

**Gericht**

BVwG

**Entscheidungsdatum**

25.06.2018

**Geschäftszahl**

W209 2184888-1

**Spruch**

W209 2184750-1/18E; W209 2184888-1/18E

**BESCHLUSS**

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Reinhard SEITZ als Vorsitzenden und die fachkundigen Laienrichter Mag. Benjamin NADLINGER und Philipp KUHLMANN als Beisitzer in der Beschwerdesache des XXXX, XXXX, XXXX, und der XXXX GmbH, XXXX, XXXX, beide vertreten durch Mag. Thomas Putscher, Caritas Wien, Mariannengasse 11, 1090 Wien, gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien Esteplatz vom 22.09.2017, GZ: 08114/ABB-Nr. 3876677, betreffend Abweisung eines Antrages auf Beschäftigungsbewilligung für XXXX nach Beschwerdeentscheidung vom 22.12.2017 und am 03.05.2018 durchgeführter mündlichen Verhandlung beschlossen:

A)

Die Beschwerdeentscheidung wird gemäß § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG aufgehoben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückverwiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

**Text****ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:****I. Verfahrensgang:**

1. Die XXXX GmbH mit Sitz in XXXX, XXXX, (im Folgenden die Erstbeschwerdeführerin) beantragte am 21.08.2017 eine Beschäftigungsbewilligung für XXXX, ein XXXX geborener Staatsangehöriger von Bangladesch, (im Folgenden der Zweitbeschwerdeführer) für die berufliche Tätigkeit als Restaurantleiter. Dem Antrag ist zu entnehmen, dass die Erstbeschwerdeführerin in Wien zwei XXXX Restaurants betreibt, die Position eines Restaurantleiters besetzen möchte und der Zweitbeschwerdeführer, der über eine Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 AsylG 2005 verfügt, der ideale Kandidat für die Stelle sei, weil er bereits fünf Jahre Berufserfahrung in einem XXXX Restaurant habe. Dem Antrag angeschlossen waren eine Bestätigung von

XXXX London, der zufolge der Zweitbeschwerdeführer von Februar 2011 bis Dezember 2014 als Supervisor und von Jänner 2015 bis Februar 2016 als Store Manager bei XXXX London gearbeitet habe, eine Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 51 AsylG 2005, eine e-card, ein Zertifikat XXXX Sandwich Artist PRO 2.0 sowie ein Begleitschreiben der Erstbeschwerdeführerin, wonach der Zweitbeschwerdeführer über die notwendigen Kenntnisse (Zertifikat XXXX Sandwich Artist PRO) und persönlichen Stärken (Empfehlungsschreiben, Arbeitszeugnis XXXX England) verfüge und sich in England auch weiterführenden Kursen (Management) gewidmet habe.

2. Mit Schreiben vom 01.09.2017 ersuchte die belangte Behörde (im Folgenden AMS) die Erstbeschwerdeführerin um Nachreichung eines aktuellen Aufenthaltstitels und von Ausbildungs- und Berufserfahrungsnachweisen sowie um Konkretisierung der genauen beruflichen Tätigkeit (deutsche Berufsbezeichnung) und der kollektivvertraglichen monatlichen Entlohnung des Zweitbeschwerdeführers. In einem weiteren Schreiben teilte das AMS mit, dass Beschäftigungsbewilligungen nur dann erteilt werden könnten, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulasse. Das sei insbesondere der Fall, wenn für den Arbeitsplatz keine inländischen oder integrierten ausländischen Arbeitskräfte sowie EWR-Bürger anstelle der beantragten ausländischen Arbeitskraft vermittelt werden könnten. Sollte die Erstbeschwerdeführerin die Vermittlung von geeigneten Bewerbern ohne nachvollziehbare Begründung ablehnen, müsste der Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung abgelehnt werden. Die Erstbeschwerdeführerin habe 14 Tage ab Zustellung des Schreibens Zeit, zu diesem Angebot Stellung zu nehmen. Innerhalb dieser Frist erfolgte keine Reaktion der Erstbeschwerdeführerin.

3. Mit Bescheid vom 22.09.2017 wurde der Antrag mit der Begründung abgewiesen, dass der Zweitbeschwerdeführer lediglich im Besitz einer Verfahrenskarte zur Prüfung der Voraussetzungen für die Zulassung zum Asylverfahren sei und damit kein Aufenthaltsrecht im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 1 AuslBG vorliege, weswegen die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nicht möglich sei. Darüber hinaus habe der Regionalbeirat die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung nicht einhellig befürwortet. Sonstige Gründe, die die Erteilung zulassen würden, lägen nach dem Ergebnis des Ermittlungsverfahrens nicht vor.

4. Dagegen erhob die Erstbeschwerdeführerin binnen offener Rechtsmittelfrist Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, die sie damit begründete, dass sie seit August 2015 versuche, die Position eines Restaurantleiters zu besetzen. Voraussetzungen für die Stelle seien neben Erfahrung im Gastronomie- sowie Systemgastronomiebereich betriebswirtschaftliche Kenntnisse, Englischkenntnisse, Erfahrung in leitender Position, in der Leitung aller operativen Abläufe innerhalb des Restaurants, in der Personalführung, in der wöchentlichen Durchführung der Inventur, in der Einstellung von Personal und vor allem zeitliche Flexibilität. Auch der letzte beim AMS geschaltete Vermittlungsauftrag von März 2017 sei wegen des erforderlichen Schichtdienstes, der Notwendigkeit der operativen Mitarbeit, überzogener Gehaltsvorstellungen, fehlender Englischkenntnisse und fehlender Fachkenntnisse von Bewerbern erfolglos geblieben. Dies würde ein E-Mail des AMS Service für Unternehmen bestätigen, das einräume, dass das AMS seit August 2015 regelmäßig alle 2 bis 3 Monate ein Inserat für die gewünschte Position geschaltet habe, dies jedoch leider bisher zu keinem nachhaltigen Erfolg geführt habe. Der Zweitbeschwerdeführer habe im Mai 2016 internationalen Schutz beantragt und sei seit 05.05.2016 zum Asylverfahren zugelassen. Bei ihm handle es sich somit um einen Asylwerber, dem gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 AuslBG einer Beschäftigungsbewilligung erteilt werden könne. Er habe bereits fünf Jahre Erfahrung in einem anderen XXXX Restaurant sammeln können und sei dort als Assistent Manager und Restaurantleiter für die Schulungen des Personals, den operativen Ablauf und alle administrativen Tätigkeiten verantwortlich gewesen. Art. 15 der bis zum 20.07.2015 umzusetzende Aufnahme-RL 2013/33/EU verlange unter den dort umschriebenen Voraussetzungen einen effektiven Arbeitsmarktzugang für Asylwerber (Art. 15 Abs. 2 leg cit.). Da seit der Antragstellung bereits mehr als neun Monate vergangen seien, sei der Zweitbeschwerdeführer als Antragsteller im Sinne des Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie zu qualifizieren. Die Richtlinie gestatte den Mitgliedstaaten einzig aus Gründen der Arbeitsmarktpolitik EU- und EWR-Bürgern sowie rechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen am Arbeitsmarkt Vorrang einzuräumen, nicht aber den Zugang von Asylwerbern zum Arbeitsmarkt in anderer Weise zu beschränken. Sämtliche in § 4 Abs. 3 AuslBG normierten Voraussetzungen (insbesondere die einhellige Befürwortung der Erteilung der Beschäftigungsbewilligung durch den Regionalbeirat) seien mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht in Einklang zu bringen und würden daher vom unmittelbar anwendbaren Unionsrecht verdrängt werden. Dem Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates zur zit. Richtlinie (COM/2008/815/FINAL) sei zu entnehmen, dass der tatsächliche Zugang von Asylwerbern zu einer Beschäftigung nicht in unangemessener Weise beschränkt werden dürfe und eine faire Chance auf Zugang zu einer Beschäftigung bestehen müsse. Sollte das Bundesverwaltungsgericht Bedenken hinsichtlich dieser Rechtsansicht hegen, werde angeregt, diese Frage gemäß Art. 267 AEUV dem EUGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

5. Mit Beschwerdevorentscheidung vom 22.12.2017 wurde die Beschwerde vom AMS als unbegründet abgewiesen. Begründend wurde ausgeführt, dass nach Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2013/33/EU die Mitgliedstaaten nach Maßgabe ihres einzelstaatlichen Rechts beschließen könnten, unter welchen Voraussetzungen Antragstellern Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt werde. Eine Zulassung zum österreichischen Arbeitsmarkt sei nur unter den im AuslBG normierten Voraussetzungen möglich. Unabhängig von der Arbeitsmarktlage gemäß § 4 Abs. 1 AuslBG müsse für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung eine Bedingung des § 4 Abs. 3 AuslBG unabdingbar erfüllt sein. Der Zweitbeschwerdeführer weise aufgrund des ihm gemäß § 13 AsylG 2005 vorübergehend bis zum rechtskräftigen Abschluss seines Asylverfahrens gewährten befristeten Aufenthaltsrechts und die ihm am 05.05.2016 gemäß § 51 AsylG 2005 ausgestellte Aufenthaltsberechtigungskarte keine fortgeschrittene Integration im Bundesgebiet im Sinne der gemäß § 4 Abs. 4 AuslBG weitergeltenden Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung auf, zumal mit einem temporär für die Dauer des Asylverfahrens genehmigten Recht zum Aufenthalt in Österreich eine solche nicht erlangt werde.

Nach den getroffenen Erhebungen liege zudem kein Tatbestand vor, der eine Subsumierung des beantragten Ausländers unter § 4 Abs. 3 AuslBG zulasse. Dementsprechend stehe § 4 Abs. 3 AuslBG der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den Zweitbeschwerdeführer weiterhin zwingend entgegen.

6. Aufgrund des dagegen rechtzeitig erstatteten Vorlageantrages legte das AMS die Beschwerde samt den Bezug habenden Verwaltungsakten am 31.01.2018 einlangend dem Bundesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

7. Mit Beschwerdeergänzung vom 27.02.2018 verwies die Erstbeschwerdeführerin auf die Entscheidung des VfGH vom 22.09.2017, E503/2016, der zufolge das Bundesverwaltungsgericht nicht an die Äußerung des Regionalbeirates (iSd § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG) gebunden, sondern zu deren Überprüfung auf deren Rechtmäßigkeit hin berufen sei. Zudem wurde vorgebracht, dass die in § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG normierte einhellige Befürwortung des Regionalbeirates allein deshalb in der Praxis nie zustande kommen könne, weil die Mitarbeiter des AMS an die Weisungen des Ministeriums gebunden seien. Mit Erlass vom 11.05.2004, GZ 435.006/6-II/7/2004, ("Bartenstein-Erlass") werde die Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen für Asylwerber auf Saisonarbeiten eingeschränkt. Vor dem Hintergrund, dass dem AuslBG eine derartige Einschränkung nicht zu entnehmen sei, habe der Erlass somit eindeutig gesetzesverändernde bzw. gesetzeseinschränkende Wirkung, die einem Erlass nicht zukommen dürfe, weil er nur die Auslegung bzw. die konkrete Anwendung des geltenden Rechts für Behörden regle. Mit der Einschränkung auf Saisonarbeit schaffe der Erlass neues Recht und sei somit als eine Rechtsverordnung anzusehen, die im Bundesgesetzblatt kundgemacht werden müsse, um Geltung zu erlangen. Gerichte hätten nicht gehörig kundgemachte Verordnungen jedenfalls nicht anzuwenden.

8. Mit E-Mail vom 27.03.2018 teilte das AMS in Entsprechung des Ersuchens des Bundesverwaltungsgerichts vom 14.03.2017 mit, dass der Regionalbeirat die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung nicht befürwortet habe, weil der Zweitbeschwerdeführer Asylwerber sei, keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld erworben habe und es sich bei der beantragten Tätigkeit nicht um eine Beschäftigung im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 AuslBG (Saisonbeschäftigung) handle.

9. Mit Schriftsatz vom 10.04.2018 gaben sowohl die Erstbeschwerdeführerin als auch der Zweitbeschwerdeführer bekannt, Mag. Thomas Putscher, Perspektivenberatung, Asyl- und Fremdenrechtsberatung der Caritas der Erzdiözese Wien, mit der Rechtsvertretung im vorliegenden Beschwerdeverfahren bevollmächtigt zu haben.

10. Am 03.05.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt, an welcher der Geschäftsführer als Vertreter der erstbeschwerdeführenden GmbH, der Zweitbeschwerdeführer, deren Rechtsvertreter sowie ein Vertreter des AMS teilnahmen. Im Rahmen der Verhandlung wurde der Zweitbeschwerdeführer u.a. aufgefordert, zum Nachweis seiner Identität eine Reisepasskopie sowie die Kopie seines Aufenthaltstitels für Großbritannien vorzulegen. Im Rahmen der Verhandlung legte der Zweitbeschwerdeführer ein Zeugnis der University of Sunderland in London vor, demzufolge er in den Jahren 2014 bis 2015 an einem MBA-Programm teilgenommen und dieses am 05.07.2016 mit der Verleihung des Titels "Master of Business Administration" abgeschlossen habe.

11. Am 17.05.2018 legte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer die angeforderten Identitätsnachweise vor, wies aber gleichzeitig darauf hin, dass das Erfordernis eines Identitätsnachweises Art. 15 der RL 2013/33/EU widerspreche. Sollte das Bundesverwaltungsgericht der Ansicht sein, dass ein Identitätsnachweis gemäß § 13 Abs. 4 AVG verlangt werden dürfe, werde angeregt, diese Rechtsfrage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen. Darüber hinaus wurde mitgeteilt, dass für die im Rahmen der Verhandlung erwogene Übermittlung der Verhandlungsschrift an das BFA keine Rechtsgrundlage bestehe.

12. Am 28.05.2018 legte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer erneut die vom AMS eingeholte Bestätigung vom 06.10.2017, der zufolge die beschwerdegegenständliche Stelle nicht abgedeckt werden habe können, sowie eine Mitteilung der Europäischen Kommission vor, mit der die Österreichische Stellungnahme zur Umsetzung der Richtlinie 2013/33/EU übermittelt worden sei, der zufolge die Arbeitsmarktprüfung im innerstaatlichen Recht nach Maßgabe des § 4b Abs. 1 AuslBG erfolge und die übrigen für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung erforderlichen Voraussetzungen insbesondere der Verhinderung illegaler Beschäftigung dienen würden.

13. Mit Parteingehör vom 05.06.2018 wurde dem AMS das Vorbringen der Beschwerdeführer vom 28.05.2018 zur Kenntnis gebracht und die Behörde ersucht, dazu binnen 14 Tagen Stellung zu nehmen. Bislang langte keine Stellungnahme ein.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

### 1. Feststellungen:

Der Zweiteschwerdeführer heißt XXXX , ist am XXXX geboren und ist Staatsangehöriger von Bangladesch.

Der Zweiteschwerdeführer stellte am 04.05.2016 beim Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (BFA) einen Antrag auf internationalen Schutz.

Mit Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 23.02.2017, GZ: W175 2146637-1/5E, wurde der Zweiteschwerdeführer trotz ausdrücklicher Zustimmung Großbritanniens, ihn auf Grund seines vorhergehenden fünfjährigen Aufenthalts in Großbritannien zu übernehmen, in Österreich zum Asylverfahren zugelassen, da die Überstellung nach Großbritannien nicht innerhalb der Frist von sechs Monaten durchgeführt wurde und somit gemäß Art. 29 Abs. 2 Dublin III-VO die Zuständigkeit mit Ablauf des 15.02.2017 auf Österreich übergegangen ist.

Bislang erging über den Antrag des Zweiteschwerdeführers auf internationalen Schutz noch keine Entscheidung des BFA. Die Verzögerung ist nicht auf den Zweiteschwerdeführer zurückzuführen.

Am 01.08.2017 beantragte die erstbeschwerdeführende XXXX GmbH für den Zweiteschwerdeführer eine Beschäftigungsbewilligung für die berufliche Tätigkeit als Restaurantleiter.

Die Erstbeschwerdeführerin betreibt in Wien zwei XXXX Restaurants und möchte die Position eines Restaurantleiters besetzen.

Trotz Schaltung von Vermittlungsaufträgen beim Arbeitsmarktservice Service für Unternehmen konnte die offene Stelle seit 2015 nicht abgedeckt werden.

Aus Anlass des beschwerdegegenständlichen Antrages wurde seitens des AMS kein Ersatzkraftverfahren iSd § 4 Abs. 1 iVm § 4b AuslBG durchgeführt.

### 2. Beweiswürdigung:

Die Identität des Zweiteschwerdeführers wurde durch Vorlage einer Kopie seines Reisepasses sowie eines Aufenthaltstitels für Großbritannien nachgewiesen.

Der Sachverhalt steht aufgrund der Aktenlage als unstrittig fest.

Dass im Asylverfahren noch keine Entscheidung ergangen ist, ist einer von Amts wegen eingeholten Mitteilung des BFA zu entnehmen. Anhaltspunkte, dass die Verzögerung auf den Zweiteschwerdeführer zurückzuführen ist, liegen nicht vor und wurde auch während des gesamten Verfahrens vom AMS derartiges nicht behauptet.

### 3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 20g Abs. 1 AuslBG entscheidet über Beschwerden gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice, 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.

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.

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.

Zu A)

Die im vorliegenden Fall anzuwendenden maßgebenden Rechtsvorschriften lauten:

§ 4 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 66/2017:

"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

1. der Ausländer über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG oder dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100, verfügt, das die Ausübung einer Beschäftigung nicht ausschließt, oder seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen ist und über einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht gemäß den §§ 12 oder 13 AsylG 2005 verfügt oder über ein Aufenthaltsrecht gemäß § 54 Abs. 1 Z 2 oder 3 AsylG 2005 verfügt oder gemäß § 46a FPG geduldet ist und zuletzt gemäß § 1 Abs. 2 lit. a vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen war,

2. die Gewähr gegeben erscheint, dass der Arbeitgeber die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält,

3. keine wichtigen Gründe in der Person des Ausländers vorliegen, wie wiederholte Verstöße infolge Ausübung einer Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung während der letzten zwölf Monate,

4. die Beschäftigung, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat,

5. der Arbeitgeber während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes beschäftigt hat,

6. die Vereinbarung über die beabsichtigte Beschäftigung (§ 2 Abs. 2) nicht aufgrund einer gemäß dem Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl. Nr. 31/1969, unerlaubten Arbeitsvermittlung zustande gekommen ist und der Arbeitgeber dies wusste oder hätte wissen müssen,

7. der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz seines Betriebes beschäftigen wird, wobei eine Zurverfügungstellung des Ausländers an Dritte unbeschadet des § 6 Abs. 2 nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb gilt,

8. die Erklärung über die Verständigung des Betriebsrates oder der Personalvertretung von der beabsichtigten Einstellung des Ausländers vorliegt,

9. der Arbeitgeber nicht hinsichtlich des antragsgegenständlichen oder eines vergleichbaren Arbeitsplatzes innerhalb von sechs Monaten vor oder im Zuge der Antragstellung

a) einen Arbeitnehmer, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, gekündigt hat oder

b) die Einstellung eines für den konkreten Arbeitsplatz geeigneten Arbeitnehmers, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, abgelehnt hat,

es sei denn, er macht glaubhaft, dass die Kündigung oder die Ablehnung der Einstellung nicht aufgrund des Alters des Arbeitnehmers erfolgt ist,

10. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 5 während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländern eine nicht ortsübliche Unterkunft zur Verfügung gestellt hat und

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

(2) ...

(3) Die Beschäftigungsbewilligung darf dem Arbeitgeber bei Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen gemäß Abs. 1 und 2 nur erteilt werden, wenn

1. der Regionalbeirat die Erteilung einhellig befürwortet oder

(Anm.: Z 2 bis 4 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 72/2013)

5. der Ausländer gemäß § 5 befristet beschäftigt werden soll oder

6. der Ausländer Schüler oder Studierender (§§ 63 und 64 Abs. 1 NAG) oder Inhaber eines Aufenthaltstitels nach § 64 Abs. 4 NAG ist oder

7. der Ausländer Betriebsentsandter ist (§ 18) oder

(Anm.: Z 8 aufgehoben durch Art. 1 Z 8, BGBl. I Nr. 66/2017)

9. der Ausländer gemäß § 57 AsylG 2005 besonderen Schutz genießt oder

10. für den Ausländer eine Bewilligung zur grenzüberschreitenden Überlassung gemäß § 16 Abs. 4 AÜG bzw. § 40a Abs. 2 des Landarbeitsgesetzes 1984 vorliegt oder, sofern eine solche Bewilligung gemäß § 16a AÜG bzw. § 40a Abs. 6 des Landarbeitsgesetzes 1984 nicht erforderlich ist, die Voraussetzungen des § 16 Abs. 4 Z 1 bis 3 AÜG bzw. § 40a Abs. 2 Z 1 bis 3 des Landarbeitsgesetzes 1984 sinngemäß vorliegen oder

11. der Ausländer auf Grund allgemein anerkannter Regeln des Völkerrechts oder zwischenstaatlicher Vereinbarungen zu einer Beschäftigung zuzulassen ist oder

12. der Ausländer Anspruch auf Leistungen nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG), BGBl. Nr. 609, hat oder

13. der Ausländer nicht länger als sechs Monate als Künstler (§14) beschäftigt werden soll oder

14. der Ausländer einer Personengruppe gemäß einer Verordnung nach Abs. 4 angehört.

(4) Der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz kann durch Verordnung festlegen, dass für weitere Personengruppen, an deren Beschäftigung öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen bestehen, Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden dürfen. Die Verordnung kann eine bestimmte Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligungen, einen Höchststrahmen für einzelne Gruppen und - sofern es die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zulässt - den Entfall der Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall vorsehen.

(5) bis (6) ...

(7) Die Arbeitsmarktprüfung gemäß Abs. 1 und 2 entfällt bei

(Anm.: Z 1 aufgehoben durch Art. 1 Z 9, BGBl. I Nr. 66/2017)

2. Schülern und Studierenden (§§ 63 und 64 Abs. 1 NAG) sowie Inhabern eines Aufenthaltstitels nach § 64 Abs. 4 NAG für eine Beschäftigung, die 20 Wochenstunden nicht überschreitet,

3. Studienabsolventen (§ 12b Z 2),

4. Fachkräften hinsichtlich einer Beschäftigung in einem in der Fachkräfteverordnung (§ 13) festgelegten Mangelberuf,

5. Ausländern, die besonderen Schutz genießen (Abs. 3 Z 9) und
6. registrierten befristet beschäftigten Ausländern (§ 5 Abs. 7)."

§ 32 AuslBG in der Fassung BGBl. I Nr. 72/2013:

"Übergangsbestimmungen

§ 32. (1) bis (9) ...

(10) Verordnungen, die vor In-Kraft-Treten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 25/2011 aufgrund des § 12a Abs. 2 erlassen wurden, gelten als Verordnungen gemäß § 14 Abs. 3 weiter.

(11) ...

(12) Verordnungen, die vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 72/2013 aufgrund des § 14 Abs. 3 erlassen wurden, gelten als Verordnungen gemäß § 4 Abs. 4 weiter."

§ 1 BHZÜV in der Fassung BGBl. II Nr. 206/2011:

"§ 1. Über die Gesamtzahl der unselbständig beschäftigten und arbeitslosen Ausländer (Bundeshöchstzahl) gemäß § 14 Abs. 1 AuslBG hinaus dürfen Sicherungsbescheinigungen ausgestellt und Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden für

1. Ausländer, deren Beschäftigung im Hinblick auf ihre fortgeschrittene Integration geboten erscheint;
2. bis 13. ..."

Art. 15 Richtlinie 2013/33/EU:

"Beschäftigung

(1) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass der Antragsteller spätestens neun Monate nach der Stellung des Antrags auf internationalen Schutz Zugang zum Arbeitsmarkt erhält, sofern die zuständige Behörde noch keine erstinstanzliche Entscheidung erlassen hat und diese Verzögerung nicht dem Antragsteller zur Last gelegt werden kann.

(2) Die Mitgliedstaaten beschließen nach Maßgabe ihres einzelstaatlichen Rechts, unter welchen Voraussetzungen dem Antragsteller Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt wird, wobei sie gleichzeitig für einen effektiven Arbeitsmarktzugang für Antragsteller sorgen.

Aus Gründen der Arbeitsmarktpolitik können die Mitgliedstaaten Bürgern der Union, Angehörigen der Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und rechtmäßig aufhältigen Drittstaatsangehörigen Vorrang einräumen.

(3) Das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt darf während eines Rechtsbehelfsverfahrens, bei dem Rechtsmittel gegen eine ablehnende Entscheidung in einem Standardverfahren aufschiebende Wirkung haben, bis zum Zeitpunkt, zu dem die ablehnende Entscheidung zugestellt wird, nicht entzogen werden.

Art. 28 Richtlinie 2013/33/EU:

"System zur Lenkung, Überwachung und Steuerung

(1) Die Mitgliedstaaten führen im Einklang mit ihrer verfassungsrechtlichen Struktur Mechanismen ein, um eine geeignete Lenkung, Überwachung und Steuerung des Niveaus der im Rahmen der Aufnahmebedingungen gewährten Vorteile sicherzustellen.

(2) Die Mitgliedstaaten übermitteln der Kommission unter Verwendung des Vordrucks in Anhang I spätestens am 20. Juli 2016 die entsprechenden Informationen."

Die Österreichische Stellungnahme an die Europäische Kommission gemäß Art. 28 zur Umsetzung der RL 2013/33/EU lautet:

"In Entsprechung des Artikels 15 Abs. 1 der Aufnahme-RL haben Asylwerberinnen und Asylwerber Arbeitsmarktzugang im Wege eines Beschäftigungsbewilligungsverfahrens gemäß § 4 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG). Potentielle Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber haben die Beschäftigungsbewilligung vor Arbeitsaufnahme der Asylwerberinnen und Asylwerber einzuholen. Die nach Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2013/33/EU zulässige Arbeitsmarktprüfung erfolgt nach Maßgabe des § 4b AuslBG, wonach Ausländerinnen und Ausländer mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, EWR-Bürgerinnen und -Bürger, Schweizerinnen und Schweizer, türkische Assoziationsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer oder Ausländerinnen und Ausländer mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang Vorrang einzuräumen ist. Beschäftigungsbewilligungen sind für Asylwerber und Asylwerber zulässig, die seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen sind und einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht nach dem Asylgesetz haben. Die übrigen für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung erforderlichen allgemeinen Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 AuslBG dienen insbesondere der Verhinderung illegaler Beschäftigung und der Sicherung einer ordnungsgemäßen Beschäftigung unter Einhaltung der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen."

Fallbezogen ergibt sich daraus Folgendes:

Gemäß § 28 Abs. 3 2. Satz VwGVG kann das Verwaltungsgericht den angefochtenen Bescheid mit Beschluss aufheben und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die Behörde zurückverweisen, wenn diese notwendige Ermittlungen des Sachverhalts unterlassen hat.

Im gegenständlichen Fall erweist sich die bekämpfte Beschwerdevorentscheidung in Bezug auf den zu ermittelnden Sachverhalt aus folgenden Gründen als mangelhaft:

Die belangte Behörde begründete die Abweisung des vorliegenden Antrages auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zusammengefasst damit, dass die Zulassung von Asylwerbern zum österreichischen Arbeitsmarkt nur unter den im AuslBG normierten Voraussetzungen möglich sei und - unabhängig von der Arbeitsmarktlage und den weiteren Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 AuslBG - für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung eine der in § 4 Abs. 3 AuslBG normierten Voraussetzungen erfüllt sein müsse. Vorliegend liege kein Tatbestand vor, der eine Subsumierung des beantragten Ausländers unter § 4 Abs. 3 AuslBG zulasse. Dementsprechend stehe § 4 Abs. 3 AuslBG der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zwingend entgegen.

Dem ist jedoch zunächst entgegenzuhalten, dass das AMS damit von der in der Stellungnahme an die Europäische Kommission geäußerten Rechtsansicht Österreichs abweicht, der zufolge bei der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen für Asylwerber lediglich die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 iVm § 4b AuslBG erfüllt sein müssen.

Darüber hinaus stünde eine derartige Einschränkung der Arbeitsmarktzulassung auf die im § 4 Abs. 3 AuslBG oder in der BHZÜV genannten Personengruppen Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2013/33/EU entgegen, wonach Asylwerbern ein effektiver Arbeitsmarktzugang zu ermöglichen ist.

So ist auch dem Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates zur Richtlinie 2013/33/EU (COM/2008/815/FINAL) zu entnehmen, dass der tatsächliche Zugang von Asylwerbern zu einer Beschäftigung nicht in unangemessener Weise beschränkt werden darf und eine faire Chance auf Zugang zu einer Beschäftigung bestehen muss.

Dies wäre jedoch bei einer Einschränkung auf Asylwerber, die die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 AuslBG oder der BHZÜV erfüllen - also de facto auf Asylwerber, deren Bewilligung vom Regionalbeirat einhellig befürwortet wird (Abs. 3 Z 1) oder die im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 AuslBG beschäftigt werden sollen (Abs. 3 Z 5) - gerade nicht der Fall, zumal damit nur in Einzelfällen eine Beschäftigung ermöglicht würde.

Dies wird durch eine Information auf der AMS-Webseite mit Stand 01.01.2018 bestätigt (siehe: [http://www.ams.at/\\_docs/001\\_asylwerber.pdf](http://www.ams.at/_docs/001_asylwerber.pdf)), wonach für Asylwerber in aller Regel nur für Saisonarbeit im Gastgewerbe oder in der Landwirtschaft für die Dauer von sechs Monaten Beschäftigungsbewilligungen erteilt



werden können und darüber hinaus eine Bewilligung nur für Asylwerber bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres in Lehrberufen möglich ist, in denen ein nachgewiesener Lehrlingsmangel besteht.

Art. 15 der Richtlinie 2013/33/EU gelangt vorliegend unbestritten zur Anwendung, da die zuständige Behörde noch keine Entscheidung erlassen hat und diese Verzögerung nicht dem Antragsteller zur Last gelegt werden kann.

Dementsprechend steht das Nichtvorliegen der Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 AuslBG in unmittelbarer Anwendung des Art. 15 Abs. 2 Richtlinie 2013/33/EU der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nicht entgegen.

Das Vorliegen eines Aufenthaltsrechts gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 AuslBG ist gegenständlich entgegen der im Ausgangsbescheid geäußerten Rechtsansicht des AMS zu bejahen, zumal der Zweitbeschwerdeführer seit Februar 2017, somit mehr als drei Monate, zum Asylverfahren zugelassen ist.

Die Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften (§ 4 Abs. 1 Z 2 AuslBG) ist gewährleistet, weil sich die Erstbeschwerdeführerin bereit erklärte, jedenfalls ein dem im gegenständlichen Fall anzuwendenden Kollektivvertrag entsprechendes Entgelt zu leisten.

Sonstige der in § 4 Abs. 1 Z 3 ff. AuslBG normierten Ausschlussgründe, insbesondere eine Beschäftigung entgegen den Bestimmungen des AuslBG, wurden seitens des AMS nicht behauptet und sind auch nach der Aktenlage nicht evident.

Gemäß § 4 Abs. 1 iVm § 4b AuslBG ist vor der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung eine Arbeitsmarktprüfung (Ersatzkraftstellungsverfahren) durchzuführen. Dies entspricht auch der oben zitierten Stellungnahme Österreichs an die Europäische Kommission, der zufolge die nach Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2013/33/EU zulässige Arbeitsmarktprüfung nach Maßgabe des § 4b AuslBG erfolgt.

Die Bereitschaft der Erstbeschwerdeführerin, zwecks Arbeitsmarktprüfung iSd § 4b AuslBG an einem Ersatzkraftverfahren mitzuwirken, ergibt sich aus dem Antrag, in dem der Vermittlung von Ersatzkräften ausdrücklich zugestimmt wurde.

Durch die Unterlassung eines Ersatzkraftstellungsverfahrens hat die belangte Behörde den entscheidungswesentlichen Sachverhalt nur sehr unzureichend festgestellt und damit keine für eine Entscheidung in der Sache nach § 28 Abs. 2 VwGVG ausreichenden "brauchbaren Ermittlungsergebnisse" geliefert, was das Bundesverwaltungsgericht dazu berechtigt, von einer Entscheidung in der Sache abzusehen und die Angelegenheit zur Erlassung eines neuen Bescheides an die belangte Behörde zurückzuverweisen (vgl. VwGH 23.02.2017, Ra 2016/09/0103).

Soweit die Erstbeschwerdeführerin vorbringt, dem AMS sei es auch in der Vergangenheit nicht gelungen, die offenen Stelle zu besetzen, ist auf die Judikatur des VwGH zu verweisen, wonach auch eine bisher erfolglose Arbeitskräftevermittlung keinen zwingenden Schluss auf den Erfolg weiterer Zuweisungen von Ersatzkräften zulässt (VwGH 21.09.1995, Zl. 93/09/0467).

#### Zu B) Zulässigkeit 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.

Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur vorliegend zu beurteilenden Rechtsfrage, ob im Falle der Arbeitsmarktzulassung von Antragstellern iSd Art. 15 der Richtlinie 2013/33/EU mittels Beschäftigungsbewilligung die Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 AuslBG erfüllt sein müssen, fehlt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**European Case Law Identifier**

ECLI:AT:BVWG:2018:W209.2184888.1.00