



# BVwG

Bundesverwaltungsgericht  
Republik Österreich

Postadresse:

Erdbergstraße 192 – 196

1030 Wien

Tel: +43 1 601 49 – 0

Fax: +43 1 711 23 – 889 15 41

E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.at

www.bvwg.gv.at

## Entscheidungsdatum

23.08.2022

## Geschäftszahl

L517 2255299-1/4E

## I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Dr. NIEDERWIMMER als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Kristina TOMA und Mag. Rudolf MOSER als Beisitzer über die Beschwerde des Arbeitnehmers XXXX, StA.: XXXX, geb. XXXX, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Otto URBAN, Mag. Andreas MEISSNER, Mag. Thomas LAHERSTORFER, XXXX, XXXX, und den Arbeitgeber „XXXX“, XXXX, XXXX, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice XXXX vom 21.04.2022, ABB-NR: XXXX, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**A)** Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), BGBl. I Nr. 33/2013 idgF, iVm §§ 2, 4, 12a und § 20d Abs. 1 Z 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) idgF, als unbegründet abgewiesen.

**B)** Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundesverfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 idgF, nicht zulässig.

## **Entscheidungsgründe:**

### **I. Verfahrensgang:**

05.04.2022 - Antrag des Arbeitnehmers (beschwerdeführende Partei 1 bzw. „bP1“) auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte“ als Fachkraft im Mangelberuf bei der Bezirkshauptmannschaft XXXX und Zuweisung an das AMS XXXX (in der Folge „belangte Behörde“ bzw. „bB“) gem. § 20d Abs. 1 Z 2 AuslBG

12.04.2022 - Parteiengehör an die bP1

15.04.2022 - Beantwortung des Parteiengehörs samt Unterlagenvorlage durch die bP1

20.04.2022 - Behandlung des Antrags im Regionalbeirat: negative Entscheidung

21.04.2022 - Bescheid: Abweisung des Antrags auf Zulassung als Fachkraft im Mangelberuf (zugestellt am 25.04.2022)

18.05.2022 - Beschwerde der bP1

24.05.2022 - Beschwerdevorlage an das BVwG

### **II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:**

#### **1.0. Feststellungen (Sachverhalt):**

Die beschwerdeführende Partei 1 (Arbeitnehmer, in der Folge „bP1“) ist Staatsangehörige der Republik XXXX . Sie stellte am 05.04.2022 erstmals einen Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte“ als Fachkraft im Mangelberuf gem. § 41 Abs. 2 Z 1 NAG, welcher von der Bezirkshauptmannschaft XXXX am 12.04.2022 an das AMS XXXX (belangte Behörde, in der Folge „bB“) als zuständige Behörde gem. § 20d Abs. 1 Z 2 AuslBG mit folgenden Unterlagen weitergeleitet wurde:

- Undatierte Arbeitgebererklärung ([...] Berufliche Tätigkeit: Pflasterleger, Fliesenleger, usw. [...]; Entlohnung brutto: EUR 1.900; Anzahl der Wochenstunden: 39; [...])
- XXXX Diplom der Offenen Bürgeruniversität für lebenslangliches Lernen „ XXXX “ über die erfolgreiche Ablegung der Prüfung für Stein-, Marmor- und Keramikfliesenleger vom 21.01.2020 samt beglaubigter Übersetzung

- Reisepass- und Visumskopie.

Die bP1 gab im Antrag auf „Rot-Weiß-Rot – Karte“ unter anderem an, 31 Jahre alt und verheiratet zu sein sowie nur über geringe Deutschkenntnisse und einen Grundschulabschluss als höchste abgeschlossene Schulausbildung zu verfügen.

Mit Parteienghör vom 12.04.2022 brachte die bB der bP1 die Rechtsgrundlagen des § 12a AuslBG sowie die Punktevergabe nach den Zulassungskriterien für Fachkräfte in Mangelberufen gemäß Anlage B zur Kenntnis. Demnach könnten der bP1 aufgrund ihres Alters lediglich 15 (wohl gemeint: 10) von mindestens 55 erforderlichen Punkten angerechnet werden, da die vorgelegten Ausbildungsunterlagen nicht als adäquate Ausbildung (Qualifikation) berücksichtigt werden könnten und keine Sprachzertifikate für Deutsch und Englisch übermittelt worden seien. Die bP1 werde daher ersucht, ein Abschlusszeugnis sowie Jahreszeugnisse zu ihrer Ausbildung als Pflasterer sowie etwaige Sprachzertifikate eines anerkannten Sprachinstituts für Deutsch und Englisch vorzulegen. Gegen die genannten Feststellungen könne sie binnen einer Woche ab Zustellung des Schreibens schriftlich Einwendungen erheben und die erforderlichen Unterlagen erbringen.

Am 15.04.2022 legte die bP1 drei XXXX Jahreszeugnisse der Grundschule „XXXX“ - XXXX für die Schuljahre 2002 bis 2006 samt beglaubigten Übersetzungen sowie ein A2-Sprachzertifikat für Italienisch vor.

Am 20.04.2022 wurde der Antrag auf Zulassung als Fachkraft im Mangelberuf „Pflasterer/innen“ im Regionalbeirat behandelt. Im Beiratsprotokoll ist dazu unter anderem festgehalten: *“[...] Nachgewiesene abgeschlossene Ausbildung: Zertifikat XXXX*

*Nachgewiesene erforderliche Berufspraxis:*

*Nachgewiesene erforderliche Zusatzkenntnisse (zB Führerschein):*

*[...]*

*Abschließende Beurteilung der rechtlichen Voraussetzung zur Erteilung oder Versagung der Bewilligung durch das AFZ (lt. BRL SFU-SAB-Richtlinie Aus/2-2014):*

*XXXX Zertifikat Keramikfliesenleger keine Berufschulzeugnisse vorhanden 0 Punkte. Keine Deutsch- bzw. Englischkenntnisse, Alter 10 Punkte = 10 Punkte mittels Parteienghör am 12.04.2022 weiter Unterlagen angefordert - bis dato nur Italienischkenntnisse und die Schulzeugnisse der Grundschule vorgelegt. Für beide nachgereichten Unterlagen können keine Punkte vergeben werden. -> negative Anhörung“*

Mit Bescheid vom 21.04.2022 (zugestellt an die bP1 per Hinterlegung am 25.04.2022) wies die bB den Antrag auf Zulassung als Fachkraft im Mangelberuf „Pflasterer/innen“ gem. § 12a AuslBG als unbegründet ab. Begründend führte sie aus, die bP1 könne lediglich 10 von insgesamt 55 erforderlichen Mindestpunkten erreichen, zumal die im Zuge des Parteiengehörs am 19.04.2022 übermittelten Grundschulzeugnisse die notwendige Qualifikation der bP1 nicht nachweisen könnten. Gemäß Anlage B seien die Punkte wie folgt vergeben worden:

Qualifikation: 0

Ausbildungsadäquate Berufserfahrung: 0

Sprachkenntnisse: 0

Alter: 31 Jahre 10.

Dagegen erhob die bP1 durch ihre Rechtsvertretung am 18.05.2022 fristgerecht Beschwerde. Darin brachte sie vor, dass die bP1 sehr wohl die Voraussetzungen für die Zulassung als Fachkraft im Mangelberuf gem. § 12a AuslBG erfüllen würde. Schließlich habe die bP1 am 21.01.2020 eine Prüfung über den Beruf „Stein-, Marmor- und Keramikfliesenleger“ abgelegt, welcher in Österreich als „Steinmetz“ eingestuft werde. Darüber hinaus liege ein verbindliches Arbeitsplatzangebot beim Arbeitgeber XXXX (beschwerdeführende Partei 2 bzw. „bP2“) vor, welcher EUR 2.200 brutto an die bP1 bezahlen würde. Dass die bP1 nur 10 Punkte erfüllen würde, sei nicht nachvollziehbar und habe die bB dazu keine Feststellung getroffen. Nach Ansicht der Rechtsvertretung würde die bP1 die vorgeschriebenen 55 Mindestpunkte wie folgt erzielen: 20 Punkte für Qualifikation, weitere 15 Punkte für Berufserfahrung, 5 Punkte für Deutschkenntnisse, 5 Punkte für Englischkenntnisse und schließlich 10 Punkte für ihr Alter.

Die Rechtsvertretung legte der Beschwerde eine Bestätigung der Offenen Bürgeruniversität für lebenslangliches Lernen „XXXX“ vom 26.04.2022 als Nachweis für die Ablegung der Prüfung über den Beruf „Stein-, Marmor- und Keramikfliesenleger“ vom 21.01.2020 bei. Demnach sei Bedingung zur Ablegung der Prüfung die vorherige praktische Ausbildung der bP1 in einer Firma. Eine diesbezügliche Arbeitsbestätigung wurde von der Rechtsvertretung entgegen ihrer Ankündigung in der Beschwerde jedoch nicht übermittelt. Neben einer stattgebenden Erledigung beantragte die Rechtsvertretung die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Am 24.05.2022 legte die bB dem Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde samt dem dazugehörigen Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Wiederholt betonte sie, dass der bP1 mangels vorgelegter Jahreszeugnisse über den Abschluss einer berufsbildenden Schule keine Punkte für ihre Ausbildung als Pflasterer vergeben werden könnten. Daran könne auch die in der Beschwerde vorgelegte Bestätigung der Offenen Bürgeruniversität für lebenslangliches Lernen „XXXX“ nichts ändern, zumal ein Nachweis über die darin angeführte vorherige praktische Erfahrung nicht vorgelegt und auch keine Zeugnisse hinsichtlich einer theoretischen Ausbildung erbracht worden seien. Folglich liege keine Vergleichbarkeit mit einer österreichischen Lehrausbildung zum Pflasterer vor und könnten auch keine Punkte für eine ausbildungsadäquate Berufserfahrung berücksichtigt werden. Für Deutsch- und Englischkenntnisse seien ebenfalls keine Punkte vergeben worden, da lediglich ein Zeugnis über Italienischkenntnisse vorgelegt worden sei. In Summe könne die bP1 somit lediglich 10 Punkte aufgrund ihres Alters erreichen.

## **2.0. Beweiswürdigung:**

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

2.2. Aufgrund der vorliegenden Unterlagen ist das ho. Gericht in der Lage, sich vom entscheidungsrelevanten Sachverhalt im Rahmen der freien Beweiswürdigung ein ausreichendes und abgerundetes Bild zu machen. Die freie Beweiswürdigung ist ein Denkprozess, der den Regeln der Logik zu folgen hat und im Ergebnis zu einer Wahrscheinlichkeitsbeurteilung eines bestimmten historisch-empirischen Sachverhalts, also von Tatsachen, führt. Der Verwaltungsgerichtshof führt dazu präzisierend aus, dass eine Tatsache in freier Beweiswürdigung nur dann als erwiesen angenommen werden darf, wenn die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ausreichende und sichere Anhaltspunkte für eine derartige Schlussfolgerung liefern (VwGH 28.09.1978, Zahl 1013, 1015/76). Hauer/Leukauf (Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 5. Auflage, § 45 AVG, E 50, Seite 305) führen beispielsweise in Zitierung des Urteils des Obersten Gerichtshofs vom 29.02.1987, Zahl 13 Os 17/87, aus: „Die aus der gewissenhaften Prüfung aller für und wider vorgebrachten Beweismittel gewonnene freie Überzeugung der Tatrichter wird durch eine hypothetisch denkbare andere Geschehensvariante nicht ausgeschlossen. Muss doch dort, wo ein Beweisobjekt der Untersuchung mit den Methoden einer Naturwissenschaft oder unmittelbar

einer mathematischen Zergliederung nicht zugänglich ist, dem Richter ein empirisch-historischer Beweis genügen. Im gedanklichen Bereich der Empirie vermag daher eine höchste, ja auch eine (nur) hohe Wahrscheinlichkeit die Überzeugung von der Richtigkeit der wahrscheinlichen Tatsache zu begründen, (...)“ (vgl. dazu auch VwGH 18.06.2014, Ra 2014/01/0032).

2.3. Verfahrensgegenständlich möchte die bP2 die bP1 als Fachkraft im Mangelberuf „Pflasterer/innen“ gem. § 1 Abs. 1 Z 6 der Fachkräfteverordnung 2022 beschäftigen. Dies geht unstrittig aus der Arbeitgebererklärung vom 05.04.2022 (berufliche Tätigkeit „Pflasterleger“) hervor (OZ 1).

Die Rechtsvertretung bringt in der Beschwerde vor, der Beruf der bP1 als Stein-, Marmor- und Keramikfliesenleger würde in Österreich als Steinmetz eingestuft werden. Dem ist zu entgegen, dass sowohl der Beruf des Pflasterers als auch der Beruf des Steinmetzes jeweils eigene Mangelberufe gem. § 1 Abs. 1 Z 6 und § 1 Abs. 1 Z 63 der Fachkräfteverordnung 2022 darstellen. Folglich handelt es sich um zwei völlig unterschiedliche (Lehr-)Berufe, was sich insbesondere anhand der verschiedenen (Lehr-)Ausbildungen und Tätigkeiten zeigt (vgl. dazu auch <https://www.berufslexikon.at/berufe/157-Pflasterer~Pflasterin/#description-full> sowie <https://www.berufslexikon.at/berufe/190-SteinmetzIn/#description-full>). Dass die bP2 die bP1 als Pflasterer und nicht als Steinmetz beschäftigen möchte, ergibt sich nicht zuletzt auch daraus, dass die bP2 ausschließlich über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Pflasterer gem. § 94 Z 54 GewO 1994 verfügt (OZ 2). Wie die Rechtsvertretung daher auf die Einstufung des Berufs des Pflasterers als Steinmetz kommt, erschließt sich dem Bundesverwaltungsgericht nicht.

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

Verfahrensgegenständlich legte die bP1 ein XXXX Diplom der Offenen Bürgeruniversität für lebenslangliches Lernen „ XXXX “ über die erfolgreiche Ablegung der Prüfung für Stein-, Marmor- und Keramikfliesenleger vom 21.01.2020 samt beglaubigter Übersetzung vor.

Die bB erkannte das Diplom der bP1 im angefochtenen Bescheid nicht als zweifelsfreien Nachweis für eine einschlägig abgeschlossene Berufsausbildung an. Begründend führte sie aus, dass die bP1 trotz Aufforderung im Parteiengehör vom 12.04.2022 keine Berufsschulzeugnisse (Abschlusszeugnis sowie Jahreszeugnisse) für ihre Ausbildung als Pflasterer erbringen konnte. Stattdessen habe die bP1 lediglich Grundschulzeugnisse übermittelt, welche jedoch keinen geeigneten Nachweis für ihre Berufsausbildung als Pflasterer darstellen würden. In der Beschwerdevorlage wies die bB erneut darauf hin, dass die bP1 keine Jahreszeugnisse einer berufsbildenden Schule vorlegen konnte.

Diesen Ausführungen schließt sich das Bundesverwaltungsgericht an, gibt die bP1 im Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot – Karte“ doch selbst an, nur über einen Grundschulabschluss als höchste abgeschlossene Schulausbildung zu verfügen und keine berufsbildende Schule absolviert zu haben. Zwar mag die bP1 durchaus lt. vorgelegtem Diplom eine Prüfung für Stein-, Marmor- und Keramikfliesenleger abgelegt haben, doch handelt es sich dabei um keine mit einem österreichischen Lehrabschluss vergleichbare Berufsausbildung, welche nicht nur die Ablegung einer einzigen Prüfung beinhaltet, sondern die Absolvierung einer dreijährigen (theoretischen und praktischen) Berufsausbildung erfordert (vgl. dazu <https://www.beruflexikon.at/berufe/157-Pflasterer~Pflasterin/> sowie VwGH 26.02.2021, Ra 2020/09/0046, 25.01.2013 2012/09/0068). So geht aus besagtem Diplom weder die genaue Ausbildungsdauer noch deren konkreter Umfang hervor. Der in der Beschwerde vorgelegten Bestätigung der Offenen Bürgeruniversität für lebenslangliches Lernen „XXXX“ vom 26.04.2022 ist zwar zu entnehmen, dass Bedingung zur Ablegung der Prüfung eine vorherige praktische Ausbildung der bP1 in einer Firma sei. Bei welcher Firma die bP1 ihre praktische Ausbildung absolviert und wie lange diese gedauert habe, geht daraus allerdings nicht hervor. Auch in der Beschwerde wurde dies nicht näher konkretisiert und insbesondere nicht die von der Rechtsvertretung angekündigte Arbeitsbestätigung übermittelt. Angaben zur theoretischen Ausbildung der bP1 im Beruf Pflasterer sind überdies nicht aus dem vorgelegten Diplom und der genannten Bestätigung ersichtlich. Der bP1 gelingt es im Ergebnis daher nicht, mit den vorgelegten Unterlagen (Grundschulzeugnisse, Diplom sowie Bestätigung der Offenen Bürgeruniversität für lebenslangliches Lernen „XXXX“) eine einschlägig abgeschlossene Berufsausbildung im Mangelberuf „Pflasterer/innen“ zweifelsfrei nachzuweisen. Die diesbezüglich nicht näher konkretisierten Ausführungen in der Beschwerde konnten das Gericht ebenfalls nicht überzeugen. Ergänzend wird angemerkt, dass selbst im Falle der Berücksichtigung einer einschlägig abgeschlossenen Berufsausbildung der bP1 als

Pflasterer, dies an der rechtlichen Beurteilung der Beschwerde nichts ändern würde (vgl. dazu die Ausführungen in der rechtlichen Beurteilung unter Punkt 3.7.).

2.5. Die bP1 besitzt weder die allgemeine Universitätsreife im Sinne des § 64 Abs. 1 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120 noch einen Studienabschluss. Ein derartiges Vorbringen wurde verfahrensgegenständlich weder von der bP1 noch von ihrer Rechtsvertretung im Rahmen der Beschwerde erstattet.

2.6. Die bP1 kann keine ausbildungsadäquate Berufserfahrung als Pflasterer im In- und Ausland aufweisen, insbesondere wurden keine Unterlagen zum Nachweis einer solchen (Arbeitsbestätigungen, Dienstzeugnisse) erbracht. Weshalb die Rechtsvertretung zur Ansicht gelangt, der bP1 seien 15 Punkte für ihre ausbildungsadäquate Berufserfahrung zu vergeben, ohne dieses Vorbringen näher zu konkretisieren, ist für das erkennende Gericht nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon ist die Berücksichtigung einer ausbildungsadäquaten Berufserfahrung bereits aufgrund der fehlenden Berufsausbildung ausgeschlossen.

2.7. Die bP1 verfügt weder über Sprachkenntnisse in Deutsch noch in Englisch. Trotz Aufforderung im Parteiengehör vom 12.04.2022 wurden von der bP1 keine international anerkannten Sprachzeugnisse für Deutsch und Englisch erbracht. Einzig ein Italienisch A2-Sprachzertifikat wurde von der bP1 am 19.04.2022 vorgelegt, welches gem. § 12a iVm. Anlage B des AuslBG jedoch nicht gewertet werden konnte.

Die Rechtsvertretung bringt in der Beschwerde vor, für die Deutsch- und Englischkenntnisse der bP1 hätten jeweils 5 Punkte berücksichtigt werden müssen. Auch dieses Vorbringen konkretisierte die Rechtsvertretung weder näher noch legte sie entsprechende Sprachzertifikate für die bP1 vor. Die bB berücksichtigte im angefochtenen Bescheid folglich zu Recht keine Sprachkenntnisse für die bP1.

2.8. Die bP1 war zum Zeitpunkt ihrer Antragstellung 31 Jahre alt. Dies ergibt sich schlüssig aus dem Antrag auf Erteilung einer „Rot-Weiß-Rot-Karte“ vom 05.04.2022 sowie der unbedenklich vorgelegten Reisepasskopie (OZ 1).

2.9. Die bP1 erhält nicht das ihr nach dem Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung in Höhe von EUR 2.503,80 brutto (= EUR 16,05 x 39 Wochenstunden x 4). Dies ergibt sich unstrittig aus der ab 01.05.2021 gültigen



Lohnordnung 2021 für das Pflasterergewerbe (<https://www.wko.at/service/kollektivvertrag/lohnordnung-pflasterer-2021.html>).

Die Rechtsvertretung bringt in der Beschwerde vor, die bP2 würde der bP1 ein Mindestentgelt iHv. EUR 2.200,- brutto pro Monat bezahlen. Dies widerspricht jedoch der vorgelegten Arbeitgebererklärung, worin ein Mindestentgelt von EUR 1.900,- brutto angeführt ist (OZ 1) und würde abgesehen davon noch immer weit unter dem kollektivvertraglich vorgesehenen Mindestentgelt für einen Facharbeiter mit abgeschlossener Lehrausbildung liegen.

### **3.0. Rechtliche Beurteilung:**

#### **3.1. Entscheidungsrelevante Rechtsgrundlagen:**

- Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz AVG, BGBl Nr. 51/1991 idgF
- Ausländerbeschäftigungsgesetz AuslBG, BGBl Nr. 218/1975 idgF
- Bundesverfassungsgesetz B-VG, BGBl Nr. 1/1930 idgF
- Bundesverwaltungsgerichtsgesetz BVwGG, BGBl I Nr. 10/2013 idgF
- Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz NAG, BGBl I Nr. 100/2005 idgF
- Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz VwGVG, BGBl I Nr. 33/2013 idgF
- Verwaltungsgerichtshofgesetz VwGG, BGBl Nr. 10/1985 idgF

Nachfolgende Bestimmungen beziehen sich auf die im Pkt. 3.1. angeführten Rechtsgrundlagen in der jeweils geltenden Fassung.

#### **3.2. Gemäß Art 130 Abs. 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden**

1. gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit; ...

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Gemäß § 20g AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice das Bundesverwaltungsgericht spätestens drei Monate nach deren Einlangen durch einen Senat, dem zwei fachkundige Laienrichter, je einer aus dem Kreis der Arbeitgeber und aus dem Kreis der Arbeitnehmer, angehören.

In Anwendung des Art 130 Abs. 1 Z 1 B-VG iVm § 20g AuslBG wird die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes in der zugrundeliegenden Beschwerdeangelegenheit begründet und fällt die Entscheidung der gegenständlichen Rechtssache jenem Richtersenat zu, der unter

Berücksichtigung der zitierten Bestimmungen in der Geschäftsverteilung des Bundesverwaltungsgerichtes dafür vorgesehen ist. Der erkennende Senat ist daher in diesem Beschwerdeverfahren zuständig.

Gemäß § 20g Abs. 5 AuslBG gelten im Übrigen die Bestimmungen des VwGVG.

**3.3.** Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl Nr 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl Nr 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl Nr 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem, dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Gemäß § 27 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, soweit nicht Rechtswidrigkeit wegen Unzuständigkeit der Behörde gegeben ist, den angefochtenen Bescheid auf Grund der Beschwerde (§ 9 Abs. 1 Z 3 und 4) oder auf Grund der Erklärung über den Umfang der Anfechtung (§ 9 Abs. 3) zu überprüfen.

Gemäß § 9 Abs. 1 VwGVG hat die Beschwerde zu enthalten:

1. die Bezeichnung des angefochtenen Bescheides, der angefochtenen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt oder der angefochtenen Weisung,
2. die Bezeichnung der belangten Behörde,
3. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
4. das Begehren und
5. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob die Beschwerde rechtzeitig eingebracht ist.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

Gemäß § 28 Abs. 2 VwGVG hat das Verwaltungsgericht über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht

selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

**3.4.** Gemäß § 21 AuslBG hat der Ausländer in allen Verfahren, in denen seine persönlichen Umstände maßgeblich für die Entscheidung sind, sowie in jenen Fällen, in denen keine Person im Sinne des § 2 Abs. 3 vorhanden ist, Parteistellung. In allen anderen Verfahren hat der Ausländer die Stellung eines Beteiligten.

Die bP1 hat im Verfahren auf Zulassung zu einer Beschäftigung als Fachkraft im Mangelberuf „Pflasterer/innen“ daher Parteistellung.

Bezugnehmend auf die zitierten Bestimmungen waren die unter Pkt 3.1. im Generellen und die unter Pkt 3.2. ff im Speziellen angeführten Rechtsgrundlagen für dieses Verfahren in Anwendung zu bringen.

#### **Zu A) Abweisung der Beschwerde:**

**3.5.** Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in der Fassung BGBl Nr 218/1975 idgF lauten:

#### **Zulassungsverfahren für besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte, sonstige Schlüsselkräfte, Studienabsolventen und Künstler**

§ 20d. (1) Besonders Hochqualifizierte, Fachkräfte sowie sonstige Schlüsselkräfte und Studienabsolventen haben den Antrag auf eine „Rot-Weiß-Rot – Karte“, Schlüsselkräfte gemäß § 12c den Antrag auf eine „Blaue Karte EU“ und ausländische Künstler den Antrag auf eine „Niederlassungsbewilligung – Künstler“ gemeinsam mit einer schriftlichen Erklärung des Arbeitgebers, die im Antrag angegebenen Beschäftigungsbedingungen einzuhalten, bei der nach dem NAG zuständigen Behörde einzubringen. Der Antrag kann auch vom Arbeitgeber für den Ausländer im Inland eingebracht werden. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat den Antrag, sofern er nicht gemäß § 41 Abs. 3 Z 1 oder 2 NAG zurück- oder abzuweisen ist, unverzüglich an die nach dem Betriebssitz des Arbeitgebers zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zur Prüfung der jeweiligen Zulassungsvoraussetzungen zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle hat den Regionalbeirat anzuhören und binnen vier Wochen der nach dem NAG zuständigen Behörde – je nach Antrag – schriftlich zu bestätigen, dass die Voraussetzungen für die Zulassung

[...] Z 1

2. als Fachkraft gemäß § 12a,

[...] Z 3 - 6

erfüllt sind. Die nach dem NAG zuständige Behörde hat die regionale Geschäftsstelle über die Erteilung des jeweiligen Aufenthaltstitels unter Angabe der Geltungsdauer zu verständigen. Bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen hat die regionale Geschäftsstelle die Zulassung zu versagen und den diesbezüglichen Bescheid unverzüglich der nach dem NAG zuständigen Behörde zur Zustellung an den Arbeitgeber und den Ausländer zu übermitteln.

[...].

### **Fachkräfte in Mangelberufen**

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

1. eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung nachweisen können,
2. die erforderliche Mindestpunktzahl für die in Anlage B angeführten Kriterien erreichen,
3. für die beabsichtigte Beschäftigung das ihnen nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehende Mindestentgelt zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung erhalten und

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

### **Zulassungskriterien für Fachkräfte in Mangelberufen gemäß § 12a**

#### **Anlage B**

<b>Kriterien</b>	<b>Punkte</b>
Qualifikation	maximal anrechenbare Punkte: 30
abgeschlossene Berufsausbildung im Mangelberuf	20
allgemeine Universitätsreife im Sinne des § 64 Abs. 1 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120	25
Abschluss eines Studiums an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer	30

ausbildungsadäquate Berufserfahrung	maximal anrechenbare Punkte: 20
Berufserfahrung (pro Jahr)	2
Berufserfahrung in Österreich (pro Jahr)	4
Sprachkenntnisse Deutsch	maximal anrechenbare Punkte: 15
Deutschkenntnisse zur elementaren Sprachverwendung auf einfachstem Niveau (A 1)	5
Deutschkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2)	10
Deutschkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)	15
Sprachkenntnisse Englisch	maximal anrechenbare Punkte: 10
Englischkenntnisse zur vertieften elementaren Sprachverwendung (A 2)	5
Englischkenntnisse zur selbständigen Sprachverwendung (B 1)	10
Alter	maximal anrechenbare Punkte: 15
bis 30 Jahre	15
bis 40 Jahre	10
Summe der maximal anrechenbaren Punkte	90
erforderliche Mindestpunktzahl	55

**3.6.** Die im vorliegenden Fall maßgebenden Bestimmungen der Fachkräfteverordnung 2022, BGBl. II Nr. 573/2021, lauten:

„§ 1. (1) Für das Jahr 2022 werden folgende Mangelberufe festgelegt, in denen Ausländerinnen und Ausländer als Fachkräfte gemäß § 12a AuslBG für eine Beschäftigung im gesamten Bundesgebiet zugelassen werden können:

Z 1 bis 5 [...]

**6. Pflasterer/innen**

Z 7 bis 68 [...].

(2) [...].

§ 2. Die Bezeichnung der im § 1 genannten Berufe folgt der Berufssystematik des Arbeitsmarktservice.

§ 3. Diese Verordnung tritt mit 1. Jänner 2022 in Kraft und mit Ablauf des 31. Dezember 2022 außer Kraft. Vor Ablauf des 31. Dezember 2022 eingebrachte Anträge gemäß § 20d Abs. 1 Z 2 AuslBG sind nach dieser Verordnung zu erledigen.“

**3.7.** Verfahrensgegenständlich sind die Voraussetzungen für die Zulassung der bP1 als Fachkraft im Mangelberuf "Pflasterer/innen" gem. § 12a AuslBG nicht erfüllt. Wie beweismäßig ausgeführt, kann die bP1 weder eine einschlägige abgeschlossene Berufsausbildung im Mangelberuf „Pflasterer/innen“ gemäß § 12a Z 1 AuslBG nachweisen noch die erforderliche Mindestpunktzahl in Höhe von 55 Punkten für die in Anlage B angeführten Kriterien gemäß § 12a Z 2 leg. cit. erreichen. Der bP1 können insgesamt somit lediglich 10 Punkte für ihr Alter (31 Jahre alt) angerechnet werden. Selbst im Falle einer Anrechnung des vorgelegten XXXX Diploms als Pflasterer vom 21.01.2020 könnte die bP1 in Summe bloß 30 von 55 Mindestpunkten erreichen. Das nach dem Kollektivvertrag gem. § 12a Z 3 AuslBG zustehende Mindestentgelt zuzüglich einer betriebsüblichen Überzahlung in Höhe von EUR 2.503,80 brutto erhält die bP1 ebenfalls nicht. Mangels kumulativ erfüllter Voraussetzungen war die Beschwerde daher als unbegründet abzuweisen.

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

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

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

3. wenn die Rechtssache durch einen Rechtspfleger erledigt wird.

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

Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG kann das Verwaltungsgericht, soweit durch Bundes- oder Landesgesetz nicht anderes bestimmt ist, ungeachtet eines Parteiantrags von einer Verhandlung absehen, wenn die Akten erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt, und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389 entgegenstehen.

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

Verfahrensgegenständlich erwies sich die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung als nicht erforderlich, da der maßgebliche Sachverhalt hinreichend durch die Aktenlage geklärt und durch die mündliche Erörterung keine weitere Klärung der Rechtssache zu erwarten war.

#### **Zu B) Unzulässigkeit der Revision:**

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

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diesbezüglich ist die vorliegende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Darüber hinaus stellten sich im gegenständlichen Fall in erster

Linie Fragen der Tatsachenfeststellung und der Beweiswürdigung. Sonstige Hinweise, die auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage schließen lassen, liegen ebenfalls nicht vor.

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

Auf Grundlage der obigen Ausführungen war spruchgemäß zu entscheiden.