichermaßen ausdrücklichen Gesetzeswortlaut die beabsichtigte Beschäftigung bei Studienabsolventen gemäß § 12b Z 2 AuslBG dem Ausbildungsniveau entsprechen (siehe dazu näher VwGH 20.2.2014, 2013/09/0166).
- 15 Im Unterschied zur Zulassung von besonders Hochqualifizierten gemäß § 12 AuslBG, Fachkräften in Mangelberufen gemäß § 12a AuslBG sowie Studienabsolventen gemäß § 12b Z 2 AuslBG ist hingegen vor der beantragten Bewilligung nach § 12b Z 1 AuslBG eine Prüfung der Arbeitsmarktlage - wie



in § 4 AuslBG vorgesehen und in § 4b AuslBG näher ausgeführt - durchzuführen. Eine Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG kommt somit nur dann in Betracht, wenn für die 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 (vgl. ErläutRV 1077 BlgNR 24. GP 13). Die Durchführung eines Ersatzkraftstellungsverfahrens ist aber nur dann erforderlich, wenn der Ausländer selbst das Anforderungsprofil des Arbeitgebers erfüllt (vgl. VwGH 1.9.2022, Ra 2021/09/0260, mwN).

- 16 Mit den im Gesetz normierten Voraussetzungen für die Zulassung als sonstige Schlüsselkraft gemäß § 12b Z 1 AuslBG (erforderliche Mindestpunktzahl gemäß Anlage C, Mindestentgelt und Arbeitsmarktprüfung), die kumulativ vorliegen müssen, soll erkennbar sichergestellt werden, dass Drittstaatsangehörige mit höherwertigeren Ausbildungen Positionen in Unternehmen einnehmen, die von den am inländischen Arbeitsmarkt verfügbaren Personen nicht gedeckt werden können und es sich insofern um qualifizierte Tätigkeiten in Schlüsselpositionen handelt. Angesichts des klaren Wortlauts des § 12b Z 1 AuslBG und der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bleibt für die vom Bundesverwaltungsgericht und der belangten Behörde vertretene Annahme kein Raum, dass es zusätzlich zu den dort genannten Kriterien darauf ankäme, dass die beabsichtigte Beschäftigung ein bestimmtes Qualifikationsniveau erreicht. Eine derartige Voraussetzung lässt sich weder dem Gesetzestext noch den Erläuterungen entnehmen.
- 17 Das angefochtene Erkenntnis war somit schon deshalb wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben, ohne dass auf das weitere Revisionsvorbringen einzugehen war.
- 18 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Das Mehrbegehren war abzuweisen, weil die Umsatzsteuer in dem in der



VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014 festgelegten Pauschalsatz enthalten ist (vgl. VwGH 20.1.2021, Ra 2019/09/0137, mwN).

- 19 Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte im Hinblick auf die bereits vor dem Bundesverwaltungsgericht durchgeführte Verhandlung gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden.

W i e n , am 13. Mai 2024

