jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE Vwgh Erkenntnis 2007/2/22 2005/09/0096

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.02.2007

**Index**

E2D Assoziierung Türkei;
E2D E02401013;
E2D E05204000;
E2D E11401020;
E6J;
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);
10/10 Grundrechte;
60/04 Arbeitsrecht allgemein;
62 Arbeitsmarktverwaltung;

**Norm**

61996CJ0036 Günaydin VORAB;
ARB1/80 Art6 Abs1;
AuslBG §4c Abs1 idF 1997/I/078;
AuslBG §5;
AuslBG §7 Abs3;
AuslBG §7 Abs7;
B-VG Art7 Abs1;
StGG Art2;

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Müller und die Hofräte Dr. Händschke, Dr. Blaschek, Dr. Rosenmayr und Dr. Bachler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Lier, über die Beschwerde 1. des Ö C und 2. des M S, beide wohnhaft in Altmünster, vertreten durch Mag. Dr. Franz Hafner und Dr. Karl Bergthaler, Rechtsanwälte in 4813 Altmünster, Marktstraße 1, gegen den Bescheid der Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Oberösterreich vom 2. Juni 2005, Zl. LGSOÖ/Abt. 1/0814/059/2005, betreffend Nichterteilung einer Beschäftigungsbewilligung, zu Recht erkannt:

**Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführer haben dem Arbeitsmarktservice zu gleichen Teilen Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung**

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde in Erledigung der Berufung der Beschwerdeführer gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice G vom 17. Mai 2005 gemäß § 66 Abs. 4 AVG in Verbindung mit § 4c Abs. 1 AuslBG der am 15. April 2005 gestellte Antrag, dem Zweitbeschwerdeführer eine Beschäftigungsbewilligung zum Zwecke der Ausübung einer unselbständigen Beschäftigung als Pizzakoch im Betrieb des Erstbeschwerdeführers bis 8. Mai 2006 zu erteilen, im Wesentlichen mit der Begründung abgewiesen, der Zweitbeschwerdeführer gehöre dem regulären Arbeitsmarkt Österreichs im Sinne der Bestimmung des Art. 6 Abs. 1 erster Gedankenstrich des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation (in der Folge: ARB) nicht an, da er im entscheidungsrelevanten Zeitraum ausschließlich auf Grund von Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen von Kontingentverordnungen für die befristete Zulassung von Ausländern gemäß § 5 AuslBG beschäftigt gewesen sei, weder einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgehe noch Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung habe. Der Art. 6 Abs. 1 ARB setze eine gesicherte und nicht nur vorläufige Position des Betroffenen auf dem Arbeitsmarkt voraus. Während der in der Bestimmung des Art. 6 Abs. 1 ARB genannten Zeiträume müsse sowohl die Beschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers in Einklang mit den arbeitsrechtlichen, als auch der Aufenthalt in Einklang mit den - nicht nur eine vorübergehende Position sichernden - aufenthaltsrechtlichen Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaates gestanden sein. Erst wenn der türkische Arbeitnehmer im Anschluss an einen derartigen Zeitraum ordnungsgemäßer Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt verbleibe, könne er sich hinsichtlich des Rechtes zur Fortsetzung dieser ordnungsgemäßen Beschäftigung sowie des diesem Zweck dienenden Rechtes auf Aufenthalt auf Art. 6 Abs. 1 ARB berufen. Im Beschwerdefall könne aber nicht davon gesprochen werden, dass es sich bei der aufenthaltsrechtlichen Situation des Zweitbeschwerdeführers um mehr als eine nur vorübergehende Position gehandelt habe. So sei zwar das auf Grund einer Beschäftigungsbewilligung nach § 5 AuslBG erteilte Aufenthaltsrecht für die jeweils deutlich unter einem Jahr liegende Dauer unbedingt gewesen, für die Zeiträume zwischen den entsprechenden Verordnungen bzw. den Bewilligungen könne allerdings nicht davon die Rede sein. So habe der Zweitbeschwerdeführer für die Zeit vom 1. November 2004 bis 25. November 2004 kein Aufenthaltsrecht besessen, es sei die Fortsetzung seines Aufenthaltes allein von der Duldung der Aufenthaltsbehörde abhängig gewesen. Auch die Berufung auf § 7 Abs. 7 AuslBG zur Weiterbeschäftigung in diesem Zeitraum habe jedenfalls keine gesicherte Position geschaffen, weil die der bis 31. Oktober 2004 erteilten Bewilligung zu Grunde liegende Verordnung bereits mit 30. September 2004 außer Kraft getreten sei und keinesfalls mit einer Verlängerung habe gerechnet werden können. Ob und wann eine Verordnung für den Winterfremdenverkehr erlassen und ob dem Zweitbeschwerdeführer wieder eine Bewilligung erteilt worden wäre, sei zum 1. November 2004 völlig offen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde aus den Beschwerdegründen einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes des Bescheides sowie Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte, und legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführer gestehen zu, dass der Zweitbeschwerdeführer auf Grund von Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen von Kontingentverordnungen für die befristete Zulassung von Ausländern gemäß § 5 AuslBG, nämlich

-

11. 4. 2004 bis 15. 5. 2004 ( = 35 Tage) auf Grund der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 21. November 2003, BGBl. II Nr. 533/2003 (befristete Beschäftigung von Ausländern im Wintertourismus);

-

16. 5 2004 bis 31. 10. 2004 ( = 168 Tage) auf Grund der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 4. Mai 2005, BGBl. II Nr. 193/2004 (befristete Beschäftigung von Ausländern im Sommertourismus);

-

1.11.2004 bis 25.11.2004 Weiterbeschäftigung unter Berufung auf § 7 Abs. 7 AuslBG, und

-

26.11.2004 bis 9.5.2004 ( = 171 Tage) auf Grund der Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 9. November 2004, BGBl. II Nr. 423/2004 (befristete Beschäftigung von Ausländern im Wintertourismus)

beschäftigt war. Insgesamt war der Zweitbeschwerdeführer daher 374 Tage, davon 203 Tage in ununterbrochener Folge, auf Grund von Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen von Kontingentverordnungen für die befristete Zulassung von Ausländern gemäß § 5 AuslBG erlaubt beschäftigt.

Die Beschwerdeführer lassen auch die Feststellung der belangten Behörde unbekämpft, der Zweitbeschwerdeführer sei im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung keiner unselbständigen Tätigkeit nachgegangen.

Die Beschwerdeführer machen aber geltend, dass das von der belangten Behörde herangezogene Kriterium einer "Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt" der Rechtsprechung des EuGH widerspreche, der ausschließlich auf eine "rechtmäßige tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeit im Dienst ein und desselben Arbeitgebers, die sich objektiv nicht von der anderer vom selben Arbeitgeber oder in der betreffenden Branche beschäftigten Arbeitnehmer unterscheide, die gleich oder gleichartige Tätigkeiten ausübten," abstelle. Einzige Grundlage der Entscheidung hätte die Tatsache sein müssen, dass der Zweitbeschwerdeführer eine selbständige Tätigkeit als Pizzakoch 40 Stunden pro Woche gegen angemessenen Lohn ausgeübt habe und für ihn laufend alle Lohn- und Sozialversicherungsabgaben entrichtet worden seien. Insbesondere sei der Zweitbeschwerdeführer während dieser Zeit arbeitslosversichert gewesen und seien Arbeitslosenversicherungsbeiträge laufend für ihn abgeführt worden. Im Übrigen erweise sich in diesem Punkt das Verfahren auch als mangelhaft, weil nicht alle Umstände zum Arbeitslosenversicherungsschutz des Zweitbeschwerdeführers erhoben worden seien.

Abweichend von der Rechtsansicht der erstinstanzlichen Behörde sei die belangte Behörde im Sinne der Argumentation in der Berufung davon ausgegangen, dass die Kontingentbewilligungen eine im Sinne der Rechtsprechung des EuGH gesicherte und nicht nur vorläufige Position des Betroffenen auf dem Arbeitsmarkt schafften und daher die Tatsache, dass eine unselbständige Erwerbstätigkeit bloß auf Basis einer Kontingentbewilligung vorliege, einer ordnungsgemäßen Beschäftigung im Sinne des Art. 6 ARB nicht von vornherein entgegenstehe. Die belangte Behörde habe nur den Zeitraum 1. November 2004 bis 25. November 2004 (die Zeit der Weiterbeschäftigung unter Berufung auf § 7 Abs. 7 AuslBG) als lediglich "vorläufige Position" erachtet. Diese Rechtsansicht sei unzutreffend, weil sich im Sinne der genannten Bestimmung die per 31. Oktober 2004 ablaufende Beschäftigungsbewilligung auf Grund des rechtzeitig gestellten Antrages auf Verlängerung bis zur rechtskräftigen Entscheidung darüber ex lege verlängere, wobei die tatsächliche Erteilung der beantragten Beschäftigungsbewilligung lediglich davon abhängig gewesen sei, ob die nächste Kontingentbewilligung erteilt werde. Werde gemäß § 7 Abs. 7 AuslBG die Kontingentbewilligung ex lege verlängert, müsse dies auch auf die aufenthaltsrechtliche Beurteilung durchschlagen, weshalb davon auszugehen gewesen wäre, dass auch der Aufenthalt des Zweitbeschwerdeführers im Zeitraum 1. 11. bis 25. 11. 2005 rechtmäßig und nicht bloß "geduldet" gewesen sei. Insgesamt ergebe sich daher für den Zweitbeschwerdeführer auch für den Zeitraum 1. November bis 25. November 2004 eine gesicherte und nicht bloß vorläufige Position. Damit sei unter Zusammenrechnung aller Beschäftigungszeiten die Einjahresfrist des Art. 6 Abs. 1 ARB bei weitem erreicht.

Nach § 4c Abs. 1 AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 in der Fassung BGBl. I Nr. 78/1997 ist für türkische Staatsangehörige eine Beschäftigungsbewilligung von Amts wegen zu erteilen oder zu verlängern, wenn sie die Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 1 erster und zweiter Unterabsatz oder nach Art. 7 erster Unterabsatz oder nach Art. 7 letzter Satz oder nach Art. 9 des Beschlusses des Assoziationsrates EWG/Türkei - ARB-Nr. 1/1980 erfüllen.

Der Beschwerdeführer hat sich in seinem Antrag vom 15. April 2005 auf das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 erster Gedankenstrich ARB Nr. 1/1980 berufen.

Nach dieser Bestimmung hat der türkische Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehört, vorbehaltlich der Bestimmungen in Art. 7 über den freien Zugang der Familienangehörigen zur Beschäftigung in diesem Mitgliedsstaat nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber, wenn er über einen Arbeitsplatz verfügt.

Nach Abs. 2 des Art. 6 ARB 1/80 werden Unterbrechungen der Arbeitsleistung durch Jahresurlaub, durch die Abwesenheit wegen Mutterschaft, Arbeitsunfall oder kurzer Krankheit den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt. Die Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit, die von den zuständigen Behörden ordnungsgemäß festgestellt worden sind, sowie die Abwesenheit wegen langer Krankheit werden zwar nicht den Zeiten

ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt, berühren jedoch nicht die auf Grund der vorherigen Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche.

Aus Art. 6 Abs. 2 ARB 1/80 ergibt sich somit, dass die Beschäftigungszeiten - von den im Einzelnen in den Z. 1 und 2 leg. cit. genannten Ausnahmen abgesehen - für die Dauer eines Jahres grundsätzlich ununterbrochen vorliegen müssen.

§ 7 Abs. 3 AuslBG regelt, dass Beschäftigungsbewilligungen, die im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 erteilt werden, die in der jeweiligen Verordnung festgelegte Geltungsdauer nicht überschreiten dürfen.

§ 7 Abs. 7 AuslBG regelt allgemein die Verlängerungsfiktion im Falle rechtzeitiger Antragstellung betreffend Beschäftigungsbewilligungen, Arbeitserlaubnissen oder Befreiungsscheinen.

Da für die Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedsstaates auch die nationalen Vorschriften im Bereich des Arbeitsrechtes und der sozialen Sicherheit zu berücksichtigen sind (vgl. dazu das Urteil des EuGh vom 30. September 1997, C 36/96, in der Rs. Guenaydin gg. Freistaat Bayern, RdNr. 29), kommt es somit für den erstmaligen Erwerb der Rechtsposition im Sinne des ersten Spiegelstrichs des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 nicht nur auf die ununterbrochene Fortdauer der Beschäftigung durch mindestens ein Jahr an , sondern auch darauf, dass es sich dabei durchwegs um eine legale Beschäftigung im Sinne des AuslBG gehandelt hat.

Im Beschwerdefall ist unbestritten, dass der Zweitbeschwerdeführer ununterbrochen mehr als ein Jahr beim Erstbeschwerdeführer beschäftigt gewesen ist. Ebenso ist unbestritten, dass - entsprechend den vorstehend wiedergegebenen Zeiten der Beschäftigungsbewilligungen für den Zweitbeschwerdeführer als Saisonnier - innerhalb dieses Zeitraums, und zwar noch vor Vollendung eines ganzen Jahres der Beschäftigung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 erster Spiegelstrich des ARB 1/80, die Kette der Beschäftigungsbewilligungen durch rund ein Monat unterbrochen gewesen ist. Die Beschwerdeführer berufen sich hinsichtlich dieses Zeitraums aber auf § 7 Abs. 7 AuslBG, während die belangte Behörde der Auffassung ist, dass diese Bestimmungen auf Saisonnierbewilligungen nicht anwendbar ist.

Der belangten Behörde kann zwar in dieser Allgemeinheit nicht beigepflichtet werden, dennoch ist sie aber im Ergebnis im Recht:

§ 7 Abs. 7 AuslBG knüpft die Fiktion der Verlängerung einer Beschäftigungsbewilligung ganz allgemein daran, dass vor Ablauf der Beschäftigungsbewilligung ein Antrag auf deren Verlängerung eingebracht werde. Eine Einschränkung auf bestimmte Beschäftigungsbewilligungen sieht die Norm nicht vor. Sie ist daher auch auf Saisonnierbewilligungen anzuwenden. Die Fiktion der Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung kann aber - sowohl von ihrem Zweck her, den Zeitraum bis zur bescheidmäßigen Erledigung des Antrages abzudecken, aber auch zur Vermeidung unsachlicher und damit verfassungsrechtlich bedenklicher Ergebnisse - bei Saisonnierbewilligungen zeitlich nicht weiter reichen, als die angestrebte Verlängerung der Bewilligung selbst reichen könnte. Nun begrenzt aber § 7 Abs. 3 AuslBG den Zeitraum von Beschäftigungsbewilligungen, die im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 erteilt werden, mit der in der jeweiligen Verordnung festgelegten Geltungsdauer. Darf somit die Beschäftigungsbewilligung die Geltungsdauer der Verordnung nicht überschreiten, dann ist auch die Fiktion des § 7 Abs. 7 AuslBG mit dieser Geltungsdauer begrenzt. Soweit eine "Verlängerung" der Bewilligung über diesen Zeitraum hinaus angestrebt wird, handelt es sich der Sache nach um ein Ansuchen um einen neue Bewilligung, für welches § 7 Abs. 7 AuslBG nicht gilt, und zwar auch dann nicht, wenn die Geltungsdauer der neuen § 5-Verordnung nahtlos an die einer früheren Verordnung anschließt.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass es in der zwischen dem zeitlichen Geltungsbereich der Verordnungen BGBl. II Nr. 193/2003 und BGBl. II Nr. 423/2004 liegenden Zeitspanne zwar nicht zu einer Unterbrechung der Beschäftigung des Zweitbeschwerdeführers gekommen ist, wohl aber zu einer Unterbrechung der Beschäftigungsbewilligungen. Während dieser Zeit hat der Zweitbeschwerdeführer daher nicht dem regulären Arbeitsmarkt angehört, wodurch er der Anrechenbarkeit der vorher erworbenen Zeiten erlaubter Beschäftigung verlustig ging.

Da aus diesem Grunde die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 erster Gedankenstrich ARB 1/80 nicht vorlagen, war die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG schon deshalb als unbegründet abzuweisen, ohne dass auf die Frage eingegangen werden musste, inwieweit der Zweitbeschwerdeführer durch seine auf § 5 AuslBG gestützten Saisonbewilligungen als dem regulären Arbeitsmarkt zugehörig erachtet werden konnte.

Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung, BGBl. II Nr. 333/2003 und § 41 AMSG.

Wien, am 22. Februar 2007

**Gerichtsentscheidung**

EuGH 61996J0036 Günaydin VORAB

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2007:2005090096.X00

**Im RIS seit**

27.03.2007

**Zuletzt aktualisiert am**

07.11.2011

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at