



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

"Ausländische Saisonarbeitskräfte"

Mag. Wolfgang Pirker

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer: ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. Michaela Windisch-Graetz

A u s l ä n d i s c h e

Foto: pixelio.de / Volker Zirngraf



S a i s o n - a r b e i t s k r ä f t e

Foto: pixelio.de / Uwe Steinbrich



V O R W O R T

Auf das Thema "Ausländische Saisonarbeitskräfte" bin ich gestoßen, als ich an einem lauen Frühjahrstag mit meinem Fahrrad durch das Marchfeld radelte und mir eine Traube von Menschen mit Kisten, Kellen und Stechern entgegenkam. Es waren Spargelstecher, der Sprache nach Osteuropäer, die sich auf den Weg zum nahe gelegenen Spargelfeld machten, auf dem schon einige ArbeiterInnen gebückt die Plane vom Damm entfernten. Überwältigt von diesem Anblick, kamen mir folgende Fragen in den Sinn:

- Ist dies die moderne "Sklaverei"?
- Unter welchen rechtlichen Bedingungen arbeiten diese Menschen bei uns?
- Was sind die Beweggründe dieser Menschen, die ihr Heimatland, fern ihrer Familien und ihrer gewohnten sozialen Strukturen, für eine gewisse Zeit verlassen, um hier körperlich anstrengende Arbeiten zu verrichten?

Diese Fragen und das Bild der ausländischen ArbeiterInnen ließen mich nicht mehr los. So tauchte ich in die spannende und interessante Thematik der "Ausländischen Saisonarbeitskräfte" ein. Ein Themenkreis, der durch die verschärfte Arbeitsmarktlage, Verlängerung der Übergangsfristen sowie durch die erste und zweite Osterweiterung, am 1. Mai 2004 sowie am 1. Jänner 2007, aktueller denn je ist und sich nicht nur auf Österreich beschränkt.

"Ausländische Saisonarbeitskräfte" sind ein weltweites Phänomen, das Migrationsströme auslöst.

Die Dissertation zum Thema "Ausländische Saisonarbeitskräfte" soll einen ersten Einblick in die arbeits-, sozial- und fremdenrechtlichen Regelungen betreffend ausländische Saisonarbeitskräfte in Österreich verschaffen. Rechtsbereiche, die für die Beschäftigung von ausländischen

Saisonarbeitskräften von großer Relevanz sind, sollen erörtert und aufgezeigt werden.

Den Spargel, den wir essen, die Tomaten, die wir im Supermarkt kaufen, oder das Glas, aus dem wir auf der Skihütte trinken, hat in den meisten Fällen bereits ein ausländischer Saisonier bzw ein ausländischer Erntehelfer in den Händen gehalten. Eines muss uns daher immer bewusst sein: Hinter diesen Abläufen stehen "menschliche Arbeitskräfte".

Weiters möchte ich darauf hinweisen, dass Bezeichnungen, die nur in männlicher Form angeführt sind, sich auf Frauen und Männer in gleicher Weise beziehen. Alle Bezeichnungen sind daher, soweit sich nichts anderes ergibt, geschlechtsneutral zu verstehen; die jeweils geschlechtsspezifische Form ist zu verwenden.

Ich habe mich bemüht, sämtliche Inhaber der Bildrechte ausfindig zu machen und ihre Zustimmung zur Verwendung der Bilder in dieser Arbeit eingeholt. Sollte dennoch eine Urheberrechtsverletzung bekannt werden, ersuche ich um Meldung bei mir.

Mag. Wolfgang Pirker, Wien im August 2010

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Titelblatt	1
Vorwort	5
Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	14
 I. Teil: Einleitung	 21
1. Abschnitt: Aktuelle Problematik	21
A. Bestandsaufnahme	21
B. Ökonomische Aspekte	24
1. Benötigt Österreich überhaupt ausländische Saisonarbeitskräfte?	25
a) Land- und Forstwirtschaft	25
b) Hotel- und Gastgewerbe	27
2. Können heimische Arbeitslose diese Tätigkeiten nicht verrichten?	28
2. Abschnitt: Ausländische Saisonarbeitskräfte – die modernen Sklaven?	34
A. Ausländische Saisonarbeitskräfte in Österreich	34
1. Ausländische Saisonarbeitskräfte in der Land- und Forstwirtschaft	34
a) Ausländische Saisoniers in "bäuerlichen" Betrieben	37
b) Ausländische Saisoniers in "Großbetrieben"	37
2. Ausländische Saisonarbeitskräfte im Hotel und Gastgewerbe	39
B. Ein globales Phänomen	41
1. Kalifornien (USA)	41
2. Deutschland	41
3. Spanien	43

II. Teil: Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes	46
1. Abschnitt: Begriffsbestimmung des "Ausländers" nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz	46
2. Abschnitt: Ausnahmen nach dem persönlichen Geltungsbereich	49
A. Asyl- und subsidiäre Schutzberechtigte	49
B. EWR-Bürger und drittstaatsangehörige Familienmitglieder	56
1. EWR-Bürger	56
a) § 1 Abs 2 lit I AuslBG	60
b) § 1 Abs 2 lit m AuslBG	78
C. Sonderregelungen für die "neuen" Mitgliedstaaten der EU	91
1. Regelungen im Beitrittsvertrag	91
a) Übergangsarrangement für die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen	93
b) Übergangsarrangement für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer	100
2. Regelungen im Beitrittsvertrag für Bulgarien und Rumänien	105
3. Umsetzung in Österreich	106
a) Übergangsbestimmungen zur EU-Erweiterung	108
b) Exkurs: Freizügigkeitsbestätigung	111
3. Abschnitt: Ausnahmen nach dem sachlichen Geltungsbereich	113
A. Der Beschäftigungsbegriff des AuslBG	113
1. Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis	117
2. Beschäftigung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis	118
4. Abschnitt: Sonstige Ausnahmen nach dem AuslBG	121
A. Ausnahmen auf Grund zwischenstaatlicher Vereinbarungen	121
1. Grenzgängerabkommen	121

2. Praktikantenabkommen	125
B. Ausnahmen auf Grund der Ausländer- Beschäftigungsverordnung (AuslBVO)	127
C. EU-Schweiz-Personenfreizügigkeitsabkommen	128
III. Teil: Definition des "ausländischen Saisonarbeiters"	129
A. Begriff des Saisonarbeiters	129
B. Saisonarbeitskräfte – Ausländer	131
IV. Teil: Saisonarbeitskräfteregelung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz	134
1. Abschnitt: Kontingente, Höchstzahlen	134
A. Niederlassungsverordnung, Kontingent- Verordnungen	135
1. Niederlassungsverordnung	135
2. Kontingentverordnungen	136
a) Vorschlagerecht der Länder zu den Verordnungen	138
b) Saisonarbeitskräfteverordnungen für den Tourismusbereich	138
aa) Sommertourismus	139
bb) Wintertourismus	144
c) Saisonarbeitskräfteverordnungen und Erntehelferverordnung für die Land- und Forstwirtschaft	148
aa) Saisonarbeitskräfteverordnungen	149
bb) Erntehelferverordnung	156
3. Erteilte Beschäftigungsbewilligungen auf Grund der erlassenen Verordnungen	159
a) Überschreitung der Höchstzahlen der Niederlassungsverordnung	165
4. Verhältnis zu anderen Kontingenten	165

B. Höchstzahlen	166
1. Bundeshöchstzahl (BHZ)	166
a) Festsetzung der Bundeshöchstzahl	166
2. Landeshöchstzahlen (LHZ)	171
3. Resümee	173
2. Abschnitt: Beschäftigung von ausländischen Saisoniers und Erntehelfern	174
A. Verfahren	174
1. Allgemeine Verfahrensbestimmungen	174
a) Entscheidungspflicht	176
2. Aufenthaltsrechtliche Verfahrens- bestimmungen	181
a) 1. Gruppe: Verfahren für "neue" EU-Bürger	181
b) 2. Gruppe: Verfahren für Staatsangehörige ohne Sichtvermerkspflicht	182
c) 3. Gruppe: Verfahren für Staatsangehörige mit Sichtvermerkspflicht	184
d) Konsequenzen eines nicht rechtmäßigen Aufenthaltes	190
3. Antrag auf Kontingentbewilligung für "neue" EU-Bürger und für Staatsangehörige mit und ohne Sichtvermerkspflicht	191
a) Arbeitsmarktprüfung	192
aa) Ersatzkraftverfahren	192
bb) Vermittlungsvorschlag	195
cc) Vermittlungsauftrag	196
dd) Wichtige öffentliche oder gesamt- wirtschaftliche Interessen	197
4. Sonstige Bedingungen	198
5. Resümee	200
B. Erteilung der Kontingentbewilligung nach § 5 AuslBG	202

V. Teil: Geltungsbereich und Geltungsdauer von Beschäftigungsbewilligungen sowie Auflagen und Widerruf	205
1. Abschnitt: Geltungsbereich, § 6 AuslBG	205
A. Änderung des Geltungsbereiches	206
2. Abschnitt: Maximale Geltungsdauer von Kontingentbewilligungen	208
A. Geltungsdauer nach § 5 AuslBG	208
B. Geltungsdauer nach den Kontingentverordnungen	212
1. Verlängerungsanträge	214
2. Beendigung der Kontingentbewilligung	217
3. Abschnitt: Auflagen, Widerruf	218
VI. Teil: Gebühren und Verwaltungsabgaben	222
VII. Teil: Überwachung der Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes	224
A. Überwachung und Auskunftspflicht	224
B. Rechtshilfe	228
VIII. Teil: Strafbestimmungen für Verstöße gegen das AuslBG	229
A. Illegale Beschäftigung	229
B. Rechtsfolgen einer bewilligungslosen Ausländerbeschäftigung	233
IX. Teil: Sozialrechtliche Fragen	239
1. Abschnitt: Sozialversicherung	239
A. Versicherungsverhältnis	239
B. Leistungsansprüche	242
a) Anspruch aus der Arbeitslosenversicherung	242
b) Anspruch auf Alterspension	249

2. Abschnitt: Sozialbetrugsgesetz	250
A. §§ 153c ff StGB	250
a) Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 153c Abs 1 StGB)	250
b) Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 153d StGB)	251
c) Organisatorische Schwarzarbeit (§ 153e StGB)	252
B. Änderungen des ASVG (§§ 33, 111, 113 ASVG)	253
 X. Teil: Zusammenfassung	256
A. Das Wichtigste nochmals kurz	256
B. Saisonierstatus	258
C. Ausblick	260
 Anhang 1: Arbeitsrechtliche Bestimmungen für Saisoniers und Erntehelfer auf Grundlage von Gesetzen, Verordnungen und Kollektivverträgen	266
1. Abschnitt: Kompetenzverteilung	266
A. Arbeitsrechtliche Kompetenzverteilung in der Land- und Forstwirtschaft und die anwendbaren Bestimmungen für ausländische Saisonarbeitskräfte und Erntehelfer	266
B. Arbeitsrechtliche Kompetenzverteilung und die Anwendbaren Bestimmungen für ausländische Saisonarbeitskräfte in der Hotellerie und Gastronomie	269
2. Abschnitt: Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Bestimmungen für die Beschäftigung von ausländischen Saisonarbeitskräften und Erntehelfern	270
A. Begründung eines Arbeitsverhältnisses	270
B. Arbeitszeit	272
1. Land- und Forstwirtschaft	272

2. Hotel- und Gastgewerbe	273
C. Urlaub	276
1. Land- und Forstwirtschaft	276
2. Hotel- und Gastgewerbe	277
D. Entgelt	278
1. Land- und Forstwirtschaft	278
a) Entgelt bei Dienstverhinderung durch Krankheit und Arbeitsunfall	280
b) Entgelt bei Dienstverhinderung in anderen Fällen	281
2. Hotel- und Gastgewerbe	282
a) Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung oder bei sonstigen Gründen	285
3. Steuer	285
E. Mutterschutz	286
1. Land- und Forstwirtschaft	286
2. Hotel- und Gastgewerbe	287
F. Beendigung des Dienstverhältnisses	289
1. Land- und Forstwirtschaft	289
2. Hotel- und Gastgewerbe	290
3. Abfertigung neu	293
 Anhang 2: Lohntafel für Dienstnehmer in bäuerlichen Betrieben des Bundeslandes Niederösterreich	 297
Lohnordnung für die ArbeiterInnen in der Tiroler Hotellerie und Gastronomie	298
Lohntabelle für das Wiener Hotel- und Gastgewerbe	300
 Literaturverzeichnis	 303
 Lebenslauf	 313

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt
abl	ablehnend
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
AK	Kammer für Arbeiter und Angestellte
AKG	Arbeiterkammergesetz
AIVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz
AMA	Agramarkt Austria
AMS	Arbeitsmarktservice
AMSG	Arbeitsmarktservicegesetz
AMSprV	Arbeitsmarktsprengelverordnung
a.n.g	anderwertig nicht genannt
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
ARD	Arbeitsrechtlicher Dienst
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARG	Arbeitsruhegesetz
Art	Artikel
ASchG	Arbeitnehmerinnenschutzgesetz
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AsylG	Asylgesetz
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz

AuslBVO	Ausländerbeschäftigungsverordnung
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
BAO	Bundesabgabenordnung
BGBI	Bundesgesetzblatt
BHZ	Bundeshöchstzahl
BHZÜV	Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung
BMASK	Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BMeiA	Bundesminister für europäische und internationale Angelegenheiten
BMG	Bundesministeriengesetz
BMWA	Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit
BVB	Bezirksverwaltungsbehörde
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BVwAbgV	Bundesverwaltungsabgabenverordnung
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
C	communicatio (bei Amtsblätter)
C	Cour (bei Urteilen des EuGH)
ca	circa
DBV	Deutscher Bauernverband
DNHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
DRdA	Das Recht der Arbeit
DSG	Datenschutzgesetz
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFTA	European Free Trade Association

EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen
EK	Europäische Kommission
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg	endgültig
Erk	Erkenntnis
Erläut	Erläuterung
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
ff	fortfolgend
FinStrG	Finanzstrafgesetz
FN	Fußnote
FPG	Fremdenpolizeigesetz
FrG	Fremdengesetz
G	Gesetz
GAngG	Gutsangestelltengesetz
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
GSpG	Glücksspielgesetz
GVG-B 2005	Grundversorgungsgesetz-Bund 2005

H	Heft
ha	Hektar
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
Judikat	Jud
kg	Kilogramm
KIAB	Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung
KOM	Kommission
krit	kritisch
L	legislatio
LAG	Landarbeitsgesetz
LGS	Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice
LHZ	Landeshöchstzahl
lit	litera
LK	Landwirtschaftskammer
LVaktuell	Praktische Lohn- und Gehaltsverrechnung
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
MeldeG	Meldegesetz
migraLex	Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht
Mio	Millionen
MSchG	Mutterschutzgesetz

MV	Mitarbeitervorsorge
NACE	Nomenclature générale des activités économiques (Nomenclature of economic activities)
NAG	Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz
NGO	Non-Governmental-Organisation
NLV	Niederlassungsverordnung
Nr	Nummer
NR	Nationalrat
NÖ	Niederösterreich
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖGB	Österreichischer Gewerkschaftsbund
PVInfo	Die Fachzeitschrift für Personalverrechnung
RdN	Randnummer
rG AMS	regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
S	Seite
SB	Sicherungsbescheinigung
SS	Sommersaison
Slg	Sammlung
sog	sogenannte
SozBeG	Sozialbetrugsgesetz
SRÄG	Sozialrechtsänderungsgesetz
StbG	Staatsbürgergesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
SV	Sozialversicherung

t	Tonne
ua	und andere
UrlG	Urlaubsgesetz
USA	United States of America
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
UVSaktuell	Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenate
v	vom
VV	Vermittlungsvorschlag
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VwGG	Verwaltungsgerichtshofgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
WK	Wirtschaftskammer
WS	Wintersaison
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZAV	Zentrale Auslands- und Fachvermittlung
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
zit	zitiert
ZI	Zahl
zust	zustimmend

Ausländische Saisonarbeitskräfte

I. Teil: Einleitung

1. Abschnitt: Aktuelle Problematik

A. Bestandsaufnahme

"Ausländische Saisoniers als Billigarbeitskräfte", "Zank um Ausländer"¹, "Lohnniveau wird durch ausländische Saisoniers untergraben", "Ausländische Saisoniers sind schuld an der Arbeitslosigkeit", "Tourismusgewerkschaft schlägt Alarm"², "Die Saisoniers sind das eigentliche Problem für den Arbeitsmarkt", "Saisoniers: Kontingent soll gekürzt werden"³, "Saisoniers als Lohndrücker missbraucht"⁴, "Saisoniers aus Mittel- und Osteuropa sind keine Lösung!"⁵

Solche oder ähnliche Schlagzeilen dieser Art finden sich immer wieder in den heimischen Medien. Wie sind diese Aussagen zu bewerten? Entsprechen sie der Wahrheit/Praxis oder sind sie nur reine Polemiken, Stimmungs- und Angstmachereien? Wie schaut in Österreich die Regelung betreffend ausländische Saisonarbeitskräfte wirklich aus?

Gerade um die ausländischen Saisonarbeitskräfte, die in Österreich auf Grund einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen eines Kontingentes

¹ Österreich 21.5.2007, 8.

² Wiener Zeitung 15.10.2005, 31.

³ Kleine Zeitung 9.11.2005, 31.

⁴ Die Presse 9.12.2005, 13.

⁵ Rudolf Kaske, Vorsitzender der Lebensgewerkschaft vida vom 10.04.2008.

(Kontingentbewilligung) befristet beschäftigt sind⁶, hat sich – besonders in Wahlkampfzeiten und bei einer angespannter Arbeitsmarktlage – eine heftige, kontroverielle (politische) Diskussion entwickelt. Themen wie Arbeitsmarktpolitik, Öffnung des Arbeitsmarktes, Zuwanderung von Ausländern stehen dabei im Mittelpunkt der Diskussionen. Grund dafür ist, dass die ausländischen Saisoniers als Verursacher für eine höhere Arbeitslosenquote angesehen werden. Zur Verschärfung der Arbeitsmarktlage kommt noch hinzu, dass auch vermehrt EU-Bürger aus den "alten" Mitgliedstaaten⁷, die insbesondere in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen⁸ den österreichischen Arbeitnehmern gleichgestellt sind, auf den österreichischen Arbeitsmarkt drängen.

Vor allem Deutsche entdecken den österreichischen Arbeitsmarkt. Auf Grund von gekürzten Sozialleistungen (durch Harz IV) und einer höheren Arbeitslosigkeit in der Bundesrepublik Deutschland (vor allem in Ostdeutschland⁹: 13,0% Arbeitslosenquote im Jahresdurchschnitt 2009¹⁰), waren laut dem Hauptverband der Sozialversicherungsträger im Jahresdurchschnitt 2007 63.476 deutsche Staatsbürger in Österreich beschäftigt. Spitzenreiter betreffend deutsche Arbeitnehmer ist der Tourismus. *„Mit 11.187 Beschäftigten jobbte im Jänner 2006 jeder fünfte "Gastarbeiter" aus Deutschland in der heimischen Hotellerie und Gastronomie.“*¹¹ So sind die Deutschen hinter den Bürgern aus Ex-Jugoslawien bereits die zweitgrößte Gruppe von "Gastarbeitern" in Österreich.

⁶ Näheres dazu im III. Teil: Definition des "ausländischen Saisonarbeiters", Seite 129.

⁷ Dazu zählen Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Portugal, Schweden und Spanien.

⁸ Vgl Art 45 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABI C 2008/115, 1; vgl VO (EWG) 1612/68 des Rates v 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABI L 1968/257, 2; vgl VO (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 2004/166, 1 iVm VO (EG) 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v 16.9.2009 zur Änderung der VO (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und zur Festlegung des Inhalts ihrer Anhänge, ABI L 2009/284, 43. vgl VO (EG) 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 2009/284, 1.

⁹ Dazu zählen die Bundesländer Berlin, Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen.

¹⁰ Quelle: Statistisches Bundesamt Deutschland.

¹¹ Salzburger Nachrichten, Daten & Fakten, <http://www.salzburg.com/sn/06/03/04/artikel/1976330.html> (12.04.2008).

Weil man auf Grund des *Acquis communautaire*¹², insbesondere auf Grund der seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon¹³ am 1. Dezember 2009 im Art 45 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹⁴ statuierten Freizügigkeit der Arbeitnehmer, den EU-Bürgern aus den "alten" Mitgliedstaaten keinen "Riegel" zum Arbeitsmarkt vorschieben darf, forderte daher der Präsident der österreichischen Arbeiterkammer, dass die Kontingente für ausländische Saisoniers deutlich reduziert werden müssen¹⁵. Durch eine Reduzierung der Kontingentzahlen erhoffe man sich eine Entspannung am österreichischen Arbeitsmarkt, um das Ziel "Vollbeschäftigung"¹⁶ zu erreichen und Lohndumping hintanzuhalten. Des Weiteren verlangen Gewerkschaftsvertreter von den Arbeitgeberverbänden die Arbeits- und Rahmenbedingungen, insbesondere die Aus- und Weiterbildung, zu verbessern, und nicht stets nach "billigen" Saisoniers aus Mittel- und Osteuropa zu rufen.

Andererseits verlangen aber Branchenvertreter der Tourismuswirtschaft und der Land- und Forstwirtschaft, die besonders auf ausländische Saisoniers angewiesen sind, den freien Zugang von Arbeitskräften aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten¹⁷ zum österreichischen Arbeitsmarkt bzw bis zur gänzlichen Öffnung eine Erhöhung der Kontingentzahlen. Ihrer Meinung nach kann speziell zur Erntezeiten und zu (Hoch-) Saisonzeiten im Sommer- und Wintertourismus der zusätzliche Arbeitskräftebedarf nicht aus dem verfügbaren Arbeitskräftepotential des Inlandes gedeckt werden. So wäre zum Beispiel ohne ausländische Arbeitskräfte aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten die aufwändige

¹² So wird der gemeinschaftliche Besitzstand der Europäischen Union bezeichnet. Dazu zählen alle Rechtsakte, die für die EU-Mitgliedstaaten verbindlich sind.

¹³ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABI C 2007/306, 1.

¹⁴ Durch das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 wurde der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV), ABI C 1997/340, 1, in Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABI C 2008/115, 1, umbenannt und geändert. Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union sowie der Vertrag über die Europäische Union zählen zum primären Gemeinschaftsrecht.

¹⁵ So der AK-Präsident *Herbert Tumpel* in Die Presse 21.07.2005, 16.

¹⁶ Nach EU-Definition wäre Vollbeschäftigung erreicht, wenn die Arbeitslosenquote unter vier Prozent sinkt.

¹⁷ Dazu zählen Bulgarien, Estland, Malta, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern, wobei Staatsbürger aus Malta und Zypern schon jetzt freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt haben.

Spargelernte kaum noch zu bewältigen bzw ein optimales "Dienstleistungsservice" gegenüber den Urlaubsgästen aufrechtzuerhalten.

B. Ökonomische Aspekte

Aus diesen divergenten Standpunkten – die Arbeitnehmerverbände (Kammer¹⁸ für Arbeiter und Angestellte und Österreichischer Gewerkschaftsbund¹⁹) verlangen eine Senkung der Saisonierkontingente, die Arbeitgeberverbände (Landwirtschaftskammer¹⁸, Wirtschaftskammer¹⁸) fordern eine Öffnung des Arbeitsmarktes sowie eine Aufstockung der Kontingente und eine längere Geltungsdauer der Kontingentbewilligungen – stellen sich vordergründlich folgende Fragen:

1. Benötigt Österreich überhaupt ausländische Saisonarbeitskräfte, und wenn ja, wie viele?
2. Können heimische Arbeitnehmer bzw heimische Arbeitslose nicht die Tätigkeiten von ausländischen Saisonarbeitskräften verrichten?

¹⁸ Kammern sind gesetzliche berufliche Interessensvertretungen, die durch Gesetz (zB Arbeiterkammergesetz 1992, BGBl 1991/626 idGF) errichtet und größtenteils in eine Bundes- und Landesebene gegliedert sind. Kammern sind juristische Personen des öffentlichen Rechts und zwar Körperschaften des öffentlichen Rechts mit einem eigenständigen Wirkungsbereich (Selbstverwaltungskörper), der im jeweiligen Gesetz geregelt ist. Dazu *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009) Rz 349: „Typische Aufgaben von Kammern sind die Vertretung der gemeinsamen Interessen der Mitglieder nach außen, die Entscheidung über die Berufszulassung (Eintragung in eine „Liste“), die Ordnung der Berufsausübung, die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern, die Ausübung der Disziplinargewalt, zum Teil die finanzielle Sicherung von Mitgliedern und ihren Angehörigen in Fällen der Not oder des Alters („Wohlfahrtsfonds“).“ Kammern sind in ihren Selbstverwaltungsangelegenheiten autonom, dh frei von Weisungen staatlicher Behörden, jedoch unterliegen sie der auf die Wahrung der Gesetzmäßigkeit und der Funktionsfähigkeit gerichteten staatlichen Aufsicht (zB gemäß § 91 Abs 1 AKG iVm Art 10 Abs 1 B-VG unterliegt die Arbeiterkammer der Aufsicht des BMASK). Die Mitgliedschaft ist gesetzlich definiert (Pflichtmitgliedschaft) und insbesondere gegenüber ihren Mitgliedern kommen den Kammern auch hoheitliche Befugnisse zu (zB Satzungen, Umlagen- und Disziplinarbescheide). Weiters kommen allen gesetzlichen beruflichen Interessensvertretungen Kollektivvertragsfähigkeit gemäß § 4 Abs 1 ArbVG zu. Zu den Kammern näheres vgl *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht II (1998) 207.

¹⁹ Der Österreichische Gewerkschaftsbund (ÖGB), der in Einzelgewerkschaften gegliedert ist, ist eine freiwillige berufliche Interessensvertretung für unselbstständige Erwerbstätige. Der ÖGB vertritt die wirtschaftlichen, politischen, sozialen und kulturellen Interessen der Arbeitnehmer gegenüber Arbeitgebern, Staat und Parteien. Der ÖGB ist, im Gegensatz zu den Kammern, nicht per Gesetz errichtet, er ist ein Verein (gemäß Vereinsgesetz) mit eigenen Statuten und eigener Geschäftsordnung. Die Mitgliedschaft ist eine freiwillige, derzeit zählt der ÖGB, laut eigener Angabe, rund 1,2 Mio Mitglieder. Dem ÖGB kommt gemäß § 4 Abs 2 ArbVG Kollektivvertragsfähigkeit zu. „Auf dem Gebiet der Gestaltung des kollektiven Arbeitsrechts ist die Bedeutung der freien Berufsvereinigungen größer als die der Kammern (§ 6 ArbVG räumt freiwilligen Berufsvereinigungen als Kollektivvertragspartner Vorrang gegenüber gesetzlichen beruflichen Vertretungen ein)“ (*Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht II (1998) 209).

1. Benötigt Österreich überhaupt ausländische Saisonarbeitskräfte?

Gerade im Zeitalter der Mechanisierung und Automatisierung fragt man sich, ob der Einsatz von Saisonarbeitskräften überhaupt noch zeitgerecht und notwendig ist. Die Antwort ist eine ganz klare: Trotz des Einsatzes von Maschinen und Computern ist der Bedarf an Arbeitskräften – vor allem in arbeitsintensiven Branchen, wie der Land- und Forstwirtschaft und im Hotel- und Gastgewerbe, – größer denn je.

Was die Maschinen nicht schaffen oder können, erfordert den Einsatz von fleißigen Händen. Waren es früher in der Land- und Forstwirtschaft die Mägde und Knechte, die die Bauern bei ihrer beschwerlichen Landarbeit unterstützten, sind es heute überwiegend Menschen aus ärmeren Regionen Ost-, Südosteuropas, die für eine befristete Zeit in Österreich arbeiten; sei es als Reb- und Obstbaumschneider, sei es als Erdbeer-, Gurken- oder Marillenpflücker, sei es als Kellner, Küchengehilfe oder Reinigungskraft. Ausländische Saisonarbeitskräfte sind aus unserer Arbeitswelt gar nicht mehr wegzudenken.

Besonders die Wirtschaftszweige Land- und Forstwirtschaft, Hotel- und Gastgewerbe sind auf diese fleißigen Hände angewiesen:

a) Land- und Forstwirtschaft:

Durch die Verfügbarkeit von flexiblen Arbeitskräften eröffnen sich für Landwirte neue Betätigungsfelder und Marktnischen. Genügend Fremdarbeitskräfte geben den Betriebsinhabern die Chance, ihre landwirtschaftlichen Flächen zu vergrößern und sich auf den Anbau von wertschöpfungsintensiven Kulturen im Obst- und Gemüseanbau, sei es im Marchfeld, Machland, Eferdinger Becken, oststeirischen Hügelland oder im Inntal, zu spezialisieren. So können sie, auch neben dem klassischen Anbau von Getreide und Mais, arbeitsintensive

Kulturen wie Spargel²⁰, Erdbeeren²¹, Gurken, Kraut, Chinakohl, Salat, Marillen, Äpfel oder Weintrauben auf einem qualitativ hochwertigen Niveau anbauen.

Das Vorhandensein von genügend geeigneten Arbeitskräften ermöglicht es vielen Landwirten, ihre Betriebe auf biologischen Anbau umzustellen; ein Markt, der große Wachstumsraten vorweist²². Insbesondere Biobetriebe benötigen wegen des größeren Handarbeitsanteils vermehrt zusätzliche Helfer.

Würde also eine entsprechende Anzahl von ausländischen Arbeitskräften nicht zur Verfügung stehen, besteht die Gefahr, dass die Ernte, mangels ausreichender Fach- und Hilfskräfte, nicht rechtzeitig eingebracht werden kann, das Obst müsste auf den Feldern bzw Obstbäumen verkommen. Bekommt also der Landwirt nicht die gewünschte Anzahl an Fremdarbeitskräften bewilligt, hätte dies zur Konsequenz, dass er seine Exportchancen nicht nutzen oder Schwierigkeiten haben könnte, seine Lieferverträge mit den Handelsketten/Zwischenhändlern zu erfüllen. Ein solcher Umstand würde den Landwirt in seiner wirtschaftlichen Entwicklung beeinträchtigen, was in weiterer Folge auch zum Zusperrern des Betriebes führen könnte. Eine Stilllegung würde wiederum zu einer Verschärfung der Arbeitsmarktlage führen, weil weitere Personengruppen auf den heimischen Arbeitsmarkt drängen würden.

Da das jährliche Einkommen der Landwirte von der Ernte abhängt, sichern damit ausländische Saisonarbeitskräfte den bäuerlichen Lebenserwerb im Vollerwerb und helfen dem Landwirt Investitionen zu tätigen, Produktionspläne vorzubereiten und einzuhalten. So lag im Jahr 2008 der Wert der produzierten Erzeugnisse von Österreichs Landwirten bei 6,4 Milliarden Euro²³. Ausländische Saisoniers und Erntehelfer sichern nicht nur das bäuerliche Fortkommen, sie sichern auch qualifizierte Arbeitsplätze in der Verarbeitungs- und Veredelungsindustrie. Eine sichere Rohstoffversorgung durch die landwirtschaftlichen Betriebe garantiert Unternehmen – wie zB dem

²⁰ So betrug im Jahr 2008 die Spargelanbaufläche in Österreich 470 ha, das entspricht einer Erntemenge von 2.281 Tonnen (Quelle: Statistik Austria).

²¹ In Österreich wurden im Jahr 2008 rund 17.400 t Erdbeeren erzeugt (Quelle: Agramarkt Austria GmbH).

²² Der Gesamtumsatz von Bioprodukten stieg von 2006 auf 2007 um 18 Prozent, das sind rund 590 Millionen Euro.

²³ Quelle: Statistik Austria.

Tiefkühlprodukte-Erzeugungsunternehmen Frisch & Frost Nahrungsmittel GmbH in Hollabrunn, dem Tiefkühlbackwaren-Verarbeitungsunternehmen Resch & Frisch aus Wels, der Frischfrucht und Delikatessen GesmbH efko in Eferding oder dem Fruchtverarbeiter Juice & Fruit Holding GmbH in Gleisdorf – ihren Fortbestand in Österreich.

Ausländische Arbeitskräfte tragen somit auch dazu bei, den agrarischen Produktionsstandort, damit auch die Versorgung mit hochwertigen österreichischen Qualitätsprodukten, aufrechtzuerhalten.

b) Hotel- und Gastgewerbe:

Das Gleiche gilt auch für den Hotel- und Gastronomiebereich. Mit insgesamt 124,3 Millionen gemeldeten Übernachtungen im Kalenderjahr 2009²⁴ sind die österreichischen Hotel- und Gastronomiebetriebe auf zusätzliche Arbeitskräfte aus dem Ausland angewiesen. Ein Teil des Personalbedarfs kommt – neben den heimischen Arbeitskräften – aus den "alten" Mitgliedstaaten der EU, vor allem aus (Ost-) Deutschland, der andere Teil rekrutiert sich überwiegend aus kroatischen, ungarischen und slowakischen Staatsangehörigen. Ohne Saisoniers aus Ost-, Südosteuropa könnten einige Hoteliers und Gastronomen die Wünsche der Gäste nicht voll befriedigen bzw ihren Betrieb aufrechterhalten oder ausbauen.

Ausländische Saisonarbeitskräfte tragen somit einen Beitrag zur Steigerung der österreichischen Wirtschaftsleistung bei und sichern damit in weiterer Folge auch heimische Arbeitsplätze in anderen Branchen.

²⁴ Quelle: Statistik Austria, Tourismusstatistik von in- und ausländischen Gästen.

Wie viele ausländische Saisonarbeitskräfte benötigen wir in Österreich?

Wie viele ausländische Saisonarbeitskräfte wir in Österreich benötigen, hängt vom Bedarf der Arbeitgeber bzw von der Arbeitsmarktlage ab. So wird jedes Jahr – bevor die Kontingentzahlen für die Land- und Forstwirtschaft bzw für den Sommer- und Wintertourismus festgelegt werden – eine Bedarfserhebung bei den Landwirten und bei den Hoteliers und Gastronomen durchgeführt, bei der sie den voraussichtlichen Bedarf an saisonalen Arbeitskräften an ihre Interessensvertretung melden.

Auf Grundlage der gemeldeten Anzahl und unter Berücksichtigung der Entwicklung des Arbeitsmarktes legt der derzeit zuständige Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (BMAK)²⁵ die konkreten Kontingentzahlen für die jeweilige Branche fest. Die konkrete Festlegung der Kontingentzahlen ist daher eine arbeits- und wirtschaftspolitische Entscheidung, die die Interessen der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände sowie die Situation am Arbeitsmarkt berücksichtigen. Politiker und Sozialpartner²⁶ sind daher mit der schwierigen Sachlage konfrontiert, ein ausgewogenes Ausmaß an Kontingentzahlen zu finden, um Beschäftigung und Wirtschaftswachstum zu garantieren.

2. Können heimische Arbeitslose diese Tätigkeiten nicht verrichten?

Schaut man sich die Arbeitsmarktdaten des Arbeitsmarktservice (AMS) für das Jahr 2008 an, so wurden im Jahr 2008 insgesamt **107.699** Beschäftigungsbewilligungen²⁷ für bewilligungspflichtige Ausländer erteilt. Zwei Drittel davon, nämlich **70.230** Bewilligungen, entfielen auf ausländische Saisoniers und Erntehelfer. Von den 70.230 befristeten Kontingentbewilligungen für bewilligungspflichtige Saisoniers und Erntehelfer

²⁵ Die Zuständigkeit des BMAK für dieses Sachgebiet ergibt sich aus dem § 2 Abs 1 Z 2 iVm Teil 2 lit C Bundesministeriengesetz (BMG) idF BGBl I 2009/3.

²⁶ Zu den vier Sozialpartnern zählen die Wirtschaftskammer, die Kammer für Arbeiter und Angestellte, die Landwirtschaftskammer und der Österreichische Gewerkschaftsbund.

²⁷ Exklusive der 14 Beschäftigungsbewilligungen für türkische Staatsangehörige gemäß § 4c AuslBG.

entfielen wiederum **54.694** auf den Wirtschaftszweig **Land- und Forstwirtschaft** und **15.536** auf den **Tourismusbereich**. Die 54.694 erteilten Bewilligungen im Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft setzen sich aus **34.776** Kontingentbewilligungen für Saisoniers in der Land- und Forstwirtschaft und aus **19.918** Kontingentbewilligungen für Erntehelfer zusammen.

Die 15.536 Kontingentbewilligungen im Tourismusbereich setzen sich aus **6.110** Bewilligungen für den **Sommertourismus** und **9.426** Bewilligungen für den **Wintertourismus** zusammen.

Im Gegensatz dazu waren in Österreich im Jahresdurchschnitt 2008 **1.492** Personen im Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft und **28.766** Personen im Wirtschaftszweig Beherbergung und Gastronomie arbeitslos gemeldet.²⁸

Es stellt sich daher die berechtigte Frage, warum nicht heimische Arbeitslose zu Tätigkeiten in der Land- und Forstwirtschaft und im Hotel- und Gastgewerbe eingesetzt bzw vermittelt werden?

Warum nicht heimische Arbeitslose anstatt ausländische Saisoniers zum Arbeiten eingesetzt werden, bzw warum sich nicht genügend inländische Arbeitnehmer für Jobs in diesen Branchen finden, hat mehrere Gründe:

- a) Mangels Attraktivität der zu verrichtenden Arbeiten findet sich nicht genügend inländisches Personal. Inländische Arbeitnehmer sind meist gar nicht bereit, die schwere körperliche, belastende, stressige und arbeitsintensive Tätigkeit – sei es als Kellner, Tellerwäscher, Spargelstecher oder Rebenschneider – zu niedrigen Lohnbedingungen auszuüben. Vor allem ältere inländische Arbeitnehmer im Hotel- und Gastgewerbe nehmen es nicht mehr auf sich, "auf Saison" zB nach Tirol zu gehen. So sind 40 Prozent der rund 169.000 Arbeitnehmer im Tourismus jünger als 30 Jahre, nur knapp 11 Prozent über fünfzig²⁹. Unzählige Tage von früh bis spät beispielsweise in der Küche zu stehen

²⁸ Quelle: Arbeitsmarktservice.

²⁹ Quelle: Verkehrs- und Dienstleistungsgewerkschaft vda, Bundesfachgruppe Tourismus.

und dies fünf Monate hindurch – abseits der Familie –, ist nicht jedermanns Sache. Auch wenn man auf Grund der geleisteten Arbeitsstunden etwas an "Kleingeld" verdienen kann, darf dabei nicht übersehen werden, dass sich die Saisonarbeit negativ auf Körper, Geist und Seele schlägt.

Weiters handelt es sich bei diesen Jobs nur um Kurzzeitarbeitsplätze, deren Dauer stark von äußeren Faktoren wie Buchungslage, Wetter etc abhängt. Will man nicht "stempeln" gehen, so muss man sich schlimmstenfalls spätestens nach fünf/sechs Monaten wieder auf Arbeitssuche begeben. Daher wird von den Arbeitskräften eine große Flexibilität gefordert, sie müssen bereit sein, in wenigen Monaten bei verschiedenen Arbeitgebern in verschiedensten Bundesländern zu arbeiten.

Bei diesen Begleiterscheinungen ist es daher nicht verwunderlich, dass im Hotel- und Gastgewerbe eine hohe Fluktuation und Abwanderung vorherrscht. *„Ohne Pensionierungen verlässt im Tourismus fast die Hälfte der Beschäftigten die Branche nach 10 Jahren. Die Gründe dafür liegen in schlechten Verdienstmöglichkeiten, Schwierigkeiten bei der Vereinbarung von Beruf und Familie und wenig Zukunftsperspektiven.“*³⁰

- b) Heimische Arbeitslose entsprechen meistens nicht den betrieblichen Anforderungen hinsichtlich Motivation, Mobilität, Durchhaltevermögen und Qualifikation. Schafft zB ein ausländischer Saisonier, der schon mehrmals als Spargelstecher gearbeitet hat, zwischen 40 und 100 kg pro Tag, so kommen die meisten der vermittelten Arbeitslosen nicht einmal auf die Hälfte dieser Mengen. Mangelnde Arbeitseinstellung und fehlender Arbeitswille sind daher ein Grund dafür, dass ein Arbeitgeber lieber auf ausländische Saisonarbeitskräfte zurückgreift.

Dabei darf aber auch nicht übersehen werden, dass der harte Job in der Land- und Forstwirtschaft nicht gut bezahlt ist. Bei einem Stundenlohn

³⁰ Verkehrs- und Dienstleistungsgewerkschaft vida, Bundesfachgruppe Tourismus, http://www.vida.at/servlet/ContentServer?pagename=S03/Page/Index&n=S03_1.2.e.c (12.04.2008).

um die sechs Euro als Erntehelfer³¹ ist natürlich die Attraktivität gering. Dass die Lohnkosten für den Landwirt so gering wie möglich ausfallen müssen, hat aber den Hintergrund, dass der Landwirt seinen Betrieb wirtschaftlich rentabel führen muss, um gegenüber der in- und ausländischen Konkurrenz schlagkräftig und wettbewerbsfähig bleiben zu können. Auf einem globalen Markt dürfen unter anderem die Lohnkosten nicht zu hoch ausfallen. Die Preise für Obst und Gemüse bestimmen vorwiegend die großen Handelsketten. Sie üben einen Preisdruck auf die Produzenten aus, damit Obst und Gemüse für den Verbraucher erschwinglich bleiben und die Ketten noch genügend Profit erwirtschaften. Dass für die ausländischen Saisonarbeitskräfte nicht mehr viel übrig bleibt, ist unter diesen Umständen nicht verwunderlich.

Das Arbeitsmarktservice (AMS)³² versucht, bevor es eine Beschäftigungsbewilligung für eine ausländische Arbeitskraft erteilt, Arbeitslose auf die zu besetzende Stelle zu vermitteln. So wird im Rahmen des Bewilligungsverfahrens ein Ersatzkraftverfahren durchgeführt, in dem vom Arbeitsmarktservice geprüft wird, ob nicht ein in- oder ausländischer Arbeitsloser auf die Stelle vermittelt werden kann³³. So wurden vom AMS im Jahr 2008 insgesamt (Branchen und von der Bewilligung unabhängig) **34.317 Ersatzkraftverfahren**³⁴ durchgeführt, was einem Anteil von 7,94 % an den offen gemeldeten Stellen (432.160) entspricht. Von diesen 34.317 Ersatzkraftvermittlungsaufträgen konnten 31,88% der Fälle³⁵ positiv erledigt werden³⁶.

Um mehr arbeitslos gemeldete Personen in die Bereiche Land- und Forstwirtschaft sowie in die Hotellerie und Gastronomie zu bekommen,

³¹ Hinsichtlich der Entlohnung siehe Anhang 1, Seite 278 ff.

³² Das Arbeitsmarktservice ist gemäß § 1 Abs 1 Arbeitsmarktservicegesetz (AMSG) ein Dienstleistungsunternehmen öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit. Das AMS ist daher als Anstalt öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit (als juristische Person des öffentlichen Rechts) zu qualifizieren (zu den Anstalten vgl. *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht Rz 82). Das AMS ist in eine Bundesorganisation, in Landesorganisationen für jedes Bundesland und innerhalb der Bundesländer in regionale Organisationen gegliedert.

³³ Näheres dazu siehe Seite 192/192 ff.

³⁴ Um 3.920 Ersatzkraftverfahren mehr als im Vergleich zum Jahr 2007.

³⁵ Sind auch jene Personen inkludiert, die nicht unbedingt vom AMS vermittelt wurden.

³⁶ Quelle: Auskunft des Arbeitsmarktservice.

wäre es auch notwendig, die Zumutbarkeitsbestimmungen³⁷ für Arbeitslose zu ändern. Sprich: Diese müssten stärker als bisher gezwungen werden, derartige Jobs anzunehmen. Während arbeitslos gemeldete Personen oft nicht von Ostösterreich auf freie Stellen, zB im Tourismusbereich, nach Westösterreich vermittelt werden können, sind zB Arbeitskräfte aus Polen bereit, Jobs fernab ihrer Heimat anzunehmen.³⁸

Grundsätzlich kann also gesagt werden, dass ausländische Saisonarbeitskräfte jene Jobs verrichten, für die sich nicht genügend geeignete und willige inländische Saisonarbeitskräfte finden. Heimische Arbeitskräfte haben grundsätzlich kein Interesse an einer solchen Arbeit. So sind geeignete inländische Arbeitskräfte vor allem für die landwirtschaftliche Arbeit praktisch nicht zu haben. Dies hängt, wie bereits erwähnt, einerseits mit der Art der Tätigkeit, andererseits mit der Bezahlung zusammen. So üben zum überwiegenden Teil ausländische Saisonarbeitskräfte die minder qualifizierten Tätigkeiten aus, die aber körperlich sehr anstrengend sind und hohe Einsatzbereitschaft verlangen. Daher ist das Argument, dass ausländische Saisoniers die inländischen Arbeitnehmer verdrängen, nicht nachvollziehbar.

Wenn es zu einer "Verdrängung" am Arbeitsmarkt überhaupt kommt, so sind am ehesten Arbeitnehmer mit niedriger Ausbildung und mit mangelnden Deutschkenntnissen betroffen. Gerade die minder qualifizierten Arbeitnehmer sind auf Hilfstätigkeiten, wie beispielsweise Küchengehilfen im Hotel- und Gastgewerbe, angewiesen. Keinesfalls sollte man jedoch die ausländischen Saisoniers als "Sündenböcke" für eine verschärfte Arbeitsmarktlage heranziehen. Denn gerade für die **187.033** land- und forstwirtschaftlichen Betriebe³⁹ und für die **68.261** Beherbergungsbetriebe⁴⁰, die nicht über das Jahr eine gleiche Anzahl von Arbeitnehmern benötigen bzw zu gewissen Zeiten des Jahres erheblich verstärkt arbeiten, ist es fürs "Überleben" wichtig, dass eine

³⁷ Näheres dazu siehe Seite 246 f.

³⁸ Zur Frage der Zumutbarkeit eine Beschäftigung in einem anderen EU-Mitgliedstaat anzunehmen vgl Resch, Verweisung im Sozialrecht und Arbeitnehmerfreizügigkeit, DRdA 1998, 376.

³⁹ Quelle: Statistik Austria, Anzahl der land- und forstwirtschaftlichen Betriebe im Jahr 2007.

⁴⁰ Quelle: Statistik Austria, Anzahl der Beherbergungsbetriebe im Jahr 2008.

ausreichende Anzahl von flexiblen, willigen Arbeitskräften zur Verfügung steht. Der Zustrom von EU-Bürgern aus den "alten" Mitgliedstaaten in die Tourismusbranche kann das Verlangen nach zusätzlichen Arbeitskräften nicht befriedigen, sondern lediglich Lücken füllen. Ausländische Saisonarbeitskräfte sind daher sowohl für die Land- und Forstwirtschaft als auch für das Hotel- und Gastgewerbe unverzichtbare Stützen in der heimischen Arbeitswelt geworden.

Meine Dissertation widmet sich dieser wichtigen Gruppe von Beschäftigten. In den folgenden Kapiteln sollen die rechtlichen Voraussetzungen und die Abläufe für eine Beschäftigung von ausländischen Saisonarbeitskräften in der österreichischen Land- und Forstwirtschaft sowie im Sommer- und Wintertourismus näher dargelegt und erläutert werden. Dabei beschränke ich mich auf ausländische Saisonarbeitskräfte aus den "neuen" Mitgliedstaaten⁴¹ der Europäischen Union⁴² sowie jene aus den Drittstaaten. Unter "ausländischen" Saisonarbeitskräften sind daher all jene Ausländer gemeint, die nicht wie österreichische Staatsbürger zu behandeln sind und eine arbeitsrechtliche Bewilligung benötigen.

Um sich unter dem Thema "Ausländische Saisonarbeitskräfte" etwas vorstellen zu können, möchte ich, bevor ich in medias res gehe, die Lebensbedingungen, den Lebensalltag von ausländischen Saisonarbeitskräften in Österreich und in anderen europäischen Ländern kurz schildern.

⁴¹ Mit Ausnahme von Malta und Zypern.

⁴² Solange für diese "neuen" EU-Bürger die Übergangsbestimmungen gemäß § 32a AuslBG gelten (siehe dazu Seite 106 ff).

2. Abschnitt: Ausländische Saisonarbeitskräfte – die modernen Sklaven?

A. Ausländische Saisonarbeitskräfte in Österreich

Um die 9.900,51 ha Feldgemüseanbauflächen⁴³ oder die 12.389,61 ha Obstanlagen⁴⁴ in Österreich zu bewirtschaften bzw den rund 32,6 Mio in- und ausländischen Gästen⁴⁵ ein optimales Service zu bieten, bedarf es den Einsatz von "haus- und hoffremden" Arbeitskräften. Ein großer Teil der Beschäftigten rekrutiert sich dabei aus dem Pool der ausländischen Saisonarbeitskräfte.

1. Ausländische Saisonarbeitskräfte in der Land- und Forstwirtschaft

Der "typische" Saisonarbeiter in der Land- und Forstwirtschaft ist zwischen 25 und 44 Jahre jung und hält sich drei bis sechs Monate für Arbeiten in der Land- und Forstwirtschaft in Österreich auf. Bei den Landwirtschaftssaisoniers waren im Jahr 2008 folgende fünf Nationalitäten am stärksten vertreten⁴⁶:

Rang	Nationalität	Anzahl der bewilligungspflichtigen Beschäftigten in der Land- und Forstwirtschaft im Jahr 2008	Veränderung gegenüber dem Jahr 2007
1.	Polen	7.967	- 876
2.	Rumänen	6.762	+ 2.028
3.	Ungarn	4.503	+ 88
4.	Slowaken	3.751	- 306
5.	Slowenen	3.154	- 125

Deutlich ersichtlich: Die Zunahme der rumänischen Staatsbürger; den größten Rückgang gab es bei den polnischen Staatsbürgern.

⁴³ Quelle: Statistik Austria, Feldgemüsebauerhebung 2004.

⁴⁴ Quelle Statistik Austria, Erhebung der Erwerbsobstanlagen 2007.

⁴⁵ Quelle: Statistik Austria, Zahl der Gäste (=Ankünfte) im Kalenderjahr 2008.

⁴⁶ Quelle: Arbeitsmarktservice.

Der "klassische" Erntehelfer ist zwischen 25 und 44 Jahre jung und hält sich, da die Bewilligung nur für maximal sechs Wochen erteilt wird, für diesen Zeitraum für Arbeiten in der Landwirtschaft auf. Bei den Erntehelfern waren im Jahr 2008 folgende fünf Nationalitäten am stärksten vertreten⁴⁷:

Rang	Nationalität	Anzahl der bewilligungspflichtigen Erntehelfer im Jahr 2008	Veränderung gegenüber dem Jahr 2007
1.	Polen	5.167	- 1.362
2.	Rumänen	4.752	+ 1.531
3.	Ungarn	4.007	- 63
4.	Slowenen	2.313	+ 346
5.	Slowaken	1.749	- 525

Wie bei den Saisoniers, verzeichnen bei den Erntehelfern die rumänischen Staatsbürger die größte Zuwachsrates; die Polen hatten auch in diesem Sektor den größten Rückgang zu verzeichnen.

Aus der oben angeführten Statistik ist die Zunahme von rumänischen Arbeitskräften (im zweiten Jahr seit dem Beitritt zur EU) deutlich ersichtlich. Im Gegenzug ist eine Abnahme von polnischen und slowakischen Arbeitskräften in der Land- und Forstwirtschaft erkennbar. Die Gründe dafür sind vielseitiger Natur. Einerseits, weil polnische, aber auch slowakische Staatsbürger in "alt" EU-Mitgliedstaaten, in denen es keine Beschränkung punkto Arbeitsmarkt mehr gibt, eine Arbeit in anderen Bereichen als in der Land- und Forstwirtschaft annehmen. Ein höherer Verdienst – zum Beispiel in Großbritannien – ist ein zusätzlicher Anreiz, nicht mehr als Saisonarbeiter in Österreich zu arbeiten. Andererseits erlangen in Österreich rumänische Staatsbürger seit dem Beitritt ihres Landes zur EU (seit dem 1. Jänner 2007) leichter eine Kontingentbewilligung. Dieses Faktum wirkt sich im zweiten Jahr der Mitgliedschaft verstärkt aus. Die Bereitschaft der Rumänen hat sich dadurch erhöht. Obendrein haben die Berichte der ersten rumänischen Arbeitskräfte nicht nur Verwandte und Bekannte in ihrem Land animiert, in Österreich eine Arbeit anzunehmen. Weiters darf nicht außer Acht gelassen werden, dass auch

⁴⁷ Quelle: Arbeitsmarktservice.

in anderen "alt" EU-Mitgliedstaaten Zugangsbeschränkungen⁴⁸ für Rumänen (und Bulgaren) zum Arbeitsmarkt bestehen (zB in Großbritannien). Des Weiteren zählt Rumänien (neben Bulgarien) zu den Niedrigstlohnländern der EU, was viele Rumänen veranlasst, ihre Gehaltsituation im angeblichen "goldenen Westen" zu verbessern.

Die Tätigkeitsfelder von ausländischen Saisonarbeitskräften in der Land- und Forstwirtschaft reichen vom Rebenschneiden bis hin zu diversen Feld- und Erntearbeiten. Zur Spargel- und Erdbeererntezeit ist der Bedarf an ausländischen Saisonarbeitskräften am größten, erfordern doch diese Arbeiten einen sehr hohen Arbeitseinsatz. Auffallend ist, dass zur Spargel- und Erdbeerernte überwiegend mehr Frauen als Männer eingesetzt werden, weil sich – laut Meinung der Betriebsinhaber – Frauen beim Pflücken besser anstellen bzw für die Bückarbeiten besser geeignet sind als Männer. Ausländische Saisonarbeitskräfte werden aber auch für die Weiterverarbeitungsproduktion im Kartoffel-, Karotten-, Zwiebel-, Spargel- oder im Obstanbau eingesetzt. Dazu zählen das Waschen, Sortieren und Verpacken der Ware am Fließband sowie das Absacken und der Transport.

Meistens werden ausländische Saisonarbeitskräfte auf "Anraten" von Familienmitgliedern oder von Freunden, teilweise auch im Wege von Arbeitskräfteüberlassern aus Ost-, Südosteuropa an die Arbeitgeber vermittelt. In Österreich einmal angelangt, stehen ihnen arbeitsintensive Wochen bevor.

Der Lebensalltag und die Lebensbedingungen der ausländischen Saisonarbeitskräfte hängen in der Land- und Forstwirtschaft von der Größe des Betriebes ab. Zwischen "bäuerlichen Betrieben" und "Großbetrieben" besteht in den meisten Fällen ein wesentlicher qualitativer Unterschied bezüglich Arbeitsablauf, Unterbringung, Verpflegung und sozialem Umfeld.

⁴⁸ Siehe Seite 100 ff.

a) *Ausländische Saisoniers in "bäuerlichen" Betrieben:*

In den "bäuerlichen" Betrieben⁴⁹, die eine geringe Anzahl an ausländischen Saisoniers beschäftigen, ist das Verhältnis zwischen Betriebsinhaber und ausländischer Arbeitskraft ein eher inniges und familiäres. Man wohnt meistens unter dem gleichen Dach, und man verbringt auch die meiste Zeit mit der Familie des Landwirtes. Im Haus, im Garten und auf dem Feld arbeitet man meistens gemeinsam, man nimmt auch die Mahlzeiten zusammen ein. Die Integration in die Familie rührt auch daher, dass es sich in den meisten Fällen um Stammarbeitskräfte handelt, die jedes Jahr für einige Wochen auf den Hof kommen. So kennen sie schon die Familie, den Betrieb, die Flächen und die Betriebsphilosophie, was besonders die Tätigkeiten in den Spezialkulturbetrieben erleichtert.

Sofern die ausländische Saisonarbeitskraft nicht täglich zwischen dem Betriebsort und seinem Herkunftsland pendelt, leben und arbeiten sie, wie einst Mägde und Knechte, mit der Familie zusammen.

b) *Ausländische Saisoniers in "Großbetrieben"*

In den großen landwirtschaftlichen Betrieben, die großflächig und intensiv wirtschaften, besteht in den meisten Fällen kein persönlicher Kontakt, werden doch von einem Arbeitgeber mehr als fünf ausländische Arbeitskräfte beschäftigt. Daher herrscht in größeren Betrieben auch eine größere Fluktuation an ausländischen Arbeitskräften.

Auf Grund der größeren Anzahl sind die Arbeitsgruppen oft "hierarchisiert". Häufig üben ein paar lang gediente ausländische Saisoniers die Funktion des "Feldaufsehers", Vorarbeiters oder Traktorfahrers aus, sie fungieren auch als Kontaktmann zum Arbeitgeber und sind auch finanziell besser gestellt. Des Weiteren wird in den meisten Fällen beim Arbeitseinsatz ein maschinelles

⁴⁹ Als bäuerliche Betriebe gelten gemäß § 143 Abs 3 NÖ Landarbeitsordnung jene Betriebe, in denen die Betriebsinhaber selbst sowie ihre im Familienverband lebenden Familienangehörigen im Betrieb mitarbeiten, mit Dienstnehmern in der Regel in Hausgemeinschaft leben und bei der Führung des Betriebes ein leitender Angestellter nicht beschäftigt wird.

Registrierungssystem verwendet. Auf Grund dieses Chipkartensystems, bei dem jeder ausländischer Saisonarbeiter eine Nummer zugeteilt bekommt, ist nach dem Abwiegen mittels einer elektronischen Waage für den Betriebsinhaber ersichtlich, wie viel Kilo Erdbeeren bzw Spargel der ausländische Saisonarbeiter pro Tag gepflückt bzw gestochen hat. Die geernteten Mengen wirken sich in weiterer Folge ebenfalls auf den Lohn aus. Bei den meisten Betrieben bekommen nämlich die ausländischen Erntearbeiter einen Zuschlag zum Arbeitslohn, wenn die geerntete Menge über den Durchschnittswert der Gruppe liegt.⁵⁰ Dieses System erhöht den Arbeitseinsatz, aber gleichzeitig auch den Druck auf die Arbeitskraft.

⁵⁰ Siehe dazu Anhang 1, Seite 279.

2. Ausländische Saisonarbeitskräfte im Hotel- und Gastgewerbe

Wie in der Land- und Forstwirtschaft, sind die ausländischen Saisoniers in der Hotellerie und Gastronomie zwischen 25 und 44 Jahre jung; sie halten sich zwischen drei und sechs Monaten für Dienste im Hotel- und Gastgewerbe in Österreich auf.

Bei den ausländischen Saisoniers in der Hotellerie und Gastronomie waren in der Sommersaison (SS) 2009 folgende fünf Nationalitäten am stärksten vertreten⁵¹:

Rang	Nationalität	Anzahl der bewilligungspflichtigen Saisoniers in der SS 2009	Veränderung gegenüber der SS 2007
1.	Kroaten	1.154	+ 32
2.	Ungarn	1.044	+ 28
3.	Bosnier	817	- 31
4.	Slowaken	637	- 385
5.	Rumänen	438	+ 96

Bei den ausländischen Saisoniers in der Hotellerie und Gastronomie waren in der Wintersaison (WS) 2008/09 folgende fünf Nationalitäten am stärksten vertreten⁵²:

Rang	Nationalität	Anzahl der bewilligungspflichtigen Saisoniers in der WS 2008/09	Veränderung gegenüber der WS 2007/08
1.	Ungarn	2.262	- 59
2.	Kroaten	1.441	- 118
3.	Slowaken	1.285	- 741
4.	Bosnier	1.254	- 169
5.	Rumänen	387	

⁵¹ Quelle: Arbeitsmarktservice.

⁵² Quelle: Arbeitsmarktservice.

Aus obiger Statistik sind im Hotel- und Gastgewerbe keine so großen Veränderungen wie in der Land- und Forstwirtschaft ersichtlich. Aber auch im Hotel- und Gastgewerbe setzt sich der Trend fort: Slowakische Arbeitskräfte nehmen ab, im Gegenzug nimmt die Anzahl an rumänischen Arbeitskräften zu. In der Wintersaison 2007/08 waren die Rumänen nicht einmal unter den fünf stärksten Nationalitäten vertreten. Weiters ist aus der Statistik erkennbar, dass in der Sparte Hotel- und Gastgewerbe die Arbeitskräfte aus Ex-Jugoslawien dominieren.

Die ausländischen Saisonarbeitskräfte sind in den Saisonbetrieben hauptsächlich als Kellner, Köche, Tellerwäscher, Barman/-frau, Reinigungskraft, Masseur, Discjockey oder als animateur eingesetzt.

Untergebracht sind sie meistens in Zimmern, die sich im Keller oder im Dachboden befinden, bzw in einem eigenen Personalhaus. Die Arbeitsbedingungen und der Ablauf des Arbeitstages variieren je nach Tätigkeit. Auch hier kann gesagt werden, desto kleiner der Betrieb, umso inniger und persönlicher ist das Verhältnis zwischen der ausländischen Arbeitskraft und dem "Chef", desto größer und mehr Personal der Betrieb hat, umso distanzierter die Beziehung zwischen Betriebsinhaber und den ausländischen Saisonkräften.

B. Ein globales Phänomen

Arbeitskräfte, die aus dem Ausland kommen und in der Landwirtschaft, im Hotel- und Gastgewerbe für eine gewisse Zeit tätig sind, findet man nicht nur in Österreich, sondern auch in anderen Ländern. Der Bedarf an Arbeitern, die in arbeitsintensiven Zeiten körperlich anstrengende Arbeiten zu niedrigen Lohnbedingungen verrichten, steigt weltweit (USA, Deutschland, Spanien, etc) trotz der immer fortschreitenden Mechanisierung. Die rechtlichen Bedingungen und die Lebenssituation der ausländischen Saisonarbeitskräfte sind hingegen von Land zu Land unterschiedlich.

1. Kalifornien (USA):⁵³

So werden beispielsweise für Arbeiten in den Obst- und Gemüsekulturen Kaliforniens überwiegend Mexikaner (Hispanos) eingesetzt. Für die Rekrutierung der Arbeitskräfte werden Vermittlungsbüros, die sog "labour bosses", eingeschaltet. Der Landwirt braucht nur mehr die gewünschte Anzahl an Arbeitskräften und den Arbeitsbeginn dem Vermittlungsbüro nennen, um alles Weitere kümmert sich dann der "labour boss". Mit dem Geldbetrag, den er für seine Tätigkeit erhält, bezahlt er die Arbeitskräfte, die er am legalen wie auch am "anonymen" Arbeitsmarkt bekommt.

2. Deutschland:

In Deutschland besteht derzeit eine 80:10:10-Regelung, die vor allem vom Deutschen Bauernverband (DBV) heftig kritisiert wird. Nach dieser Regelung werden *„für jeden Betrieb [...] mittel- und osteuropäische Beschäftigte in der Höhe von 80 % der Zulassungen des Jahres 2005 [Anm: das waren 325.000 ausländische Saisonarbeiter] ohne individuelle Prüfung der Vermittlungsmöglichkeiten inländischer Arbeitsuchender zur Beschäftigung zugelassen“*⁵⁴. Weitere Zulassungen werden nur in einem Ausmaß von 10 %

⁵³ Information aus dem Buch Bittere Ernte – Die moderne Sklaverei in der industriellen Landwirtschaft Europas (2004).

⁵⁴ Bundesagentur für Arbeit, Merkblatt für Arbeitgeber zur Vermittlung und Beschäftigung ausländischer Saisonarbeitnehmer und Schaustellergehilfen.

der Zulassungen des Jahres 2005 bewilligt, wenn keine inländischen Arbeitsuchenden vermittelt werden können. Die restlichen 10 Prozent bleiben deutschen Arbeitnehmern vorbehalten. Durch diese 80:10:10 Regelung will man vor allem deutsche Arbeitslose verstärkt in kurzfristige Saisonbeschäftigungen vermitteln. Eine Ausnahme von der 80:10:10 Regelung besteht in jenen Fällen, wenn in Arbeitsagenturbezirken die Arbeitslosenquote weniger als 7,5 Prozent beträgt. In einem solchen Fall dürfen gleich 90 Prozent der im Jahr 2005 zugelassenen mittel- und osteuropäischen Saisonarbeitskräfte ohne Arbeitsmarktprüfung bewilligt werden, 10 Prozent bleiben aber den deutschen Arbeitskräften vorbehalten.

Kritisiert wird an dieser Regelung jedoch, dass nicht mehr als maximal 90 Prozent der ausländischen Saisonarbeitskräfte zum Arbeitsmarkt zugelassen werden, selbst wenn nachweislich keine Arbeitskräfte am heimischen Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen. Für Kleinbetriebe gilt eine Ausnahmeregelung: Maximal vier ausländische Saisonarbeitskräfte dürfen pro Kalenderjahr ohne vorherige Prüfung der Vermittlungsmöglichkeiten arbeiten.

Für die Arbeitsaufnahme benötigen die ausländischen Saisonarbeitskräfte, die überwiegend aus Polen kommen, in Deutschland eine Arbeitserlaubnis, die von den Agenturen für Arbeit⁵⁵ ausgestellt wird. Dazu muss der Arbeitgeber vor Arbeitsaufnahme den ausgefüllten Vordruck "Einstellungszusage/Arbeitsvertrag" sowie sein Vertragsangebot an die ausländische Arbeitskraft, die mindestens 18 Jahre alt sein muss, bei der Agentur für Arbeit abgeben. Es ist auch möglich, einen bestimmten Ausländer anzufordern, den der Arbeitgeber bereits kennt. Bei einer nichtnamentlichen bzw. anonymen Anforderung vermittelt die Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (ZAV) geeignete ausländische Bewerber, an Hand der Angaben des Ausländers in seinem Bewerbungsbogen, dem Arbeitgeber.

Seit 1. Jänner 2009 kann die Arbeitsgenehmigung für eine Beschäftigung in der Land- und Forstwirtschaft, im Hotel- und Gaststättengewerbe, in der Obst- und Gemüseverarbeitung sowie in Sägewerken für bis zu **sechs Monate** im Kalenderjahr erteilt werden.

⁵⁵ Die Agentur für Arbeit ist das deutsche Pendant zum österreichischen Arbeitsmarktservice.

Bei der Entlohnung dürfen die tariflichen Löhne nicht unterschritten werden, der Stundenlohn in Deutschland betrug im Jahr 2008 zwischen 5,50 und 7,00 Euro brutto, wobei Abzüge für Wohnung und Essen hinzukommen. Die wöchentliche Arbeitszeit für ausländische Saisonarbeitskräfte muss mindestens 30 Stunden bei durchschnittlich sechs Stunden Tagesarbeitszeit betragen.

3. Spanien:⁵⁶

Ein besonders krasses Beispiel der Situation von ausländischen Arbeitskräften in der Landwirtschaft findet sich in der spanischen Provinz Almeria, Region Südandalusien. In der Provinz Almeria werden auf mehr als 35.000 Hektar Obst und Gemüse für den europäischen Markt in Plastikgewächshäusern angebaut. *„Es handelt sich hier um die größte Konzentration von Gemüse- und Obstanbau unter Plastik. Dieses "Plastikmeer" ist sogar vom Mond aus erkennbar!“*⁵⁷

Man kann sich daher leicht vorstellen, dass in dieser "künstlichen Welt" ein großer Bedarf an "fleißigen Händen" besteht, die für diverse Feldarbeiten in den Plastik- und Glasgewächshäusern eingesetzt werden. Sei es, um die großen Mengen⁵⁸ an Tomaten, Paprika, Gurken und andere Obst- und Gemüsesorten zu ernten, sei es, um die Obst- und Gemüsepflanzen zu spritzen und zu kultivieren oder andere Feldarbeiten zu erledigen.

Weil sich für diese Arbeiten nicht genügend einheimischen Arbeitskräfte finden, die obendrein die niedrigen Löhne und die schlechten Arbeitsbedingungen nicht akzeptieren, werden ausländische Saisonarbeiter, die, je nach Bedarf, rasch eingestellt und wieder rasch entlassen werden können, eingesetzt. Man kann, das ist das Besondere in Spanien, zwei "Typen" von ausländischen Arbeitskräften unterscheiden. Einerseits die nach unserem Verständnis legalen Saisonarbeitskräfte, andererseits die illegalen "Arbeitsmigranten"⁵⁹.

⁵⁶ Information aus dem Buch Bittere Ernte – Die moderne Sklaverei in der industriellen Landwirtschaft Europas (2004).

⁵⁷ Bell, Bittere Ernte – Die moderne Sklaverei in der industriellen Landwirtschaft Europas 10.

⁵⁸ Auf den 30.000 Hektar Anbauflächen werden für jeden Europäer mehr als zehn Kilo Gemüse im Jahr produziert.

⁵⁹ Schätzungsweise leben mehr als 500.000 Ausländer ohne Aufenthaltsgenehmigung in ganz Spanien. Viele illegale Immigranten wurden schon durch die spanische Regierung legalisiert.

Die typischen Saisonarbeitskräfte, die sich für ein paar Monate legal in Spanien aufhalten und arbeiten dürfen, kommen aus Rumänien, Polen, Bulgarien, Marokko und teilweise auch aus Lateinamerika. Sie werden meistens in ihren Ursprungsländern durch Arbeitsvermittler angeworben. Ihr Tageslohn beträgt ca Euro 36,-- für mindestens 40 Stunden in der Woche.

Ein großer Teil der Landarbeiter sind illegale Arbeitsmigranten, die mit kleinen, kaum seetauglichen Booten über die Meerenge von Gibraltar nach Spanien kommen oder auf den Kanarischen Inseln⁶⁰ landen, um dann weiter aufs spanische Festland gebracht zu werden. Die Arbeitsmigranten kommen aus den Maghrebstaaten⁶¹, vor allem aus Marokko und Algerien, und aus Schwarzafrika⁶². Sie wollen ihrer ärmlichen, aussichtslosen Situation in ihrer Heimat entfliehen und mittels Schlepper nach Europa gelangen, um hier ihr Glück zu versuchen. So hoffen viele, in der Provinz Almeria als Landarbeiter in der Landwirtschaft angeheuert zu werden, um dann später anderswo in Spanien oder in einem anderen westeuropäischen Land unterzukommen.

In Almeria einmal angelangt, wohnen sie, im Gegensatz zu den "typischen" Saisonarbeitskräften, meistens zwischen den Gewächshäusern in selbst gebastelten Verschlägen aus Karton und Plastikresten, in denen 20, 40 oder mehr Leute hausen. Manche übernachten nur in Lagerhallen oder in kleinen, leer stehenden landwirtschaftlichen Gebäuden. Vieler dieser Behausungen haben kein Trinkwasser, verfügen über keine Toiletten und Badanlagen, elektrischer Strom ist selten vorhanden.

Mangels Besitz von persönlichen Dokumenten haben sie keine Beschäftigungsbewilligung und Aufenthaltsgenehmigung, sie können daher jederzeit abgeschoben werden. Sie arbeiten über das zulässige Maß an Arbeitsstunden und bekommen um die vier Euro pro Stunde, was einer "Ausbeutung" entspricht. Da sie "illegal" arbeiten, sind sie natürlich auch nicht sozialversichert. Je nach Auftragslage werden sie angeworben oder entlassen. Ein Dienstvertrag wird nicht abgeschlossen.

⁶⁰ So landeten im Jahr 2006 ca 31.000 "Boat People" aus Afrika auf den Kanarischen Inseln, etwa 6.000 Flüchtlinge überlebten die gefährliche Überfahrt nicht.

⁶¹ Zu den Maghrebstaaten zählen Marokko, (Nord-)Algerien und Tunesien.

⁶² Als Schwarzafrika bezeichnet man den südlich der Sahara gelegenen Teil des afrikanischen Kontinents.

Die Migranten sind daher der besonderen Willkür der Arbeitgeber ausgesetzt. Es gibt auch zu wenig Arbeitsinspektoren, die die rund 32.000 landwirtschaftlichen und anderen Betriebe in der Region kontrollieren.

Zwar unterstützen lokale Landarbeitergewerkschaften und diverse NGOs, wie beispielsweise das "Europäische BürgerInnenforum", die ausländischen Landarbeiter bei der Durchsetzung ihrer Rechte. Sie prangern die prekären Arbeits- und Lebensbedingungen an, jedoch nimmt sich die spanische (lokal) Politik nur sehr zaghaft der Problematik an, ist doch die lokale Wirtschaft von diesem Produktionsmodell und System abhängig. Eine ganze Region lebt vom Gemüse- und Obstanbau, der zu niedrigsten Produktionskosten erfolgen soll. Darunter leidet natürlich die menschliche Arbeitskraft.

Die geschilderten Beispiele zeigen, dass sich das Thema "Ausländische Saisonarbeitskräfte" nicht nur auf Österreich beschränkt, sondern ein globales Phänomen ist. In unzähligen Ländern besteht ein Bedarf an fleißigen Händen, die auf Plantagen, Feldern, Gärten, in Hotels, Restaurants, Ski- und Schutzhütten arbeiten. Die rechtliche Stellung der ausländischen Saisonarbeitskräfte ist, wie bereits erwähnt, eine unterschiedliche.

Dabei darf jedoch eines nicht übersehen werden: Im Mittelpunkt stehen Menschen und nicht Sklaven, die wie Ernte- oder Putzmaschinen zu funktionieren haben! Es sind immer Menschen, die auf Suche nach Arbeit sind, um ihre Lebensbedingungen und die ihrer Familien zu verbessern.

Die genauen rechtlichen Bestimmungen betreffend Beschäftigung von ausländischen Saisoniers in Österreich werden nun in den folgenden Kapiteln näher dargelegt.

II. Teil: Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes

1. Abschnitt: Begriffsbestimmung des "A u s l ä n d e r s" nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz

Wenn man von "ausländischen" Arbeitskräften spricht, stellt sich zuerst einmal die Frage, wer nun eigentlich als "Ausländer" gilt, und welche rechtlichen Konsequenzen dieser Status mit sich bringt.

Die Beschäftigung von Ausländern in Österreich ist im Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG)⁶³ geregelt. *„Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt“* (§ 2 Abs 1 AuslBG)⁶⁴. Diese Definition deckt sich auch mit dem Begriff "Fremder" nach dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG)⁶⁵ – *„Im Sinn dieses Bundesgesetzes ist Fremder: wer die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzt“* (§ 2 Abs 4 Z 1 FPG). Als Ausländer gelten somit nicht nur Staatsangehörige aus Drittstaaten, sondern auch Staatsangehörige aus den übrigen 26 Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Nach der Begriffsbestimmung des § 2 Abs 1 AuslBG haben damit nur österreichische Staatsbürger freien Zugang zum inländischen Arbeitsmarkt.

Staatsangehörige aus anderen Ländern unterliegen daher grundsätzlich der Bewilligungspflicht nach dem AuslBG. Das AuslBG verfolgt damit das Ziel, mittels behördlicher Kontrolle die Beschäftigung von Ausländern an die Aufnahmefähigkeit des Arbeitsmarktes und an die Bedürfnisse der Wirtschaft zu knüpfen. *„Das Gesetz unterscheidet daher beim Einsatz des*

⁶³ BGBl 1975/218 idF BGBl I 2009/135.

⁶⁴ Der Erwerb der österreichischen Staatsbürgerschaft wird durch das Staatsbürgerschaftsgesetz (BGBl 1985/311 idgF) geregelt;

vgl. *Bachmann in Bachmann ua* (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*⁷ (2008) 137.

⁶⁵ BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2009/135.

*verwaltungsbehördlichen Instrumentariums zwischen verschiedenen Gruppen von Ausländern, je nachdem, wie ihre Stellung im und ihr Einfluß auf den österreichischen Arbeitsmarkt ist.*⁶⁶

Nicht jeder Ausländer unterliegt jedoch den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes. So sind nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz zwei Gruppen von Ausländern vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen:

*„In der ersten Gruppe sind Personen zusammengefasst, die trotz fehlender Staatsbürgerschaft nicht dem AuslBG unterliegen, die also vom persönlichen Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen sind. In die zweite Gruppe fallen Ausländer, die nur hinsichtlich bestimmter Beschäftigungen nicht dem Gesetz unterliegen, die also zumindest teilweise vom sachlichen Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen sind.*⁶⁷

Zur ersten Gruppe zählen jene Personengruppen, die in § 1 Abs 2 lit a, l und m AuslBG genannt sind. Dazu zählen Asylberechtigte bzw subsidiäre Schutzberechtigte⁶⁸ nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG)⁶⁹ und EWR-Bürger samt Familienangehörigen⁷⁰. Sie sind hinsichtlich jedweder Beschäftigungsausübung vom AuslBG ausgenommen.

Zur zweiten Gruppe zählen jene Ausländer, die Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs 2 lit b bis j AuslBG ausüben. Dazu zählen beispielsweise wissenschaftliche, pädagogische, diplomatische, seelsorgerische oder journalistische Tätigkeiten für bestimmte Institutionen. Übt der betreffende Ausländer andere Tätigkeiten als jene, die in lit b bis j erwähnt sind, aus, so unterliegt der Ausländer hinsichtlich dieser Tätigkeiten den Vorschriften des AuslBG.

Weitere Ausnahmen vom AuslBG können auf Grund zwischenstaatlicher Vereinbarungen oder durch Verordnung seitens des BMASK festgelegt werden⁷¹.

⁶⁶ Schnorr, Ausländerbeschäftigungsgesetz⁴ (1998) § 1 Rz 1.

⁶⁷ Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995) 67.

⁶⁸ Näheres dazu im 2. Abschnitt, A., Seite 49 ff.

⁶⁹ Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl – BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2009/135.

⁷⁰ Näheres dazu im 2. Abschnitt, B., Seite 56 ff.

⁷¹ Vgl § 1 Abs 3 und 4 AuslBG.

Personen bzw Tätigkeiten, die unter einen der genannten Ausnahmetatbestände fallen, dürfen ohne die entsprechende Bewilligung/Erlaubnis nach dem AuslBG eine Beschäftigung in Österreich aufnehmen und ausüben. Sie sind daher wie österreichische Staatsbürger zu behandeln.

2. Abschnitt: Ausnahmen nach dem persönlichen Geltungsbereich

Zu den vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen Personengruppen zählen:

A. Asyl- und subsidiäre Schutzberechtigte

- „Ausländer, denen der Status eines Asylberechtigten (§ 3 des Asylgesetzes 2005 – AsylG 2005, BGBl I Nr 100/2005) oder der Status eines subsidiär Schutzberechtigten (§ 8 AsylG 2005) zuerkannt wurde“ (§ 1 Abs 2 lit a AuslBG).

Unter dem **Status eines Asylberechtigten** fallen jene Ausländer, denen in Österreich rechtskräftig Asyl gewährt wurde⁷², die aus diesem Grunde ein dauerndes Einreise- und Aufenthaltsrecht⁷³ haben. Sie müssen daher über einen rechtskräftigen Asylbescheid⁷⁴ einer österreichischen Asylbehörde verfügen, der ihnen den Status des Asylberechtigten zuerkennt. Auf Antrag des Asylberechtigten ist diesem ein Konventionsreisepass⁷⁵ nach § 94 FPG auszustellen. Mit dem Status eines Asylberechtigten erlangen sie die Eigenschaft eines **Konventionsflüchtlings**.

Gemäß § 8 Abs 1 AsylG 2005 ist einem Fremden der **Status des subsidiären Schutzberechtigten**⁷⁶ zuzuerkennen, wenn der Asylantrag in Bezug auf die

⁷² Der Status eines Asylberechtigten ist zuzuerkennen, wenn dem Asylantragsteller im Herkunftsland Verfolgungsgefahr iSd Art 1 Abschnitt A Z 2 Genfer Flüchtlingskonvention droht und wenn keine Zurückweisungsgründe vorliegen; Näheres vgl *Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005⁴ (2008) 53.

⁷³ Vgl § 2 Abs 1 Z 15 AsylG 2005.

⁷⁴ Ein Bescheid ist als individueller, hoheitlicher, im Außenverhältnis ergehender, normativer (rechtsgestaltender oder rechtsfeststellender) Verwaltungsakt zu qualifizieren; vgl *Walter/Mayer*, Verwaltungsverfahrensrecht⁸ (2003) Rz 379; vgl; *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht⁴ (2009) Rz 417; vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 605.

⁷⁵ Ist ein Reisedokument für Fremde, denen in Österreich oder in einem anderen Staat der Status des Asylberechtigten gewährt wurde. Im Fall der Gewährung des Status eines Asylberechtigten in einem anderen Staat, muss für einen Aufenthalt in Österreich ein unbefristeter Aufenthaltstitel vorliegen.

Näheres regelt die Konvention über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (BGBl 1955/55 idgF).

⁷⁶ Näheres zum Status des subsidiären Schutzberechtigten vgl *Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht³ (2007) 225.

Zuerkennung des Status des Asylberechtigten abgewiesen oder der Status des Asylberechtigten aberkannt wurde, jedoch im Falle einer „Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in seinen Herkunftsstaat eine reale Gefahr einer Verletzung von Art 2 EMRK, Art 3 EMRK oder der Protokolle Nr 6 oder Nr 13 zur Konvention [Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)⁷⁷] bedeuten würde oder ihn als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde“ (§ 8 Abs 1 AsylG 2005).⁷⁸

Wird nun einer Person der Status eines subsidiären Schutzberechtigten im ablehnenden Asylbescheid zuerkannt⁷⁹, so erlangt er/sie ein vorübergehendes, verlängerbares Einreise- und Aufenthaltsrecht⁸⁰ und seit der Novelle BGBl I 2007/78 zum Ausländerbeschäftigungsgesetz, die am 1. Jänner 2008 in Kraft trat, einen sofortigen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt.⁸¹ „Der Hintergrund dieser Regelung liegt nach den Erläuterungen darin, dass die "tatsächliche Situation dieser Personen im wesentlichen derjenigen von Asylberechtigten" entsprechen würde. Diese Auffassung der Erläuterungen ist mE korrekt, insb was die mangelnde Möglichkeit der Rückkehr beider Gruppen betrifft. [...] Von dieser Regelung sind alle subsidiär schutzberechtigten Personen umfasst: Zwar verweist § 1 Abs 2 lit a AuslBG 2005 ausdrücklich auf § 8 AsylG 2005, allerdings gilt gem § 75 Abs 6 AsylG 2005 dieser Status auch

⁷⁷ Art 2 EMRK statuiert das Recht auf Leben, Art 3 EMRK das Verbot der Folter, das 6. Zusatzprotokoll zur EMRK umfasst die Abschaffung der Todesstrafe und das 13. Zusatzprotokoll zur EMRK umfasst die vollständige Abschaffung der Todesstrafe.

⁷⁸ Ob der Status eines subsidiären Schutzberechtigten zuzuerkennen ist, ist von Amts wegen zu prüfen. Ein selbständiges Antragsrecht auf Status eines subsidiären Schutzberechtigten besteht nicht (vgl ErläutRV 952 BlgNR 22. GP).

⁷⁹ Gemäß § 52 Abs 1 AsylG 2005 ist für subsidiär Schutzberechtigten eine Karte für subsidiär Schutzberechtigte auszustellen, die dem Nachweis der Identität und der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes im Bundesgebiet dient.

⁸⁰ Vgl § 2 Abs 1 Z 16 AsylG 2005; mit der Zuerkennung des Status eines subsidiären Schutzberechtigten ist gleichzeitig von der zuerkennenden Behörde eine befristete Aufenthaltsberechtigung als subsidiär Schutzberechtigter, die vorläufig für ein Jahr gilt, zu erteilen (vgl § 8 Abs 4 AsylG 2005). Über Antrag des Fremden ist eine Verlängerung für jeweils ein weiteres Jahr möglich.

⁸¹ Damit wurde auch die Vorgabe des Art 26 Abs 3 der Statusrichtlinie (RL 2004/83/EG des Rates v 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl L 2004/304,12) umgesetzt. Demnach haben die Mitgliedstaaten Personen, denen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, unmittelbar nach der Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus, die Aufnahme einer unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit nach den Vorschriften, die für den betreffenden Beruf oder für die öffentliche Verwaltung allgemein gelten, zu gestatten.

*als allen Personen zuerkannt, denen nach älteren Bestimmungen eine solcherart befristete Aufenthaltsberechtigung zugekommen ist.*⁸²

Ich vertrete ebenfalls die Auffassung, dass die Gleichstellung der subsidiären Schutzberechtigten betreffend des Zugangs zum Arbeitsmarkt mit Asylberechtigten ein richtiger und korrekter Schritt gewesen ist, da kein wesentlicher sachlicher Grund ersichtlich ist, warum subsidiäre Schutzberechtigte – wie nach der alten Rechtslage – erst nach einem Jahr ab Zuerkennung dieser Stellung freien Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten haben. Wenn sie schon mit Zuerkennung des Status eine Aufenthaltsberechtigung von einem Jahr bekommen, ist es durchaus legitim, gleichzeitig, wie bei der Zuerkennung des Status eines Asylberechtigten, freien Zugang zum Arbeitsmarkt zu erlangen.

Asylberechtigte bzw subsidiäre Schutzberechtigte dürfen daher sofort nach Zuerkennung des Status⁸³ bewilligungsfrei (ohne Beschäftigungsbewilligung) eine Beschäftigung aufnehmen, weil sie gemäß lit a vom persönlichen Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen sind.⁸⁴

Um vom AuslBG ausgenommen zu sein, ist notwendig, dass der Status des Asylberechtigten bzw des subsidiär Schutzberechtigten bei Beschäftigungsaufnahme vorliegt. *„Fehlendes Verschulden an der Übertretung der Bewilligungspflicht oder guter Glaube an der Rechtmäßigkeit einer Beschäftigung nach dem AuslBG können weder die Bewertung der Beschäftigungszeiten als objektiv unrechtmäßig hindern, noch zu einem gutgläubigen Erwerb von anrechenbaren Beschäftigungszeiten führen (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 21. Oktober 1998, Zl. 96/09/0187). [...] Dem steht auch nicht Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und*

⁸² Peyrl, Änderungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und Arbeitsvertragsrechts-Änderungsgesetzes – Entsendung, Forscher und Matrosen, DRdA 2008, 78.

⁸³ Hinsichtlich der Festlegung von Mindestnormen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, sowie des Inhalts des zu gewährenden Schutzes vgl RL 2004/83/EG des Rates v 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABI L 2004/304, 12; dazu vgl Urbantschitsch, Asylrecht, ecolex 2004, 936.

⁸⁴ Betreffend Familiennachzug zu Asylberechtigten ist dieser abschließend in § 46 Abs 4 Z 3 lit d NAG geregelt und auf Familienangehörige iSd § 2 Abs 1 Z 9 NAG beschränkt; vgl VwGH 28.06.2006, 2002/21/0028.

Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, entgegen, weil mit verwaltungsrechtlichen Eingriffen in das Recht, Ausländer zu beschäftigen bzw. die Ausstellung eines Befreiungsscheines zu erlangen, "civil rights" nicht verletzt würden (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 29. Oktober 1997, Zl. 95/09/0326, und die darin angegebene weitere Judikatur sowie das hg. Erkenntnis vom 10. Februar 1999, Zl. 97/09/0333).⁸⁵ Der VwGH hat damit in seinen Erkenntnissen ausgesprochen, dass das Recht auf Beschäftigung von Ausländern keinen "zivilrechtlichen Anspruch" (civil right) iSd Art 6 Abs 1 EMRK darstellt.

E contrario ergibt sich, dass Asylwerber⁸⁶, die bis zur Entscheidung im Asylverfahren lediglich zum vorläufigen Aufenthalt in Österreich berechtigt sind (§§ 12 f AsylG 2005), vom Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 lit a AuslBG nicht erfasst sind. Sie bedürfen daher zur Arbeitsaufnahme einer Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG. Da Asylwerber nicht zu den bevorzugten Personengruppen betreffend der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen zählen, bekommen Asylwerber in der Regel nur eine Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der festgelegten Kontingente für die Dauer von höchstens sechs Monaten erteilt.⁸⁷ Eine Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente darf dem Asylwerber gemäß § 4 Abs 3 Z 7 AuslBG jedoch nur dann erteilt werden, wenn er „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 nach §§ 12 oder 13 AsylG 2005 verfügt oder gemäß § 46a FPG geduldet ist, und zuletzt gemäß § 1 Abs. 2 lit. a vom Anwendungsbereich

⁸⁵ VwGH 16.5.2001, 98/09/0152.

⁸⁶ Hinsichtlich der Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylwerbern vgl RL 2003/9/EG des Rates v 27.1.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, ABl L 2003/31, 18; dazu vgl Marx, Umsetzung der Aufnahmerichtlinie in Österreich, migraLex 2005, 82.

⁸⁷ Keine Beschäftigungsbewilligung benötigen Asylwerber für gemeinnützige Tätigkeiten im Rahmen des § 7 Grundversorgungsgesetz–Bund 2005 (GVG-B 2005, BGBl 1991/405 idF BGBl I 2009/122). Gemäß § 7 Abs 3 GVG-B 2005 zählen dazu Hilfstätigkeiten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit ihrer Unterbringung stehen (zB Reinigung, Küchenbetrieb, Transporte, Instandhaltung innerhalb der Betreuungseinrichtung) sowie gemeinnützige Hilfstätigkeiten für den Bund, Land und Gemeinden (zB Landschaftspflege und -gestaltung, Betreuung von Park- und Sportanlagen, Unterstützung in der Administration). Durch diese Tätigkeiten wird gemäß § 7 Abs 6 GVG-B 2005 kein Dienstverhältnis begründet und es bedarf keiner ausländerbeschäftigungsrechtlichen Erlaubnis.

dieses Bundesgesetzes ausgenommen war oder auf Grund einer Verordnung gemäß § 76 NAG zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt ist oder Sichtvermerks- und Niederlassungsfreiheit genießt;“ (§ 4 Abs 3 Z 7 AuslBG⁸⁸)

§ 4 Abs 3 Z 7 AuslBG statuiert damit für Asylwerber vom Zeitpunkt der Einbringung des Antrages auf internationalen Schutz bis zu den ersten drei Monaten ab Zulassung ihres Asylverfahrens ein Beschäftigungsverbot. Möchte also ein Asylwerber als Saisonarbeitskraft in Österreich arbeiten, so kann der Arbeitgeber – soweit das Verfahren anhängig ist – erst drei Monate nach Zulassung des Asylverfahrens eine Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente beantragen.

Asylwerber, denen eine Beschäftigungsbewilligung nach § 4 Abs 3 Z 7 AuslBG ausgestellt werden darf, sind gemäß § 13 AsylG 2005 vom Zeitpunkt der Zulassung zum Asylverfahren, bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Einstellung oder Gegenstandslosigkeit des Verfahrens oder bis zum Entzug des Aufenthaltsrechts nach § 62 Abs 1 FPG zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt. Ab der Antragsstellung auf internationalen Schutz können sie gemäß § 12 Abs 1 AsylG 2005, außer in den Fällen des § 12a AsylG 2005, bis zur Erlassung einer durchsetzbaren Entscheidung, bis zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens oder nach einer Einstellung bis zu dem Zeitpunkt, an dem eine Fortsetzung des Verfahrens gemäß § 24 Abs 2 AsylG 2005 nicht mehr zulässig ist, weder zurückgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben werden. Ihnen kommt ein faktischer Abschiebeschutz zu.⁸⁹

Wird dem Fremden der Status des Asylberechtigten⁹⁰ bzw subsidiären Schutzberechtigten bescheidmäßig aberkannt⁹¹ darf gemäß § 3 Abs 7 AuslBG

⁸⁸ IdF BGBl I 2009/120.

⁸⁹ Vgl Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005⁴ (2008) 399.

⁹⁰ So ist gemäß § 7 Abs 2 AsylG 2005 ein Verfahren zur Aberkennung des Status des Asylberechtigten jedenfalls einzuleiten, wenn der Fremde straffällig geworden ist iSd § 2 Abs 3 AsylG 2005 und das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 7 Abs 1 AsylG 2005 (dazu zählen zB das Vorliegen eines Asylausschlussgrundes nach § 6 AsylG 2005, zB wenn der Asylberechtigte aus gewichtigen Gründen eine Gefahr für die Sicherheit der Republik Österreich darstellt) wahrscheinlich ist.

⁹¹ Hinsichtlich der Festlegung von Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft vgl RL 2005/85/EG des Rates v 1.12.2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ABI L 2005/326, 13.

das Beschäftigungsverhältnis, das noch im Zeitpunkt der Begünstigung aufgenommen wurde, bei dem selben Arbeitgeber bis zum Ende des Beschäftigungsverhältnisses weitergeführt werden.⁹² In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage der zulässigen Ausweisung. Mit der Aberkennung des Status des Asylberechtigten nach § 7 AsylG 2005 bzw. subsidiären Schutzberechtigten nach § 9 AsylG 2005 ist gemäß § 10 Abs 1 AsylG 2005 die Ausweisung verpflichtend zu verbinden⁹³, soweit dies gemäß § 10 Abs 2 AsylG zulässig ist.⁹⁴ Nach rechtskräftiger Aberkennung des Status sind Ausweise und Karten, die den jeweiligen Status bestätigen, vom Fremden der Behörde zurückzustellen. Dem Fremden kommt damit keine Berechtigung zum Aufenthalt mehr zu und muss, um eine Abschiebung nach § 46 FPG zu entgehen, das Bundesgebiet verlassen.

Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der Kontingente von Asylwerbern, dessen Antrag auf Gewährung des Status Asylberechtigter als auch des subsidiär Schutzberechtigten während der Laufzeit der Beschäftigungsbewilligung ab- oder zurückgewiesen sowie ein Ausweisungsverfahren eingeleitet wurde, können vom zuständigen AMS gemäß § 9 Abs 2 lit a AuslBG widerrufen⁹⁵ werden, da sich die Voraussetzungen, unter denen die Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde, wesentlich geändert haben.

Wie im "3. Abschnitt: Auflagen, Widerruf" auf Seite 218 ff. ausgeführt, ist im Falle eines Widerrufs – auch bei befristeten Beschäftigungsverhältnissen – jedoch auf die Kündigungsfristen bzw. -termine sowie auf § 105 Abs 1 des ArbVG⁹⁶ und auf die Zustellfrist Bedacht zu nehmen. Der Widerruf der Beschäftigungsbewilligung wird daher erst zu jenem Zeitpunkt wirksam, der sich bei frühestmöglicher Kündigung durch den Arbeitgeber ergibt. Jedoch ist das AMS nach dem AuslBG nicht verpflichtet, die Beschäftigungsbewilligung im

⁹² Vgl. Bichl/Schmid/Szymanski, Das neue Recht der Arbeitsmigration § 3 AuslBG 129.

⁹³ Vgl. Frank/Anerinhof/Filzwieser, AsylG 2005⁴ (2008) 322.

⁹⁴ Gemäß § 10 Abs 2 AsylG 2005 ist eine Ausweisung unzulässig, (1.) wenn dem Fremden ein Aufenthaltsrecht nach dem FPG, NAG oder nach Gemeinschaftsrecht zukommt oder (2.) wenn die Ausweisung eine Verletzung von Art 8 EMRK darstellen würde.

⁹⁵ Zum Widerruf siehe Seite 218 ff.

⁹⁶ Statuiert die dem Betriebsinhaber treffende vorherige Verständigungspflicht des Betriebsrates bei einer Kündigung.

Rahmen der Kontingente zu widerrufen⁹⁷. Dass in einem solchen Fall der "Kann-Widerruf" als ein "Muss" zu lesen ist, würde dem Gesetzeswortlaut des § 9 AuslBG eindeutig widersprechen.

Problematisch in diesem Zusammenhang könnte das Verhältnis der Bedachtnahme auf die Kündigungsfristen bzw –termine, auf § 105 Abs 1 des ArbVG und auf die Zustellfrist bei einem Widerruf versus rechtskräftige Ausweisung⁹⁸ sein. Wenn die veranlasste Ausweisung aus Österreich vor dem frühestmöglichen Beendigungstermin des Beschäftigungsverhältnisses (Kündigungstermin bzw Wirksamkeitsbeginn des Widerrufs) in Rechtskraft erwächst, so müsste der Fremde – um einer Abschiebung vorzukommen – das Bundesgebiet auf Grund der rechtskräftigen Ausweisung verlassen, obwohl er vom Arbeitgeber noch bis zum Kündigungstermin bzw bis zum Beginn der Wirksamkeit des Widerrufs weiterbeschäftigt werden darf. Ein Rechtsanspruch des Fremden, dass die Behörde mit dem Auftrag an die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zur Abschiebung nach § 46 FPG bis zum frühestmöglichen Beendigungstermin des Arbeitsverhältnisses zuwartet, um das Arbeitsverhältnis bis zu diesem Termin fortzuführen sowie um die Beendigungsansprüche (zB Urlaubersatzleistung)⁹⁹ nicht zu verlieren, besteht weder nach dem FPG (insbesondere nach §§ 50 und 51 FPG) noch nach dem AsylG (insbesondere nach §§ 8 und 9 AsylG).

Der (guten) Ordnung halber möchte ich noch darauf hinweisen, dass der Ausnahmetatbestand nach § 1 Abs 2 lit a AuslBG nicht für Konventionsflüchtlinge gilt, denen in einem anderen Staat der Status des Asylberechtigten gewährt wurde. Um vom Ausnahmetatbestand nach lit a erfasst zu sein, muss er neben einem ausländischen Konventionsreisepass über einen unbefristeten Aufenthaltstitel für Österreich verfügen.

⁹⁷ Es liegt kein taxativer Widerrufgrund nach § 9 Abs 1 AuslBG vor.

⁹⁸ Zu den Kriterien, die von den Behörden zur Prüfung der Zulässigkeit einer Ausweisung zugrunde zulegen sind, vgl VfGH 29.9.2007, B 328/07 und B 1150/07; vgl dazu auch *Bruckner*, Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz im Lichte der bisherigen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, *migraLex* 2008, 19.

⁹⁹ Vgl *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), *Arbeitsrecht* II⁶ (2008) 173.

B. EWR-Bürger und drittstaatsangehörige Familienmitglieder

Nach § 1 Abs 2 lit l und m AuslBG sind auf

- EWR-Bürger,
- drittstaatsangehörige Ehegatten¹⁰⁰ eines EWR-Bürgers oder eines österreichischen Staatsbürgers,
- Kinder eines EWR-Bürgers oder eines österreichischen Staatsbürgers (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder), sowie
- drittstaatsangehörige Eltern eines EWR-Bürgers und seines Ehegatten

die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes nicht anzuwenden. Die Ausnahme vom Geltungsbereich nach lit l und m des AuslBG ist den betroffenen drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern von der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice (rG AMS) auf deren Antrag zu bestätigen¹⁰¹, jedoch darf der österreichische Arbeitgeber diesen Familienangehörigen auch ohne Vorlage einer derartigen Bestätigung beschäftigen. Eine verpflichtende Beantragung einer diesbezüglichen Bestätigung besteht nach dem Gesetz nicht.¹⁰²

1. EWR-Bürger:

Gemäß § 2 Abs 6 AuslBG sind EWR-Bürger „*Ausländer, die Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen)*“¹⁰³ sind.“¹⁰⁴ Als EWR-Bürger im Sinne der § 2 Abs 6 AuslBG,

¹⁰⁰ Da auf Grund des am 1. Jänner 2010 in Kraft getretenen Eingetragenen Partnerschafts-Gesetzes (EPG, BGBl I 2009/135) das Rechtsinstitut der eingetragenen Partnerschaft eingeführt wurde und diese der Ehe (im weitesten Sinne) gleichgestellt wurde, sind (gleichgeschlechtliche) Lebenspartner, die sich verpartnertschaftlich haben, ebenfalls vom Ausnahmetatbestand erfasst. So nun § 2 Abs 12 AuslBG: „Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, die sich auf Ehegatten beziehen, gelten für eingetragene Partner nach dem Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG, BGBl. I Nr. 135/2009, sinngemäß.“

¹⁰¹ Vgl § 3 Abs 8 AuslBG.

¹⁰² Vgl Bichl/Schmid/Szymanski, Das neue Recht der Arbeitsmigration (2006) § 3 AuslBG 129.

¹⁰³ Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABi L 1994/1, 3.

¹⁰⁴ Gleichartige Definitionen betreffend der EWR-Bürger finden sich in den § 2 Abs 4 Z 8 FPG sowie § 2 Abs 1 Z 4 NAG.

§ 2 Abs 4 Z 8 FPG sowie § 2 Abs 1 Z 4 NAG¹⁰⁵ gelten daher die Staatsangehörigen

- der EU-Mitgliedstaaten¹⁰⁶

Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn und Zypern (sie sind gleichzeitig auch Unionsbürger nach Art 20 AEUV¹⁰⁷ sowie nach Art 9 EUV¹⁰⁸)¹⁰⁹

- und die Staatsangehörigen aus
Island, Liechtenstein und Norwegen.

Betreffend der Bezugnahme auf das EWR-Abkommen handelt es sich um eine dynamische Verweisung, durch die, im Falle einer Erweiterung der EWR-Staaten, die Staatsbürger des neu beigetretenen Mitgliedstaates automatisch zu EWR-Bürgern werden.¹¹⁰

Wer nicht EWR-Bürger oder Schweizer Bürger¹¹¹ ist, ist ein Drittstaatsangehöriger; jeder Staat, die Schweiz und die Mitgliedstaaten des EWR-Abkommens wiederum ausgenommen, ist ein Drittstaat.¹¹²

Dass EWR-Bürger trotz Ausländereigenschaft vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen und somit den Inländern am Arbeitsmarkt gleichgestellt sind¹¹³, beruht auf Grund des geltenden Gemeinschaftsrechts. Art 45 ff AEUV,

¹⁰⁵ Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich – BGBl I 2005/100 idF BGBl I 2009/135.

¹⁰⁶ Österreichische Staatsbürger sind zwar ebenfalls EWR-Bürger, aber keine EWR-Bürger im Sinne der § 2 Abs 6 AuslBG, § 2 Abs 4 Z 8 FPG sowie § 2 Abs 1 Z 4 NAG; vgl dazu VwGH 14.4.1994, 94/18/0127; vgl VwGH 16.4.1997, 96/21/0379.

¹⁰⁷ „Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt. Die Unionsbürgerschaft tritt zur nationalen Staatsbürgerschaft hinzu, ersetzt sie aber nicht“ (so Art 20 Abs 1 AEUV).

¹⁰⁸ Vertrag über die Europäische Union, ABl C 2008/115, 1, der ebenfalls durch den Vertrag von Lissabon geändert wurde.

¹⁰⁹ Gemäß Art 21 AEUV hat jeder Unionsbürger das Recht, „sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen, frei zu bewegen und aufzuhalten.“

¹¹⁰ Vgl Muzak, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht (1995) 80.

¹¹¹ Hinsichtlich der Schweiz siehe Seite 128.

¹¹² Vgl § 2 Abs 9 AuslBG, § 2 Abs 4 Z 9 und 10 FPG sowie § 2 Abs 1 Z 6 NAG.

¹¹³ Mit Ausnahme der "neuen" EU-Bürger während der Geltung der Übergangsbestimmungen; dazu Näheres ab Seite 106 ff.

der auf Grund des Art 28 EWR-Abkommen auch für Staatsangehörige aus Island, Liechtenstein und Norwegen gilt, statuiert die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer**. Art 45 Abs 1 AEUV: *„Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.“* Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die zur Grundfreiheit des freien Personenverkehrs zählt, umfasst *„die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen“* (Art 45 Abs 2 AEUV). Gemäß Art 45 Abs 3 AEUV gibt sie *„– vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht,*

- a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;*
- b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;*
- c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;*
- d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission durch Verordnungen festlegt.“*

Nach Art 46 AEUV treffen das Europäische Parlament und der Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses durch Richtlinien oder Verordnungen¹¹⁴ alle erforderlichen Maßnahmen, um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Sinne des Art 45 AEUV herzustellen. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer wird daher durch sekundärrechtliche Rechtsakte, wie zB durch die unmittelbar wirkende Freizügigkeitsverordnung der Arbeitnehmer¹¹⁵, durch die Unionsbürgerrichtlinie

¹¹⁴ Verordnungen und Richtlinien zählen zum sekundären Gemeinschaftsrecht (vgl Art 288 AEUV); vgl dazu Streinz, Europarecht⁸ (2008) Rz 423.

¹¹⁵ VO (EWG) 1612/68 des Rates v 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, ABI L 1968/257, 2.

(Unionsbürger-RL)¹¹⁶, die auch als Freizügigkeitsrichtlinie titulierte wird (siehe § 2 Abs 1 Z 19 NAG), und durch die unmittelbar wirkende Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit¹¹⁷ iVm der Durchführungsverordnung Nr 987/2009¹¹⁸ konkretisiert.

Die Verordnung über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer regelt die Gleichstellung der EU-Bürger bzw der Staatsangehörigen der EWR-Mitgliedstaaten in den Bereichen des Arbeitsmarktes, des Arbeitsrechtes, der sozialen und steuerlichen Vergünstigungen für Arbeitnehmer sowie die Rechtsstellung der Familienangehörigen im Einzelnen.

*„Die Unionsbürger-RL regelt umfassend die Ausübung der Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechte sowohl für Wanderarbeitnehmer und Selbständige als auch für Personen, die als Unionsbürger ohne wirtschaftlichen Bezug von der Freizügigkeit Gebrauch machen. Sie ersetzt damit eine Vielzahl der bis dahin bestehenden Reise-, Aufenthaltsrichtlinien.“*¹¹⁹

Die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit iVm der Durchführungsverordnung¹²⁰, die am 1. Mai 2010 in Kraft getreten ist, regeln die Anwendbarkeit der Sozialversicherungssysteme bei grenzüberschreitender Beschäftigung im EU-Raum.

¹¹⁶ RL 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der VO (EWG) Nr 1612/68 und zur Aufhebung der RL 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABI L 2004/158, 77, in der Fassung der Berichtigung ABI L 2004/229, 35.

¹¹⁷ VO (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates v 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 2004/166, 1 iVm VO (EG) 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v 16.9.2009 zur Änderung der VO (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und zur Festlegung des Inhalts ihrer Anhänge, ABI L 2009/284, 43.

¹¹⁸ VO (EG) 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO (EG) 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 2009/284, 1.

¹¹⁹ Windisch-Graetz, Unionsbürgerschaft und Deckung der Grundbedürfnisse, in Tomandl/Schrammel (Hrsg), Sicherung von Grundbedürfnissen (2007) 63.

¹²⁰ Näheres siehe dazu Seite 240 f.

a) § 1 Abs 2 lit I AuslBG

Auf Grund der oben genannten gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nimmt § 1 Abs 2 lit I AuslBG

- die freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger, sowie deren
- drittstaatsangehörigen Familienmitglieder

vom Anwendungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes aus.

Freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger:

Um zu beurteilen, ob es sich um einen freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger iSd lit I handelt, müssen die Bestimmungen des NAG sowie des FPG herangezogen werden.¹²¹

Zu den freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürger zählen all jene EWR-Bürger, die das "gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht"¹²² tatsächlich in Anspruch nehmen. Unter dem Terminus technicus "gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht", der mit dem Inkrafttreten des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2009 (FrÄG 2009)¹²³ am 1. Januar 2010 eingeführt wurde¹²⁴, versteht man nach § 2 Abs 1 Z 14 NAG „das auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie gewährte Recht eines EWR-Bürgers und seiner Angehörigen sich im Bundesgebiet für mehr als drei Monate oder auf Dauer

¹²¹ „Das Problem des Zugangs zum Arbeitsmarkt sollte eigentlich im Ausländerbeschäftigungsgesetz geregelt sein. Die unglückliche Verschränkung der beiden Gesetze führt aber dazu, dass die Grundlagen für den Arbeitsmarktzugang teilweise auch im NAG zu finden sind“ (Abermann, Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis (2006) 94).

¹²² Hinsichtlich der Einschränkung des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts von Unionsbürgern vgl. Heißl, Aufenthaltsverbote – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Regelungen des FPG 2005, migraLex 2008, 46.

¹²³ Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005, das Gebührengesetz 1957, das Grundversorgungsgesetz – Bund 2005, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz, das Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 und das Tilgungsgesetz 1972 geändert werden – BGBl I 2009/122.

¹²⁴ Vor dem FrÄG 2009 wurde der Begriff "Recht auf Freizügigkeit" ("freizügigkeitsberechtigter EWR-Bürger") verwendet. Dieser Begriff wird jedoch nach wie vor im AuslBG verwendet, er ist jedoch ungenau, da jedem EWR-Bürger auf Grund des Gemeinschaftsrechts das Recht auf Freizügigkeit zukommt – jeder EWR-Bürger ist freizügigkeitsberechtigt. Es kommt aber darauf an, dass dieses gewährte Freizügigkeitsrecht auch tatsächlich in Anspruch genommen wird. Der Begriff "gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht" ist in dieser Hinsicht präziser (vgl. ErläutRV 330 BlgNR 24. GP).

aufzuhalten“. Unter dem Begriff Freizügigkeitsrichtlinie ist gemäß § 2 Abs 1 Z 19 NAG die Unionsbürger-RL¹²⁵ gemeint.

Für gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigte EWR-Bürger und Schweizer Bürger wird hinsichtlich der ersten drei Monate gemäß § 84 FPG bestimmt, dass *„EWR-Bürger und Schweizer Bürger Sichtvermerksfreiheit genießen und das Recht haben auf Aufenthalt für einen Zeitraum von drei Monaten. Darüber hinaus besteht ein Aufenthaltsrecht nach Maßgabe des 4. Hauptstückes des 2. Teils des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes.“*¹²⁶

Laut dem 4. Hauptstück des 2. Teils des NAG sind gemäß § 51 Abs 1 NAG EWR-Bürger auf Grund der Freizügigkeitsrichtlinie zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, wenn sie

1. *„in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind“*¹²⁷
2. *für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehmen müssen, oder*
3. *als Hauptzweck ihres Aufenthalts eine Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung bei einer öffentlichen Schule oder einer rechtliche anerkannten Privatschule oder Bildungseinrichtung absolvieren und die Voraussetzungen der Z 2 erfüllen“.*

Gemäß § 51 Abs 1 NAG muss man einerseits zwischen (Wander-) Arbeitnehmern¹²⁸ und Selbstständigen (Z 1), die also aus wirtschaftlichen

¹²⁵ Siehe FN 116; zur Unionsbürger-RL vgl *Wiener*, Bürger und Union: die Unionsbürgerrichtlinie in Österreich (2009).

¹²⁶ Gemäß den Vorgaben der Unionsbürger-RL steht es allen EWR-Bürgern zu, sich für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten, ohne jegliche Bedingungen oder Formalitäten, außer der Pflicht, im Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses zu sein, in einem anderen EWR-Staat aufzuhalten. Dies gilt auch für begünstigte Drittstaatsangehörige iSd § 2 Abs 4 Z 11 FPG, die den EWR-Bürger begleiten oder ihm nachziehen. Die begünstigten Drittstaatsangehörigen unterliegen jedoch der Sichtvermerkspflicht, sofern Anhang I zur Visumpflichtverordnung (§ 2 Abs 4 Z 20 FPG) auf sie Anwendung findet (vgl § 85 Abs 1 FPG).

¹²⁷ Betreffend der Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft als Arbeitnehmer oder Selbständiger wird diese im § 51 Abs 2 NAG näher ausgeführt.

¹²⁸ Hinsichtlich der Wanderarbeitnehmer ist weiteres die VO 1612/68 VO (EWG) des Rates v 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft einschlägig.

Gründen von der Freizügigkeit Gebrauch machen, und andererseits von "bloßen" EWR-Bürgern (Z 2 und 3), die im Aufnahmemitgliedstaat nicht erwerbstätig sind, unterscheiden.

EWR-Bürger als (Wander-) Arbeitnehmer¹²⁹ oder als Selbstständige sind gemäß dem gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts ohne weitere Voraussetzungen zum (Dauer-) Aufenthalt in Österreich berechtigt und gelten damit als freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger iSd § 1 Abs 2 lit I AuslBG.¹³⁰

Um in den Genuss des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts zu kommen, müssen die "bloßen" EWR-Bürger über ausreichende Existenzmittel und einen umfassenden Krankenversicherungsschutz für sich und ihre Familienangehörigen verfügen, um in weiterer Folge als freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger iSd § 1 Abs 2 lit I AuslBG zu gelten.

„Niedergelassene EWR-Bürger, die in Österreich selbständig oder unselbständig erwerbstätig sind, sind jedenfalls "freizügigkeitsberechtigt" im Sinne lit I. Alle anderen gelten nur dann als freizügigkeitsberechtigt, wenn sie über ausreichende Existenzmittel sowie über einen Krankenversicherungsschutz verfügen. Bei Prüfung der Existenzmittel werden

¹²⁹ Da es sich um eine Umsetzung der Unionsbürger-RL handelt, ist der Arbeitnehmerbegriff gemeinschaftsrechtlich autonom auszulegen. Demnach ist der europarechtliche Begriff des Arbeitnehmers „anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, die einen gewissen wirtschaftlichen Wert haben und für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält. Der Bereich, in dem die Leistungen erbracht werden, und die Art des Rechtsverhältnisses zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind für die Anwendung des Artikels 48 EWG-Vertrag unerheblich“ (so EuGH 3.7.1986, 66/85, Lawrie-Blum, Slg 1986, 02121). In der Rs 53/81, Levin, Slg 1982, 01035, führte der EuGH am 23.3.1982 betreffend der Höhe der Vergütung Folgendes aus: „Unter die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer fällt auch ein Angehöriger eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt, mit der er weniger verdient, als im letztgenannten Staat als Existenzminimum angesehen wird. Dabei kommt es nicht darauf an, ob er die Einkünfte aus seiner Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis durch andere Einkünfte bis zu diesem Minimum ergänzt oder sich mit Existenzgrundlagen begnügt, die darunter liegen. Voraussetzung ist jedoch, dass er tatsächlich eine echte Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausübt.“ In der Rs C-22/08, Vatsouras, und C-23/08, Koupatantze, Slg 2009, vom 4.6.2009 bestätigte der EuGH seine bisherige Judikatur (oben zitierte Rspr) und führte betreffend der Dauer der Tätigkeit aus: „Zudem führt hinsichtlich der Dauer der ausgeübten Tätigkeit der bloße Umstand, dass eine unselbständige Tätigkeit von kurzer Dauer ist, als solcher nicht dazu, dass diese Tätigkeit vom Anwendungsbereich des Art. 39 EG ausgeschlossen ist (vgl. Urteile vom 26. Februar 1992, Bernini, C-3/90, Slg. 1992, I-1071, Randnr. 16, und vom 6. November 2003, Ninni-Orasche, C-413/01, Slg. 2003, I-13187, Randnr. 25).“

¹³⁰ Das in § 51 NAG genannte Niederlassungsrecht ist somit unmittelbar im Gemeinschaftsrecht begründet und wird daher innerstaatlich nicht verliehen, sondern nur dokumentiert (vgl. VwGH 4.6.2009, 2008/18/0763).

die Kriterien des § 11 Abs 5 NAG und somit die ASVG-Ausgleichszulagenrichtsätze heranzuziehen sein.“¹³¹

So auch Bichl/Schmid/Szymanski: „[...] hinsichtlich der ausreichenden Existenzmittel zur Bestreitung des Lebensunterhaltes wird an § 11 Abs. 5 angeknüpft werden können.“¹³²

Ob der Aufenthalt eines Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft¹³³ führt, verweist § 11 Abs 5 NAG hinsichtlich der entsprechenden Höhe des Einkommens des Fremden auf die in § 293 ASVG¹³⁴ angeführten Richtsätze. Demnach sind Einkünfte in der Höhe des jeweiligen zugrunde liegenden Richtsatzes – bezogen auf die familiäre Situation – nachzuweisen.¹³⁵

Gemäß Art 8 Abs 4 Unionsbürger-RL dürfen jedoch die Mitgliedstaaten „keinen festen Betrag für Existenzmittel festlegen, die sie als ausreichend betrachten, sondern müssen die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen. Dieser Betrag darf in keinem Fall über dem Schwellenbetrag liegen, unter dem der Aufnahmemitgliedstaat seinen Staatsangehörigen Sozialhilfe gewährt, oder, wenn dieses Kriterium nicht anwendbar ist, über der Mindestrente der Sozialversicherung des Aufnahmemitgliedstaats.“

„Was den Schwellenbetrag betrifft, ist nach der Unionsbürger-RL zunächst der jeweilige Sozialhilferichtsatz ausschlaggebend. Damit gilt derzeit in Österreich je nach Bundesland ein unterschiedlicher Schwellenwert. Österreich hat die entsprechenden Bestimmungen im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) umgesetzt. In ihrem Kommentar zu § 51 Z 2 NAG halten Bichl/Schmid/Szymanski fest, dass hinsichtlich der ausreichenden

¹³¹ Deutsch uA, Ausländerbeschäftigungsgesetz § 1, 104.

¹³² Bichl/Schmid/Szymanski, Das neue Recht der Arbeitsmigration § 51 NAG 513.

¹³³ „Gebietskörperschaft ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts, die alle Personen erfasst, die in einer örtlichen Beziehung (zB Wohnsitz, Aufenthalt) zu einem bestimmten Gebiet stehen. Bestehende Gebietskörperschaften sind Bund, Länder und Gemeinden. Ihre Repräsentationsorgane nennt man daher 'Allgemeine Vertretungskörper'“ (Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht Rz 863).

¹³⁴ Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, BGBl 1955/189 idF BGBl I 2009/150.

¹³⁵ Es handelt sich hierbei lediglich um einen festgelegten Referenzwert, die Betroffenen müssen jedoch nicht bezugsberechtigt für den ASVG Richtsatz sein.

Existenzmittel zur Bestreitung des Lebensunterhaltes an § 11 Abs 5 NAG angeknüpft werden könne. § 11 Abs 5 NAG verweist auf den Ausgleichszulagenrichtsatz gemäß § 293 ASVG. Eine solche Auslegung entspricht nicht Art 8 Abs 4 Unionsbürger-RL, da danach in erster Linie an die Sozialhilferichtsätze anzuknüpfen ist.

Aber auch was die Art der nachzuweisenden Existenzmittel betrifft – die Unionsbürger-RL macht dazu keine Vorgaben – ist ein Verweis auf § 11 Abs 5 NAG aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht zu eng. Dort wird nämlich verlangt, dass der Fremde feste und regelmäßige eigene Einkünfte hat, die ihm eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen ermöglichen. In Frage kommen in erster Linie Einkünfte aus Arbeitsverträgen, Pensionen oder Unterhaltsansprüche. Unklar ist die Rechtslage, wenn der Unionsbürger bloß einem bestimmten Geldbetrag auf einem Sparsbuch oder Konto nachweisen kann. Für wie lange Zeit muss das Geld reichen? Antworten auf diese Frage sind aus dem Geist der Richtlinie, wie er in den Bestimmungen des Art 14 Unionsbürger-RL über die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts zu Tage tritt, abzuleiten.“¹³⁶

Hinsichtlich der Höhe der ausreichenden Existenzmittel schließe ich mich der Meinung von Frau Windisch-Graetz an, dass in erster Linie die Sozialhilferichtsätze der einzelnen Bundesländer¹³⁷ heranzuziehen sind. Die Heranziehung der Sozialhilferichtsätze für die Beurteilung, ob ausreichende Existenzmittel vorliegen, ist jedoch mit dem Wortlaut des § 11 Abs 5 NAG nicht vereinbar. § 11 Abs 5 NAG spricht ausdrücklich davon, dass „der Aufenthalt eines Fremden zu keiner finanziellen Belastung einer Gebietskörperschaft führt (Abs. 2 Z 4), wenn der Fremde feste und regelmäßige eigene Einkünfte hat, die ihm eine Lebensführung ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen der Gebietskörperschaften ermöglichen und der Höhe nach den Richtsätzen des § 293 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955, entsprechen.“ Das Problem dabei ist, dass diese Bestimmung

¹³⁶ Windisch-Graetz, Unionsbürgerschaft und Deckung der Grundbedürfnisse, in Tomandl/Schrammel (Hrsg), Sicherung von Grundbedürfnissen (2007) 78.

¹³⁷ Vgl zB § 13 des Wiener Sozialhilfegesetzes iVm der Verordnung der Wiener Landesregierung betreffend die Festsetzung der Richtsätze in der Sozialhilfe.

aber der Unionsbürger-RL und damit dem Gemeinschaftsrecht widerspricht. Art 8 Abs 4 Unionsbürger-RL spricht in erster Linie von einem Schwellenbetrag, der nicht unter dem Betrag der Sozialhilfe¹³⁸ liegen darf (und nicht von Sozialleistungen im Allgemeinen). Erst in zweiter Linie, wenn das Kriterium Sozialhilfe nicht anwendbar ist, ist jener Betrag heranzuziehen, der nicht über die Mindestrente der Sozialversicherung liegen darf. Gemäß einer richtlinienkonformen Interpretation¹³⁹ betreffend des Nachweises von ausreichenden Existenzmitteln ist daher primär – entgegen den Kommentaren von *Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz* sowie von *Bichl/Schmid/Szymanski* – der für jedes Bundesland geltende Sozialhilferichtsatz anzuwenden und nicht in erster Linie die Ausgleichzulagenrichtsätze für die Beurteilung des Anspruches auf eine Ausgleichszulage zur Pension aus der Pensionsversicherung gemäß § 293 ASVG.¹⁴⁰ Das NAG ist diesbezüglich, auch nach dem Inkrafttreten des Fremdenrechtsänderungsgesetzes 2009, wohl nicht gemeinschaftsrechtskonform und ist daher im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auszulegen und anzuwenden.

Betreffend die Beurteilung der Frage, ob ausreichende Existenzmittel zur Verfügung stehen, stellt nun die Europäische Kommission in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament und Rat vom 2. Juli 2009¹⁴¹ klar, dass primär die Kriterien der Sozialhilfe heranzuziehen sind. *„Der Begriff ‚ausreichende Existenzmittel‘ muss im Hinblick auf das Ziel der Richtlinie, d.h. die Erleichterung der Freizügigkeit, ausgelegt werden, solange die Aufenthaltsberechtigten die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen.*

Als erstes Kriterium für das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel ist zu prüfen, ob der Unionsbürger (und Familienangehörige, die ihr Aufenthaltsrecht

¹³⁸ Die Sozialhilfe der einzelnen Bundesländer wird ab September 2010 durch die bundeseinheitliche Mindestsicherung abgelöst.

¹³⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist jedes innerstaatliche Recht so weit wie möglich im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht auszulegen und anzuwenden.

¹⁴⁰ Vgl VwGH 13.3.2007, 2006/18/0032.

¹⁴¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat v 2.7.2009 betreffend Hilfestellung bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, KOM(2009)313 endg.

von ihm ableiten) im Aufnahmemitgliedstaat die Voraussetzungen für die Gewährung von Sozialhilfe erfüllt.

*EU-Bürger verfügen über ausreichende Existenzmittel, wenn diese über der im Aufnahmemitgliedstaat geltenden Sozialhilfegrenze liegen. Ist dieses Kriterium nicht anwendbar, sollte die Mindestrente der Sozialversicherung herangezogen werden.*¹⁴²

Was die beiden Fragen betreffend des Vorweisens eines bloßen Geldbetrages auf einem Sparsbuch oder Konto bzw für wie lange Zeit das Geld reichen muss, anbelangt, stimme ich der Meinung von Frau *Windisch-Graetz* zu, dass die Antworten auf diese Fragen aus dem Geist der Unionsbürger-RL, insbesondere aus Art 14 Unionsbürger-RL über die Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts, abzuleiten sind. Gemäß Art 14 Unionsbürger-RL steht Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen das Aufenthaltsrecht nach Art 6 zu, solange sie die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch¹⁴³ nehmen.

Diesbezüglich wird in der oben zit Mitteilung der Kommission auf S 9 Folgendes ausgeführt: *„Die einzelstaatlichen Behörden können erforderlichenfalls prüfen, ob reguläre, ausreichende Existenzmittel vorhanden sind. Diese Mittel brauchen nicht in Form einer regelmäßigen Zahlung vorliegen. Es kann sich auch um angespartes Kapital handeln. Die für den Nachweis ausreichender Existenzmittel zulässigen Beweismittel dürfen nicht begrenzt werden (FN 27: Vgl. Rechtssache C-424/98, Kommission/Italien, Rdnr. 37.).“*

Hinsichtlich der Prüfung, ob Sozialhilfeleistungen¹⁴⁴ unangemessen in Anspruch genommen werden, hat die EK in ihrer Mitteilung drei Prüfungskategorien

¹⁴² So die EK in ihrer Mitteilung auf Seite 8.

¹⁴³ Das bedeutet jedoch nicht, dass keine Sozialhilfe in Anspruch genommen werden darf. Nur im Falle der übermäßigen Inanspruchnahme von Sozialhilfe kann der Aufnahmestaat das Aufenthaltsrecht versagen, wobei aber jeder Fall einzeln zu prüfen ist und die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen nicht automatisch zu einer Ausweisung führen darf (vgl EuGH 20.9.2001, C-184/99, *Grzelczyk*, Slg 2001, I-06193). Betreffend Inanspruchnahme von Sozialhilfe- oder anderen Leistungen vgl *Feik*, Die aufenthaltsrechtliche Stellung der EWR-Bürger und das neue Fremdenrecht – dargestellt am Beispiel der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen, ZfV 1994, 1.

¹⁴⁴ Betreffend Unionsbürgerschaft und Anspruch auf Sozialhilfeleistungen vgl *Koprivnikar*, Sozialhilfe und Europarecht – Leistungsbezug durch EU-Bürger, UVSaktuell 2009, 101; vgl *Hesse*, Unionsbürgerschaft und Ansprüche auf Sozialleistungen, RdA 2005, 564; vgl *Bode*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger, EuZW 2003, 533; vgl *Bieback*, Besondere Vorschriften für die einzelnen Leistungsarten, in *Fuchs* (Hrsg), Europäisches Sozialrecht⁴ (2005) 215.

vorgesehen: „Bei der Prüfung, ob eine Person, deren Existenzmittel nicht länger als ausreichend angesehen werden können und der Mittel zur Sicherung des Mindestlebensunterhalts gewährt wurden, die Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats unangemessen in Anspruch nimmt, müssen die Behörden der Mitgliedstaaten das Verhältnismäßigkeitsprinzip beachten. Hierzu können die Mitgliedstaaten beispielsweise eine Punkte-Skala als Indikator entwickeln. Im Erwägungsgrund 16 der Richtlinie 2004/38/EG sind drei Prüfkategorien vorgesehen:

(1) Dauer

- Wie lange werden die Leistungen schon gewährt?
- Prognose: Ist damit zu rechnen, dass der EU-Bürger in nächster Zeit keine Sozialhilfeleistungen mehr benötigen wird?
- Wie lange hält sich der EU-Bürger bereits im Aufnahmemitgliedstaat auf?

(2) Persönliche Situation

- Inwieweit sind der EU-Bürger und seine Familienangehörigen in die Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats integriert?
- Gibt es andere Aspekte wie Alter, Gesundheitszustand, familiäre und wirtschaftliche Situation, denen Rechnung zu tragen ist?

(3) Höhe der Sozialhilfe

- Wie hoch ist der Betrag der insgesamt gewährten Sozialhilfe?
- Hat der EU-Bürger Sozialhilfeleistungen in der Vergangenheit bereits in hohem Maß in Anspruch genommen?
- Hat der EU-Bürger in der Vergangenheit Sozialversicherungsbeiträge im Aufnahmemitgliedstaat gezahlt?“

Damit gibt die zitierte Mitteilung der EK Leitlinien vor, wie die Unionsbürger-RL und damit in weiterer Folge auch die nationalen (Umsetzungs-) Bestimmungen korrekt – im europäischen Geist – anzuwenden sind.

Unter dem Begriff freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger iSd § 1 Abs 2 lit I AuslBG, sind daher alle EWR-Bürger erfasst, die sich in einem anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, begeben und dort das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt

genießen. Sie müssen also von ihrem gemeinschaftsrechtlich gewährten Freizügigkeitsrecht tatsächlich Gebrauch machen, um damit einen grenzüberschreitenden Sachverhalt¹⁴⁵ zu verwirklichen. Ein solcher grenzüberschreitender Sachverhalt liegt zB auch bei einer "Rückkehrsituation" iSd Rsp des EuGH vor¹⁴⁶ sowie wenn ein Eingriff in die Verwirklichung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens iSd Art 8 EMRK die Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit behindert¹⁴⁷.

So normiert auch § 57 NAG, dass die Bestimmungen der §§ 51 bis 56 NAG auch auf Schweizer Bürger und deren Angehörige Anwendung finden, wenn sie das auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz¹⁴⁸ zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in Anspruch genommen haben. § 57 NAG führt weiters aus, dass *„die §§ 52 bis 56 NAG sinngemäß auch für Angehörige von Österreichern gelten, sofern der Österreicher sein gemeinschaftsrechtliches oder das ihm auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in einem anderen EWR-Mitgliedstaat oder in der*

¹⁴⁵ Dazu krit Ramin, Die Rechtsstellung der Unionsbürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005, migraLex 2006, 55, der folgende Ansicht vertritt: *„Diese Sichtweise verkennt allerdings, dass dieses sog 'grenzüberschreitende Element' sich lediglich auf die wirtschaftlichen Freizügigkeitsrechte der 'Freizügigkeitstrias' bezieht und nicht auf das auf Art 18 Abs 1 EGV beruhende allgemeine Freizügigkeitsrecht, da dieses sich direkt aus der Eigenschaft als Unionsbürger iSd Art 17 EGV ergibt und schon vom Wortlaut des Art 18 Abs 1 EGV keines 'grenzüberschreitenden Elements' bedarf. Danach steht jedem Unionsbürger grundsätzlich das Recht zu, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Dass ein solches einschränkbar ist, ändert nichts an der Tatsache, dass jedem Unionsbürger und daraus folgend auch jedem EWR-Bürger und Schweizer das (allgemeine) Recht auf Freizügigkeit zusteht. Eine differenzierte Betrachtung von EWR-Bürgern und Schweizern nach Rechtsausübenden und Nichtrechtsinhabern ist somit als nicht gemeinschaftsrechtskonform anzusehen.“*

Diese Ansicht vertrete ich nicht, da nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die primär- und sekundärrechtlichen Bestimmungen über die Freizügigkeit, auch jene über die Unionsbürger, nicht auf Sachverhalte anwendbar ist, die kein relevantes Element über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen (vgl zuletzt EuGH 25.7.2008, C-127/08, *Metock*, Slg 2008, I-06241). So auch Windisch-Graetz, Unionsbürgerschaft und Deckung der Grundbedürfnisse, in Tomandl/Schrammel (Hrsg), *Sicherung von Grundbedürfnissen* (2007) 64: *„Der EuGH hält in ständiger Rechtsprechung (FN: C-184/99 Grzelczyk, Slg 2001, I-6193; C-224/98 D'Hoop, Slg 2002, I-6191; C-413/99 Baumbast, Slg 2002, I-7091; C-138/02 Collins, Slg 2004, I-2703; C-209/03 Bidar, Slg 2005, I-2119.) fest, dass die Unionsbürgerschaft der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten ist, der es denjenigen unter ihnen, die sich in der gleichen Situation befinden, erlaubt, im sachlichen Geltungsbereich des EG-Vertrags, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und unbeschadet der insoweit ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen, die gleiche rechtliche Behandlung zu genießen. Auf die Unionsbürgerschaft kann sich allerdings nur berufen, wer einen grenzüberschreitenden Sachverhalt verwirklicht hat. Auf rein interne Sachverhalte sind die Regelungen über die Unionsbürgerschaft nicht anzuwenden.“*

¹⁴⁶ Vgl EuGH 7.7.1992, C-370/90, *Singh*, Slg 1992, I-4265.

¹⁴⁷ Vgl EuGH 11.7.2002, C-60/00, *Carpenter*, Slg 2002, I-6279; vgl VwGH 25.9.2009, 2009/18/0278.

¹⁴⁸ Näheres dazu siehe Seite 128.

*Schweiz in Anspruch genommen hat und im Anschluss an diesen Aufenthalt nach Österreich nicht bloß vorübergehend zurückkehrt.*¹⁴⁹

Ob es sich bei der einzustellenden Arbeitskraft tatsächlich um einen vom AuslBG ausgenommenen EWR-Bürger handelt, hat sich der Auftraggeber vor Arbeitsantritt zu überzeugen. Hierbei wird von der Judikatur ein strenger Maßstab angelegt – die Angabe einer falschen Staatsangehörigkeit im Vorstellungsgespräch durch den Arbeitnehmer ist keine Entschuldigung für eine verbotene Ausländerbeschäftigung des Auftraggebers¹⁵⁰.

Drittstaatsangehörige Familienmitglieder:

Bestimmte **drittstaatsangehörige Familienmitglieder** eines freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgers, der das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht in Anspruch nimmt, sind ebenfalls vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen. Zu den begünstigten drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern zählen gemäß § 1 Abs 2 lit I AuslBG der/die drittstaatsangehörige Ehegatte-in¹⁵¹/Lebenspartner-in, die Kinder, aber auch die drittstaatsangehörigen Eltern und Schwiegereltern des freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgers. Ihnen darf der freie Zugang zum Arbeitsmarkt nicht von einem konstitutiven Akt der Gewährung eines Aufenthaltstitels oder eines Nachweises eines Aufenthaltsdokumentes¹⁵² verwehrt bzw abhängig gemacht werden¹⁵³.

Unter Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder) fallen all jene, die noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet haben, oder jene, die zwar die Altersgrenze

¹⁴⁹ Hinsichtlich der Frage der Verfassungskonformität der Voraussetzung der Inanspruchnahme des Aufenthaltsrechts siehe Seite 84 ff.

¹⁵⁰ Vgl VfGH 23.11.2005, 2004/09/0197.

¹⁵¹ Rechtsgültig geschlossene Ehen sind grundsätzlich unabhängig vom Ort der Eheschließung anzuerkennen. Davon ausgenommen sind Zwangsehen oder Vielehen, auch wenn sie in einem Drittland rechtmäßig geschlossen wurden; vgl Art 16 Abs 2 der Erklärung der Menschenrechte; vgl EGMR E 6.1.1992, *E.A. and A.A. gegen Niederlande*, Nr 14501/89. Betreffend Aufenthaltsehe vgl VfGH 20.1.2009, 2008/18/0779.

¹⁵² Der Nachweis eines Aufenthalts- und Niederlassungsrechts in Form einer Aufenthaltskarte oder Daueraufenthaltskarte als konstitutive Voraussetzung für die Ausnahme nach dem AuslBG ist nicht erforderlich.

¹⁵³ Vgl VfGH 20.6.2001, G 5/01.

überschritten haben, denen aber der EWR-Bürger oder der/die Ehegatte/-in Unterhalt gewährt. Hinsichtlich der Unterhaltsgewährung hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 6. März 2008, 2006/09/0048, ausgeführt, dass: „es auf die tatsächliche Unterhaltsgewährung ankommt, wobei als Untergrenze für eine ausreichende Unterhaltsgewährung im Sinne dieser Bestimmung eine *„fortgesetzte und regelmäßige Leistung in einem Umfang zu verlangen ist, der es ermöglicht, den wesentlichen Teil des Lebensunterhaltes zu decken“* (vgl. das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 1998, Zl. 98/09/0048). In diesem Zusammenhang wurde auch betont, dass der Ausgleichszulagenrichtsatz nur als Anhaltspunkt, nicht aber als bindende Grenze für diese in jedem Einzelfall zu treffende Beurteilung sein kann. Vielmehr ist auf die tatsächliche Situation jedes Einzelfalles abzustellen (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 1998, Zl. 98/09/0048, und das darin zitierte Urteil des EuGH vom 18. Juni 1987 in der Rechtssache CPAS Courcelles/Lebon, C- 316/85, Slg. 1987, 2832, Rnr. 22).“¹⁵⁴

Weiters müssen sie auch nach dem NAG zur Niederlassung berechtigt sein. Eine Niederlassungsberechtigung iSd § 54 Abs 1 iVm § 52 Abs 1 Z 2 NAG kommt einem Fremden, der Verwandter eines gemeinschaftsrechtlich aufenthaltberechtigten EWR-Bürgers in gerader absteigender Linie ist, nicht zu, wenn er das 21. Lebensjahr überschritten hat und keinen tatsächlichen Unterhalt von diesem gewährt bekommt.¹⁵⁵

Eltern und Schwiegereltern des freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgers sind erst seit der Umsetzung der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG ins nationale Recht (BGBl I 2005/101)¹⁵⁶ vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen. Voraussetzung für die Ausnahme nach lit I ist, dass der

¹⁵⁴ VwGH 06.03.2008, 2006/09/0048.

¹⁵⁵ Vgl VwGH 2.12.2008, 2008/18/0624.

¹⁵⁶ Neben der Unionsbürger-RL wurde die RL 2004/114/EG des Rates v 13.12.2004 über die Bedingungen für die Zulassung von Drittstaatsangehörigen zur Absolvierung eines Studiums oder zur Teilnahme an einem Schüleraustausch, einer unbezahlten Ausbildungsmaßnahme oder einem Freiwilligendienst, ABI L 2004/375, 12, die RL 2004/81/EG des Rates v 29.4.2004 über die Erteilung von Aufenthaltstiteln für Drittstaatsangehörige, die Opfer des Menschenhandels sind oder denen Beihilfe zur illegalen Einwanderung geleistet wurde und die mit den zuständigen Behörden kooperieren, ABI L 2004/261, 19, die RL 2003/109/EG des Rates v 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABI L 2004/16, 44 und die RL 2003/86/EG des Rates v 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABI L 2003/251, 12, ins nationale Recht umgesetzt; zur RL 2003/109/EG siehe dazu Ecker/Neugschwendtner, Umsetzung der RL 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung langfristig Aufenthaltberechtigter im Fremdenrechtspaket 2005, migraLex2006, 25.

freizügigkeitsberechtigte EWR-Bürger oder dessen Ehegatte-in den Eltern bzw Schwiegereltern tatsächlich Unterhalt gewährt¹⁵⁷ (vgl auch zit Judikatur betreffend Unterhaltsgewährung bei Kindern) und dass sie zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt sind.

Eine Berechtigung zum Aufenthalt sieht § 54 NAG für Familienangehörige iSd § 52 Abs 1 Z 1 bis 3 NAG vor. Bei Familienangehörigen des gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgers handelt es sich um

1. den Ehegatten oder eingetragenen Partner;
2. Verwandte des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird;
3. Verwandte des EWR-Bürgers, seines Ehegatten oder eingetragenen Partners in gerader aufsteigender Linie, sofern ihnen von diesen Unterhalt tatsächlich gewährt wird.

Nach dem NAG sind nicht nur der drittstaatsangehörige Ehegatte/eingetragene Partner, die Kinder, Eltern und Schwiegereltern des gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgers zum Aufenthalt für mehr als drei Monate berechtigt, sondern alle Verwandten des EWR-Bürgers und seines Ehegatten/eingetragenen Partners in gerader absteigender sowie in aufsteigender Linie.

Da jedoch das Ausländerbeschäftigungsgesetz im § 1 Abs 2 lit I ausdrücklich nur den drittstaatsangehörigen Ehegatten/eingetragenen Partner, die Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder), die Eltern und Schwiegereltern des EWR-Bürgers aufzählt und nicht von drittstaatsangehörigen Verwandten in gerader absteigender und aufsteigender Linie des EWR-Bürgers und des Ehegatten/eingetragenen Partners spricht, sind diese (zB Enkelkinder,

¹⁵⁷ „Unterhalt dient der Sicherung eines angemessenen Lebensstandards. Dass der Unterhaltsempfänger nebenbei einer Beschäftigung nachgeht, schadet nicht. Einzelne Geschenke stellen keinen Unterhalt dar. Im Sinne des § 1 Absatz 2 lit I muss der Unterhalt einen wesentlichen Teil der Lebenshaltungskosten umfassen“ (Bichl/Schmid/Szymanski, Das neue Recht der Arbeitsmigration § 1 AuslBG 81); vgl VwGH 17.11.2004, 2003/09/0105 und 2003/09/0102.

Urenkelkinder, Großeltern, Urgroßeltern) nicht vom Ausnahmetatbestand nach lit I erfasst.¹⁵⁸ So auch *Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz*: „Wenngleich alle Verwandten des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader absteigender Linie bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres und darüber hinaus, sofern ihnen Unterhalt gewährt wird, und alle Verwandten des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader aufsteigender Linie, sofern ihnen tatsächlich Unterhalt gewährt wird, auf Antrag eine Daueraufenthaltskarte erhalten, sind vom Ausnahmetatbestand [Anm: gemeint ist § 1 Abs 2 lit I AuslBG] nur die Ehegatten, Kinder, Eltern und Schwiegereltern erfasst. Nicht erfasst sind die übrigen Deszendenten und Aszendenten, also die Enkelkinder und Großeltern etc des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten.“¹⁵⁹

Ob damit Art 2 lit c und d iVm Art 23 der Unionsbürger-RL gemeinschaftsrechtskonform umgesetzt wurde, ist mE zu bezweifeln. Im Sinne der Unionsbürger-RL bezeichnet der Ausdruck "Familienangehöriger"

- nach Art 2 lit c „die Verwandten in gerader absteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten [...], die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder denen von diesen Unterhalt gewährt wird;“
- nach Art 2 lit d „die Verwandten in gerader aufsteigender Linie des Unionsbürgers und des Ehegatten [...], denen von diesen Unterhalt gewährt wird;“¹⁶⁰

Art 23 Unionsbürger-RL führt hinsichtlich der verbundenen Rechte für die Familienangehörigen aus: „Die Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die das Recht auf Aufenthalt oder das Recht auf Daueraufenthalt in einem Mitgliedstaat genießen, sind ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit berechtigt,

¹⁵⁸ Im Zuge des FrÄG 2009 erfuhr § 1 Abs 2 lit I und m AuslBG keine Änderung/Anpassung.

¹⁵⁹ *Deutsch* uA, Ausländerbeschäftigungsgesetz § 1, 104.

¹⁶⁰ Hinsichtlich der Unterhaltsgewährung für Familienangehörige führt die Mitteilung der EK zur Unionsbürger-RL aus, dass die Eigenschaft als Familienangehöriger keinen Unterhaltsanspruch voraussetzt und dass „die Richtlinie weder eine Mindestdauer für die Gewährung des Unterhalts noch eine Mindesthöhe für die geleistete materielle Unterstützung vorschreibt. Es muss sich lediglich um einen echten, strukturbedingten Unterstützungsbedarf handeln.“

vgl dazu EuGH 9.1.2007, C-1/05, Jia, Slg 2007, I-00001, Rz 37: „Um zu ermitteln, ob den Verwandten in aufsteigender Linie des Ehegatten eines Gemeinschaftsangehörigen von diesem der erforderliche Unterhalt gewährt wird, muss der Aufnahmemitgliedstaat prüfen, ob sie in Anbetracht ihrer wirtschaftlichen und sozialen Lage nicht in der Lage sind, ihre Grundbedürfnisse selbst zu decken. Der Unterhaltsbedarf muss im Herkunftsland dieser Verwandten in dem Zeitpunkt bestehen, in dem sie beantragen, dem Gemeinschaftsangehörigen zu folgen.“

dort eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger aufzunehmen.“

Nach diesen Bestimmungen in der Unionsbürger-RL sind sämtliche Verwandten des Unionsbürgers (und damit auch eines EWR-Bürgers), des Ehegatten sowie des eingetragenen Lebenspartners in gerader absteigender und aufsteigender Linie (nicht nur Kinder, Eltern und Schwiegereltern) – unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit – berechtigt, im Aufnahmemitgliedstaat eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbstständiger aufzunehmen und zwar ohne jegliche arbeitsrechtliche Berechtigung¹⁶¹. Im Lichte der Unionsbürger-RL ist daher der Kreis der genannten drittstaatsangehörigen Familienmitglieder in § 1 Abs 2 lit I AuslBG zu eng. Da jedoch § 1 Abs 2 lit I AuslBG der Umsetzung der Unionsbürger-RL diene¹⁶², ist lit I iSd Unionsbürger-RL dahingehend auszulegen, dass alle Verwandten in ab- und aufsteigender Linie des freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgers sowie des Ehegatten/eingetragenen Partners darunter fallen.¹⁶³ *„Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts müssen daher auch Enkelkinder sowie (wohl eher theoretisch) auch Großeltern Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten.“*¹⁶⁴ Dies entspricht auch § 42 ABGB, der unter dem Begriff Eltern in der Regel ohne Unterschied des Grades alle Verwandten in der aufsteigenden, und unter dem Begriff Kinder, alle Verwandten in der absteigenden Linie definiert.¹⁶⁵

Das Niederlassungsrecht bzw das Freizügigkeitsrecht dieser Familienangehörigen ist lediglich ein abgeleitetes. Es setzt nämlich voraus, dass die Drittstaatsangehörigen den Freizügigkeitsberechtigten in den anderen Mitgliedstaat begleiten oder ihm dorthin nachziehen. So wird in Art 3 Abs 1 der deutschen Fassung der Unionsbürger-RL hinsichtlich der Berechtigten

¹⁶¹ Die drittstaatsangehörigen Familienmitglieder, die nicht von § 1 Abs 2 lit I AuslBG erfasst sind, haben – soweit es sich bei ihnen um aufenthaltsverfestigte Drittstaatsangehörige handelt – bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 17 AuslBG unbeschränkten Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt.

¹⁶² Vgl ErläutRV 948 BlgNR 22. GP.

¹⁶³ Es sind daher nur Blutsverwandte des EWR-Bürgers sowie der Ehegatte/eingetragene Partner und deren Blutsverwandte in gerader ab- und aufsteigender Linie erfasst (vgl EuGH 17.09.2002, C-413/99, Baumbast, Slg 2002, I-7091). Verschwägerte Personen zählen nicht als Verwandte in ab- und aufsteigender gerader Linie (vgl EuGH 11.11.1999, C-179/98, Mesbah, Slg 1999, I-7955).

¹⁶⁴ Peyrl, Die Änderungen beim Zugang zu Beschäftigung für Nicht-EU-Bürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005, DRdA 2005, 558.

¹⁶⁵ Vgl VwGH 13.12.2007, 2007/09/0228.

festgelegt, dass „diese Richtlinie für jeden Unionsbürger gilt, der sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie für seine Familienangehörigen im Sinne von Artikel 2 Nummer 2, die ihn begleiten oder ihm nachziehen.“ Zur Voraussetzung, ihn "begleiten" oder ihm "nachziehen" ergingen zwei richtungweisende Judikate des EuGH.

In der Rs *Metock*¹⁶⁶ hielt der EuGH in seinem Urteil zunächst fest, „dass die Richtlinie 2004/38 der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach sich der mit einem Unionsbürger, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, verheiratete Drittstaatsangehörige vor seiner Einreise in den Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten haben muss, um sich auf die Bestimmungen dieser Richtlinie berufen zu können.“ Weiters stellte der EuGH klar, dass Art 3 Abs 1 der Richtlinie 2004/38 dahingehend auszulegen ist, „dass sich der mit einem Unionsbürger, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, verheiratete Drittstaatsangehörige, der diesen Unionsbürger begleitet oder ihm nachzieht, auf die Bestimmungen der Richtlinie berufen kann, unabhängig davon, wo und wann ihre Ehe geschlossen wurde oder wie der betreffende Drittstaatsangehörige in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist.“

Dazu führte der EuGH Folgendes aus: „In Anbetracht der Notwendigkeit, die Bestimmungen der Richtlinie 2004/38 nicht eng auszulegen und diese nicht ihrer praktischen Wirksamkeit zu berauben, muss der in Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie verwendete Begriff „Familienangehörige [eines Unionsbürgers], die ihn begleiten“ folglich dahin gehend ausgelegt werden, dass er sowohl die Familienangehörigen eines Unionsbürgers umfasst, die mit diesem in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist sind, als auch diejenigen, die sich mit ihm dort aufhalten, ohne dass im zweiten Fall danach zu unterscheiden wäre, ob die Drittstaatsangehörigen vor oder nach dem Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist sind oder bevor oder nachdem sie Angehörige seiner Familie wurden.

¹⁶⁶ EuGH 25.7.2008, C-127/08, *Metock*, Slg 2008, I-6241.

Würde die Richtlinie 2004/38 nur auf Familienangehörige eines Unionsbürgers angewandt, die diesen „begleiten“ oder ihm „nachziehen“, käme dies folglich einer Beschränkung des Einreise- und Aufenthaltsrechts von Familienangehörigen eines Unionsbürgers auf den Mitgliedstaat gleich, in dem dieser sich aufhält.“

In der Rs *Sahin*¹⁶⁷ wiederholte der EuGH seine Rechtsansicht dahingehend, dass die Unionsbürger-RL so auszulegen ist, „dass sie auch die Familienangehörigen erfassen, die unabhängig vom Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat gelangt sind und erst dort die Angehörigeneigenschaft erworben oder das Familienleben mit diesem Unionsbürger begründet haben. Hierbei spielt es keine Rolle, dass sich der Familienangehörige zum Zeitpunkt des Erwerbs dieser Eigenschaft oder der Begründung des Familienlebens nach den asylgesetzlichen Bestimmungen des Aufnahmemitgliedstaats vorläufig in diesem Staat aufhält.“ Weiters führte der EuGH aus: „Ferner darf, wenn ein Drittstaatsangehöriger, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, aus der Richtlinie das Recht, in den Aufnahmemitgliedstaat einzureisen und sich dort aufzuhalten, herleitet, dieser Staat dieses Recht nur unter Beachtung der Art. 27 und 35 der Richtlinie 2004/38 beschränken. Art. 27 der genannten Richtlinie ist insbesondere dann zu beachten, wenn der Mitgliedstaat gegen den Drittstaatsangehörigen eine Sanktion verhängen möchte, weil dieser unter Verstoß gegen die nationalen Zuwanderungsbestimmungen in sein Hoheitsgebiet eingereist ist und/oder sich dort aufgehalten hat, bevor er Familienangehöriger eines Unionsbürgers wurde. Jemandem, der, bevor er Familienangehöriger eines Unionsbürgers wurde, berechtigt war, sich vorläufig im Gebiet eines Mitgliedstaats aufgrund von dessen Rechtsvorschriften in Erwartung einer Entscheidung über einen Asylantrag aufzuhalten, kann allein aus diesem Grund der genannte Art. 27 nicht entgegengehalten werden.“ Einem Angehörigen eines Unionsbürgers, auch wenn er den Status eines Asylwerbers hat, darf daher die Ausstellung einer Aufenthaltskarte gemäß § 54

¹⁶⁷ EuGH 19.12.2008, Rs C-551/07, *Sahin*, Slg 2008; diesem Verfahren lag ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art 267 AEUV des VwGH zugrunde – vgl VwGH 22.11.2007, 2007/21/0271.

NAG¹⁶⁸ nur deshalb nicht verwehrt werden, weil er nach den asylgesetzlichen Bestimmungen¹⁶⁹ nur vorläufig zum Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat berechtigt ist.^{170 171}

Nach diesen beiden EuGH Entscheidungen sind also die Wörter "begleiten" und "nachziehen" in Bezug auf Familienangehörige weit auszulegen und umfasst daher nicht nur (drittstaatangehörige) Personen, die mit dem Unionsbürger in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist sind, sondern auch (drittstaatangehörige) Personen, die unabhängig vom EWR-Bürger und zu einem anderen Zweck als der Familienzusammenführung in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist sind.¹⁷² Um als Familienangehöriger iSd Unionsbürger-RL zu gelten, ist es demnach keine Voraussetzung mehr, dass sich diese (drittstaatsangehörige) Person vor der Inanspruchnahme der Freizügigkeit rechtmäßig mit dem EWR-Bürger in einem anderen Mitgliedstaat aufgehalten hat. Diesem Umstand wurde im Rahmen des FrÄG 2009 Rechnung getragen, indem man in § 52 Abs 1 NAG die Wortfolge "begleitet oder ihm nachzieht" ersatzlos gestrichen hat. Im Gegensatz dazu ist in § 2 Abs 4 Z 11 FPG die Wortfolge "begleitet oder ihm nachzieht" weiterhin – auch nach dem Inkrafttreten des FrÄG 2009 – zu finden¹⁷³ und iSd EuGH Rechtsprechung auszulegen. *„Die Wortfolge "begleitet oder ihm nachzieht", an die § 2 Abs. 4 Z 11 FPG u.a. die Eigenschaft als begünstigter Drittstaatsangehöriger knüpft, ist gleichfalls gemäß der genannten RL 2004/38/EG auszulegen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2009, Zl. 2008/21/0033, mwN). Auf den von der belangten Behörde als maßgeblich*

¹⁶⁸ Entspricht Art 10 Unionsbürger-RL.

¹⁶⁹ Vgl § 13 AsylG 2005 für Asylwerber.

¹⁷⁰ Auf Grund der EuGH Judikatur und der darauf folgenden VwGH Entscheidungen (vgl VwGH 22.1.2009, 2008/21/0671 wurde diesem Umstand im Rahmen des FrÄG 2009 Rechnung getragen, indem § 54 Abs 1 NAG letzter Satz bestimmt, dass § 1 Abs 2 Z 1 NAG für diese Fälle nicht gilt. Damit sind die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen des NAG auf Personen mit einem asylgesetzlichen Aufenthaltsrecht anwendbar (vgl ErläutRV 330 BlgNR 24. GP 52). Damit sind auch Parallelverfahren gemäß dem AsylG 2005 und dem NAG möglich, wenn ein Asylwerber nicht nur Asyl, sondern auch eine auf das NAG gestützte Berechtigung nach dem Gemeinschaftsrecht beantragt (vgl Gerhartl, EuGH 19.12.2008, C-551/07, migraLex 2009,65).

¹⁷¹ Auch laut EGMR (vgl EGMR U 17.1.2006, *Mendizabal* gegen Frankreich, Nr 51431/99) kann die Verweigerung der Ausstellung einer Aufenthaltsgenehmigung einen Eingriff in das durch Art 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens darstellen.

¹⁷² Vgl Gerhartl, EuGH 19.12.2008, C-551/07, migraLex 2009, 62.

¹⁷³ Meines Erachtens ist es nicht nachvollziehbar, warum im FPG die Wortfolge beibehalten und andererseits im NAG die Wortfolge ersatzlos gestrichen wurde. Beide Bestimmungen beziehen sich auf Drittstaatsangehörige von EWR-Bürgern, die das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht in Anspruch genommen haben.

erachteten Zeitpunkt der Eheschließung, der nach der Einreise des Beschwerdeführers in das Bundesgebiet lag, kommt es unter Berücksichtigung der zitierten Judikatur des EuGH [Anm: EuGH 19.12.2008, Rs C-551/07, Sahin] nicht an.“¹⁷⁴

¹⁷⁴ VwGH 8.7.2009, 2007/21/0031;
vgl. weiters VwGH 24.2.2009, 2009/22/0032; VwGH 1.4.2009, 2009/08/0029.

b) § 1 Abs 2 lit m AuslBG

Der Ausnahmetatbestand nach lit m umfasst

- EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch nehmen,
- deren drittstaatsangehörigen Ehegatten und Kinder (einschließlich Adoptiv- und Stiefkinder), sowie
- die drittstaatsangehörigen Ehegatten und Kinder¹⁷⁵ österreichischer Staatsbürger,

sofern der Ehegatte bzw das Kind zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt ist.

EWR-Bürger, die ihr Freizügigkeitsrecht nicht in Anspruch nehmen:

Die Ausnahmeregelung über EWR-Bürger, die ihr gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht (Recht auf Freizügigkeit) nicht in Anspruch nehmen, ist auf all jene Sachverhalte anzuwenden, bei denen ein grenzüberschreitender Bezug im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie fehlt.¹⁷⁶ Ein solcher grenzüberschreitender Sachverhalt liegt zum Beispiel bei einem im Bundesgebiet ständig lebenden Österreicher oder sonstigen EWR-Bürger, der immer schon in Österreich gelebt hat, nicht vor. Lit m erfasst ebenfalls jene Fälle, in denen das Recht auf Freizügigkeit nicht vorliegt, weil der EWR-Bürger weder Arbeitnehmer noch Selbständiger ist, keine Unterhaltsmittel und Versicherung hat und auch kein anderer Freizügigkeitstatbestand (zB Angehöriger eines EWR-Bürgers) zur Anwendung kommt.

Drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder:

Auch nach lit m sind drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder eines österreichischen Staatsbürgers bzw eines EWR-Bürgers, der sein Freizügigkeitsrecht nicht in Anspruch nimmt, vom Anwendungsbereich des

¹⁷⁵ Auf Grund des verfassungsgesetzlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist die Formulierung „Kinder österreichischer Staatsbürger“ verfassungskonform so auszulegen, dass davon auch (volljährige) Adoptiv- und Stiefkinder von österreichischen Staatsbürgern (was auf EWR-Bürger bereits zutrifft) umfasst sind. Sie sind daher vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen; vgl VwGH 18.09.2008, 2006/09/0200.

¹⁷⁶ Dazu siehe FN 145; vgl EuGH 16.6.1994, C-132/93, *Steen*, Slg 1994, I-2715.

AuslBG ausgenommen, sofern der Ehegatte bzw das Kind nach dem NAG zur Niederlassung berechtigt ist.

Im Gegensatz zum § 1 Abs 2 lit I AuslBG ist in § 1 Abs 2 lit m keine Altersbeschränkung (21 Jahre) für Kinder sowie keine tatsächliche Unterhaltsgewährung vorgesehen. Aus den Gesetzesmaterialien zu lit m ergibt sich auch nicht die Konklusion, dass mangels festgelegter Altersgrenze nur Kinder gemeint sind, die noch nicht die Volljährigkeit erlangt haben (mit Vollendung des 18. Lebensjahres). § 2 Abs 1 Z 9 NAG zählt jedoch unter dem Begriff Familienangehörige ausschließlich den Ehegatten und unverheiratete minderjährige Kinder auf (Kernfamilie)¹⁷⁷.

Wie § 1 Abs 2 lit I AuslBG diene auch lit m der Umsetzung der Unionsbürger-RL. Daher führte der VwGH zum Begriff "Kinder" Folgendes aus: *„Nach den genannten Bestimmungen der RL [Anm: gemeint ist die Unionsbürger-RL] kann (nicht zuletzt auch unter dem Gesichtspunkt des Verbotes der Inländerdiskriminierung) kein Zweifel daran bestehen, dass der Gesetzgeber in Umsetzung der genannten RL unter "Kinder" in der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2 lit. m AuslBG Verwandte in gerade absteigender Linie versteht, was ua. auch den §§ 40 und 42 des AuslBG entspricht.“*¹⁷⁸ Weiters führte der VwGH in seinem Erkenntnis vom 13. Dezember 2007 aus: *„Die belangte Behörde beruft sich [...] auf die Definition des § 2 Abs. 1 Z. 9 NAG. Damit verkennt sie, dass diese Bestimmung der Umsetzung der Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen (also nicht der Zusammenführung von Unionsbürgern und drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern) dient und es dementsprechend im Beschwerdefall dahingestellt bleiben kann, was "Kernfamilie" iSd § 2 Abs. 1 Z. 9 NAG bedeutet.“* Folglich sprach der VwGH nach dem oben genannten Erkenntnis aus: *„War aber der Beschwerdeführer als (Enkel-)Kind einer österreichischen Staatsbürgerin zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt, so fällt er (weiterhin) unter die Ausnahme des § 1 Abs. 2 lit. m AuslBG; das AuslBG ist auf ihn nicht anzuwenden.“*

¹⁷⁷ Dazu zählen auch eingetragene Partner.

¹⁷⁸ VwGH 13.12.2007, 2007/09/0228.

Im Erkenntnis vom 18.9.2008, 2006/09/0200, wiederholte der VwGH seine Rechtsprechung: „Auf die Minderjährigkeit des Kindes im Sinne des § 1 Abs. 2 lit. m AuslBG in der hier in Rede stehenden Fassung kommt es nicht mehr an, weil – im Gegensatz der vorherigen Rechtslage – eine Altersbeschränkung nicht mehr vorgesehen ist. Dies ergibt sich sowohl aus der von jener des lit. I leg. cit. abweichenden Textierung als auch dem gänzlichen Fehlen entsprechender Hinweise in den Materialien.“¹⁷⁹ Diese Rechtsansicht bestätigte der VwGH im Erkenntnis vom 26.2.2009: „Im Hinblick auf Art. 23 der "Unionsbürgerrichtlinie" (RL 2004/38/EG vom 29. April 2004) kann - nicht zuletzt auch unter dem Gesichtspunkt des Verbotes der Inländerdiskriminierung - kein Zweifel daran bestehen, dass der Gesetzgeber in Umsetzung dieser EU-Richtlinie unter "Kinder" in der Ausnahmebestimmung des § 1 Abs. 2 lit. m AuslBG Verwandte in gerader absteigender Linie versteht, was ua auch den §§ 40 und 42 des ABGB entspricht. Die Rechtsansicht, die Kindeseigenschaft werde in § 2 Abs. 1 Z. 9 NAG 2005 definiert und sei im Sinne der dort normierten Legaldefinition einschränkend als "unverheiratete und minderjährige Kinder" zu verstehen, ist verfehlt (Hinweis E 28. Mai 2008, 2006/09/0102; E 18. September 2008, 2006/09/0200).“¹⁸⁰

Nach lit m müssen die Ehegatten¹⁸¹ und (Enkel-)Kinder zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt sein. Drittstaatsangehörige Ehegatten und Kinder eines österreichischen Staatsbürgers bzw eines EWR-Bürgers, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und die das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht nicht in Anspruch nehmen, können jedoch, im Gegensatz zu den drittstaatsangehörigen Ehegatten und Kindern von gemeinschaftsrechtlich aufenthaltsberechtigten EWR-Bürgern, kein von der Bezugsperson abgeleitetes Niederlassungsrecht nach dem NAG erhalten.

Das bedeutet, dass drittstaatsangehörige Ehegatten und (Enkel-)Kinder eines österreichischen Staatsbürgers bzw eines EWR-Bürgers, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und die das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht nicht in Anspruch nehmen, nur dann vom AuslBG ausgenommen sind, wenn sie

¹⁷⁹ VwGH 18.9.2008, 2006/09/0200; vgl auch VwGH 28.5.2008, 2006/09/0102.

¹⁸⁰ VwGH 26.2.2009, 2007/09/0124.

¹⁸¹ Vgl VwGH 20.11.2008, 2006/09/0213.

zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt sind. Familienangehörige sind dann zur Niederlassung nach dem NAG berechtigt, wenn sie zumindest den Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" nach § 47 Abs 2 NAG oder der Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt – Familienangehöriger" nach § 48 NAG erteilt bekommen. Diese drittstaatsangehörigen Familienangehörigen erhalten bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen für einen Aufenthaltstitel nach § 11 NAG (zB Nachweis einer Unterkunft, ausreichende finanzielle Mittel, Krankenschutz, Erfüllung der Integrationsvereinbarung¹⁸² nach § 14 NAG) den quotenfreien Aufenthaltstitel "Familienangehöriger", der zwei Mal auf zwölf Monate und danach jeweils auf 24 Monate ausgestellt wird. *„Nach fünf Jahren ist der Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt – Familienangehöriger" möglich.“*¹⁸³ Gemäß § 21 Abs 2 Z 1 NAG darf der Antrag auf diesen Aufenthaltstitel in Österreich gestellt werden, wenn eine rechtmäßige Einreise erfolgt ist und ein rechtmäßiger Aufenthalt vorliegt (zB Einreise und Aufenthalt auf Grund eines Visums).

In diesem Zusammenhang ist jedoch fraglich, wer zum Kreis der Familienangehörigen zählt, die einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt – Familienangehöriger" erteilt bekommen. Gemäß § 2 Abs 1 Z 9 NAG fallen unter dem Begriff "Familienangehöriger" nur der Ehegatte und unverheiratete minderjährige Kinder.¹⁸⁴ Der VwGH hat jedoch in seinen Erkenntnissen¹⁸⁵ ausgesprochen, dass § 2 Abs 1 Z 9 NAG der Umsetzung der Richtlinie 2003/86/EG¹⁸⁶ betreffend das Recht der Familienzusammenführung von Drittstaatsangehörigen dient und nicht der Zusammenführung von Unionsbürgern und deren drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern.¹⁸⁷

¹⁸² Vgl Kaun, Verpflichtende Deutschkurse für Ausländer – Die seit 1.1.2003 geltenden Regelungen der Integrationsvereinbarung, ASoK 2003, 34; vgl Pöschl, Integrationsvereinbarung alt und neu, migraLex 2006, 42.

¹⁸³ Kutscher/Poschalko/Schmalzl, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht (2006) 105.

¹⁸⁴ Aus § 46 iVm § 2 Abs 1 Z 9 NAG ergibt sich, dass Verwandte von Drittstaatsangehörigen in aufsteigender Linie nicht als nachzugsberechtigte "Familienangehörige" anzusehen sind; vgl VwGH 28.06.2006, 2002/21/0028.

¹⁸⁵ Vgl VwGH 13.12.2007, 2007/09/0228; VwGH 18.09.2008, 2006/09/0200.

¹⁸⁶ RL 2003/86/EG des Rates v 22.09.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABI L 2003/251, 12; zur RL 2003/86/EG vgl Ecker, Umsetzung der RL 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung in Österreich, migraLex 2005, 13.

¹⁸⁷ So auch die RV zu § 2 NAG: *„Die Definition des Kreises der Familienangehörigen – der sog. „Kernfamilie“ – ergeht in Umsetzung des Art. 4 der Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABI. Nr. L 251 vom 03.10.2003 S. 12, und umfasst den Ehegatten und das minderjährige unverheiratete Kind des Zusammenführenden (Z 10) und seines Ehegatten.“*

Im Sinne der oben zit VwGH Judikatur und der Kohärenz zwischen § 1 Abs 2 lit m AuslBG und dem NAG zählen mE unter dem Begriff "Familienangehöriger" iSd § 47 Abs 2 NAG

- der/die drittstaatsangehörige Ehegatte-in,
- der eingetragene Partner sowie
- alle drittstaatsangehörige Verwandten des Zusammenführenden¹⁸⁸ in gerader absteigender Linie, unabhängig vom Alter und unabhängig von einer Unterhaltsgewährung.

Diese drittstaatsangehörigen Familienangehörigen erhalten bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen für einen Aufenthaltstitel nach § 11 NAG (zB Nachweis einer Unterkunft, ausreichende finanzielle Mittel, Krankenschutz, Erfüllung der Integrationsvereinbarung nach § 14 NAG) den quotenfreien Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" nach § 47 Abs 2 NAG und sind demnach berechtigt, eine Erwerbstätigkeit nach § 1 Abs 2 lit m AuslBG aufzunehmen. Nicht zu diesen Familienangehörigen zählen

- die drittstaatsangehörigen Verwandten des Zusammenführenden in aufsteigender Linie sowie
- die drittstaatsangehörigen Verwandten in absteigender und aufsteigender Linie des drittstaatsangehörigen Ehegatten des Zusammenführenden.

§ 2 Abs 1 Z 9 NAG ist daher für die Beurteilung, wer Familienangehöriger iSd § 47 Abs 2 NAG ist, nicht heranzuziehen.

Die Frage, wer schlussendlich zu den Familienangehörigen zählt, ist im Hinblick zur Unterscheidung des Begriffs "Angehöriger" iSd § 47 Abs 3 NAG von essentieller Bedeutung. Diese Angehörigen des Zusammenführenden benötigen eine quotenfreie "Niederlassungsbewilligung – Angehörige" nach § 47 Abs 3 NAG. Gemäß § 8 Abs 2 Z 5 NAG berechtigt jedoch die "Niederlassungsbewilligung – Angehörige" nur zur befristeten Niederlassung

¹⁸⁸ Gemäß § 47 Abs 1 NAG zählen zu den Zusammenführenden „Österreicher, EWR-Bürger oder Schweizer Bürger, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und nicht ihr gemeinschaftsrechtliches oder das ihnen auf Grund des Freizügigkeitsrechtsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht von mehr als drei Monaten in Anspruch genommen haben.“

ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit.¹⁸⁹ Dieser Personenkreis (Angehörige) ist somit vom Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 lit m nicht erfasst.¹⁹⁰

Dazu hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 3.4.2009 Folgendes ausgeführt: *„Der in § 47 Abs. 3 Z 3 NAG verwendete Begriff "sonstige Angehörige" ist im Gesetz nicht definiert. Aus den Erläuterungen der Regierungsvorlage zum Fremdenrechtspaket 2005 (RV 952 BlgNR 22 GP, 140) ergibt sich allerdings, dass der Personenkreis der in § 47 Abs. 3 NAG angeführten Angehörigen in Anlehnung an jenen des § 52 Z 3 bis 5 NAG festgelegt wurde. Die in § 52 Z 5 NAG genannten Personen entsprechen im Wesentlichen denjenigen des § 47 Abs. 3 Z 3 NAG und resultieren ihrerseits aus Art. 3 Abs. 2 lit. a RL 2004/38/EG (vgl. dazu die Ausführungen in den Materialien, aaO., 141 f), in dem ausdrücklich von - nicht unter die Definition des Art. 2 Z 2 RL 2004/38/EG fallenden - 'Familienangehörigen' die Rede ist (in diesem Sinne spricht auch der diese Vorschrift betreffende Erwägungsgrund 6 der genannten Richtlinie bezugnehmend auf jene Familienmitglieder, die kein 'automatisches Einreise- und Aufenthaltsrecht im Aufnahmemitgliedstaat genießen', von der Wahrung der Einheit der 'Familie im weiteren Sinn').“¹⁹¹*

Demnach zählen zu den Angehörigen iSd § 47 Abs 3 NAG

1. *„Verwandte des Zusammenführenden, seines Ehegatten oder eingetragenen Partner in gerader aufsteigender Linie, sofern ihnen von diesen tatsächlich Unterhalt geleistet wird;*
2. *Lebenspartner, die das Bestehen einer dauerhaften Beziehung im Herkunftsstaat nachweisen und ihnen tatsächlich Unterhalt geleistet wird;*
oder

¹⁸⁹ Ein weiterer Unterschied zum Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" liegt darin, dass die Erteilung der "Niederlassungsbewilligung – Angehöriger" im Ermessen der Behörde liegt (siehe § 47 Abs 3 NAG: kann erteilen).

¹⁹⁰ Für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit müssen diese Angehörigen, die eine "Niederlassungsbewilligung – Angehörige" besitzen, eine Zweckänderung auf eine quotenpflichtige "Niederlassungsbewilligung – beschränkt" gemäß § 47 Abs 4 NAG durchführen. Eine Voraussetzung dafür ist, dass eine Berechtigung nach dem AuslBG bereits vorliegt.

¹⁹¹ VwGH 3.4.2009, 2008/22/0864.

3. Sonstige Angehörige¹⁹² des Zusammenführenden [...]“¹⁹³

Die Angehörigen des Zusammenführenden müssen also die "Niederlassungsbewilligung – Angehörige", die – wie schon oben erwähnt – eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausschließt, im Ausland beantragen und müssen, wie die Familienangehörigen, insbesondere einen Krankenversicherungsschutz, ein bestimmtes Mindesteinkommen, einen Rechtsanspruch auf eine ortsübliche Unterkunft nachweisen. Weiters sind sie verpflichtet, die Integrationsvereinbarung zu erfüllen.¹⁹⁴ Da (Familien-) Angehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizer-Bürgern, die das gemeinschaftsrechtliche oder das ihnen auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht nicht in Anspruch nehmen und damit keinen grenzüberschreitenden Sachverhalt verwirklichen, keine aufenthaltsrechtlichen Begünstigungen nach dem NAG zukommen wie den (Familien-) Angehörigen von EWR-Bürgern, die das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht in Anspruch nehmen, kommt es zu einer aufenthaltsrechtlichen Schlechterstellung¹⁹⁵ dieser drittstaatsangehörigen (Familien-) Angehörigen.¹⁹⁶ Von dieser Ungleichbehandlung sind vor allem (Familien-) Angehörige von Österreichern betroffen.¹⁹⁷

Die unterschiedliche Behandlung bleibt auch nach dem FrÄG 2009 aufrecht, da einerseits zwischen der Inanspruchnahme des gemeinschaftsrechtlichen

¹⁹² Gemäß 47 Abs 3 Z 3 NAG sind sonstige Angehörige des Zusammenführenden

- a) „die vom Zusammenführenden bereits im Herkunftsstaat Unterhalt bezogen haben;
- b) die mit dem Zusammenführenden bereits im Herkunftsstaat in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben und Unterhalt bezogen haben oder
- c) bei denen schwerwiegende gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege durch den Zusammenführenden zwingend erforderlich machen.“

¹⁹³ § 47 Abs 3 NAG.

¹⁹⁴ Es müssen sämtliche Erteilungsvoraussetzungen für Aufenthaltstitel des 1. Teils des NAG erfüllt sein.

¹⁹⁵ Nicht nur hinsichtlich der aufenthaltsrechtlichen Situation von Angehörigen österreichischer Staatsbürger kommt es zu einer wesentlichen Verschlechterung, sondern auch hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Situation. So sind drittstaatsangehörige Verwandte in gerader aufsteigender Linie des österreichischen Staatsbürgers sowie seines Ehegatten, auch wenn diese Verwandten tatsächlich Unterhalt gewährt bekommen, nicht vom § 1 Abs 2 lit m AuslBG erfasst.

¹⁹⁶ Vgl *Abermann*, Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis 97; vgl *Loos/Zlatojevic*, Familienangehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern im FPG und NAG – verfassungswidrige Inländerdiskriminierung?, *migraLex* 2006, 94; vgl *Feik/Akyürek*, Rechtsgutachten v 5.5.2006, Ist die Schlechterstellung von Angehörigen von Österreichern im Vergleich zu Angehörigen von "EWR-Bürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen", wie sie im FPG, NAG und im AuslBG anzutreffen ist, aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig? www.migrare.at/cms/index.php/Download.html (2.2.2010).

¹⁹⁷ Vgl *Bichl/Schmid/Szymanski*, Das neue Recht der Arbeitsmigration § 1 AuslBG 82.

Aufenthaltsrechts und der Nichtinanspruchnahme unterschieden wird. Damit bleibt auch die Diskussion um eine eventuelle Inländerdiskriminierung¹⁹⁸

weiterhin aufrecht, zu dem sich der VfGH¹⁹⁹ schon öfters geäußert hat.

In seinem Erkenntnis vom 17.6.1997, B 592/96 betreffend Erteilung von Aufenthaltstiteln an drittstaatsangehörige Familienangehörige führte der VfGH aus: *„Für eine solche Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber ausländischen Staatsangehörigen läßt sich im konkreten Zusammenhang aber keinerlei sachliche Rechtfertigung finden (vgl. VfSlg. 13084/1992 mwH; s. auch den Prüfungsbeschluß des VfGH vom 27. Februar 1997, B3881/95). Vor allem wäre eine derart unterschiedliche Behandlung diskriminatorisch im Sinne des Art 14 iVm. Art 8 EMRK, da eine "objektive und vernünftige Rechtfertigung" dafür nicht ersichtlich ist, weil sie offenkundig kein legitimes Ziel verfolgt (vgl. EGM 28.5.1985, Abdulaziz, EuGRZ 1985, 567 ff. (570), EGM 28.10.1987, Inze, ÖJZ 1988, 177 f. (178), EGM 23.10.1990, Darby, ÖJZ 1991, 392 ff. (392)).“* Der VfGH sprach in diesem Erk weiters aus, dass die Regelung über die Aufenthaltberechtigung von Drittstaatsangehörigen (§ 29 FrG) jedenfalls dahin auszulegen ist, *„daß die Aufenthaltsbewilligung von Drittstaatsangehörigen sämtlicher EWR-Bürger, also auch die Aufenthaltsbewilligung von Drittstaatsangehörigen österreichischer Staatsbürger, einheitlichen (begünstigenden) Regelungen unterworfen ist. Allein dies entspricht auch dem aus Art 8 iVm. Art 14 EMRK erfließenden Gebot, die*

¹⁹⁸ Unter der "Inländerdiskriminierung", auch genannt Umkehrdiskriminierung, versteht man „das Phänomen, dass wegen der Grundfreiheiten EG-Ausländer in bestimmten Fällen besser behandelt werden als Inländer, weil ihnen nationale Rechtsvorschriften nicht entgegengehalten werden dürfen. Der Inländerbegriff muss dabei von der Staatsangehörigkeit gelöst werden, da wesentliches Kriterium die Unterwerfung unter nationale Rechtsordnung eines Mitgliedstaats ist, was auch auf einen im Inland ansässigen Ausländer (zB Produzenten) zutreffen kann.“ (Streinz, Europarecht Rz 810); vgl. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht Rz 1355: [...] „Die Bezeichnung ist insofern irreführend, als es dabei nicht um Normen geht, die Inländer nach dem Kriterium ihrer Staatsbürgerschaft diskriminieren, sondern um die Benachteiligung von rein innerstaatlichen Sachverhalten im Verhältnis zu Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug. [...] Der VfGH hat sachlich nicht gerechtfertigte Inländerdiskriminierung als verfassungswidrig angesehen (FN: Grundlegend VfSlg 14.963; ÖZW 1999, 51 mit Kommentar von Schulev-Steindl). Er stützt sich dabei auf Meinungen der Lehre und seine eigene Judikatur, wonach Diskriminierungen von Inländern gegenüber Ausländern ganz allgemein am Gleichheitssatz zu messen sind (FN 178: Vgl insb Rill in Korinek, Grundfragen 30ff, Knobl, FS Rill (1995) 320ff; VfSlg 13.084, 14.863).“; vgl. Holoubek, "Inländerdiskriminierung" im Wirtschaftsrecht, in Aicher/Holoubek/Korinek (Hrsg), Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht (2000) 159.

¹⁹⁹ Vgl VfGH 7.10.1997, V 76/97 und V 92/97; vgl VfGH 15.12.2004, G 79/04 ua.

in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung zu gewährleisten.“²⁰⁰

Im Erkenntnis B 1462/06 vom 13.10.2007 hegte der VfGH jedoch keine verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich der Differenzierung der Erteilung eines Aufenthaltsrechts zwischen drittstaatszugehörigen Angehörigen von Österreichern anhand des Kriteriums, ob diese einen gemeinschaftsrechtsrelevanten Sachverhalt (Ausnützen von Freizügigkeit) verwirklicht haben oder nicht. In diesem Erk vertritt der VfGH die Ansicht, dass *„die Differenzierung hinsichtlich der Erteilung von Aufenthaltstiteln zwischen drittstaatszugehörigen Angehörigen von Österreichern anhand des Kriteriums, ob diese einen gemeinschaftsrechtsrelevanten Sachverhalt verwirklicht haben, sachlich gerechtfertigt ist, weil es zur Sicherung und Förderung der Ausübung der Freizügigkeit (Art 18 EG) und anderer Rechte nach dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (Art 39 ff EG) durch österreichische Staatsangehörige notwendig ist, dass in Umsetzung des Gemeinschaftsrechts drittstaatszugehörigen Angehörigen von 'freizügigkeitsberechtigten' Österreichern Aufenthaltstitel unter vereinfachten Bedingungen erteilt werden.“²⁰¹* Im hiesigen Erk führte der VfGH weiters aus, *„dass die Erteilung von Aufenthaltstiteln an drittstaatszugehörige Angehörige von 'nicht freizügigkeitsberechtigten' Österreichern, die in der Ausübung ihrer Rechte nach dem EG nicht gefördert und geschützt werden müssen, von der Erfüllung bestimmter Erteilungsvoraussetzungen abhängt und die Behörde im Einzelfall jährlich (im Verlängerungsfall des Aufenthaltstitels 'Familienangehöriger' alle zwei Jahre) zu prüfen hat, ob der Aufenthalt des jeweiligen Angehörigen iSd beantragten Zwecks (Angehörigeneigenschaft) und des Vorliegens der Erteilungsvoraussetzungen nach wie vor gerechtfertigt ist,*

²⁰⁰ Eine unterschiedliche Behandlung kann somit auch diskriminierend iSd Art 14 EMRK (Verbot der Benachteiligung) iVm Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) sein, wenn eine objektive und vernünftige Rechtfertigung (Verfolgung eines legitimen Zieles in einem angemessenen Verhältnis) für die Ungleichbehandlung des nach Art 8 EMRK geschützten Familienlebens nicht gegeben ist.

²⁰¹ VfGH 13.10.2007, B 1462/06.

soll im Gegenzug die Aufrechterhaltung eines geordneten Fremdenwesens und die Hintanhaltung allfälliger Missbräuche sichergestellt werden.“²⁰²

Nach dem EuGH Urteil Metock²⁰³ beantragte der VwGH am 2.10.2008²⁰⁴, der VfGH möge die Wortfolge im § 57 NAG²⁰⁵ „sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben“ als verfassungswidrig aufheben, da gute Gründe für die Annahme sprechen, dass die oben angeführte Wortfolge in unsachlicher Weise gegen den Gleichheitssatz (Art I Abs 1 RassDiskrBVG sowie Art 7 Abs 1 B-VG) verstößt.²⁰⁶

Mit Beschluss vom 20. Juni 2009²⁰⁷ hat der VfGH den Antrag des VwGH mit der Begründung zurückgewiesen, dass „die Ausstellung eines Niederlassungsnachweises obliegt gemäß § 3 NAG der Niederlassungsbehörde. Die Fremdenpolizeibehörde hat hingegen nicht zu prüfen, ob der Fremde gemäß §§ 54 iVm 57 NAG tatsächlich zur Niederlassung in Österreich berechtigt ist. Es ist daher denkunmöglich, dass der Verwaltungsgerichtshof bei der Entscheidung darüber, ob die Fremdenpolizeibehörde zu Recht eine Ausweisung verhängt hat, § 57 NAG anzuwenden hat.“²⁰⁸ Zu § 57 NAG führte der VfGH aus: „Der angefochtene § 57 NAG, welcher ausdrücklich nur Fälle mit zugrunde liegendem Freizügigkeitssachverhalt erfasst, und sohin ausschließlich bei Vorliegen eines solchen zur Anwendung kommt, kann daher vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der Prüfung des gegenständlichen Anlassfalles nicht zur Anwendung gelangen. Die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes, dass sich aus der im Beschluss angefochtenen Wortfolge die Nichtanwendbarkeit der §§ 51 bis 56 NAG ergebe, wird seitens der Bundesregierung nicht geteilt. Vielmehr ergibt sich der auf Freizügigkeitssachverhalte eingeschränkte Anwendungsbereich der §§ 51 bis 56 NAG schon unmittelbar aus den zitierten Rechtsvorschriften selbst.

²⁰² Dazu krit Heißl, VfGH: Inländerdiskriminierung sachlich gerechtfertigt, migraLex 2008, 41: „Es kann somit mE eine Ungleichbehandlung von Österreichern und Unionsbürgern nicht einfach mit der Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen begründet werden.“

²⁰³ Siehe FN 166.

²⁰⁴ VwGH 2.10.2008, 2008/18/0507 (A 2008/0041).

²⁰⁵ IdF BGBl I 2005/100.

²⁰⁶ So in DRdA, § 57 NAG: Antrag des VwGH an den VfGH, die Wortfolge „sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben“ als verfassungswidrig aufzuheben (2009) 50.

²⁰⁷ VfGH 20.6.2009, G125/08.

²⁰⁸ Vgl VwGH 25.9.2009, 2009/18/0278.

So normiert '51 NAG die in dieser Bestimmung angesprochene Zielgruppe klar mit 'EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen' und verweist der für das Niederlassungsrecht von begünstigten Drittstaatsangehörigen einschlägige § 54 NAG mit der Wendung 'Angehörige von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern (§ 51), die nicht EWR-Bürger sind' auf selbigen Personenkreis. Ebenso ist auch für das gesamte vierte Hauptstück (des zweiten Teils) des NAG - als 'gemeinschaftsrechtliches Niederlassungsrecht' - als Anknüpfungspunkt die Verwirklichung eines Freizügigkeitssachverhaltes erforderlich (siehe dazu die Definition gemäß § 2 Abs 2 Z 14 NAG).“

Mangels Verwirklichung eines Freizügigkeitssachverhaltes ging der VfGH auf die verfassungsrechtlichen Bedenken des VwGH hinsichtlich des § 57 NAG nicht ein, sondern stellte insbesondere klar, dass zwischen gemeinschaftsrechtlich Aufenthaltsberechtigten, die einen grenzüberschreitenden Sachverhalt verwirklichen müssen, und jenen, die das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht nicht in Anspruch nehmen, unterschieden werden müsse. Daran knüpfen auch unterschiedliche Rechtsfolgen.

Nach der bisherigen jüngeren Rsp des VfGH sieht also der VfGH die Ungleichbehandlung von Angehörigen von Österreichern gegenüber von gemeinschaftsrechtlich Aufenthaltsberechtigten als sachlich gerechtfertigt an, weil die Unterscheidung nicht an die Staatsbürgerschaft knüpft, sondern an die Verwirklichung eines Freizügigkeitssachverhaltes. Die "Bevorzugung" im Niederlassungsrecht begründet sich nach Ansicht des VfGH daher, dass die vereinfachten Niederlassungsvoraussetzungen zur Sicherung und Förderung der Ausübung der Freizügigkeit und anderer Rechte nach dem AEUV dienen.²⁰⁹ Dass drittstaatsangehörige Angehörige von Österreichern, bei denen das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht nicht vorliegt und demnach in der Ausübung ihrer Rechte nach dem AEUV nicht gefördert und geschützt werden müssen, strengeren Regelungen unterworfen sind, ist nach Ansicht des VfGH

²⁰⁹ Zust Gerhartl, EuGH 19.12.2008, C-551/07, migraLex 2009, 64: „Eine Differenzierung zwischen den Angehörigen von solchen Unionsbürgern, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, und jenen, die dies nicht getan haben, ist mE aber nach wie vor zulässig.“

dadurch sachlich gerechtfertigt, dass die strengeren Regelungen die Aufrechterhaltung eines geordneten Fremdenwesens und die Hintanhaltung allfälliger Missbräuche sicherstellen.

Die Argumentation des VfGH betreffend die sachliche Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung im NAG und in weiterer Folge im AuslBG überzeugt mich nicht ganz, da mE die Verwirklichung eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes kein geeigneter, triftiger sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung darstellt.²¹⁰ Nach dem Gleichheitssatz (Art 7 B-VG)²¹¹ ist der Gesetzgeber unter anderem verpflichtet, an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen.²¹² Dass es sich hierbei um wesentliche Unterschiede im Tatsachenbereich (verschiedene Tatbestände/Sachverhalte) handelt, die es legitimieren, dass es auf Grund der Intensität und Art der Unterschiede im Tatsächlichen zu differenzierten Regelungen kommt, liegt mE nicht vor. Gerade der Umstand, dass vom gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrecht auch Angehörige erfasst sind, die unabhängig vom EWR-Bürger und zu einem anderen Zweck als der Familienzusammenführung eingereist sind, lässt nach meiner Ansicht die Argumentation eines wesentlich unterschiedlichen Tatsachenbereiches kaum noch mehr Spielraum. „Vergleicht man die Sachverhalte, stellt sich aber heraus, dass die Unterschiede im Tatsächlichen nicht nur "marginal" sind, sondern sich

²¹⁰ Vgl. Schumacher/Peyrl, Fremdenrecht 111: „Das Kriterium der Verwirklichung eines Freizügigkeitssachverhaltes ist vollkommen untauglich, eine derartig unterschiedliche Behandlung völlig gleicher Personengruppen (der Angehörigen) zu legitimieren.“

²¹¹ Zum Gleichheitssatz vgl. Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht Rz 1348; zur Frage, ob der Gleichheitssatz im Verhältnis zwischen Fremden und Inländern anwendbar ist, vgl. Thienel, Österreichische Staatsbürgerschaft II (1990) 74; vgl. Muzak, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht 9; vgl. Schrammel, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung 15. Im Verhältnis Fremder untereinander ist weiters Art 1 RassDiskrBVG, das jede Form von rassistischer Diskriminierung verbietet, zu beachten. Gesetzgebung und Vollziehung haben demnach jede Unterscheidung aus dem alleinigen Grund der Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung oder der nationalen oder ethnischen Herkunft zu unterlassen. Um nicht gegen Art 1 RassDiskrBVG zu verstoßen, muss daher die Unterscheidung zwischen Angehörigen von Österreichern, die einen Freizügigkeitssachverhalt erfüllen, und jenen Angehörigen von Österreichern, die keinen Freizügigkeitssachverhalt erfüllen, sachlich gerechtfertigt sein, denn nach hL (vgl. Berka, Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 1006; vgl. Korinek, Der gleichheitsrechtliche Gehalt des BVG gegen rassistische Diskriminierung, in FS Rill (1995) 187) und Judikatur (vgl. VfGH 29.6.1995, B 2318/94) wird das Gebot des Art 1 RassDiskrBVG, das über Art 7 B-VG hinausgeht und diesen gleichsam erweitert, als ein umfassender Gleichheitssatz im Verhältnis der Fremden untereinander interpretiert.

²¹² Wenn österreichische Staatsbürger gegenüber Ausländern ohne sachlichen Grund benachteiligt werden, widerspricht dies dem innerstaatlichen Gleichheitsgrundsatz; vgl. Berka, Lehrbuch Grundrechte (2000) 195.

*in Wahrheit auf das bloße Element des Grenzübertrittes reduzieren. Dieses Kriterium alleine ist aber für sich völlig untauglich, eine derartige massive Unterscheidung ansonsten völlig gleicher Personengruppen zu rechtfertigen.*²¹³

Weiters ist für mich nicht ganz nachvollziehbar, warum der VfGH von seiner früheren Rsp²¹⁴ abgewichen ist.

Die Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung ist somit ausschließlich nach dem jeweiligen nationalen Verfassungsrecht zu lösen, weil das Gemeinschaftsrecht die Diskriminierung von inländischen Staatsbürgern bei nicht Vorliegen eines gemeinschaftsrechtsrelevanten Sachverhaltes nicht verbietet.²¹⁵ „Das Gemeinschaftsrecht verbietet diese Inländerdiskriminierung nicht, da die Grundfreiheiten nach gefestigter Rechtsprechung einen zwischenstaatlichen Sachverhalt voraussetzen. Die Inländerdiskriminierung widerspricht zwar dem Binnenmarktgedanken, nicht aber dem Binnenmarktrecht. [...] Im Übrigen ist die Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung eine Frage des nationalen Verfassungsrechts [...].“²¹⁶

²¹³ Loos/Zlatojevic, Familienangehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern im FPG und NAG – verfassungswidrige Inländerdiskriminierung?, migraLex 2006, 96.

²¹⁴ VfGH 17.6.1997, B 592/96; betreffend Grundverkehrsgeschäfte VfGH 1.10.2007, G 237/06.

²¹⁵ Vgl Ecker, Familienzusammenführung, Die Umsetzung der Richtlinie 2003/86/EG in Österreich (2008) 111; Ecker/Einwallner, Europarechtliche Freizügigkeit, Familienzusammenführung zwischen Mobilitätsschranken und Mobilitätswang, juridikum 2009, 100; Gerhartl, EuGH 19.12.2008, C-551/07, migraLex 2009, 65; Kolonovits, VfGH zum FPG: Anfechtung der "Inländerdiskriminierung", Zuständigkeit der UVS für assoziationsintegrierte türkische Staatsangehörige – Besprechung von VfGH 13.10.2006, G 26/06 ua und VfGH 13.10.2006, B 236/06, migraLex 2007, 25.

²¹⁶ Streinz, Europarecht Rz 813.

C. Sonderregelungen für die "neuen" Mitgliedstaaten der EU

1. Regelungen im Beitrittsvertrag

Mit der ersten und zweiten EU-Osterweiterung²¹⁷ entstand der weltweit größte Binnenmarkt, in dem die vier Grundfreiheiten²¹⁸ – Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit – gelten. Auf Grund des Beitrittsvertrages 2003²¹⁹, der zwischen Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien einerseits und Estland, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Zypern andererseits geschlossen wurde, werden jedoch die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art 45 bis 48 AEUV), die Teil der Personenverkehrsfreiheit ist, und die Entsendung von Arbeitnehmern, die auf der Dienstleistungsfreiheit (Art 56 bis 62 AEUV) beruht, vorerst für acht der zehn neuen Mitgliedstaaten suspendiert bzw eingeschränkt.²²⁰ Gemäß dem Beitrittsvertrages 2003 finden nämlich die Übergangsregelungen²²¹ für Staatsangehörige von Malta (Anhang XI) und Zypern (Anhang VII) keine Anwendung. Weil von Maltesern und Zyprioten keine "Störung" der nationalen Arbeitsmärkte in den "alten" Mitgliedsländern zu befürchten war, sind sie daher – wie Bürger aus den "alten" Mitgliedstaaten – den Inländern völlig gleichgestellt und genießen somit seit dem 1. Mai 2004 die volle Freizügigkeit. Spricht man daher im Zusammenhang mit den Übergangsregelungen von Bürgern der "neuen" Mitgliedstaaten, so sind lediglich Staatsangehörige aus Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn

²¹⁷ Bezüglich des Beitrittes Bulgariens und Rumäniens am 1. Jänner 2007 siehe unter Punkt 2, Seite 105.

²¹⁸ Zu den Grundfreiheiten vgl Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur (2007).

²¹⁹ Beitrittsvertrag 2003, ABI L 2003/236, 1 und ABI C 2003/227, 1, zuletzt geändert durch ABI L 2004/126, 1; der Beitrittsvertrag wurde am 16. April 2003 durch die Staats- und Regierungschefs in Athen unterzeichnet (Beitrittsakte von Athen).

²²⁰ Vgl Kaun, EU-Erweiterung und Ausländerbeschäftigung, ZAS 2004, 21; LVaktuell 2004, Die neuen EU-Mitgliedstaaten – Auswirkungen auf die "Arbeitnehmerfreizügigkeit", 5.

²²¹ Hinsichtlich den Übergangsregelungen nach den Beitrittsakten von Athen vgl Ramin, Erwerbstätigkeit der "neuen" EU-Bürger in Österreich, migraLex 2005, 55.

gemeint. Seit dem 1. Jänner 2007 zählen auch die Staatsangehörigen aus Bulgarien und Rumänien dazu.

Die Warenverkehrsfreiheit (Art 28 bis 37 AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art 49 bis 55 AEUV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art 63 bis 66 AEUV) gelten grundsätzlich aber für alle neu beigetretenen Staaten uneingeschränkt.

Während der Beitrittsverhandlungen haben sich vor allem Österreich und Deutschland für Übergangsmaßnahmen im heikeln Arbeits- und Dienstleistungssektor stark gemacht. Auf Grund ihrer exponierten Lage an der langen EU-Ostgrenze, des hohen Lohngefälles zu den "neuen" Mitgliedsländern – so betrug im Jahr 2007 das mittlere Bruttomonatseinkommen in der Slowakei ca EUR 615, in Österreich ca EUR 1.900 (ein slowakischer Arbeitnehmer, der von der Hauptstadt Bratislava ins nur 55 km entfernte Wien pendelt, kann damit sein Gehalt verdreifachen) – und der relativ hohen Arbeitslosigkeit in diesen Ländern, traten daher gerade Österreich und Deutschland für Übergangsregelungen ein, um einerseits ihren eigenen heimischen Arbeitsmarkt zu schützen und um andererseits einen kontrollierten Übergang im Bereich der Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit gewährleisten zu können.

Als Resultat dieser Bemühungen wurden daher in Art 24 iVm den Anhängen V und VI, VIII bis X sowie XII bis XIV des Beitrittsvertrages 2003 eine bis zu **siebenjährige Übergangsregelung**²²² im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und in den sensiblen Bereichen des Dienstleistungsverkehrs verankert, wobei Letztere ein Novum in der EU-Geschichte darstellt²²³.

²²² Vgl. *Leitner*, Arbeitnehmerfreizügigkeit in einer erweiterten Europäischen Union – Übergangsregelungen zum Schutz des heimischen Arbeitsmarktes, ASoK 2003, 395; *Sacherer/Woschitz*, Arbeitnehmermobilität innerhalb der "neuen" EU, RdW 2004, 319.

²²³ Erstmals wurde im Jahre 1986 eine bis zu siebenjährige Übergangsfrist (für das Großherzogtum Luxemburg eine bis zu zehnjährige Frist) für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in die Beitrittsverträge von Portugal und Spanien aufgenommen, nicht jedoch für die Dienstleistungsfreiheit. Diese Frist wurde vorzeitig mit 1. Jänner 1992 bzw 1. Jänner 1993 für Luxemburg beendet.

a) Übergangsarrangement für die Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen

Die Aussetzung der länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 1 der Richtlinie 96/71/EG²²⁴ in bestimmten Dienstleistungssektoren steht nur Deutschland und Österreich zu, solange sie die Übergangsbestimmungen für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer anwenden. In dem Maße, wie Deutschland oder Österreich den Dienstleistungsverkehr gegenüber den "neuen" Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Malta und Zypern) suspendiert, können die betreffenden Staaten gleichwertige Maßnahmen bzgl Dienstleistungen ergreifen²²⁵. In folgenden Dienstleistungssektoren gelten in Österreich Übergangsbestimmungen:

<i>Sektor</i>	<i>NACE-Code²²⁶, sofern nichts anders angegeben</i>
Erbringung von gärtnerischen Dienstleistungen	01.41
Be- und Verarbeitung von Natursteinen a.n.g.	26.7
Herstellung von Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen	28.11
Baugewerbe, einschließlich verwandter Wirtschaftszweige	45.1 bis 4; im Anhang zur Richtlinie 96/71/EG aufgeführte Tätigkeiten
Schutzdienste	74.60
Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln	74.70
Hauskrankenpflege	85.14
Sozialwesen a.n.g.	85.32

²²⁴ RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABI L 1997/18, 1.

²²⁵ Siehe Seite 102.

²²⁶ Nomenclature générale des activités économiques (Nomenclature of economic activities) nach der VO (EWG) 3037/90 des Rates v 9.10.1990 betreffend die statistische Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft, ABI L 1990/293, 1.

Der Dienstleistungssektor **"Erbringung von gärtnerischen Dienstleistungen"** umfasst gemäß NACE-Code 01.41 die Erbringung von landwirtschaftlichen Dienstleistungen für den Pflanzenbau sowie von gärtnerischen Dienstleistungen im Lohnauftrag. Diese Klasse umfasst beispielsweise sämtliche Bearbeitungs- bzw. Gestaltungstätigkeiten hinsichtlich landwirtschaftlicher Nutzflächen und Gärten wie die Vorbereitung von Feldern und Kulturen, Behandlung von Kulturen, Ernte und Aufbereitung von Kulturpflanzen, Beschneiden von Obstbäumen und Kulturen. Auch die Erbringung von gärtnerischen Dienstleistungen zur Anlage, Pflege und Umgestaltung von Landschaften wie Parks und Gärten werden unter dem NACE Code 01.41 eingeordnet. Von der Klasse 01.41 nicht erfasst sind Tätigkeiten in der Forstwirtschaft, zum Beispiel Schlägerungstätigkeiten.

Zum Sektor "Erbringung von gärtnerischen Dienstleistungen" zählen damit viele Tätigkeiten, die ausländische Saisoniers in der Landwirtschaft ausüben. Sollten diese Tätigkeiten selbständig ausgeführt werden, so unterliegen sie den Übergangsbestimmungen; die nationalen Maßnahmen sind weiterhin anwendbar. *„Selbständige Tätigkeiten der Land- und Forstwirtschaft sind ebenfalls von der Dienstleistungsfreiheit erfasst. Die kontrollierenden Behörden prüfen vor Ort allerdings sehr streng, ob es sich tatsächlich um eine Dienstleistung oder um eine arbeitnehmerähnliche Tätigkeit im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes handelt.*

Will ein in Österreich befindliches Unternehmen Dienstleistungen mit Entsendung von Arbeitskräften in Anspruch nehmen, sieht das Übergangsrecht Folgendes vor:

- *Handelt es sich um einen Dienstleistungssektor, der in den Beitrittsverträgen keinen Beschränkungen unterworfen wurde, ist bei der regionalen Geschäftsstelle des AMS eine so genannte Entsendebestätigung zu beantragen.*
- *Unterliegt der Dienstleistungssektor zum Schutz des Arbeitsmarktes jedoch der Übergangsfrist, benötigen die entsandten Arbeitnehmer – je nach Dauer der Entsendung – eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung.*

*Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit interpretiert die Beitrittsakte derzeit dahingehend, dass sämtliche im Rahmen der Land- und Forstwirtschaft durchgeführten Dienstleistungen der Übergangsregelung unterliegen. Im Falle einer Entsendung sind daher Entsende- oder Beschäftigungsbewilligungen vorweg einzuholen.*²²⁷

Werden also während der Übergangsbestimmungen in Österreich gärtnerische Dienstleistungen von ausländischen Arbeitskräften des Dienstleistungserbringers, der keinen Betriebssitz in Österreich hat, verrichtet, so liegt eine Entsendung von Arbeitskräften vor. Dauern diese Arbeiten länger als sechs Monate, bedürfen sie gemäß § 18 Abs 1 AuslBG einer Beschäftigungsbewilligung. Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, so bedürfen die ausländischen Arbeitskräfte einer Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf²²⁸.

Zur Be- und Verarbeitung von Natursteinen a.n.g. (= anderweitig nicht genannt; NACE-Code 26.7) zählen insbesondere die Dienstleistungen des Steinmetzgewerbes.

Die Herstellung von Stahl- und Leichtmetallkonstruktionen (NACE-Code 28.11) umfasst zB die Herstellung von Metallskeletten für den Bau, Herstellung von vorgefertigten Metallgebäuden, von Geländern und Treppen.

Der Sektor "Baugewerbe, einschließlich verwandter Wirtschaftszweige", umfasst die in den NACE-Codes 45.1 bis 4 und die im Anhang zur Richtlinie 96/71/EG²²⁹ angeführten Tätigkeiten. Dazu zählen neben dem klassischen Hoch- und Tiefbau auch Bauarbeiten von Bergbauspezialfirmen, die unter Tage durchgeführt werden, das Erstellen von Messeeinrichtungen – soweit etwa Fertigbauarbeiten erbracht werden –, oder der Schornsteinbau.

²²⁷ Dienstgeberinformation2008.doc der Landwirtschaftskammer Burgenland, <http://www.agrarnetaustria.at/> → Burgenland → Downloads → Recht (15.11.2008).

²²⁸ Zum Verfahren der Entsendebewilligung siehe § 19 AuslBG.

²²⁹ RL 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 16.12.1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 1997/18, 1.

Nicht dazu zählen etwa Architektur- und Ingenieursdienstleistungen oder die bergmännische Gewinnung von Steinen und Erden.

„'Mischtatbestände', also eine Kombination der Tätigkeiten im geschützten und liberalisierten Bereich in einem einzigen Werkvertrag wird es voraussichtlich nur vereinzelt geben, da vor allem im Baugewerbe tätige Firmen eher selten ihre Aufträge mit Nicht-Bauarbeiten kombinieren werden.“²³⁰

Schutzdienste (NACE-Code 74.60) umfasst zB Tätigkeiten des Bewachungsgewerbes, Detekteien.

Unter Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln (NACE-Code 74.70) sind Tätigkeiten gemeint wie zB die Fensterputzerei und Raumpflege, Rauchfangkehrertätigkeiten, Desinfektion und Schädlingsbekämpfung in Gebäuden und Fahrzeugen.

Damit fallen auch Reinigungstätigkeiten in der Hotel- und Gastronomiebranche unter den Dienstleistungssektor Reinigung von Gebäuden, Inventar und Verkehrsmitteln.

Mit Hauskrankenpflege (NACE-Code 85.14) sind die Tätigkeiten der Hauskrankenschwestern gemeint.

Sozialwesen a.n.g. (NACE-Code 85.32) umfasst insbesondere Sozialberatung, Eheberatung, Lebensberatung, Familienberatung, Alten- und Krankenbesuche, psychologische Beratung im Bereich des Sozialwesens, Betreuung von Kindern in Schülerhorten, Tagesbetreuung von Kindern, Tätigkeiten von Tagesmüttern, Tagesbetreuung von behinderten Erwachsenen etc.

Nachdem der EuGH mit dem Urteil, Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Republik Österreich, vom 21. September 2006²³¹ festgestellt hat, dass die bis zum 31. Dezember 2005 geltenden Bestimmungen

²³⁰ LVaktuell, Die neuen EU-Mitgliedstaaten – Auswirkungen auf die "Arbeitnehmerfreizügigkeit" (2004) 10.

²³¹ EuGH 21.9.2006, Rs C-168/04, *Kommission/Österreich*, Slg 2006, I-09041.

des § 18 Abs 12 bis 16 AuslBG gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß ex Art 49 EGV (nun Art 56 AEUV) verstoßen²³², traten seit dem 1. Jänner 2008²³³ neue Bestimmungen betreffend der Entsendung von Arbeitskräften²³⁴ aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich in einem Dienstleistungssektor, der nicht den Übergangsbestimmungen unterliegt (freie Dienstleistungssektoren) in Kraft.²³⁵ Gemäß dem Urteil des EuGH²³⁶ darf die Republik Österreich die Arbeitsaufnahme der nach Österreich entsandten ausländischen Arbeitnehmer nicht von einer Anzeige beim AMS abhängig machen, da eine solche Vorgangsweise dem Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit widerspricht²³⁷. Nach der neuen Rechtslage hat in erster Linie der ausländische Arbeitgeber (oder ein Beauftragter oder der ausländische Arbeitnehmer selbst) vor Arbeitsaufnahme gemäß § 7b Abs 3 AVRAG²³⁸ eine Meldung nach § 7b Abs 4 AVRAG an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung im Bundesministerium für Finanzen zu erstatten. Die Beschäftigung kann aber, entsprechend dem Spruch des EuGH, unabhängig von der Meldung aufgenommen werden, sofern es sich tatsächlich um eine EU-Entsendung handelt. Im Gegensatz dazu begeht der Arbeitgeber (Beauftragter, Arbeitnehmer) jedoch bei nicht rechtzeitiger Erstattung der Meldung eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 1.200,--, im Wiederholungsfall von EUR 800,-- bis EUR 2.400,-- zu bestrafen.

²³² Der EuGH führte in Rs C-168/04 aus: „Da nämlich die Erteilung dieser Bestätigung für die Entsendung unerlässlich ist und erst nach Überprüfung dieser Voraussetzungen durch die zuständigen nationalen Behörden erfolgt, hat sie den Charakter eines Erlaubnisverfahrens. Eine nationale Regelung, die die Erbringung von Dienstleistungen im Inland durch ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenes Unternehmen von der Erteilung einer behördlichen Erlaubnis abhängig macht, stellt aber eine Beschränkung dieser Freiheit im Sinne von Artikel 49 EG dar.“

²³³ BGBl I 2007/78.

²³⁴ Hinsichtlich Entsendung und Überlassung von Arbeitnehmern aus den "neuen" Mitgliedstaaten sowie der Frage, ob eine grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung unter die Dienstleistungsfreiheit fällt vgl. Muzak, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Entsendung und Überlassung von Arbeitnehmern aus "neuen" Mitgliedstaaten, migraLex 2009, 74.

²³⁵ Vgl. Giefing, Zur Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit bei Betriebsentsendungen aus den Beitrittsstaaten der EU-Osterweiterung, ÖZW 2007, 2.

²³⁶ Zum EuGH Urteil vgl. Wedl, EuGH "klärt" österreichisches System zur Kontrolle entsandter Drittstaatsangehöriger, DRdA 2007, 75.

²³⁷ Die Ausstellung der damaligen EU-Entsendebestätigung innerhalb einer Sechswochenfrist war nämlich eine konstitutive Voraussetzung für die Beschäftigungsaufnahme.

²³⁸ Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – BGBl 1993/459 idF BGBl 2009/150.

Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung im Bundesministerium für Finanzen leitet die Meldung im Wege der Landesgeschäftsstellen an die jeweils zuständige regionale Geschäftsstelle des AMS weiter, die im Nachhinein (ex post) anhand der Angaben überprüft, ob die Voraussetzungen für Ausstellung einer EU-Entsendebestätigung vorliegen.

Gemäß § 18 Abs 12 AuslBG wird vom AMS eine EU-Entsendebestätigung, die jedoch nur deklarative Wirkung hat, ausgestellt, wenn

- der entsandte Ausländer beim ausländischen Arbeitgeber ordnungsgemäß beschäftigt ist,²³⁹
- eine Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung des Entsendestaates besitzt, sofern er Drittstaatsbürger ist²⁴⁰ und
- die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 7b Abs 1 Z 1 bis 3 und Abs 2 AVRAG²⁴¹ sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden²⁴².

„Hingegen ist es gleichgültig, welcher Natur das Aufenthalts- und Beschäftigungsrecht der entsendeten AN ist, solange die Zulassung nur (ein wenig) über die Entsendung hinaus gegeben ist. Eine "dauerhafte" Beschäftigung, wie sie der EuGH im Urteil Vander Elst (FN: EuGH vom 9.8.1994, Rs C-43/93, Slg 1994, I-3803) für zulässig erachtet hat, wird ebenso wenig gefordert wie ein direktes Arbeitsverhältnis zum entsendenden

²³⁹ Dieser Begriff wird vom EuGH (vgl. EuGH 9.8.1994, Rs C-43/93, Slg 1994, I-3803) weit interpretiert, sodass alle ordnungsgemäßen Arbeitsverträge des Herkunftsstaates, in dem der Arbeitnehmer beschäftigt ist, dazuzählen. Eine zeitliche Mindestdauer des Beschäftigungsverhältnisses ist nicht mehr Voraussetzung.

²⁴⁰ Demnach muss der betriebsentsandte Arbeitnehmer im Sitzstaat seines Arbeitgebers einen legalen Status bezüglich Aufenthalt, Arbeitsberechtigung und soziale Absicherung haben. Dies entspricht auch der Rsp des EuGH, der eine Befugnis den Mitgliedstaaten einräumt, innerhalb der gemeinschaftsrechtlichen Grenzen die nationalen und gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften zur Erbringung von Dienstleistungen zu kontrollieren.

²⁴¹ § 7b AVRAG regelt die Ansprüche des entsandten Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, der seinen Betriebssitz in einem anderen EWR-Staat als in Österreich hat. Gemäß § 7 Abs 1 AVRAG hat der entsandte Arbeitnehmer, unabhängig welches Recht auf das Arbeitsverhältnis anzuwenden ist, für die Dauer der Entsendung Anspruch auf das am Arbeitsort gebührende Entgelt, bezahlten Urlaub nach § 2 UrlG, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist, und auf Einhaltung der im Kollektivvertrag festgelegten Arbeitszeitregelungen.

²⁴² Ob diese Voraussetzung gemeinschaftskonform ist, ist fraglich, da auf die Einhaltung der österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen verwiesen wird, ohne die sozialen Schutzmaßnahmen im Herkunftsland zu berücksichtigen (vgl. Muzak, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Entsendung und Überlassung von Arbeitnehmern aus "neuen" Mitgliedstaaten, migraLex 2009, 75).

*Unternehmen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass AN bloß zur Entsendung eingestellt werden, wodurch die Gefahr von Lohndumping zweifellos erhöht wird.*²⁴³

Die Ansicht *Peyrls* teile ich nur bedingt. Zwar bin ich auch der Ansicht, dass mangels der Voraussetzung einer dauerhaften Beschäftigung des entsendeten Arbeitnehmers die Gefahr des Lohndumpings steigt, jedoch hat der EuGH in der Rs C-168/04 Folgendes ausgesprochen: *„Zum anderen geht die Bedingung, die die Erteilung der EU-Entsendebestätigung vom Bestehen von Arbeitsverträgen mit einer Laufzeit von mindestens einem Jahr oder von unbefristeten Arbeitsverträgen abhängig macht, über das hinaus, was im Namen des Zieles des sozialen Schutzes als notwendige Voraussetzung für die Erbringung von Dienstleistungen mittels Entsendung drittstaatsangehöriger Arbeitnehmer verlangt werden kann (Urteile Kommission/Luxemburg, Randnrn. 32 und 33, und Kommission/Deutschland, Randnr. 58).*²⁴⁴ Demnach darf somit eine ordnungsgemäße und dauerhafte Beschäftigung nicht von der Dauer des zwischen dem entsendenden Unternehmen und dem entsandten Arbeitnehmer bestehenden Arbeitsverhältnisses abhängig gemacht werden.²⁴⁵

Bei Nichteinhaltung der gesetzlichen Bestimmungen (zB kein echter Werkvertrag, unterkollektivvertragliche Entlohnung bezüglich der konkreten Verwendung, kein Dienstverhältnis zum entsendenden Arbeitgeber, keine Anmeldung des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung im Herkunftsland) wird mit Bescheid die Weiterbeschäftigung des entsandten Ausländers untersagt²⁴⁶

²⁴³ *Peyrl*, Änderungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und Arbeitsvertragsrechts-Änderungsgesetzes – Entsendung, Forscher und Matrosen, DRdA 2008, 75.

²⁴⁴ EuGH 21.9.2006, Rs C-168/04, Kommission/Österreich, Slg 2006, I-09041, RdN 50.

²⁴⁵ Vgl *Neubauer*, Änderung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) und des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), ASoK 2007, 398.

²⁴⁶ Die Untersagung der Entsendung bei Nichterfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen oder die Erteilung der EU-Entsendebestätigung hat binnen zwei Wochen ab Weiterleitung Meldung durch das AMS zu erfolgen. Bei einer Weiterbeschäftigung trotz Untersagung der Entsendung ist gemäß § 28 AuslBG nicht nur der ausländische Arbeitgeber strafbar, sondern auch der Inländer, der die Arbeitsleistung des Ausländers in Anspruch nimmt.

b) Übergangsarrangement für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer

Gemäß dem Kapitel Freizügigkeit in den jeweiligen Anhängen des BeitrittsV 2003 gilt die Freizügigkeit der Arbeitnehmer samt ihren sekundärrechtlichen Regelungen nur vorbehaltlich der Übergangsbestimmungen der Nummern 2 bis 14. Das bedeutet, dass die "alten" Mitgliedstaaten das Recht haben, den Zugang zu ihren Arbeitsmärkten insgesamt – dh ohne Differenzierung nach bestimmten Branchen – zu beschränken und damit die Arbeitnehmerfreizügigkeit bzgl der "neuen" EU-Bürger längstens bis zum 30. April 2011 gänzlich auszusetzen. Den "alten" Mitgliedstaaten steht es nun frei, ob sie von den Übergangsregelungen Gebrauch machen oder nicht. Es ist also jedem "alten" Mitgliedstaat überlassen, ob und wie lange er seinen heimischen Arbeitsmarkt gegen Arbeitnehmer aus den "neuen" Mitgliedsländern abschottet. Etwaige Beschränkungen dürfen jedoch nicht restriktiver sein, als die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Beitrittsvertrages in Athen am 16. April 2003 geltenden Bedingungen ("Standstill-Klausel" – Verschlechterungsverbot).

Diese maximale Übergangsfrist von sieben Jahren setzt sich aus einem flexiblen **"2+3+2 Modell"** zusammen:²⁴⁷

1. Phase:

In der ersten Zwei-Jahres-Phase, die vom **1. Mai 2004 bis zum 30. April 2006** dauerte, konnten die "alten" Mitgliedstaaten entweder ihre nationalen oder die sich aus bilateralen Abkommen ergebenden Maßnahmen weiterhin anwenden, um den Zugang "neuer" EU-Bürger zu ihren Arbeitsmärkten zu regeln. Sie hatten aber auch die Möglichkeit, ihre Arbeitsmärkte, auf Grund nationaler Regelungen oder bilateralen Vereinbarungen, für Staatsangehörige aus den "neuen" Mitgliedstaaten zu öffnen.

²⁴⁷ Vgl Pfarl, EU-Osterweiterung und Freizügigkeitsrechte, ecolex 2004, 346.

Von der zweiten Möglichkeit hatten nur Irland, Großbritannien und Schweden Gebrauch gemacht, und damit bestand schon seit dem 1. Mai 2004 zwischen Irland, Großbritannien und Schweden einerseits und den neu beigetretenen Staaten andererseits die volle Arbeitnehmerfreizügigkeit²⁴⁸. Alle anderen Länder der "alten" EU hatten jedoch die von Österreich und Deutschland geforderten Übergangsfristen beschlossen.

2. Phase:

In der zweiten Phase, die vom **1. Mai 2006 bis zum 30. April 2009** dauerte, konnten die "Alt"-Mitgliedstaaten wieder frei entscheiden, ob sie die nationalen Maßnahmen zur Beschränkung des Arbeitsmarktzuganges für weitere drei Jahre weiterführen wollen, sprich, ob das oben in Phase 1 beschriebene nationale Recht weiter gelten soll, oder ob sie, unter Einschluss einer Schutzklausel, einen uneingeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt für "neue" EU-Bürger gewähren wollen. Dabei waren die "alten" Mitgliedstaaten verpflichtet, vor Ablauf der ersten Phase eine förmliche Mitteilung an die EU-Kommission zu richten, ob und inwieweit nationale Einschränkungen weitergeführt werden. Erfolgte keine derartige Unterrichtung der Kommission, so trat die Freizügigkeit der Arbeitnehmer aus den "neuen" Mitgliedstaaten in Kraft.

3. Phase:

In der letzten Phase, die vom **1. Mai 2009 bis zum 30. April 2011** dauert, besteht wiederum eine Wahlmöglichkeit zwischen Verwirklichung der Freizügigkeit nach Gemeinschaftsrecht oder der Aufrechterhaltung der nationalen Bestimmungen (wie Phase 1 und 2). Die Beibehaltung der Übergangsfrist für weitere zwei Jahre ist jedoch, zum Unterschied zu den anderen Phasen, an eine Voraussetzung geknüpft: Die "Alt"-Mitgliedstaaten

²⁴⁸ Dass sich die Befürchtungen von Deutschland und Österreich nicht unberechtigt waren (Zustrom von Arbeitskräften aus Osteuropa), zeigt die Tatsache, dass zwischen 1. Mai 2004 und Mitte 2008 bis zu 700.000 Polen nach Großbritannien kamen. Gegenüber Bulgarien und Rumänien hat nun das "liberale" Großbritannien von den Übergangsbestimmungen Gebrauch gemacht und die Freizügigkeit für Bulgaren und Rumänen suspendiert.

können nur dann ihre nationalen Beschränkungen aufrechterhalten, wenn sie, neben einer förmlichen Mitteilung an die EU-Kommission, eine schwerwiegende Störung oder Bedrohung des heimischen Arbeitsmarktes nachweisen können. Eine schwerwiegende Störung des nationalen Arbeitsmarktes oder eine Gefahr derartiger Störungen würde dann vorliegen, wenn zB die inländische Arbeitslosigkeit sehr hoch oder auf Grund der Öffnung des Arbeitsmarktes eine solche zu befürchten ist. Liegt keine solche Störung der Arbeitsmarktsituation vor, kann keine Verlängerung der Übergangsfrist begehrt, die Suspendierung der Arbeitnehmerfreizügigkeit muss daher beendet werden. Für die Aufrechterhaltung der Übergangsbestimmungen besteht somit eine **Begründungspflicht** gegenüber der Europäischen Kommission in Brüssel.

Spätestens jedoch am 1. Mai 2011 gelten zwischen den "alten" Mitgliedstaaten und den Mitgliedstaaten, die am 1. Mai 2004 der Europäischen Union beigetreten sind, die volle Freizügigkeit der Arbeitnehmer sowie die uneingeschränkte Dienstleistungsfreiheit.

Spiegelbildliche Beschränkungen:

Werden auf Grund der Übergangsregelungen die nationalen Maßnahmen über den Zugang zum Arbeitsmarkt weiterhin von "Alt"-Mitgliedstaaten angewendet, so können die "neuen" Mitgliedsländer gleichwertige Regelungen/Maßnahmen gegenüber den Staatsangehörigen der betreffenden Mitgliedstaaten beibehalten bzw ergreifen (Prinzip der Reziprozität)²⁴⁹. Damit können auch die "neuen" Mitgliedstaaten ihre Arbeitsmärkte gegenüber Arbeitskräfte aus den "alten" Mitgliedstaaten schützen bzw beschränken²⁵⁰.

²⁴⁹ Von diesem Recht haben in der ersten Phase Polen, Slowenien und Ungarn gebrauch gemacht. Sie habe Beschränkungen für die Staatsangehörigen derjenigen "alten" EU 15-Mitgliedstaaten eingeführt, die ihrerseits Beschränkungen anwenden.

²⁵⁰ Die Anhänge zum Beitrittsvertrag sehen auch vor, dass die neu beigetretenen Staaten auch gegenüber den anderen "neuen" Mitgliedstaaten (mit Ausnahme Malta und Zypern) die Arbeitnehmerfreizügigkeit ganz oder teilweise aussetzen können (siehe unten Schutzklausel). Jedoch haben alle "neuen" EU Mitgliedstaaten ihren Arbeitsmarkt für Arbeitnehmer aus den jeweils anderen "neuen" EU Mitgliedstaaten geöffnet.

Gemeinschaftspräferenz:

Weiters sehen die Anhänge zum Beitrittsvertrag vor, dass während der Aufrechterhaltung der Übergangsbestimmungen die Staatsangehörigen eines "neuen" Mitgliedstaates beim Neuzugang zu den Arbeitsmärkten in den "alten" Mitgliedstaaten gegenüber Arbeitnehmern, die Staatsangehörige eines nicht EWR-Staates sind (Drittstaatsangehörige), zu bevorzugen sind. Damit ist bei der Ausstellung einer Beschäftigungsbewilligung, zB einem Polen, der Vortritt gegenüber einem Ukrainer zu geben. Man spricht in diesem Fall von der *"Gemeinschaftspräferenz"*.²⁵¹

Schutzklausel:

Neben diesem Mehrphasen-Modell wurde in den Anhängen zum Beitrittsvertrag 2003 eine Schutzklausel für "Alt"-Mitgliedstaaten vereinbart, welche die Arbeitnehmerfreizügigkeit früher (vor dem Ende der Maximalfrist von sieben Jahren) verwirklichen. Die Schutzklausel beinhaltet eine gänzliche oder teilweise (von der Dauer bzw vom Gebiet her) Suspendierung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zur Wiederherstellung der normalen Situation in einem Gebiet oder einer Branche, wenn eine ernstliche Störung des Arbeitsmarktes und Gefährdung des Lebensstandards oder auch eines Berufstandes in einem bestimmten Gebiet vorliegt. Eine solche Störung würde zB dann vorliegen, wenn der heimische (regionale) Arbeitsmarkt oder gewisse Berufssparten mit Arbeitnehmern aus den "neuen" Mitgliedsländern "überschwemmt" werden. Dabei muss der betreffende Mitgliedstaat die Europäische Kommission um gänzliche oder teilweise Aussetzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit ersuchen, die spätestens in zwei Wochen eine Entscheidung zu treffen hat, um diese dann dem Rat mitzuteilen. Jeder Mitgliedstaat kann dann beim Rat beantragen, dass die Entscheidung der Kommission rückgängig gemacht wird oder geändert werden soll, wobei über diesen Antrag mit qualifizierter Mehrheit zu entscheiden ist. Bei Dringlichkeit

²⁵¹ Vgl. *Kaszanits*, Bundesgesetz, mit dem das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) und das Arbeitslosenversicherungsgesetz (ALVG) geändert werden – Begutachtung, ASoK 2004, 58.

kann der betreffende Mitgliedstaat eine Aussetzung selbst beschließen und dies der Kommission unter Angaben von Gründen nachträglich mitteilen.

Eine solche Schutzklausel besteht gemäß den Anhängen im Beitrittsvertrag 2003 auch für die "neuen" Mitgliedsländer. So kann ein "neuer" Mitgliedstaat gegenüber den anderen "neuen" Mitgliedstaaten die Schutzklausel anwenden. Je nach Dringlichkeit und Sachlage ist dazu wiederum eine Entscheidung der EU-Kommission vorab bzw nachträglich einzuholen. Gemäß dem Anhang XI des BeitrittsV 2003 besteht auch für Malta eine solche Schutzklausel, nicht jedoch im Anhang VII des BeitrittsV 2003 für Zypern.

Vorzeitige Freizügigkeit der Arbeitnehmer:

"Neue" EU-Bürger, die am Tag des Beitritts oder nach dem Beitritt rechtmäßig in einem "alten" Mitgliedstaat beschäftigt sind und für einen durchgehenden Zeitraum von 12 Monaten oder länger zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaates zugelassen waren, bzw nach dem Beitritt eine derartige Beschäftigungsdauer nachweisen können, haben freien Zugang zum Arbeitsmarkt dieses Mitgliedstaates, nicht aber zum Arbeitsmarkt anderer Mitgliedstaaten, die nationale Maßnahmen weiterhin anwenden. Sie verlieren jedoch das gewährte Recht, wenn sie den Arbeitsmarkt des betreffenden Mitgliedstaates freiwillig verlassen.

Auch den Ehegatten und den Kindern (Familienangehörige) der Freizügigkeit genießenden Arbeitnehmern aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten kommt auf Grund des Beitrittsvertrages das Recht auf freien Zugang zum Arbeitsmarkt des betreffenden Mitgliedstaates zu, sofern sie mit der die Freizügigkeit genießenden Bezugsperson zum Zeitpunkt des Beitritts oder zu einem spätern Zeitpunkt in dem betreffenden Mitgliedstaat ihren gemeinsamen Wohnsitz haben.²⁵²

²⁵² Hinsichtlich der Umsetzung der in den Beitrittsverträgen statuierten Übergangsregelungen in das österreichische Recht siehe Seite 106.

2.) Regelungen im Beitrittsvertrag für Bulgarien und Rumänien

Am 1. Jänner 2007 traten Bulgarien und Rumänien der Europäischen Union bei. Auch im Beitrittsvertrag mit Bulgarien und Rumänien, der am 25. April 2005 in Luxemburg von den Staats- und Regierungschefs unterzeichnet worden ist und am 1. Jänner 2007 in Kraft trat²⁵³, sind gemäß Art 23 iVm Anhang VI für Bulgarien und Anhang VII für Rumänien Übergangsbestimmungen bezüglich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Entsendung von Arbeitskräften im Rahmen der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung in den geschützten Dienstleistungssektoren festgelegt worden.²⁵⁴ Der Aufbau und die materiellen Regelungen der Übergangsbestimmungen entsprechen jener des Beitrittsvertrages 2003. Auch hier ist ein 2+3+2 Modell, spiegelbildliche Beschränkungen, eine Schutzklauselregelung, Verschlechterungsverbot (zum Zeitpunkt 25. April 2005) und eine vorzeitige Freizügigkeit von Arbeitnehmern vorgesehen. Das bedeutet, dass die 25 EU-Staaten gegenüber Staatsangehörigen aus Bulgarien und Rumänien einmal bis zum 31. Dezember 2008 (Phase 1), danach bis zum 31. Dezember 2011 (Phase 2)²⁵⁵ und wenn nach diesem Zeitpunkt eine schwerwiegende Störung oder Bedrohung des heimischen Arbeitsmarktes durch bulgarische bzw rumänische Arbeitskräfte zu befürchten ist, längstens bis zum 31. Dezember 2013 (Phase 3) die Freizügigkeit der Arbeitnehmer bzw Deutschland und Österreich die Dienstleistungsfreiheit in den festgelegten Sektoren suspendieren bzw einschränken können.

²⁵³ Vertrag zwischen dem Königreich Belgien, der Tschechischen Republik, dem Königreich Dänemark, der Bundesrepublik Deutschland, der Republik Estland, der Hellenischen Republik, dem Königreich Spanien, der Französischen Republik, Irland, der Italienischen Republik, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, dem Großherzogtum Luxemburg, der Republik Ungarn, der Republik Malta, dem Königreich der Niederlande, der Republik Österreich, der Republik Polen, der Portugiesischen Republik, der Republik Slowenien, der Slowakischen Republik, der Republik Finnland, dem Königreich Schweden, dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland (Mitgliedstaaten der Europäischen Union) und der Republik Bulgarien und Rumänien über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union, ABI L 2005/157, 11.

²⁵⁴ *Scharnreiter*, Beschäftigungsbedingungen für Bürger der MOE-Staaten in Österreich, Dargestellt am Beispiel von Arbeitnehmern mit rumänischer Staatsbürgerschaft, JAP 2009/2010, 11.

²⁵⁵ Ohne Restriktionen können Bulgaren und Rumänen derzeit zB in Finnland, Griechenland, Portugal, Spanien, Schweden und in den meisten der 2004 beigetretenen Länder arbeiten. Großbritannien hat sich jedoch entschlossen, seinen Arbeitsmarkt für Bulgaren und Rumänen erst nach einer Übergangsfrist zu öffnen.

3. Umsetzung in Österreich

Österreich hat die Übergangsfristen für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und für die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen in den geschützten Sektoren sowohl für die ersten zwei Jahre (1. Phase) als auch für die weiteren drei Jahre (2. Phase) in Anspruch genommen.²⁵⁶ Im Ministerrat vom 17. Februar 2009 beschloss die österreichische Bundesregierung die Verlängerung dieser Übergangsfristen bis zum 30. April 2011 (3. Phase) und ermächtigte den BMASK Rudolf Hundstorfer und den BMeiA Michael Spindelegger, den gefassten Beschluss der Europäischen Kommission mitzuteilen.

Am 29. April 2009 erfolgte die Notifizierung an den damaligen EU-Kommissar für Beschäftigung, Soziales und Chancengleichheit, Vladimír Špidla, dass Österreich die Übergangsfristen bis zum 30. April 2011 ausschöpfen wird.

In der übergebenen Notifikation wurde die schwerwiegende Störung oder Bedrohung des heimischen Arbeitsmarktes bei einer völligen Öffnung des Arbeitsmarktes mit "spezifischen österreichischen Rahmenbedingungen" begründet. So wurde auf die geografische Lage des Landes, auf die noch derzeit bestehenden Unterschiede im Lohnniveau sowie auf die derzeitige wirtschaftliche Situation verwiesen.

In der Begründung wurde unter anderem ausgeführt, dass Österreich derzeit schon einen der EU-weit höchsten Anteile an Einwohnern mit ausländischer Staatsbürgerschaft bzw Migrationshintergrund habe und dass die Arbeitsmarktsituation generell für Ausländer überdurchschnittlich schwierig sei. Durch die Wirtschaftskrise sind besonders jene Wirtschaftsbereiche stark betroffen, in denen bereits jetzt viele Ausländer beschäftigt sind. Vor der vollständigen Öffnung des Arbeitsmarktes gelte es daher, die Integration der bereits niedergelassenen Migranten zu verbessern, da gerade sie im Wettbewerb mit den Arbeitskräften aus den "neuen" Mitgliedstaaten dem stärksten Druck ausgesetzt sind.

²⁵⁶ Vgl Müller, Übergangsregelungen für die Beschäftigung von neuen EU-Bürgern für die Zeit vom 1.5.2004 bis längstens 2011 – Keine generelle Befreiung der neuen Beitrittsländer vom Ausländerbeschäftigungsgesetz, ASoK 2004, 210.

Außerdem sei durch die Wirtschaftskrise der Anstieg der Beschäftigten in Österreich vollkommen zum Stillstand gekommen. Steigendes Arbeitskräfteangebot und sinkende Beschäftigung führen zwangsweise zu einem Anstieg der Arbeitslosigkeit. Es sei davon auszugehen, dass sich dieser Umstand in den nächsten Monaten nicht ändern wird. Eine völlige Öffnung des Arbeitsmarktes wäre daher kontraproduktiv, da kurzfristig negative Verdrängungs- und Verteilungswirkungen einer ungesteuerten und raschen Zuwanderung in Bezug auf Beschäftigung, Arbeitslosigkeit und Lohnwachstum – besonders für einzelne Regionen, Sektoren oder bestimmte Personengruppen – auftreten können.

Weiters wird in der Begründung hingewiesen, dass der österreichische Arbeitsmarkt trotz der Übergangsregelungen nicht abgeschottet ist. Mit einer Reihe von Ausnahme- und Sonderregelungen für Wissenschaftler, Führungskräfte, Schlüsselpersonal, Pflegekräfte und Fachkräfte in 67 Berufen²⁵⁷ sowie im Rahmen von bilateraler Grenzgänger- und Praktikantenabkommen mit Ungarn und Tschechien²⁵⁸ wurde der Arbeitsmarkt ohnehin bereits schrittweise geöffnet.

Nach der Prüfung der Europäischen Kommission, die vorgebrachten Standpunkte Österreichs betreffend, wurde am 8. Juni 2009 die von Österreich beschlossene Übergangsfrist gebilligt. Gleiches gilt auch für die Bundesrepublik Deutschland. Somit sind nur in diesen beiden EU-Mitgliedstaaten die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit in den einschlägigen Dienstleistungssektoren für jene EU-Bürger, deren Staaten am 1. Mai 2004 der Europäischen Union beigetreten sind, bis zum 30. April 2011 sistiert. Österreich und Deutschland schöpfen die siebenjährige Übergangsfrist damit voll aus.

Hinsichtlich der Staatsangehörigen aus Bulgarien und Rumänien hat Österreich die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit in den sensiblen Bereichen vorerst bis zum 31. Dezember 2008 ausgesetzt (1. Phase) und danach die Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2011 (2. Phase) verlängert.

²⁵⁷ Näheres siehe Seite 168 ff.

²⁵⁸ Näheres siehe Seite 121 ff und Seite 125 ff.

Im Februar 2009 kündigte die österreichische Bundesregierung schon an, dass man aus heutiger Sicht die siebenjährige Übergangsfrist für Bulgaren und Rumänen voll ausnützen werde. Bis zum 31. Dezember 2013 werden daher die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Dienstleistungsfreiheit in den sensiblen Bereichen sistiert.

*„In Österreich bedeutet dies, dass Staatsbürger der neuen EU-Mitgliedstaaten für eine Beschäftigung auch weiterhin die erforderliche Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz benötigen.“*²⁵⁹ Sofern keine vorzeitige Freizügigkeit vorliegt, benötigen die "neuen" EU-Bürger für die Aufnahme einer Beschäftigung in Österreich eine vor der Beschäftigungsaufnahme einzuholende Beschäftigungsbewilligung. Diese Bestimmung gilt sowohl für Neuzugänger als auch für diejenigen, die zwar schon in Österreich legal beschäftigt, aber nicht durchgehend 12 Monate regulär zum österreichischen Arbeitsmarkt zugelassen sind.

a) Übergangsbestimmungen zur EU-Erweiterung:

Wie schon in den vorherigen Punkten ausgeführt, sind gemäß § 1 Abs 2 lit I und m AuslBG die EWR-Bürger vom persönlichen Anwendungsbereich des AuslBG ausgenommen. Von der Ausnahme wären aber auch die EU-Bürger der "neuen" Mitgliedstaaten, die ja auch EWR-Bürger sind, erfasst. Daher musste das Ausländerbeschäftigungsgesetz an das Übergangsarrangement im Beitrittsvertrag angepasst werden. Dies geschah durch die Erlassung des EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetzes²⁶⁰, das eine Änderung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes mit sich brachte.²⁶¹ So wurde unter anderem der neue § 32a mit der Überschrift *„Übergangsbestimmungen zur EU-Erweiterung“* ins Ausländerbeschäftigungsgesetz eingefügt. Dieser Paragraph trat am 1. Mai 2004 in Kraft und ist auf Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 30. April 2004 ereignet haben (vgl § 34 Abs 25 AuslBG).

²⁵⁹ Leitner, Arbeitnehmerfreizügigkeit in einer erweiterten Europäischen Union – Übergangsregelungen zum Schutz des heimischen Arbeitsmarktes, ASoK 2003, 397.

²⁶⁰ EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz BGBl I 2004/28.

²⁶¹ Vgl Moser, EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, ecolex 2004, 255.

§ 32a Abs 1 AuslBG stellt klar, dass mit Ausnahme der Staatsangehörigen der Republik Malta und Zypern der § 1 Abs 2 lit I und m AuslBG nicht für Staatsangehörige aus Estland, Lettland, Litauen, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn gilt, es sei denn, sie sind Ehegatten, Kinder, Eltern oder Schwiegereltern eines freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaates des Europäischen Wirtschaftsraumes, der bereits vor dem 1. Mai 2004 dem EWR angehörte, oder sie sind Ehegatten oder Kinder eines österreichischen Staatsbürgers oder eines Staatsangehörigen eines anderen EWR-Mitgliedstaates, der sein Recht auf Freizügigkeit nicht in Anspruch nimmt.

Weil der § 32a Abs 1 AuslBG den § 1 Abs 2 lit I und m AuslBG für die "neuen" EU-Bürger für nicht anwendbar erklärt – außer für Familienangehörige –, erfolgt deren Zulassung zum österreichischen Arbeitsmarkt weiterhin nach den Bestimmungen des AuslBG.²⁶² Staatsangehörige von Malta, Zypern sowie Familiennangehörige von "alten" EWR-Bürgern und Österreichern fallen nach wie vor unter die Ausnahme des § 1 Abs 2 lit I und m AuslBG.

Die "neuen" EU-Bürger genießen gemäß § 32a Abs 2 jedoch dann freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt, wenn sie

- am 1. Mai 2004 oder danach rechtmäßig in Österreich beschäftigt gewesen sind bzw sind und davor ununterbrochen mindestens zwölf Monate zum österreichischen Arbeitsmarkt zugelassen waren²⁶³ oder
- eine der Voraussetzungen für die Erteilung eines Befreiungsscheins nach § 15 AuslBG erfüllen (zB wenn der "neue" EU-Bürger in den letzten acht Jahren mindestens fünf Jahre in Österreich mit einer dem

²⁶² Vgl *Schrenk*, Welche Genehmigung Sie bei der Beschäftigung eines Ausländers brauchen, taxlex 2007, 114.

²⁶³ Zum regulären Arbeitsmarkt war man dann zugelassen, wenn man im Besitz einer gültigen Arbeitsberechtigung war oder unter die Ausnahme des § 1 Abs 2 lit I oder m AuslBG fiel. Ein allenfalls nicht ausgeschöpfter Bewilligungszeitraum gilt dabei nicht als Zulassung; Die Erläuterungen zu § 32a Abs 2 besagen, dass zB eine vorübergehende Beschäftigung als Betriebsentsandter zur Erbringung von Dienstleistungen nicht als Zulassung zum regulären Arbeitsmarkt gilt und daher nicht für die 12-monatige Zulassung zum Arbeitsmarkt herangezogen werden kann. Da aber der Beitrittsvertrag keine derartigen Einschränkungen enthält, ist es durchaus fraglich, ob diese Einschränkung in den Erläuterungen der Bestimmung des Beitrittsvertrages entspricht und damit eigentlich gemeinschaftswidrig wäre (vgl *Kaun*, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich 94).

AuslBG unterliegenden Tätigkeit erlaubt beschäftigt war und rechtmäßig niedergelassen ist) oder

- seit fünf Jahren in Österreich dauernd niedergelassen sind und über ein regelmäßiges Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit verfügen (wobei Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, Kindergeld und andere Versicherungsleistungen – insbesondere Pensionen und Renten – auch zum Einkommen aus erlaubter Erwerbstätigkeit zählen²⁶⁴).

Liegt eine der Voraussetzungen vor, so genießen sie – schon vor Ende der Übergangsfrist – freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt und bedürfen zur Arbeitsaufnahme in Österreich keiner Arbeitsgenehmigungen mehr. Freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt genießen auch dann dessen Ehegatten und Kinder (unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit), mit denen er in einem gemeinsamen Wohnsitz in Österreich lebt²⁶⁵. Diesen Arbeitnehmern aus den "neuen" Mitgliedstaaten und deren Ehegatten und Kindern ist vom Arbeitsmarktservice das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt schriftlich zu bestätigen. Das AMS ist daher verpflichtet, ihnen vor der Arbeitsaufnahme eine Freizügigkeitsbestätigung²⁶⁶ auszustellen. Damit will man eine unbefugte Inanspruchnahme der Freizügigkeit vermeiden und gleichzeitig dem Arbeitgeber Rechtssicherheit für die Zulässigkeit der Beschäftigung verschaffen.

Betreffend der Entsendung von Bürgern aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten (oder von Drittstaatsangehörigen), die von einem Arbeitgeber mit Betriebssitz in einem der "neuen" EU-Mitgliedstaaten zur Erbringung von Dienstleistungen in einem Dienstleistungssektor, in welchen Einschränkungen auf Grund des Übergangsarrangements nach den Beitrittsakten zulässig sind, erklärt

²⁶⁴ Analog zu den Auslegungsrichtlinien des Bundesministeriums für Inneres für den Erwerb eines Niederlassungsnachweises; analog deshalb, weil die Bestimmungen der Auslegungsrichtlinie, die an sich den Erwerb eines Niederlassungsnachweises regelt, auf den vergleichbaren Regelungsgehalt des § 32a Abs 2 AuslBG entsprechend (sinngemäß) angewandt wird.

²⁶⁵ Auf die Dauer ihres Aufenthaltes in Österreich kommt es seit dem 1. Mai 2006 nicht mehr an.

²⁶⁶ Siehe unten, lit b) Exkurs: Freizügigkeitsbestätigung, Seite 111.

§ 32a Abs 6 AuslBG den § 18 Abs 1 bis 11 AuslBG für anwendbar.²⁶⁷ „In einem Dienstleistungssektor, in dem Einschränkungen nicht zulässig sind, ist § 18 Abs 12 anzuwenden.“²⁶⁸

Liegt keine der Voraussetzungen vor und kommt auch kein anderer Freizügigkeitstatbestand (zB Familienangehöriger eines Österreichers oder freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgers) zur Anwendung, benötigen die "neuen" EU-Bürger während der Übergangsfrist für die Zulassung zum österreichischen Arbeitsmarkt eine Beschäftigungsbewilligung, die vom Arbeitgeber beim AMS vor der Beschäftigung einzuholen ist. Bei der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen sind die "neuen" EU-Bürger gegenüber Drittstaatsangehörigen zu bevorzugen.²⁶⁹

Gemäß § 32a Abs 10 iVm § 34 Abs 32 AuslBG sind die Übergangsbestimmungen des § 32a Abs 1 bis 9 AuslBG ab dem 1. Jänner 2007 sinngemäß auch auf Staatsangehörige der Republik Bulgarien und Rumänien und auf Arbeitgeber mit Betriebssitz in diesen Staaten anzuwenden.²⁷⁰

b) Exkurs: Freizügigkeitsbestätigung

Das Recht auf freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt wird den "neuen" EU-Bürgern, deren Ehegatten und Kindern auf Grund dieser

²⁶⁷ Das bedeutet, dass für die Erbringung der Dienstleistung eine konstitutive Entsendebewilligung oder eine Beschäftigungsbewilligung benötigt wird.

²⁶⁸ § 32a Abs 6 AuslBG letzter Satz; hinsichtlich des § 18 Abs 12 AuslBG (deklarative EU-Entsendebestätigung) siehe Seite 98.

²⁶⁹ Die Gemeinschaftspräferenz ist in den jeweiligen Anhängen zum Beitrittsvertrag statuiert. Die Umsetzung der Gemeinschaftspräferenz erfolgte im § 4b Abs 1 sowie im § 5 Abs 3 AuslBG. Gemäß § 4b Abs 1 AuslBG sind „unter den verfügbaren Ausländern jene mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, Inhaber einer Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines oder eines Niederlassungsnachweises sowie EWR-Bürger (§ 2 Abs. 6) und türkische Assoziationsarbeitnehmer zu bevorzugen.“ Auf Grund der Gemeinschaftspräferenz sind "neue" EU-Bürger auch gegenüber den türkischen Arbeitnehmern bei der Erteilung einer Arbeitsberechtigung zu bevorzugen. Die österreichische Umsetzung im AuslBG berücksichtigt dies allerdings nicht ausreichend (vgl Ramin, Erwerbstätigkeit der "neuen" EU-Bürger in Österreich, migraLex 2005, 55). Auch nach § 5 Abs 3 AuslBG sind insbesondere Ausländer, die Niederlassungsfreiheit genießen, bei der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen von Kontingenten zu bevorzugen. Auch in den einzelnen Saisonverordnungen wird die Bevorzugung der "neuen" EU-Bürger nochmals ausdrücklich geregelt. In den neuesten Saisonverordnungen (vgl Verordnung des BMSK für die befristete Beschäftigung von Ausländern im Sommertourismus 2010 – siehe Seite 143) wird auch eine Bevorzugung von Asylwerbern statuiert.

²⁷⁰ 2. EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz BGBl I 2006/85.

Freizügigkeitsbestätigung vom AMS dokumentiert. Zuständig für die Ausstellung ist die regionale Geschäftsstelle des Wohnsitzes bzw des gewöhnlichen Aufenthaltes des "neuen" EU-Bürgers (samt Familie). Gemäß § 32a Abs 4 muss die Freizügigkeitsbestätigung vor Arbeitsaufnahme beim AMS eingeholt werden, denn eine Arbeitsaufnahme ist nur mit dieser Bestätigung zulässig.

Bei der Ausstellung prüft das AMS, ob der "neue" EU-Bürger rechtmäßig in Österreich beschäftigt ist und ununterbrochen zwölf Monate zum österreichischen Arbeitsmarkt zugelassen war. Das Recht auf freien Arbeitsmarktzugang geht aber bei freiwilligem Verlassen des österreichischen Arbeitsmarktes, dh bei Ausreise aus dem Bundesgebiet aus einem nicht nur vorübergehenden Grunde, wieder verloren (vgl § 32a Abs 4 letzter Satz)²⁷¹.

„Liegen die materiellen Voraussetzungen für die Ausstellung der Bestätigung nicht vor, ist bescheidmäßig festzustellen, dass keine Freizügigkeit besteht. Dagegen kann der neue EU-Bürger Berufung bei der zuständigen Landesgeschäftsstelle des AMS einlegen. Es gelten die allgemeinen Bestimmungen des AVG über den Rechtsschutz (§§ 63 ff).“²⁷²

Wurde jedoch keine Freizügigkeitsbestätigung vom "neuen" EU-Bürger eingeholt, obwohl die Voraussetzungen für die EU-Freizügigkeit vorliegen, begeht der Arbeitgeber eine Verwaltungsübertretung, die gemäß § 28 Abs 1 Z 6 AuslBG mit einer Geldstrafe von bis zu 1.000 Euro geahndet wird. Ein Arbeitgeber sollte daher während der Dauer der Übergangsbestimmungen darauf achten, dass ein "neuer" EU-Bürger, der sich auf sein Recht auf freien Zugang zum Arbeitsmarkt beruft, vor Aufnahme der Beschäftigung die Bestätigung des AMS einholt.

²⁷¹ Die Vollziehung dieser Bestimmung erscheint mir in der Praxis schwierig, da die "neuen" EU-Bürger keine Aufenthaltsdokumente mehr benötigen und seit dem 21. Dezember 2007 keine Grenzkontrollen zu den süd-östlichen Nachbarländern bestehen. Eine Ausreise aus einem nicht nur vorübergehenden Grund wird daher kaum feststellbar sein, außer es erfolgt eine dauerhafte Abmeldung von der österreichischen Wohnadresse seitens des "neuen" EU-Bürgers.

²⁷² Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich 96.

3. Abschnitt: Ausnahmen nach dem sachlichen Geltungsbereich

A. Der Beschäftigungsbegriff des AuslBG

Das AuslBG regelt in gegenständlicher Hinsicht die Beschäftigung von Ausländern in Österreich. Der sachliche Geltungsbereich des AuslBG umfasst bestimmte Beschäftigungsformen. Als ein der Bewilligungspflicht unterworfenen Beschäftigungsverhältnis im Sinne des § 2 Abs 2 und 4 AuslBG gilt die Verwendung

- in einem Arbeitsverhältnis,
- in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis²⁷³,
- in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten als Volontäre, Ferial- und Berufspraktikanten im Sinne des § 3 Abs 5 AuslBG²⁷⁴,
- im Wege der Entsendung von einem ausländischen Arbeitgeber ohne Betriebssitz im Inland nach den Bestimmungen des § 18 AuslBG²⁷⁵,
- als überlassene Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes²⁷⁶ oder

²⁷³ Gemäß den Erläuterungen zu § 2 Abs 2 lit b führt der Besitz einer Gewerbe- oder sonstigen Berechtigung bei Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nicht zur Bewilligungsfreiheit nach dem AuslBG.

²⁷⁴ Für diese Personengruppen ist keine Bewilligung erforderlich, es genügt lediglich eine Anzeigebestätigung vom AMS.

²⁷⁵ Näheres siehe Seite 96 ff.

²⁷⁶ Auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte nach dem AÜG gilt als Beschäftigung iSd AuslBG. Im Fall einer Arbeitskräfteüberlassung ist derjenige der Arbeitgeber, der im Rahmen des Dienstverhältnisses über die Arbeitskraft eines anderen verfügt. Angemerkt sei, dass der EuGH (vgl. EuGH 18.1.1979, Rs C-110 und 111/78, *van Wesemael*, Slg 1979, I-00035) die Überlassung von Arbeitskräften als Dienstleistung iSd Art 56 AEUV qualifiziert. „Die Subsumtion der Arbeitskräfteüberlassung unter die Dienstleistungsfreiheit im europarechtlichen Sinne bedeutet aufgrund der Verweisung in § 32a Abs 6, dass § 18 Abs 12 darauf anwendbar ist. Damit ist jedenfalls die Überlassung von Arbeitskräften aus Mitgliedstaaten in nicht geschützten Sektoren als Entsendung iSd § 18 Abs 12 AuslBG zu qualifizieren“ (Muzak, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Entsendung und Überlassung von Arbeitnehmern aus "neuen" Mitgliedstaaten, *migraLex* 2009, 77). Diesem Ergebnis ist mE zuzustimmen. Wenn die grenzüberschreitende Leiharbeit unter die Dienstleistungsfreiheit iSd Art 56 AEUV fällt und § 32a Abs 6 AuslBG von der Zulässigkeit der Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 49 EGV (jetzt Art 56 AEUV) spricht, dann müsste als Konsequenz daraus die Anwendbarkeit des § 18 Abs 1 bis 11 AuslBG bei einer Arbeitskräfteüberlassung in einem Dienstleistungssektor, in dem Einschränkungen zulässig sind, sowie des § 18 Abs 12 AuslBG bei einer Arbeitskräfteüberlassung in einem Dienstleistungssektor, in dem Einschränkungen nicht zulässig sind, gegeben sein. Nicht zustimmend VwGH 15.5.2009, 2006/09/0157.

- als Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder als Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Gesellschaftsanteil von weniger als 25 %, wenn Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbracht werden, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden²⁷⁷.

Um Umgehungsgeschäfte vorzubeugen, ist jedoch zu beachten, dass für die Beurteilung, ob eine dem sachlichen Geltungsbereich unterliegende Beschäftigung vorliegt, nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes bzw das Vertragsverhältnis maßgebend ist, sondern der **wahre wirtschaftliche Gehalt** der ausgeübten Tätigkeit (§ 2 Abs 4 erster Satz AuslBG)²⁷⁸. Beurteilungsmaßstab für den umfassenden Beschäftigungsbegriff des AuslBG ist daher nicht das Vorliegen oder die Bezeichnung eines Vertrages, sondern es kommt allein auf den Inhalt der tatsächlichen Tätigkeit an, die in **persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit**²⁷⁹ ausgeübt wird. Die Intensität der Abhängigkeit variiert je nach der Beschäftigungsform, ein Mindestmaß muss jedoch bestehen an wirtschaftlicher oder persönlicher Unselbständigkeit der Arbeitskraft, um vom Vorliegen einer Beschäftigung sprechen zu können. *„Ein Abhängigkeitsverhältnis ist dort anzunehmen, wo keine unternehmerische Eigeninitiative und kein unternehmerisches Erfolgsrisiko getragen werden.“*²⁸⁰

Daraus ergibt sich, dass Ausländer, die einer **echten selbständigen Tätigkeit** in Österreich nachgehen, nicht dem sachlichen Geltungsbereich des AuslBG unterliegen. Sie haben aber insbesondere die gewerberechtlichen, eventuell auch die aufenthaltsrechtlichen, fremdenrechtlichen Bestimmungen in Österreich einzuhalten²⁸¹. So muss zum Beispiel ein Selbständiger, der aus einem der 26 EU-Mitgliedstaaten bzw aus einem EWR-Staat kommt und in Österreich eine selbständige Tätigkeit ausüben will, seine im Herkunftsland

²⁷⁷ Der ausländische Gesellschafter unterliegt jedoch dann nicht dem AuslBG, wenn das AMS auf Antrag feststellt, dass ihm ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft zukommt und von ihm tatsächlich persönlich ausgeübt wird.

²⁷⁸ Vgl VwGH 23.5.2002, 2000/09/0190; VwGH 6.3.2008, 2007/09/0235.

²⁷⁹ Zur persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit siehe unten Punkt 1 "Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis".

²⁸⁰ VwGH 6.3.2008, 2007/09/0233.

²⁸¹ Vgl VwGH 19.9.2001, 99/09/0236; VwGH 24.01.2008, 2007/09/0239.

erworbene gewerberechtliche Berechtigung/Befähigung in Österreich anzeigen, soweit es sich beim ausgeübten Gewerbe um ein reglementiertes Gewerbe im Sinne der österreichischen Gewerbeordnung handelt²⁸².

Weiters unterliegen auch bloße **Gefälligkeitsdienste** nicht dem sachlichen Geltungsbereich des AuslBG. Als ein bewilligungsfreier Gefälligkeitsdienst ist jedoch nur ein *freiwilliger, kurzfristiger*²⁸³ und *unentgeltlicher*²⁸⁴ Dienst anzusehen. Dabei sind die Freiwilligkeit der Leistung – es darf keine Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung bestehen – und das Bestehen einer spezifischen Bindung zwischen dem leistenden Ausländer und dem Leistungsempfänger wesentlich.²⁸⁵ Für die Ausübung von bloßen Gefälligkeitsdiensten bedarf es demnach keine Beschäftigungsbewilligung, da diese Gefälligkeitsdienste nicht dem sachlichen Geltungsbereich des AuslBG unterliegen. Der Ausländer kann bewilligungsfrei solche Gefälligkeitsdienste ausüben.

Eine **kurzfristige Beschäftigung** (Aushilfetätigkeit) eines Ausländers gegen Verpflegung oder Naturalentgelt unterliegt aber wiederum der Bewilligungspflicht, auch wenn zivilrechtlich kein Dienstvertrag zustande kommt.²⁸⁶ Da der Übergang zwischen Gefälligkeitsdienst und kurzfristiger Beschäftigung im Sinne des AuslBG sehr fließend ist, bedarf es daher einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles, um einen Gefälligkeitsdienst anzunehmen.

Als nicht bewilligungspflichtige Tätigkeiten gelten aber wiederum kurzfristige Arbeitsleistungen, für die ihrer Art nach inländische Arbeitskräfte nicht herangezogen werden können, wie zB geschäftliche Besprechungen, Besuche von Messeveranstaltungen und Kongressen und dergleichen (§ 18 Abs 2 AuslBG).

²⁸² Seit dem 27.2.2008 sind neue Regelungen hinsichtlich Anzeigepflicht, Gleichhaltung in Kraft: vgl § 373a ff GewO idF BGBl I 2008/68;

vgl RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, ABl L 2005/255, 22.

²⁸³ Unter kurzfristig fallen Tätigkeiten, deren Dauer in der Regel deutlich unter der Dauer von einer Woche liegen (so die Judikatur zum § 18 Abs 2 AuslBG; vgl VwGH 1.7.1998, 97/09/0215; VwGH 21.1.2004, 2001/09/0230).

²⁸⁴ Für die Arbeitsleistung darf es zu keiner Gegenleistung kommen (vgl VwGH 15.9.1994, 94/09/0137; vgl nächstfolgenden Absatz).

²⁸⁵ Vgl VwGH 18.12.1998, 98/09/0290; VwGH 3.7.2000, 99/09/0037; VwGH 6.3.2008, 2007/09/0285.

²⁸⁶ VwGH 19.11.1997, 97/09/0169; VwGH 16.9.1998, 98/09/0185, VwGH 29.11.2007, 2007/09/0230.

Kein Beschäftigungsverhältnis im Sinn des AuslBG, und damit nicht dem sachlichen Geltungsbereich unterliegend, begründen auch **Familiendienste**. Darunter fallen Arbeitsleistungen, die im Rahmen einer familiären Beistands- und Mitwirkungspflicht erbracht werden.²⁸⁷ Hilfsarbeiten von Ausländern(innen), die auf Grund von Heiratsannoncen des Beschäftigers nach Österreich kommen, denen er Kost, Logis unentgeltlich zur Verfügung stellt und ihnen auch die Reisekosten ersetzt, begründen ein bewilligungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis iSd § 2 Abs 2 AuslBG. Sie stellen keine Familiendienste dar, selbst wenn an eine mögliche Eheschließung gedacht wird.²⁸⁸

Nach der Judikatur des VwGH²⁸⁹ ist auch die Entgeltlichkeit der Tätigkeit ein wesentliches Merkmal für den Beschäftigungsbegriff nach dem AuslBG. Darunter sind alle Leistungen zu verstehen, die der Arbeitnehmer als Gegenleistung für seine Arbeitsleistung erhält. Dies können Geldleistungen sein, die der Arbeitsleistende auf Grund einer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber erhält, oder sich aus arbeitsrechtlichen Vorschriften (aus gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Regelungen) ergeben, aber auch Naturalleistungen zählen dazu. Ist hingegen Unentgeltlichkeit vereinbart worden, so fehle es, nach Ansicht des VwGH²⁹⁰, an der für eine Beschäftigung nach dem AuslBG essentiellen persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit²⁹¹. So zB liegt keine Beschäftigung iSd § 2 Abs 2 AuslBG vor, wenn für eine kurzfristige, probeweise Tätigkeit Unentgeltlichkeit vereinbart wurde²⁹².

²⁸⁷ Vgl dazu *Krejci in Rummel* I³, § 1151 Rz 17ff;
VwGH 16.2.1999, 94/08/0282; VwGH 22.10.2003, 2001/09/0135.

²⁸⁸ So VwGH 19. 12. 2002, 99/09/0163.

²⁸⁹ VwGH 15. 9. 1994, 94/09/0137; VwGH 25.2.2004, 2001/09/0197.

²⁹⁰ VwGH 15.09.1994, 94/09/0137; VwGH 10.3.1999, 97/09/0046.

²⁹¹ Dazu kritisch aber im Ergebnis zustimmend *Schrammel*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995) 78.

²⁹² Vgl VwGH 21. 10. 1998, 96/09/0179.

1. Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis:

Die Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis iSd AuslBG setzt eine tatsächliche persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit des Beschäftigten von einem Arbeitgeber voraus²⁹³. Dazu zählt die faktische Verwendung in einem Arbeitnehmerverhältnis²⁹⁴, wozu auch Lehrverhältnisse zählen. Nicht dazu zählt ein freies Dienstverhältnis, in dem der Dienstverpflichtete den Ablauf der übernommenen Arbeit selbst regelt und jederzeit ändern kann und frei von Beschränkungen und Weisungen ist²⁹⁵. Das bedeutet jedoch nicht, dass ausländische freie Dienstnehmer nicht dem Beschäftigungsbegriff des Ausländerbeschäftigungsgesetzes unterliegen; freie Dienstverhältnisse²⁹⁶ sind vor allem unter § 2 Abs 2 lit b AuslBG zu subsumieren²⁹⁷.

Im Gegensatz dazu manifestiert sich die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit²⁹⁸ eines Arbeitnehmers durch organisatorische Gebundenheit, Kontrollunterworfenheit, disziplinarische Verantwortung, persönliche Arbeitspflicht, gewisse Regelmäßigkeit der Arbeitsleistung, Weisungsgebundenheit bzgl. Arbeitsort, Arbeitszeit und arbeitsbezogenem Verhalten etc²⁹⁹. *„Als für die Annahme oder die Nichtannahme einer persönlichen Abhängigkeit und damit eines abhängigen Arbeitsvertrages entscheidende Kriterien haben sich demnach herausgestellt:*

- *ein vertraglich ausdrücklich oder den Umständen nach festgelegtes persönliches Weisungsrecht des Dienstleistungsberechtigten;*
- *die Vereinbarung, daß der Dienstleistungsberechtigte sich nach Belieben regelmäßig vertreten lassen darf;*
- *vertraglich gesicherte Kontrollbefugnisse des Dienstleistungsberechtigten, die über das bei jedem Vertrag gegebene Maß hinausgehen;*

²⁹³ Vgl § 1151 ABGB.

²⁹⁴ Zum Arbeitnehmerbegriff und zum Arbeitsvertragsbegriff siehe Tomandl/Schrammel (Hrsg), Arbeitsrecht I⁶ (2008) 94 ff und 214 ff; vgl ferner Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971) 121.

²⁹⁵ ASG Wien 9.9.2004, 21Cga203/03f.

²⁹⁶ Vgl Wachter, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405.

²⁹⁷ Zu den arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen siehe nächstfolgenden Punkt.

²⁹⁸ Vgl Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner, ABGB³⁷ (2009) § 1151.

²⁹⁹ Vgl OGH 8.8.2002, 8 ObA 277/01w; OGH 18.10.2006, 9 ObA 96/06t.

- *die Vereinbarung, dass jegliches Arbeitsgerät vom Dienstleistungsberechtigten beigestellt wird;*
- *die Vereinbarung, daß jegliches Arbeitsgerät vom Dienstleistungsverpflichteten beizustellen ist; und die einzelvertragliche Vereinbarung von Disziplinarmaßnahmen, die der Dienstleistungsberechtigte gegenüber dem Dienstleistungsverpflichteten bei Pflichtverletzung ergreifen kann.*³⁰⁰

Dabei kommt es auf das konkrete Gesamtbild der Tätigkeit an.³⁰¹ Das Vorliegen eines formellen Arbeitsvertrages oder das rechtmäßige Zustandekommen eines Vertrages bzw dessen Inhalt ist dabei nicht entscheidend³⁰². Entscheidend ist das Vorliegen eines faktischen Beschäftigungsverhältnisses im Sinne des AuslBG, zu dessen Begründung es auch zu keinem direkten Kontakt zwischen Arbeitgeber und der ausländischen Arbeitskraft kommen muss.³⁰³

2. Beschäftigung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis:

Ob ein arbeitnehmerähnliches Beschäftigungsverhältnis³⁰⁴ vorliegt, ist auch in diesem Fall wiederum die tatsächliche Verwendung des Ausländers, nicht jedoch in welchem Rechtsverhältnis die Vertragspartner zueinander stehen, maßgeblich.

„Arbeitnehmerähnlichkeit ist dadurch gekennzeichnet, daß an sich ein Arbeits(Vertrags)verhältnis nicht vorliegt, d.h., daß die für den Arbeitnehmertypus charakteristischen Merkmale der persönlichen Abhängigkeit zu gering ausgeprägt sind, um daraus ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis ableiten zu können, jedoch in einem gewissen Umfang gegeben sind. Wesen der Arbeitnehmerähnlichkeit ist, daß der Verpflichtete in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Minimum beschränkt ist. Es kommt ausschließlich

³⁰⁰ Strasser, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 104.

³⁰¹ Vgl L Vaktuell, Dienstverträge – freie Dienstverträge – Werkverträge, Koch – Kellner als Dienstnehmer, 2005, 13.

³⁰² Vgl VwGH 16.9.1998, 98/09/0183; VwGH 14.11.2002, 2000/09/0174.

³⁰³ Vgl VwGH 24. 4. 2003, 2002/09/0177; VwGH 24.1.2008, 2004/09/0062.

³⁰⁴ Vgl Zielina, Der freie Dienstvertrag, juridikum 2003, 94.

darauf an, ob das konkrete und genau erhobene Gesamtbild der Tätigkeit, die eine Person im Auftrag und für Rechnung eines anderen leistet, so beschaffen ist, dass sich die betreffende Person im Verhältnis zu ihrem Auftraggeber wirtschaftlich in einer ähnlichen Situation befindet, wie dies beim persönlich abhängigen Arbeitnehmer typischerweise der Fall ist. Typischen Merkmale für eine wirtschaftliche Unselbständigkeit sind:

- 1. die Verpflichtung der Tätigkeit nicht in einem Betrieb oder einer Betriebsstätte des Verpflichteten, sondern in einem Betrieb des Unternehmers;*
- 2. eine gewisse Regelmäßigkeit und längere Dauer der Tätigkeit;*
- 3. die Verpflichtung zur persönlichen Erbringung der geschuldeten Leistung;*
- 4. Beschränkungen der Entscheidungsfreiheit des Verpflichteten hinsichtlich der Verrichtung der Tätigkeit (Weisungsgebundenheit, "stille" Autorität);*
- 5. die Berichterstattungspflicht;*
- 6. die Arbeit mit Arbeitsmitteln des Unternehmers;*
- 7. das Ausüben der Tätigkeit für einen oder eine geringere Anzahl, nicht aber für eine unbegrenzte Anzahl ständig wechselnder Unternehmer;*
- 8. die vertragliche Einschränkung der Tätigkeit des Verpflichteten in Bezug auf andere Personen (Unternehmerbindung, Konkurrenzverbot);*
- 9. die Entgeltlichkeit und*
- 10. die Frage, wem die Arbeitsleistung zugute kommt.³⁰⁵*

Die Bewertung dieser Merkmale erfolgt nach den Regeln des "**beweglichen Systems**", in dem die Kriterien in einer Gesamtbetrachtung nach Zahl, Stärke und Gewicht bewertet werden.³⁰⁶

Das bedeutet, dass Arbeitnehmerähnlichkeit dann vorliegt, wenn der Leistende trotz fehlender persönlicher Abhängigkeit nicht mehr in der Lage ist, seine Arbeitskraft anderweitig für Erwerbszwecke einzusetzen und daher als unter ähnlichen wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen wie ein persönlich

³⁰⁵ VwGH 20.5.1998, 97/09/0241.

³⁰⁶ Vgl VwGH 6.3.2008, 2007/09/0233.

abhängiger Arbeitnehmer tätig ist. Entscheidend für die Frage der Arbeitnehmerähnlichkeit ist daher die **wirtschaftliche Unselbständigkeit**, wobei der organisatorische Aspekt der wirtschaftlichen Abhängigkeit entscheidet ist und nicht, ob er auf die Gegenleistung zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes angewiesen ist.³⁰⁷

Die Abgrenzung zwischen einer selbständigen Tätigkeit und einer arbeitnehmerähnlichen Beschäftigung ist deswegen so wichtig, weil eine echte selbständige Tätigkeit keiner Bewilligungspflicht nach dem AuslBG unterliegt. So werden zB Heimarbeitsverhältnisse zumeist als arbeitnehmerähnlich angesehen. Kein bewilligungspflichtiges, arbeitnehmerähnliches Beschäftigungsverhältnis liegt bei einer Weitergabe eines Werkvertrages vor, wenn keine wirtschaftliche Abhängigkeit sowohl zum unmittelbaren Empfänger der Arbeitsleistung (Werkbesteller) als auch zum "Werkvertragsgeber" (Vertragspartner des Werkbestellers) besteht.³⁰⁸

³⁰⁷ Vgl VwGH 2.9.1993, 92/09/0322; VwGH 22.2.2006, 2002/09/0187;
 vgl *Schrammel*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung 87;
 vgl § 1 Abs 1 DNHG;
 vgl § 3 Abs 4 AÜG;
 vgl § 51 Abs 3 Z 2 ASGG.

³⁰⁸ Vgl VwGH 19.9.2001, 99/09/0216.

4. Abschnitt: Sonstige Ausnahmen nach dem AuslBG

A. Ausnahmen auf Grund zwischenstaatlicher Vereinbarungen

Zwischenstaatliche Vereinbarungen stehen gemäß § 1 Abs 3 AuslBG gleichwertig neben dem Ausländerbeschäftigungsgesetz, sie können dieses ergänzen oder ausdrücklich hinsichtlich bestimmter Regelungen abändern. Sie entheben jedoch den Arbeitgeber nicht von der Verpflichtung, die sonstigen Voraussetzungen für die Ausübung einer Beschäftigung, wie insbesondere die der Lohn- und Arbeitsbedingungen, einzuhalten.

1. Grenzgängerabkommen

Zu den wichtigsten bilateralen Vereinbarungen zählen die Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Republik Ungarn³⁰⁹ sowie das Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Tschechischen Republik³¹⁰ über die Beschäftigung in Grenzzonen (sog Grenzgängerabkommen). Die Grenzgängerabkommen sehen Erleichterungen der Beschäftigung von Grenzgängern in den grenznahen Gebieten (Grenzzonen) der beiden Staaten vor.

Gemäß Art 3 des Grenzgängerabkommens mit Ungarn sind Grenzgänger österreichische oder ungarische Staatsbürger, die

- ihren ständigen Wohnsitz oder seit mindestens einem Jahr ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einer der genannten Grenzzonen haben, in die sie, ausgenommen die Fälle des wechselnden Beschäftigungsortes, täglich zurückkehren³¹¹, und
- die eine unselbständige Beschäftigung in einer Grenzzone des anderen Vertragsstaates ausüben.

³⁰⁹ Das Abkommen mit Ungarn wurde im Jahr 1998 abgeschlossen; BGBl III 1998/26 idF 2002/217.

³¹⁰ Das Abkommen mit Tschechien wurde im Jahr 2005 abgeschlossen; BGBl III 2005/83.

³¹¹ Die tägliche Heimkehr des Grenzgängers wird mE auf Grund der "offenen Grenzen" (Schengenraum seit 21. Dezember 2007) kaum überprüfbar sein.

Ebenfalls in Art 3 des Grenzgängerabkommens mit Tschechien³¹² sind Grenzgänger Arbeitnehmer, die Staatsangehörige der Tschechischen Republik oder Republik Österreich sind, die

- ihren ständigen Wohnsitz seit mindestens einem Jahr in einer der genannten Grenzzonen haben, in die sie täglich zurückkehren, und
- die eine unselbständige³¹³ Beschäftigung in einer Grenzzone des anderen Vertragsstaates ausüben.

Als Grenzzonen sind nach Art 1 Abs 2 des Grenzgängerabkommens mit Ungarn auf österreichischer Seite die politischen Bezirke Bruck an der Leitha, Neusiedl am See, Eisenstadt (einschließlich die Städte mit eigenem Statut – Eisenstadt und Rust), Mattersburg, Güssing, Oberpullendorf, Oberwart und Jennersdorf sowie auf ungarischer Seite die Komitate Győr-Moson-Sopron, Vas und Zala definiert. Nach Art 1 des Abkommens mit Tschechien zählen in Österreich die politischen Bezirke Gänserndorf, Gmünd, Hollabrunn, Horn, Mistelbach, Waidhofen an der Thaya, Freistadt, Rohrbach und Urfahr-Umgebung sowie in Tschechien die Kreise Břeclav, Znojmo, Jindřichův Hradec, České Budejovice, Český Krumlov und Prachatic.

Für die Zulassung als Grenzgänger muss der Bewerber ein schriftliches Ansuchen an die zuständige Stelle seines Staates richten, das alle für die Prüfung erforderlichen Angaben, die Art der beabsichtigten Beschäftigung und den Namen des Arbeitgebers enthält. Dieses Ansuchen wird an die zuständige Stelle des Beschäftigungslandes (in Österreich das AMS³¹⁴) weitergeleitet, die dann – soweit alle Voraussetzungen³¹⁵ erfüllt sind – eine Grenzgängerbewilligung³¹⁶ ausstellt.

³¹² Vgl. Höfle, Grenzgängerabkommen mit Tschechien, ASoK 2005, 234.

³¹³ Der Grenzgänger muss im Rahmen eines Dienstvertrages als Dienstnehmer (§ 4 Abs 2 ASVG) beschäftigt werden. Ein freier Dienstvertrag ist nicht möglich.

³¹⁴ „Über Anträge und über die Entziehung von Zulassung nach dem Grenzgängerabkommen entscheidet die nach dem Ort der Beschäftigung des Grenzgängers zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice“ (30. Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Durchführung des Grenzgängerabkommens zwischen der Regierung der Republik Österreich und der Regierung der Tschechischen Republik, BGBl III 2006/30).

³¹⁵ Insbesondere sind die am Beschäftigungsort anzuwendenden Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einzuhalten.

³¹⁶ Die Grenzgängerbewilligung ersetzt die Beschäftigungsbewilligung.

„Eine Grenzgängerbewilligung wird nicht ausgestellt, wenn

- *Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass keine Beschäftigung im Sinne dieses Abkommens aufgenommen werden soll, oder*
- *keine Gewähr gegeben erscheint, dass bei der Beschäftigung des Antragstellers die am Ort der Beschäftigung anzuwendenden Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden, oder*
- *der Grenzgänger nicht auf einem Arbeitsplatz im Betrieb seines Arbeitgebers beschäftigt werden soll.*

Treten diese Umstände erst nach der Ausstellung ein (bzw werden sie erst nachträglich bekannt), wird die Grenzgängerbewilligung entzogen.“³¹⁷

Bei Erteilung erhält der Grenzgänger eine Grenzgängerbewilligung für eine bestimmte Grenzzone, innerhalb der er eine Beschäftigung bei dem im Ansuchen angegebenen Arbeitgeber aufnehmen kann. Bei wechselndem Beschäftigungsort kann die Beschäftigung unter Bedachtnahme auf die Arbeitsmarktlage im betreffenden Beschäftigungszweig auch außerhalb der Grenzzone zugelassen werden, sofern der Betriebssitz des Arbeitgebers sich in der Grenzzone befindet, für welche die Grenzgängerbewilligung ausgestellt wurde.³¹⁸ Die Grenzgängerbewilligung, die für jeden Wirtschaftsbereich (nicht nur für die Land- und Forstwirtschaft und den Tourismus) ausgestellt werden kann, ersetzt im Rahmen ihres Geltungsbereiches und ihrer Geltungsdauer die Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG.³¹⁹

Im Abkommen von Ungarn ist vorgesehen, dass die Grenzgängerbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von bis zu sechs Monaten ausgestellt werden kann. Sie kann um jeweils höchstens sechs Monate verlängert werden (Art 5 Abs 3). Gemäß Art 4 Abs 3 des Grenzgängerabkommens mit Tschechien kann die Grenzgängerbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer bis zu einem Jahr ausgestellt und um jeweils ein Jahr verlängert werden. Zu beachten ist jeweils, ob die für das jeweilige Kalenderjahr festgelegte Höchstzahl an Zulassungen nicht überschritten wird.

³¹⁷ LV aktuell, Grenzgängerabkommen mit Tschechien, 2005, 23.

³¹⁸ Vgl VwGH 22.6.2005, 2004/09/0051.

³¹⁹ Vgl UVS Burgenland 18.2.2004, K 019/10/2003.036.

Die Festsetzung der Anzahl³²⁰ von Grenzgängern erfolgt durch eine gemischte ungarisch-österreichische bzw. tschechisch-österreichische Kommission³²¹, die auch von Vertretern der Interessenvertretungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer beschickt wird. Diese Kommission setzt unter Bedachtnahme der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes, insbesondere in den betroffenen Grenzzonen, die Anzahl von Grenzgängern in den jeweiligen Grenzzonen³²² fest. Von der ungarisch-österreichischen Kommission wurden für das Jahr 2009 2.700 Kontingentplätze festgelegt; diese Zahl wurde bereits gänzlich ausgeschöpft. Die meisten Bewilligungen für ungarische Grenzgänger entfielen auf Gastgewerbeberufe (Kellner und Köche), gefolgt von den Bauberufen.

Im Jahr 2009 wurden von der tschechisch-österreichischen Kommission 500 Kontingentplätze festgelegt. Bis zum Ende des 3. Quartals 2009 wurden 133 Bewilligungen für tschechische Grenzgänger erteilt, wobei auch hier die Gastgewerbeberufe, gefolgt vom Bau-/Baunebengewerbe und Fleischer dominieren.

Landwirtschaftsberufe spielen nach den ungarischen und tschechischen Abkommen keine Rolle.

Die Abkommen sehen auch vor, dass Beschäftigungszeiten, die auf Grund einer Grenzgängerbewilligung zurückgelegt werden, nicht auf Beschäftigungszeiten, mit denen auf Grund sonstiger Rechtsvorschriften Berechtigungen zur Ausübung einer Beschäftigung im Gastland erworben werden, angerechnet werden. Damit wird klargestellt, dass eine ein- oder mehrmalige Verlängerung der Zulassung nicht dazu führt, dass der Grenzgänger eine dauerhafte Arbeitsmarktzulassung erreicht und durch seine

³²⁰ Die Anzahl der Grenzgänger wird dabei nicht von der Quote, die in der Niederlassungsverordnung jährlich festgesetzt wird, erfasst; Eine Anrechnung der zugelassenen ungarischen bzw tschechischen Arbeitskräfte auf die Bundes- und Landeshöchstzahlen (siehe IV. Teil, B. Höchstzahlen, Seite 166 ff) erfolgt.

³²¹ Bei dieser gemischten Kommission handelt es sich um eine zwischenstaatliche Einrichtung, deren Festlegungen Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung werden. Beim Grenzgängerabkommen (wie auch beim Praktikantenabkommen) handelt es sich nämlich um einen Staatsvertrag (vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 221), der vom Nationalrat gemäß Art 50 Abs 1 B-VG als Gesetzesergänzender Staatsvertrag in die österreichische Rechtsordnung transformiert wurde. Da das Grenzgängerabkommen (Praktikantenabkommen) nach Art 50 Abs 1 B-VG genehmigt wurde, können auf Grund des Abkommens einzelne Hoheitsrechte auf eine zwischenstaatliche Einrichtung – wie der vorliegenden Kommission – gemäß Art 9 Abs 2 B-VG übertragen werden.

³²² Im Abkommen mit der Tschechischen Republik ist auch vorgesehen, dass eine Aufteilung der Zahl der Grenzgänger auch auf einzelne Wirtschaftszweige oder Berufsgruppen erfolgen kann.

Beschäftigung einen Anspruch auf eine Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein nach dem AuslBG erwirbt. Nicht davon betroffen sind jedoch Zeiten für die Ausstellung einer Freizügigkeitsbestätigung. Gemäß den Beitrittsverträgen und des § 32a Abs 2 1. Spiegelstrich genießen die "neuen" EU-Bürger, solange die Übergangsfristen aufrecht sind, erst freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt, wenn sie ununterbrochen mindestens zwölf Monate zum österreichischen Arbeitsmarkt zugelassen gewesen sind. Nach einem Jahr legaler Beschäftigung im Rahmen des Grenzgängerabkommens erlangen diese Arbeitnehmer aus Ungarn bzw Tschechien freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt und bedürfen zur Arbeitsaufnahme keine weiteren arbeitsrechtlichen Genehmigungen mehr.

2. Praktikantenabkommen

Beim **Praktikantenabkommen**³²³ zwischen der Republik Österreich und Republik Ungarn³²⁴ bzw zwischen der Republik Österreich und der Tschechischen Republik³²⁵ handelt es sich gemäß Art 1 Abs 1 um Arbeitnehmer, die Staatsbürger mit Wohnsitz in einem Vertragstaat sind, eine Berufsausbildung oder vergleichbare berufliche Fertigkeiten verfügen, zwischen 18 und 35 Jahren alt sind und die Absicht haben, die bereits erworbenen Berufs- und Sprachkenntnisse im jeweils anderen Staat im Rahmen einer vorübergehenden Beschäftigung zu vervollkommen. Die Praktikanten, deren Zahl³²⁶ jährlich auf diplomatischem Wege festgesetzt wird, benötigen zur Arbeitsaufnahme im jeweiligen Staat eine Praktikantenbewilligung.

Bis zum Ende des 3. Quartals 2009 wurden vom AMS³²⁷ 495 Praktikantenbewilligungen auf Grund des Praktikantenabkommens mit Ungarn

³²³ Vgl *Grafeneder*, Bilaterale Abkommen über Grenzgänger und Praktikanten mit Tschechien und Ungarn, PVinfo 2007, 6.

³²⁴ BGBl III 1998/27; vgl *Trattner*, Praktikantenabkommen mit Ungarn, ASoK 2000, 117.

³²⁵ BGBl III 2005/71.

³²⁶ Für das Jahr 2009 wurden im Praktikantenabkommen zwischen Ungarn und Österreich 1.800 Kontingentplätze festgelegt, im Praktikantenabkommen zwischen Tschechien und Österreich 300 Kontingentplätze.

³²⁷ Vgl 81. Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Durchführung des Praktikantenabkommens zwischen der Regierung der Republik Österreich und der Regierung der Republik Ungarn, BGBl III 2005/81; vgl VwGH 6.4.2005, 2002/09/0125.

erteilt. Die meisten entfielen auf das Gastgewerbe, gefolgt vom Bau-, Baunebengewerbe. Auf Grund des Praktikantenabkommens mit Tschechien wurden bis zum Ende des 3. Quartals 2009 neun Praktikantenbewilligungen, hauptsächlich für das Gastgewerbe, erteilt.

Die Dauer der Zulassung als Praktikant richtet sich nach den Erfordernissen der angestrebten Erweiterung der beruflichen und sprachlichen Kenntnisse. Sie beträgt mindestens sechs Monate und höchstens ein Jahr. Die Zulassung kann jedoch, sofern es die jeweilige Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zulassen, bis zu insgesamt 18 Monaten verlängert werden. Die Bescheinigung über die Zulassung als Praktikant ersetzt im Rahmen ihres Geltungsbereiches und der Geltungsdauer die Beschäftigungsbewilligung. Beschäftigungszeiten, die auf Grund einer Zulassung als Praktikant erworben werden, werden gemäß Art 3 Abs 3 des Abkommens mit Ungarn nicht auf Beschäftigungszeiten, mit denen auf Grund sonstiger Rechtsvorschriften Berechtigungen zur Ausübung einer Beschäftigung erworben werden, angerechnet.³²⁸

„Die Zulassung als Praktikant wird untersagt, wenn

- *Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass keine Beschäftigung im Sinne dieses Abkommens aufgenommen werden soll, oder*
- *keine Gewähr gegeben erscheint, dass bei der Beschäftigung des Praktikanten die am Ort der Beschäftigung für Arbeitnehmer mitvergleichbaren Qualifikationen geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften eingehalten werden, oder*
- *der Praktikant nicht auf einem Arbeitsplatz im Betrieb seines Arbeitgebers beschäftigt werden soll.*

Treten diese Umstände erst nach Erteilung der Praktikantenbewilligung ein (bzw werden sie erst nachträglich bekannt), wird die Bewilligung widerrufen.“³²⁹

³²⁸ Vgl VwGH 16.10.2008, 2006/09/0225.

³²⁹ LVaktuell, Praktikantenabkommen mit Tschechien, 2005, 24.

B. Ausnahmen auf Grund der Ausländerbeschäftigungsverordnung (AuslBVO)

Unter Bedachtnahme auf die allgemeine Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes sowie unter besonderer Berücksichtigung der Schutzinteressen inländischer Arbeitnehmer können gemäß § 1 Abs 4 AuslBG weitere ausländische Personengruppen auf Grund der Ausländerbeschäftigungsverordnung³³⁰ vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes ausgenommen werden. In der AuslBVO sind im Wesentlichen Ausländer aufgezählt, die wissenschaftliche Lehr- und Forschungstätigkeiten (Wissenschaftler und Forscher) in Österreich ausüben, aber auch ausländische Studenten im Rahmen eines auf Gegenseitigkeit beruhenden Austauschprogrammes sowie Au-Pair-Kräfte.

Seit dem 1. November 2006 sind vom Geltungsbereich des AuslBG auch Ausländer ausgenommen, die den Übergangsbestimmungen zur EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen (§ 32a AuslBG), hinsichtlich der Pflege und Betreuung von Personen in Privathaushalten, wenn die zu pflegende Person, ihre Angehörigen oder eine inländische Pflege- und Betreuungseinrichtung Arbeitgeber sind, die zu pflegende Person Pflegegeld gemäß dem Bundespflegegeldgesetz oder Pflegegeldgesetzen der Bundesländer bzw eine gleichartige Leistung im selben Ausmaß bezieht und die Beschäftigung der Vollversicherung gemäß § 4 Abs 1 Z 1 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes unterliegt.

³³⁰ Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales vom 19. September 1990 über Ausnahmen vom Geltungsbereich des Ausländerbeschäftigungsgesetzes – BGBl 1990/609 idF BGBl II 2008/291.

C. EG-Schweiz-Freizügigkeitsabkommen:

Die Schweiz ist ein EFTA³³¹-Mitgliedstaat, jedoch kein EWR-Mitgliedstaat. Auf Grund des zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits abgeschlossenen Freizügigkeitsabkommens³³² genießen seit dem 1. Juni 2004 alle Schweizer Bürger und deren begünstigten Drittstaatsangehörigen (zB drittstaatsangehörige Familienmitglieder) volle berufliche und geographische Mobilität innerhalb der Europäischen Union und umgekehrt (vgl Art 1 Z 6 des Abkommens). Der am 1. Juni 2004 in Kraft getretene § 32 Abs 9 AuslBG sieht daher deren Gleichstellung mit den EWR-Bürgern bzw Unternehmen der "alten" EU/EWR-Staaten vor. Auf Grund dieser Gleichstellung fallen seit dem 1. Juni 2004 auch Schweizer Staatsbürger und deren Familienangehörigen unter die Ausnahme des § 1 Abs 2 lit I AuslBG, soweit sie das auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht (Recht auf Freizügigkeit) in Anspruch nehmen. Bei Inanspruchnahme des ihnen auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrechts von mehr als drei Monaten sind weiters die Bestimmungen betreffend des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts (§§ 51 bis 56 NAG) auf Schweizer Bürger und deren Angehörigen anzuwenden.³³³ Schweizer Bürger, die in Österreich dauernd wohnhaft sind und die das auf Grund des Freizügigkeitsabkommens EG-Schweiz zukommende Aufenthaltsrecht nicht in Anspruch nehmen, fallen – inklusive ihrer Familienangehörigen – unter den Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 lit m AuslBG; betreffend des Aufenthaltes sind die aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen des § 47 f NAG anzuwenden. Da sie vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen sind, dürfen sie wie EU/EWR-Bürger ohne jeweilige arbeitsrechtlichen Bewilligungen in Österreich beschäftigt werden.

³³¹ European Free Trade Association.

³³² Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, BGBl III 2002/133.

³³³ Vgl § 57 NAG.

III. Teil: Definition des "ausländischen Saisonarbeiters"

Was versteht man unter einem "ausländischen Saisonarbeiter"?

A. Begriff des Saisonarbeiters

Der Begriff des "Saisonarbeiters" wird weder im Ausländerbeschäftigungsgesetz noch in einem anderen Gesetz ausdrücklich definiert. Eine Definition des Saisonarbeiters in der Landwirtschaft findet sich jedoch im Kollektivvertrag³³⁴ für landwirtschaftliche Saisonarbeiter in den landwirtschaftlichen Betrieben der Bundesländer Niederösterreich, Burgenland und Wien. Gemäß § 1 "Begriffsbestimmung der Saisonarbeiter" sind Saisonarbeiter *„alle männlichen und weiblichen Arbeiter, die zur Verrichtung landwirtschaftlicher Arbeiten während der Anbau- und Erntezeit, bei Kulturarbeiten, bei der Heu-, Getreide- und Hackfruchternte und beim Drusch beschäftigt werden, ihren ordentlichen Wohnsitz in der Regel außerhalb des Beschäftigungsortes haben und vom Dienstgeber während der Beschäftigung Wohnung und ein Verpflegungsgeld (Verpflegung) am Arbeitsort erhalten.“*

Diese Definition des Saisonarbeiters korrespondiert auch mit dem Begriff "Saisonbetrieb", der unter anderem im § 7 Abs 2 AuslBG und § 53 Abs 6 ArbVG verwendet wird. Nach § 7 Abs 2 AuslBG bzw § 53 Abs 6 ArbVG gelten jene Betriebe als Saisonbetriebe, *„die ihrer Art nach nur zu bestimmten Jahreszeiten arbeiten oder die regelmäßig zu gewissen Zeiten des Jahres erheblich verstärkt*

³³⁴ Auf Grund der Normwirkung von Kollektivverträgen gemäß § 11 ArbVG sind die Bestimmungen von Kollektivverträgen von großer Relevanz, weil *„die Bestimmungen des Kollektivvertrages, soweit sie nicht die Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektivvertragsparteien regeln, innerhalb seines fachlichen, räumlichen und persönlichen Geltungsbereiches unmittelbar rechtsverbindlich sind“* (§ 11 Abs 1 ArbVG). Da es sich bei den kollektivvertraglichen Bestimmungen im Verhältnis zu den gesetzlichen Bestimmungen um die speziellere Regelung handelt, gehen bei gleichen Tatbeständen die kollektivvertraglichen Bestimmungen auf Grund des § 11 ArbVG sowie auf Grund des allgemeinen Rechtsgrundsatzes *lex specialis derogat legi generali* den gesetzlichen vor.

arbeiten“. Darunter fallen insbesondere Hotel- und Gastronomiebetriebe sowie landwirtschaftliche Betriebe, die zwar übers ganze Jahr ihren Betrieb aufrecht haben, jedoch nur zu gewissen regelmäßigen Zeiten – zB zu Anbau- und Erntezeiten – erheblich verstärkt arbeiten oder nur über eine gewisse Zeit geöffnet haben.

Die allgemein gehaltene Definition des Saisonbetriebes wird für den Tourismusbereich durch den **Zusatzkollektivvertrag für Arbeiter im Gastgewerbe betreffend Arbeitsverhältnisse in Saisonbetrieben** näher spezifiziert. Nach der Definition im Zusatzkollektivvertrag für Arbeiter im Gastgewerbe gelten *"Betriebe, die ihrer Art nach nur zu bestimmten Jahreszeiten arbeiten, mindestens jedoch zwei Monate bei höchstens zweimaliger Unterbrechung im Jahr"*, als Saisonbetriebe. *„Als Jahreszeitraum wird das Ende des Saisonarbeitsverhältnisses herangezogen und ein Jahr zurückgerechnet. Innerhalb dieses Zeitraums sind die Unterbrechungen relevant.“*³³⁵

Beschäftigte in diesen Saisonbetrieben, die nur für einen gewissen Zeitraum geöffnet haben bzw für einen gewissen Zeitraum verstärkt arbeiten (trotz ganzjährlichem Betrieb), werden demnach Saisoniers genannt. Saisonarbeitskräfte sind daher nur für einen gewissen Zeitraum (zB Wintersaison, Erntezeit) in einem Saisonbetrieb beschäftigt. Unter "ausländische Saisoniers" versteht man daher ausländische Arbeitskräfte, welche für einen auftretenden oder vorübergehenden zusätzlichen Bedarf kurzfristig eingestellt werden. Das AuslBG spricht daher von *"befristet beschäftigten Ausländern"*.

Typisch für in- und ausländische Saisoniers ist daher der Umstand, dass sie in Zeiten beschäftigt werden, in denen ein hoher Bedarf an Arbeitskräften, sei es auf Grund naturbedingter oder wirtschaftlicher Umstände, besteht; sei es der Koch, der nur während der Sommermonate die Gäste mit Köstlichkeiten verwöhnt, sei es die Sortiererin, die während der Erntezeit die frisch gepflückten Äpfel in einzelne Qualitätsklassen sortiert. Sie alle werden im Sprachgebrauch als Saisonarbeitskräfte tituliert. Rechtlich gesehen sind es unselbständige

³³⁵ ARD Betriebsdienst, Verlängerung der Saisondienstverhältnisse im Gastgewerbe (5498/3/2004) 10.

Arbeitnehmer, die auf Grund eines Arbeitsverhältnisses befristet beschäftigt sind.

Für ausländische Saisoniers trifft insbesondere der Beschäftigungsbegriff des § 2 Abs 2 lit a AuslBG zu (siehe II. Teil, 3. Abschnitt:). Wie bei inländischen Saisoniers, liegt in den meisten Fällen dem Beschäftigungsverhältnis ein Arbeitsvertrag zu Grunde, der insbesondere in persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit ausgeübt wird. Ausländische Saisoniers sind an Arbeitszeit, Arbeitsort gebunden und unterliegen der Kontrolle und Weisung des Arbeitgebers.³³⁶ Nach der Beurteilung des wahren wirtschaftlichen Gehaltes der Tätigkeit liegen daher die faktischen Merkmale einer unselbständigen Beschäftigung bei Saisoniers vor. Ausländische Saisoniers unterliegen damit dem sachlichen Geltungsbereich des AuslBG.

B. Saisonarbeitskräfte – Ausländer:

In den typischen Saisonbranchen Tourismus, Land- und Forstwirtschaft sind – neben den inländischen Saisoniers – ausländische Saisonarbeiter kaum mehr wegzudenken. Udenkbar, ohne Polen, Rumänen, Slowaken, Kroaten, um nur ein paar Nationalitäten zu nennen, auszukommen. Zwar ist ihnen allen gemeinsam, dass sie nach dem AuslBG als Ausländer gelten (§ 2 Abs 1 AuslBG), jedoch bestehen bzgl den Voraussetzungen für die Beschäftigungsausübung erhebliche rechtliche Unterschiede. Weil gemäß § 1 Abs 2 lit l und m AuslBG EWR-Bürger und Schweizer Staatsbürger vom (persönlichen) Geltungsbereich des AuslBG generell ausgenommen sind, benötigen daher Saisonarbeitskräfte, die die Staatsbürgerschaft eines EWR Staates bzw der Schweiz besitzen, keine arbeitsrechtliche Bewilligung. Damit sind die Saisonarbeitskräfte aus dem EWR-Raum und der Schweiz den inländischen Saisonarbeitskräften gleichgestellt.

³³⁶ Näheres siehe Seite 117 f.

Diese völlige Gleichstellung mit den Inländern gilt jedoch nicht für alle Saisoniers aus dem EU-Raum. Aufgrund der Übergangsfristen in den Beitrittsverträgen der neuen EU-Mitgliedstaaten muss man zwischen Bürgern aus den "alten" 14 EU-Mitgliedstaaten und den 12 "neuen" EU-Mitgliedstaaten unterscheiden. Solange Österreich das Übergangsarrangement beibehält, unterliegen Saisonarbeitskräfte aus den "neuen" Mitgliedstaaten, mit Ausnahme jene aus Malta und Zypern, gemäß § 32a Abs 1 AuslBG nicht dem Ausnahmetatbestand des § 1 Abs 2 lit I und m AuslBG. Ausländische Saisonarbeitskräfte, auch wenn sie schon mehrere Jahre als Saisonarbeitskraft in Österreich gearbeitet haben, erlangen in den meisten Fällen auch nicht das Recht auf freien Zugang zum Arbeitsmarkt nach § 32a Abs 2 AuslBG. Auf Grund der kurzfristigen Beschäftigung fehlt es ihnen üblicherweise an der Voraussetzung der ununterbrochenen zwölfmonatigen Zulassung zum österreichischen Arbeitsmarkt. Ausländische Saisonarbeiter aus den "neuen" Mitgliedstaaten sind daher – solange die Übergangsbestimmungen aufrecht sind – rechtlich wie drittstaatsangehörige Saisoniers zu behandeln. Jedoch werden sie auf Grund der Gemeinschaftspräferenz bevorzugt behandelt³³⁷. Diese bevorzugte Behandlung wurde nicht nur für die befristete Zulassung von Ausländern ausdrücklich im § 5 Abs 3 AuslBG geregelt, sondern auch bei der konkreten Arbeitsmarktprüfung im Zulassungsverfahren (vgl § 4b Abs 1 AuslBG) normiert.

Wollen nun Arbeitnehmer aus den "neuen" EU-Staaten und aus den Drittstaaten einer unselbständigen Tätigkeit in Österreich nachgehen, so ist dies nur auf Grund einer **Beschäftigungsbewilligung** möglich³³⁸. Wird die Saisonarbeit in einem Wirtschaftszweig ausgeübt, für den ein zahlenmäßiges Kontingent auf Grundlage des § 5 AuslBG festgelegt wurde, so benötigen sie eine **Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente (Kontingentbewilligung)**³³⁹.

Jene ausländischen Saisoniers, die eine befristete Kontingentbewilligung gemäß § 5 AuslBG benötigen, stehen im Mittelpunkt meiner Dissertation.

³³⁷ Siehe dazu Seite 111.

³³⁸ Soweit kein Ausnahmetatbestand nach dem AuslBG vorliegt.

³³⁹ Deren weiteren Folgen und Regelungen siehe dazu IV. Teil.

Wenn ich im Folgenden von *"ausländischen Saisonarbeitskräften"* spreche, meine ich

- ***unselbständige ausländische Arbeitskräfte,***
- ***die in einem bestimmten Wirtschaftszweig einem befristeten Arbeitsverhältnis unterliegen und***
- ***die für die Ausübung der Tätigkeit eine Beschäftigungsbewilligung im Rahmen eines Kontingentes gemäß § 5 AuslBG benötigen.***

IV. Teil: Saisonarbeitskräfteregelung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz

1. Abschnitt: Kontingente, Höchstzahlen

Seit 1. Jänner 2003 (Novelle BGBl I 2002/126 zum AuslBG) sind die Regelungen über die befristete Zulassung von Ausländern im Rahmen von Kontingenten im Abschnitt II, "Beschäftigungsbewilligung" im AuslBG enthalten. Die zentrale Bestimmung im Abschnitt II ist § 5 AuslBG und trägt die Überschrift „*Kontingente für die befristete Zulassung von Ausländern*“. Für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente für ausländische Saisoniers und Erntehelfer, auch Kontingentbewilligung genannt, sind insbesondere neben den Bestimmungen des § 5 AuslBG noch die sonstigen Voraussetzungen für eine Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung im zweiten Abschnitt sowie die Regelungen über die Höchstzahlen von Relevanz.

Bis zum 31. Dezember 2002 war das Bewilligungsverfahren für Saisoniers im § 9 FrG 1997 geregelt. Aus rechtssystematischen und kompetenzrechtlichen Erwägungen wurde dieser Abschnitt in das AuslBG transferiert. Im Zuge dieser Novelle wurde auch die Möglichkeit der Beschäftigung von ausländischen Erntehelfern eingeführt.

A. Niederlassungsverordnung, Kontingentverordnungen

1. Niederlassungsverordnung:

Die jährliche Höchstzahl der Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigte Fremde wird – neben der Anzahl der Niederlassungsbewilligungen³⁴⁰ – gemäß § 13 NAG in der **Niederlassungsverordnung** (NLV)³⁴¹ festgelegt. *„Die jährliche Festlegung der Höhe der verfügbaren Quotenplätze für Niederlassungsbewilligungen und der Höchstzahlen für Beschäftigungsbewilligungen für Saisoniers und Erntehelfer nach § 5 AuslBG ist wie bisher in der Niederlassungsverordnung der Bundesregierung vorzunehmen.“*³⁴² Dazu erlässt die Bundesregierung über Vorschlag des Bundesministers für Inneres im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates jährlich eine Niederlassungsverordnung, die jeweils zu Beginn eines neuen Kalenderjahres in Kraft tritt.

Auf Grund § 13 Abs 5 NAG legt die Bundesregierung in der Niederlassungsverordnung die Höchstzahl der Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigte Fremde bzw für Erntehelfer jährlich fest. Diese festgelegten Höchstzahlen dürfen im Jahresdurchschnitt nicht überschritten werden, Überschreitungen in einzelnen Monaten sind jedoch möglich, wenn sie in anderen Monaten ausgeglichen werden³⁴³.

Gemäß § 2 Abs 1 der Niederlassungsverordnung 2010³⁴⁴, die am 1. Jänner 2010 in Kraft trat, wird festgelegt, dass im Jahr 2010 auf Grund von Verordnungen des Bundesministers für Arbeit, Soziales und

³⁴⁰ Vgl Muzak, Rechtsfragen der Kontingentierung von Bewilligungen am Beispiel des Aufenthaltsgesetzes, ÖJZ 1996, 495.

³⁴¹ Vgl Kaun, Die Beschäftigung von ausländischen Saisonarbeitskräften – Neuerungen durch die Umsetzung des Regierungsübereinkommens, ASoK 2000, 239; vgl VwGH 7.2.2008, 2007/21/0540.

³⁴² Bruckner, Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) – Die Neukodifikation des österreichischen Zuwanderungsrechts, migraLex 2006, 9.

³⁴³ Siehe dazu Seite 165.

³⁴⁴ Verordnung der Bundesregierung, mit der die Anzahl der quotenpflichtigen Niederlassungsbewilligungen und die Höchstzahlen der Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigte Fremde und Erntehelfer für das Jahr 2010 festgelegt werden - BGBl II 2009/438.

Konsumentenschutz (BMARK) gemäß § 5 Abs 1 Z 1 und 1a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes bis zu **7.500 Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigte Fremde** erteilt werden dürfen, mit denen ein damit verbundenes Einreise- und Aufenthaltsrecht gemäß § 24 FPG eingeräumt werden darf.

In § 2 Abs 2 wird in der Niederlassungsverordnung 2010 festgelegt, dass im Jahr 2010 auf Grund von Verordnungen des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz gemäß § 5 Abs 1 Z 2 und 1a AuslBG bis zu **7.500 Beschäftigungsbewilligungen für Erntehelfer** erteilt werden dürfen, mit denen ein damit verbundenes Einreise- und Aufenthaltsrecht gemäß § 24 FPG³⁴⁵ eingeräumt werden darf.

2. Kontingentverordnungen:

Im Rahmen dieser festgelegten Höchstzahlen in der Niederlassungsverordnung ist der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz gemäß § 5 Abs 1 AuslBG ermächtigt, im Falle eines vorübergehenden zusätzlichen Arbeitskräftebedarfs, der mit dem im Inland verfügbaren Arbeitskräftepotenzial nicht abgedeckt werden kann, für einzelne Wirtschaftszweige zahlenmäßige Kontingente für die zeitlich befristete Zulassung von ausländischen Arbeitskräften mittels Verordnungen festzulegen (**Kontingentverordnungen**).

Derartige Kontingentverordnungen können gemäß § 5 Abs 1 AuslBG

1. *„für eine zeitlich befristete Zulassung ausländischer Arbeitskräfte in einem bestimmten Wirtschaftszweig, in einer bestimmten Berufsgruppe oder Region oder*
 2. *für die kurzfristige Zulassung ausländischer Erntehelfer, die zur sichtvermerksfreien Einreise nach Österreich berechtigt sind,*
- erlassen werden.“*

³⁴⁵ Vgl Muzak, Ein Fremdenrecht für Wissenschaftler und Auslandsstudierende?, zfhr 2007, 67; siehe weiters Seite 181 ff.

Seit dem 1. Jänner 2003 dürfen nicht nur in den Bereichen Tourismus und Land- und Forstwirtschaft Saisonarbeitskräfteverordnungen erlassen werden³⁴⁶, sondern in jedem bestimmten Wirtschaftszweig, in einer bestimmten Berufsgruppe oder Region, sofern – wie schon oben erwähnt – ein vorübergehender zusätzlicher Arbeitskräftebedarf besteht, der aus dem im Inland verfügbaren Arbeitskräftepotenzial nicht abgedeckt werden kann.³⁴⁷

§ 5 Abs 1 AuslBG dient damit als Grundlage für die Ausdehnung des Saisoniermodells auf andere Branchen als auf die Land- und Forstwirtschaft sowie auf den Tourismusbereich.

Die Verwirklichung der Regelung hängt somit von der tatsächlichen Erlassung einer solchen **Saisonarbeitskräfteverordnung** für einen Wirtschaftszweig durch den BMASK ab sowie von der Voraussetzung, dass in diesem Wirtschaftsbereich, in dieser Berufsgruppe oder Region ein vorübergehender zusätzlicher Arbeitskräftebedarf besteht, der aus dem im Inland verfügbaren Arbeitskräftepotenzial nicht abgedeckt werden kann. Bis zum heutigen Zeitpunkt hat der zuständige Bundesminister jedoch keine entsprechenden Saisonarbeitskräfteverordnungen, außer für die Wirtschaftszweige Winter- und Sommertourismus und für den Bereich Land- und Forstwirtschaft, erlassen.

Der Begriff "*ausländische Saisonarbeitskräfte*" kann daher dahingehend konkretisiert werden, dass damit ein befristet Beschäftigter Ausländer gemeint ist, der im **Tourismusbereich** oder in der **Land- und Forstwirtschaft** auf Grund einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der festgelegten Kontingente beschäftigt ist.

Auf Grund des § 5 Abs 1 Z 1 bzw Z 2 AuslBG und im Rahmen der Niederlassungsverordnung erlässt der BMASK jährlich für den Tourismusbereich bzw für die Land- und Forstwirtschaft Verordnungen für die befristete bzw kurzfristige Beschäftigung von Ausländern. Mit diesen jährlich erlassenen Verordnungen werden die

³⁴⁶ Bis zum Inkrafttreten der Novelle BGBl I 2002/126 am 1. Jänner 2003 durften derartige Saisonarbeitskräfteverordnungen nur in den Bereichen Tourismus und Land- und Forstwirtschaft erlassen werden.

³⁴⁷ Vgl Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich 59.

- maximale Anzahl an Beschäftigungsbewilligungen (Kontingentplätze) für die einzelnen Bundesländer,
- die Geltungsdauer der Verordnung selbst,
- die maximale Geltungsdauer der Bewilligung und deren endgültiges Ende sowie
- welche Personengruppen bei der Erteilung der Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen des Kontingents zu bevorzugen sind

festgelegt.

a) Vorschlagsrecht der Länder zu den Verordnungen:

Bei der Festsetzung der Saisonarbeitskräfteverordnungen für den Tourismusbereich und für die Land- und Forstwirtschaft nach § 5 Abs 1 Z 1 AuslBG und der Erntehelferverordnung nach § 5 Abs 1 Z 2 AuslBG haben die Bundesländer, nach Anhörung der Interessenvertretungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer auf Landesebene und nach Berücksichtigung der regionalen Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes, gemäß § 5 Abs 2 AuslBG ein Vorschlagsrecht betreffend Anzahl der ausländischen Arbeitskräfte (Kontingenthöhe). Die Interessenvertretungen führen daher unter ihren Mitgliedern eine Bedarfserhebung durch, die ihren voraussichtlichen Bedarf an ausländischen Arbeitskräften für die nächste Saison melden. Der BMASK ist zwar nicht an die (gemeinsam) vorgeschlagene Kontingenthöhe der Länder gebunden, er hat jedoch bei der Festsetzung der Höchstzahl von Bewilligungen auf die Vorschläge Bedacht zu nehmen.

b) Saisonarbeitskräfteverordnungen für den Tourismusbereich:

Im Tourismusbereich erlässt der BMASK grundsätzlich eine Verordnung für den Sommertourismus und grundsätzlich zwei Verordnungen für den Wintertourismus, wobei die erste Verordnung für den Wintertourismus das erste

Kontingent für die befristete Beschäftigung von Ausländern in Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet festlegt, die zweite Verordnung das Kontingent für die einzelnen Bundesländer. Besteht jedoch ein weiterer Bedarf an ausländischen Saisonarbeitskräften, sprich, mit dem bereits erlassenen Kontingentplätzen ist kein Auslagen zu finden, kann der BMASK die Höchstgeltungsdauer der Beschäftigungsbewilligungen verlängern oder weitere Kontingente mittels Verordnung festlegen.

aa) Sommertourismus:

Die Verordnung des BMASK für die befristete Beschäftigung von Ausländern im Wirtschaftszweig Sommertourismus steht von Ende April/Anfang Mai bis zum 30. September des jeweiligen Jahres in Geltung. In diesem Verordnungszeitraum dürfen für eine ausländische Saisonarbeitskraft Beschäftigungsbewilligungen für maximal **25 Wochen** erteilt werden, die jedoch spätestens am **31. Oktober** des jeweiligen Jahres enden müssen.

Jahr 2008:

Die Verordnung des damaligen zuständigen BMWA für die befristete Beschäftigung von Ausländern im Sommertourismus für das Jahr 2008 stand vom 1.5.2008 bis zum 30.09.2008 in Geltung. Im Rahmen dieser Geltungsdauer durften für eine ausländische Saisonarbeitskraft Beschäftigungsbewilligungen mit einer maximalen Geltungsdauer von **25 Wochen** erteilt werden. Spätestens am 31.10.2008 mussten diese enden.

Die Verordnung für den Sommertourismus 2008 hat ein Kontingent in der Höhe von **5.250 Bewilligungen** festgelegt, die sich auf die einzelnen Bundesländer wie folgt aufteilte:

Bundesland	SS 2008 insgesamt	Veränderung gegenüber SS 2007
Burgenland	175 davon 8 für Schaustellerbetriebe ³⁴⁸	- 125
Kärnten	400 davon 10 für Schaustellerbetriebe	+ 15
Niederösterreich	340 davon 55 für Schaustellerbetriebe	+ 5
Oberösterreich	490 davon 30 für Schaustellerbetriebe	+/- 0
Salzburg	950 davon 2 für Schaustellerbetriebe	+/- 0
Steiermark	410 davon 50 für Schaustellerbetriebe	+/- 0
Tirol	1.890	+/- 0
Vorarlberg	350	+ 20
Wien	245 davon 95 für Schaustellerbetriebe	+/- 0
	5.250	- 85

Die Zahl der Kontingentplätze für den Sommertourismus wurde damit von 2007 auf 2008 um 85 gekürzt.

Auf Grund der Fußballeuropameisterschaft 2008 hat der damals zuständige BMWA ein weiteres Kontingent für die kurzfristige Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften im Beherbergungswesen, in der Gastronomie und in Freizeiteinrichtungen während der Fußballeuropameisterschaft 2008 erlassen, das auf die Bundesländer wie folgt aufgeteilt wurde:

Bundesland	Anzahl
Burgenland	20
Kärnten	200
Niederösterreich	50
Oberösterreich	40
Salzburg	200
Steiermark	100
Tirol	200
Vorarlberg	30
Wien	200
	1.040

³⁴⁸ Zu den Schaustellerbetrieben (Schaustellergeschäften) gehören Karussells, Ringelspiele, Autodroms, Schießbuden, Geisterbahnen und sonstige Schaustellertätigkeiten, welche im Umherziehen oder auf einem festen Standort ausgeübt werden.

Im Rahmen dieser Verordnung durften Beschäftigungsbewilligungen, deren Laufzeit nicht vor dem 21. Mai 2008 beginnen und nicht nach dem 15. Juli 2008 enden durften, mit einer maximalen Geltungsdauer von sechs Wochen erteilt werden.

Jahr 2009:

Die Verordnung des BMASK betreffend befristete Beschäftigung von Ausländern im Sommertourismus³⁴⁹ für das Jahr 2009 trat am 8. Mai 2009 in Kraft und stand bis zum 30. September 2009 in Geltung. Mit dieser Verordnung wurde für den Sommertourismus 2009 ein Kontingent in der Höhe von **4.635 Bewilligungen** festgelegt, in dessen Rahmen Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden durften. Die Geltungsdauer durfte 25 Wochen nicht überschreiten und nicht nach dem 31. Oktober 2009 enden.

Das Kontingent teilte sich auf die Bundesländer folgendermaßen auf:

Bundesland	SS 2009 insgesamt	Veränderung gegenüber SS 2008 ¹
Burgenland	110 davon 10 für Schaustellerbetriebe	- 65
Kärnten	300	- 100
Niederösterreich	305 davon 55 für Schaustellerbetriebe	- 35
Oberösterreich	440 davon 25 für Schaustellerbetriebe	- 50
Salzburg	800	- 150
Steiermark	380 davon 30 für Schaustellerbetriebe	- 30
Tirol	1.755	- 135
Vorarlberg	315	- 35
Wien	230 davon 95 für Schaustellerbetriebe	- 15
	4.635	- 615

¹ ohne das Kontingent für die Fußball-Europameisterschaft 2008.

³⁴⁹ BGBl II 2009/138.

Den größten Rückgang haben Tirol, Salzburg und Kärnten zu verzeichnen. Mit einer Kürzung von 615 Kontingentplätzen im Vergleich zum Vorjahr ist dies die zweitgrößte Kürzung seit dem Jahr 2000.³⁵⁰

Jahr 2010:

Mit dem 6. Mai 2010 trat die Verordnung des BMASK für die befristete Beschäftigung von Ausländern im Sommertourismus in Kraft.³⁵¹ Für den Wirtschaftszweig Sommertourismus wurde für das Jahr 2010 ein Kontingent in der Höhe von 4.117 für die befristete Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften festgelegt, das sich auf die Bundesländer wie folgt aufteilt.³⁵²

Bundesland	SS 2010 insgesamt	Veränderung gegenüber SS 2009
Burgenland	90 davon 10 für Schaustellerbetriebe	- 20
Kärnten	280 davon 5 für Schaustellerbetriebe	- 20
Niederösterreich	285 davon 60 für Schaustellerbetriebe	- 20
Oberösterreich	400 davon 20 für Schaustellerbetriebe	- 40
Salzburg	602 davon 2 für Schaustellerbetriebe	- 198
Steiermark	350 davon 30 für Schaustellerbetriebe	- 30
Tirol	1.590	- 165
Vorarlberg	300	- 15
Wien	220 davon 95 für Schaustellerbetriebe	- 10
	4.117	- 518

Den größten Rückgang haben die Bundesländer Salzburg und Tirol zu verzeichnen. Mit einem Kontingent von 4.117 liegt der geringste Wert seit 2001

³⁵⁰ Die Kürzung der Kontingente ist mE vor allem auf die angespannte Lage des Arbeitsmarktes – auf Grund der beginnenden Wirtschaftskrise – zurückzuführen. In diesem Zusammenhang darf aber auch nicht übersehen werden, dass seit Dezember 2008 die Agenden Arbeit und Arbeitsmarkt von einem sozialdemokratischen Bundesminister geleitet werden.

³⁵¹ BGBl II 2010/135; die Verordnung tritt mit Ablauf des 30. September 2010 außer Kraft.

³⁵² Im Rahmen dieser Kontingente dürfen Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden, die die Geltungsdauer von 25 Wochen nicht überschreiten und nicht nach dem 31. Oktober 2010 enden darf.

vor.³⁵³ Im Vergleich zu den vorangegangenen Verordnungen in den letzten Jahren ist in § 2 Abs 2 der Verordnung 2010 neu hinzugekommen, dass nun Asylwerber³⁵⁴ bei der Erteilung der Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente zu bevorzugen sind.³⁵⁵ Das bedeutet, dass Asylwerber – neben den "neuen" EU-Bürgern – gegenüber Drittstaatsangehörigen, die keine Asylwerber sind, den Vortritt bei der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen bekommen.

In den Jahren 2000 bis 2007 wurde die Höchstzahl an Kontingentplätzen für die befristete Beschäftigung von Ausländern im Wirtschaftszweig Sommertourismus insgesamt folgendermaßen festgelegt:

Bundesland	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Burgenland	330	430	460	430	430	387	298	300
Kärnten	180	350	400	460	410	369	332	385
NÖ	235	410	460	410	410	369	332	335
OÖ	200	550	780	780	650	550	495	490
Salzburg	525	1.035	1.035	1.060	1.050	990	891	950
Steiermark	245	445	475	475	500	450	405	410
Tirol	720	2.200	2.510	2.400	2.300	2.122	1.910	1.890
Vorarlberg	125	350	405	405	405	385	347	330
Wien	360	420	320	300	300	280	252	245
	2.920	6.190	6.845	6.720	6.455	5.902	5.262	5.335

Im Jahr 2002 wurden die meisten Kontingentplätze festgelegt, seit damals wurde das Kontingent stetig reduziert (mit Ausnahme vom Jahr 2007). Der größte Rückgang ist von 2005 auf 2006 zu verzeichnen, mit einer Kürzung von 640 Bewilligungen.

³⁵³ Ob mit dieser Kontingenthöhe das Auslangen zu finden sein wird, wird sich in den Hochsaisonmonaten Juli und August zeigen, denn die Übernachtungszahlen im Sommertourismus sind von 2008 auf 2009 nur um 1,2% gesunken (von 62,4 Mio Nächtigungen auf 61,7 Mio Nächtigungen; Quelle: Statistik Austria, Ankünfte und Nächtigungen im Tourismus-Sommerhalbjahr (2002 bis 2009)).

³⁵⁴ Zum Status Asylwerber siehe Seite 49 ff.

³⁵⁵ Die Bevorzugung bei der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen hat sich bis jetzt nur auf Staatsangehörige, die den Übergangsbestimmungen zur EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen (§ 32a AuslBG), bezogen.

bb) Wintertourismus:

Die erste Verordnung des BMASK für die befristete Beschäftigung von Ausländern im Wirtschaftszweig Wintertourismus (Kontingent für Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet) steht von Mitte Oktober bis zum 30. April des Folgejahres in Geltung. Innerhalb dieses Zeitraumes der Verordnung darf die absolute Höchstdauer einer Beschäftigungsbewilligung oder mehrerer Beschäftigungsbewilligungen für eine ausländische Saisonarbeitskraft **25 Wochen** nicht überschreiten und nicht nach dem **15. Mai** enden.

Die zweite Verordnung tritt Mitte November in Kraft und tritt am 30. April des jeweiligen Jahres außer Kraft. Innerhalb dieses Zeitraumes der Verordnung darf die absolute Höchstdauer einer Beschäftigungsbewilligung oder mehrerer Beschäftigungsbewilligungen für eine ausländische Saisonarbeitskraft **24 Wochen** nicht überschreiten und nicht nach dem **15. Mai** enden.

WS 2008/09:

Die erste Verordnung des damaligen zuständigen BMWA für die befristete Beschäftigung von Ausländern im Wintertourismus für die Wintersaison 2008/09 trat am 23.10.2008 in Kraft und am 30.4.2009 außer Kraft. Im Rahmen des festgelegten Kontingentes durften während des zeitlichen Geltungsbereiches der erlassenen Verordnung Beschäftigungsbewilligungen für den Wirtschaftszweig Wintertourismus mit einer maximalen Geltungsdauer von **25 Wochen** erteilt werden. Spätestens am 15.5.2009 mussten die erteilten Bewilligungen enden. Das frühe Inkrafttreten dieser Verordnung gründet daher, weil diese Verordnung die ersten Bewilligungen für die Beschäftigung von ausländischen Saisonarbeitskräften in Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet bzw in Schaustellerbetrieben und auf Weihnachtsmärkten festlegte.

In der Wintersaison 2008/09 wurden folgende Kontingentplätze für die befristete Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften festgelegt:

Bundesland	Wintersaison 2008/09	Veränderung gegenüber WS 2007/08
Kärnten	15 für die Beschäftigung in Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet	+/- 0
Niederösterreich	15 für die Beschäftigung in Schaustellerbetrieben	+ 15 (NÖ ist neu hinzugekommen)
Salzburg	270 für die Beschäftigung in Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet	+ 10
Tirol	540 für die Beschäftigung in Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet	- 10
Wien	45 für die Beschäftigung in Schaustellerbetrieben und auf Weihnachtsmärkten	+/- 0
	885	+ 15

Die zweite Verordnung des damaligen zuständigen BMWA für die befristete Beschäftigung von Ausländern im Wintertourismus (Saison 2008/09) trat am 15.11.2008 in Kraft und am 30.4.2009 außer Kraft. Auf Grund dieser Verordnung durften während des gesamten zeitlichen Geltungsbereiches dieser Verordnung Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden, deren Geltungsdauer **24 Wochen** nicht überschreiten und nicht nach dem 15.5.2009 enden durften. Für die einzelnen Bundesländer wurden folgende Kontingente für die befristete Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften festgelegt:

Bundesland	WS 2008/09	Veränderung gegenüber WS 2007/08
Burgenland	80 davon 5 für Schaustellerbetriebe	- 20
Kärnten	205 davon 5 für Schaustellerbetriebe	+ 40
Niederösterreich	145 davon 20 für Schaustellerbetriebe	- 15
Oberösterreich	300 davon 20 für Schaustellerbetriebe	+ 50
Salzburg	2.380	- 10
Steiermark	660 davon 45 für Schaustellerbetriebe	+ 170
Tirol	2.855	+ 40
Vorarlberg	570	+/- 0
Wien	40	- 5
	7.235	+ 250

Durch die Festlegungen in den Verordnungen konnten in der gesamten Wintersaison 2008/09 bis zu **8.120** Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der Kontingente für den Wintertourismus erteilt werden. Das sind insgesamt um 265 Kontingentplätze mehr als gegenüber der Wintersaison 2007/08.

WS 2009/10:

Für den Wintertourismus wurde gemäß der ersten Verordnung³⁵⁶ des BMASK, die vom 24. Oktober 2009 bis zum 30. April 2010 in Geltung stand, für die Wintersaison 2009/10 ein Kontingent von **350** befristet beschäftigten Ausländern festgelegt. Im Rahmen der Kontingente durften während des gesamten zeitlichen Geltungsbereiches dieser Verordnung Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden, deren Geltungsdauer 25 Wochen nicht überschreiten und nicht nach dem 15. Mai 2010 enden durften. Das Kontingent teilte sich wie folgt auf die einzelnen Bundesländer auf:

Bundesland	Wintersaison 2009/10	Veränderung gegenüber WS 2008/09
Kärnten	10 für die Beschäftigung in Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet	- 5
Niederösterreich	0 heuer wurde für NÖ kein Kontingent zugewiesen	- 15
Salzburg	120 für die Beschäftigung in Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet	- 150
Tirol	200 für die Beschäftigung in Gletscherregionen und deren Einzugsgebiet	- 340
Wien	20 für die Beschäftigung in Schaustellerbetrieben	- 25
	350	- 535

Auf Grund der zu diesem Zeitpunkt herrschenden Wirtschaftskrise reduzierte sich das erlassene Kontingent für befristet beschäftigte Ausländer – im Vergleich zur ersten Verordnung im WS 08/09 – um 535 Bewilligungen. Auffallend ist, dass mit der ersten Verordnung für die Wintersaison 2009/10 für Niederösterreich kein Kontingent für die Beschäftigung in Schaustellerbetrieben

³⁵⁶ BGBl II 2009/344.

und für Wien kein Kontingent für die Beschäftigung auf Weihnachtsmärkten zugewiesen worden ist.

Die zweite Verordnung³⁵⁷ des BMASK für die Wintersaison 2009/10 trat am 13. November 2009 in Kraft und stand bis zum 31. März 2010 in Geltung. Mit dieser Verordnung wurde ein Kontingent von **6.570** befristet beschäftigten Ausländern festgelegt, in dessen Rahmen Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden durften, deren Geltungsdauer nicht nach dem 11. April 2010 enden durfte. Bei Schaustellerbetrieben ist eine Geltungsdauer bis zum 15. Mai 2010 zulässig, wenn die Gesamtdauer der Beschäftigungsbewilligung 24 Wochen nicht überschreitet. Das Kontingent teilte sich auf die Bundesländer wie folgt auf:

Bundesland	WS 2009/10	Veränderung gegenüber WS 2008/09
Burgenland	60 davon 5 für Schaustellerbetriebe	- 20
Kärnten	180	- 25
Niederösterreich	140 davon 40 für Schaustellerbetriebe	- 5
Oberösterreich	215 davon 15 für Schaustellerbetriebe	- 85
Salzburg	2.145	- 235
Steiermark	575 davon 40 für Schaustellerbetriebe	- 85
Tirol	2.705	- 150
Vorarlberg	495	- 75
Wien	55 davon 25 für Schaustellerbetriebe	+ 15
	6.570	- 665

Wie schon in der ersten Verordnung für die WS 2009/10 ist auch in der zweiten Verordnung ein Rückgang des Kontingentes zu verzeichnen (- 665 Kontingentplätze im Vergleich zur WS 2008/09). In der zweiten Verordnung ist auffallend, dass die Verordnung nicht bis zum 30. April 2010 in Kraft geblieben ist, sondern nur bis zum 31. März 2010. In weiterer Folge verkürzt sich – gegenüber den Vorjahren – auch die Geltungsdauer der einzelnen Beschäftigungsbewilligungen. Diese durften nur bis zum 11. April 2010, jedoch

³⁵⁷ BGBl II 2009/455.

nicht bis zum 15. Mai, in Geltung stehen. Ein Grund dafür war insbesondere der frühe Beginn der Osterferien im Jahr 2010.

Von der Wintersaison 2000/01 bis zur Wintersaison 2007/08 wurden folgende Kontingentplätze für die befristete Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften im Wintertourismus insgesamt erlassen (alle Verordnung zusammen):

Bundesland	WS 00/01	WS 01/02	WS 02/03	WS 03/04	WS 04/05	WS 05/06	WS 06/07	WS 07/08
Burgenland	100	150	150	146	140	125	120	100
Kärnten	100	190	190	185	190	180	170	180
NÖ	160	160	170	185	175	160	155	160
OÖ	200	200	270	270	300	260	250	250
Salzburg	2.360	2.940	3.000	2.880	2.880	2.595	2.650	2.650
Steiermark	460	560	560	545	545	495	490	490
Tirol	2.760	3.880	4.080	3.990	3.900	3.500	3.365	3.365
Vorarlberg	550	700	700	681	665	600	570	570
Wien	235	50	100	100	100	90	85	90
	6.925	8.830	9.220	8.982	8.895	8.005	7.855	7.855

Mit 9.220 Kontingentplätzen wurden in der Wintersaison 2002/03 am meisten Bewilligungen für ausländische Saisoniers festgelegt. Den größten Zuwachs gab es von der Wintersaison 2000/01 auf 2001/02 (+ 1.905 Bewilligungen), den größten Rückgang von der Wintersaison 2004/05 auf 2005/06 (- 890 Bewilligungen).

c) Saisonarbeitskräfteverordnungen und Erntehelferverordnung für die Land- und Forstwirtschaft:

Für den Bereich Land- und Forstwirtschaft werden für jedes Kalenderjahr grundsätzlich insgesamt drei Verordnungen auf Grund des § 5 Abs 1 Z 1 bzw Z 2 AuslBG betreffend der befristeten Beschäftigung von Ausländern in der Land- und Forstwirtschaft vom BMASK erlassen:

- grundsätzlich zwei Verordnungen für die befristete Beschäftigung von ausländischen Saisonarbeitskräften (**Verordnung des**

Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz für die befristete Beschäftigung von Ausländern in der Land- und Forstwirtschaft – Saisonarbeitskräfteverordnung) und

- grundsätzlich eine Verordnung für die kurzfristige Beschäftigung von ausländischen Erntehelfern (**Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz für die kurzfristige Beschäftigung ausländischer Erntehelfer in der Land- und Forstwirtschaft – Erntehelferverordnung**).

aa) Saisonarbeitskräfteverordnungen:

Die erste Verordnung über ausländische Saisonarbeitskräfte tritt üblicherweise Anfang Jänner, die zweite Saisonarbeitskräfteverordnung tritt Anfang April, je nach Witterungsverlauf auch schon Mitte/Ende März, in Kraft. Die beiden Saisonarbeitskräfteverordnungen gelten in allen Bundesländern bis zum 30. November des jeweiligen Jahres, wobei die Geltungsdauer der einzelnen Beschäftigungsbewilligungen nicht nach dem 31. Dezember enden darf.

Jahr 2008:

Besteht jedoch ein weiterer Bedarf an ausländischen Arbeitskräften, so kann der BMASK auf Grund einer zu erlassenden Verordnung die Höchstdauer der Beschäftigungsbewilligungen verlängern³⁵⁸ oder weitere Verordnungen erlassen. So hat der damals zuständige BMWA zur Aufarbeitung von Windbruchschäden in der Forstwirtschaft, die durch den Orkan "Paula" am 27. Jänner 2008 verursacht wurden, eine zusätzliche Verordnung³⁵⁹ über die befristete Beschäftigung von Ausländern erlassen (**Sonderkontingent für die Forstwirtschaft**). In dieser zusätzlichen Verordnung, die am 12. Februar 2008 in Kraft trat und bis zum 30.11.2008 in Geltung war, wurde ein zusätzliches Kontingent in der Höhe von *630 Kontingentplätze* für ausländische Saisonarbeiter in der Forstwirtschaft festgelegt, das sich ausschließlich auf die

³⁵⁸ Vgl. BGBl II 2003/415.

³⁵⁹ BGBl II 2008/52.

Bundesländer Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg und Steiermark aufteilte. Im Rahmen dieses Sonderkontingentes, wie auch in den anderen erlassenen Verordnungen für das Jahr 2008, durften für ausländische Forstarbeiter³⁶⁰, die zur Aufarbeitung von Sturmschäden dringend erforderlich waren, während des gesamten zeitlichen Geltungsbereiches dieser Verordnungen Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden, deren jeweilige Geltungsdauer sechs Monate nicht überschreiten durfte.³⁶¹ Damit wurde sichergestellt, dass den Forstbetrieben und den gewerblichen Forstunternehmen³⁶² (Schlägerungsunternehmen), die auch zum Wirtschaftszweig Forstwirtschaft zählen, ausreichend ausländische Saisonarbeiter zur Aufarbeitung der Windwurfschäden zur Verfügung standen.

Aufgeteilt auf die einzelnen Bundesländer, ergaben sich für das Jahr 2008 folgende Kontingentzahlen für ausländische Saisoniers in der Land- und Forstwirtschaft:

Bundesland	1. Verordnung	2. Verordnung (Sonderkontingent)	3. Verordnung	2008 insgesamt	Veränderung gegenüber 2007
Burgenland	475		425	900	0
Kärnten	200	200	150	550	+ 280
Niederösterreich	1.500	40	2.200	3.740	+ 340
Oberösterreich	760	100	1.300	2.160	0
Salzburg	15	30	120	165	0
Steiermark	950	260	1.245	2.455	0
Tirol	350		425	775	+ 25
Vorarlberg	80		80	160	+ 10
Wien	550		300	850	0
	4.880	630	6.245	11.755	+ 655

Im Jahr 2008 wurde für den Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft insgesamt ein Kontingent für die befristete Beschäftigung von ausländischen

³⁶⁰ Sowohl für EU-Bürger, die den Übergangsbestimmungen zur EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen, als auch für Drittstaatsangehörige.

³⁶¹ Vgl. BGBl II 2008/278.

³⁶² Bedient sich der Forstbetrieb für Waldarbeiten eines Schlägerungsunternehmens, so wird zwischen dem Forstbetrieb und dem Schlägerungsunternehmen ein Werkvertrag geschlossen. In diesem Fall ist es ausschließlich Sache des Schlägerungsunternehmens, das seinen Betriebssitz in Österreich hat, für die nötigen Bewilligungen für "neue" EU-Bürger und für Drittstaatsangehörige Sorge zu tragen. Hat das Schlägerungsunternehmen seinen Betriebssitz nicht in Österreich, sondern in einem anderen Land des Europäischen Wirtschaftsraumes, so liegt eine Entsendung zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich vor. Die nötige Meldung einer Entsendung nach Österreich gemäß § 7b Abs 3 und 4 AVRAG und/oder Bewilligung hat ebenfalls das ausländische Forstunternehmen Sorge zu tragen.

Arbeitskräften in der Höhe von **11.755** festgelegt. Damit standen um 655 oder 5,9 % mehr Bewilligungen für ausländische Saisonarbeiter als im Jahr 2007 zur Verfügung.

Jahr 2009:

Die erste Verordnung³⁶³ für die befristete Beschäftigung von Ausländern in der Land- und Forstwirtschaft, die am 5. Jänner 2009 in Kraft trat und bis zum 30. November 2009 in Geltung stand, legte für das **Jahr 2009** ein Kontingent in der Höhe von **5.445** Bewilligungen fest. Das Kontingent teilte sich wie folgt auf die einzelnen Bundesländer auf:

Bundesland	1. Verordnung 2009	Veränderung gegenüber der 1. Verordnung 2008
Burgenland	475	+/- 0
Kärnten	200	+/- 0
Niederösterreich	1.700	+ 200
Oberösterreich	1.000	+ 240
Salzburg	30	+ 15
Steiermark	950	+/- 0
Tirol	460	+ 110
Vorarlberg	80	+/- 0
Wien	550	+/- 0
	5.445	+ 565

Mit der ersten Verordnung für das Jahr 2009 wurden um 565 Kontingentplätze mehr festgelegt als im Vergleich zur ersten Verordnung für das Jahr 2008.

Die zweite Verordnung³⁶⁴, die am 31. März 2009 in Kraft trat und bis zum 30. November 2009 in Geltung stand, legte ein Kontingent in der Höhe von **5.355** Bewilligungen fest, das auf die einzelnen Bundesländer wie folgt aufgeteilt wurde:

³⁶³ BGBl II 2008/492.

³⁶⁴ BGBl II 2009/94.

Bundesland	2. Verordnung 2009	2009 gesamt 1. und 2. Verordnung
Burgenland	365	840
Kärnten	295	495
Niederösterreich	1.750	3.450
Oberösterreich	955	1.955
Salzburg	130	160
Steiermark	1.295	2.245
Tirol	270	730
Vorarlberg	65	145
Wien	230	780
	5.355	10.800

Zählt man die zugeteilten Kontingente der ersten und zweiten Verordnung für das Jahr 2009 zusammen, so ergibt sich ein Kontingent in der Höhe von 10.800 Bewilligungen. Zum Vergleich gegenüber der Kontingenthöhe 2008, ohne das Sonderkontingent für Sturmschäden in der Forstwirtschaft einzubeziehen, wurden im Jahr 2009 um 325 Kontingentplätze weniger erlassen. Dies ergibt ein Minus von 2,9 % gegenüber dem Vorjahr 2008.

Jahr 2010:

Die erste Verordnung³⁶⁵ für die befristete Beschäftigung von Ausländern in der Land- und Forstwirtschaft für das **Jahr 2010** trat am 4. Jänner 2010 in Kraft und steht bis zum 30. November 2010 in Geltung. Für das Jahr 2010 wurde ein Kontingent in der Höhe von **5.170** Bewilligungen festgelegt, das sich wie folgt auf die einzelnen Bundesländer aufteilt:

³⁶⁵ BGBl II 2009/483.

Bundesland	1. Verordnung 2010	Veränderung gegenüber der 1. Verordnung 2009
Burgenland	450	- 25
Kärnten	190	- 10
Niederösterreich	1.615	- 85
Oberösterreich	950	- 50
Salzburg	25	- 5
Steiermark	900	- 50
Tirol	450	- 10
Vorarlberg	70	- 10
Wien	520	- 30
	5.170	- 275

Wie im Tourismusbereich wurden auf Grund der derzeitigen Wirtschaftssituation auch in der Land- und Forstwirtschaft weniger Kontingentplätze bewilligt. Im Vergleich zur ersten Verordnung für das Jahr 2009 wurden in concreto um 275 Kontingentplätze weniger erlassen.

Die zweite Verordnung³⁶⁶ des BMASK für die befristete Beschäftigung von Ausländern in der Land- und Forstwirtschaft trat am 19. März 2010 in Kraft und steht bis zum 30. November 2010 in Geltung.³⁶⁷ Mit der zweiten Verordnung wird ein weiteres Kontingent in der Höhe von 5.245 Bewilligungen festgelegt, das sich auf die Bundesländer wie folgt aufteilt:

³⁶⁶ BGBl II 2010/90.

³⁶⁷ Die Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen dieser Verordnung dürfen bis zu einer Gesamtdauer von sechs bzw 9 Monaten erteilt werden, wobei die Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligungen nicht nach dem 31. Dezember 2010 enden dürfen. Auch hier wiederum wird in § 2 Abs 2 der Verordnung geregelt, dass neben Ausländern, die den Übergangsbestimmungen zur EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen, auch Asylwerber bei der Erteilung der Beschäftigungsbewilligungen zu bevorzugen sind.

Bundesland	2. Verordnung 2010	2010 gesamt 1. und 2. Verordnung
Burgenland	345	795
Kärnten	295	485
Niederösterreich	1.660	3.275
Oberösterreich	955	1.905
Salzburg	110	135
Steiermark	1.295	2.195
Tirol	270	720
Vorarlberg	65	135
Wien	250	770
	5.245	10.415

Zählt man die zugeteilten Kontingente der ersten und zweiten Verordnung für das Jahr 2010 zusammen, so ergibt sich ein Kontingent in der Höhe von 10.415 Bewilligungen. Zum Vergleich gegenüber der Kontingenthöhe 2009 (10.800 Bewilligungen), wurden im Jahr 2010 um 385 Kontingentplätze weniger erlassen. Dies ergibt ein Minus von 3,56% gegenüber dem Vorjahr 2009.

In den Jahren 2000 bis 2007 wurden Kontingente für die befristete Beschäftigung von Ausländern in der Land- und Forstwirtschaft in folgender Höhe erlassen (Verordnungen gesamt):

Bundesland	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Burgenland	1.500	1.100	850	900	900	1.000	900	900
Kärnten	200	210	250	280	300	300	270	270
NÖ	3.400	3.670	4.200	3.700	3.700	3.700	3.330	3.400
OÖ	1.500	1.800	2.000	2.400	2.400	2.400	2.160	2.160
Salzburg	50	75	100	255	220	186	165	165
Steiermark	2.400	2.670	2.670	2.900	2.900	2.730	2.455	2.455
Tirol	250	285	500	529	559	568	510	750
Vorarlberg	100	130	150	150	150	150	135	150
Wien	500	550	800	800	850	850	765	850
	9.900	10.490	11.520	11.914	11.979	11.884	10.690	11.100

Mit einer Höchstzahl von 11.979 Bewilligungen wurden im Jahr 2004 am meisten Kontingentplätze für die befristete Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften festgelegt. Den größten Zuwachs gab es vom Jahr 2001 auf

2002 (+ 1.030 Bewilligungen), den größten Rückgang vom Jahr 2005 auf 2006 (- 1.194 Bewilligungen).

Im Rahmen der festgelegten Kontingente dürfen während der gesamten zeitlichen Geltungsdauer dieser Verordnungen Beschäftigungsbewilligungen für die Dauer von bis zu **sechs Monaten** pro ausländischem Saisonier erteilt werden, die spätestens am 31. Dezember des jeweiligen Jahres enden müssen. Seit der Novelle BGBl I 2007/78 zum AuslBG, die am 1. Jänner 2008 in Kraft trat, sieht § 5 Abs 3 AuslBG sowie die erlassenen Verordnungen vor, dass Beschäftigungsbewilligungen für Saisoniers, die in den vorangegangenen drei Jahren als Saisonier (nicht als Erntehelfer!) in der Land- und Forstwirtschaft beschäftigt waren und den Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen, für die Dauer von bis zu **neun Monaten** erteilt werden dürfen. *„Die Einschränkung auf Saisoniers aus den neuen EU-Mitgliedstaaten ist notwendig, weil Saisoniers aus Drittstaaten nach dem Fremdenpolizeigesetz 2005 das für die Beschäftigungsaufnahme erforderliche Aufenthalts-Reisevisum grundsätzlich nur für die Dauer von sechs Monaten erhalten können.“*³⁶⁸

Damit ist in der Land- und Forstwirtschaft die maximale Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der Kontingente mit sechs bzw neun Monaten pro Saison begrenzt.

³⁶⁸ Neubauer, Änderung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) und des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), ASoK 2007, 398.

bb) Erntehelferverordnung:

Die Möglichkeit des Erlasses einer Erntehelferverordnung auf Grund des § 5 Abs 1 Z 2 AuslBG wurde erstmals 2001 eingeführt. Die Erntehelferverordnung für das jeweilige Jahr tritt Anfang April, je nach Witterungsverlauf auch schon Mitte/Ende März, in Kraft und steht bis Ende November des jeweiligen Jahres in Geltung. Kann in einem Bundesland nicht das Auslangen mit dem zugewiesenen Kontingent gefunden werden, so kann der BMASK ein weiteres Kontingent für das (die) betroffene Bundesland(länder) erlassen³⁶⁹.

In den Jahren 2001 bis 2008 wurden folgende Kontingenthöchstzahlen für die kurzfristige Beschäftigung von ausländischen Erntehelfern festgelegt:

Bundesland	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Burgenland	900	1.200	1.500	1.500	1.500	1.500	1.500	1.500	1.500
Kärnten	30	30	30	30	30	30	50	50	50
Niederösterreich	1.230 + 70	1.600	2.100	2.100	2.100	2.100	2.000	2.100	2.180
Oberösterreich	300	300	300	300	300	300	330	330	350
Salzburg	5	5	0	0	0	0	10	10	10
Steiermark	2.130	2.130	2.130	2.130	2.130	2.130	2.130 + 500	2.630	2.750
Tirol	35	105	120	120	120	120	160	160	160
Vorarlberg	65	45	45	45	45	45	45	50	50
Wien	50	50	70	90	90	90	90	90	120
	4.815	5.465	6.295	6.315	6.315	6.315	6.815	6.920	7.170

Die Tabelle zeigt, dass die Anzahl der Kontingentplätze zwischen 2004 und 2006 gleich geblieben, aber seit 2007 wieder gestiegen ist.

³⁶⁹ Vgl BGBl II 2001/232; BGBl II 2007/242.

Für die kurzfristige Beschäftigung von ausländischen Erntehelfern in der Landwirtschaft wurden im **Jahr 2010** folgende Höchstzahlen an Beschäftigungsbewilligungen festgelegt³⁷⁰:

Bundesland	Erntehelfer 2010	Veränderung gegenüber 2009
Burgenland	1.500	+/- 0
Kärnten	50	+/- 0
Niederösterreich	2.055	- 125
Oberösterreich	335	- 15
Salzburg	10	+/- 0
Steiermark	2.730	- 20
Tirol	150	- 10
Vorarlberg	40	- 10
Wien	120	+/- 0
	6.990	- 180

Die Kontingenzahl für Erntehelfer hat sich gegenüber 2009 um 180 verringert, wobei die Kontingenzahl für 2010 noch immer über jener im Jahr 2008 liegt.

Im Rahmen des gegenständlichen Kontingentes dürfen während des gesamten zeitlichen Geltungsbereiches der Erntehelferverordnung Beschäftigungsbewilligungen mit einer Geltungsdauer von bis zu **sechs Wochen**³⁷¹ erteilt werden, die nicht nach dem 30. November³⁷² des jeweiligen Jahres enden dürfen. Der Erntehelfer darf daher im Verordnungszeitraum der Erntehelferverordnung nur maximal sechs Wochen in Österreich arbeiten (vgl § 5 Abs 3a AuslBG).

In der Land- und Forstwirtschaft gibt es daher zwei Möglichkeiten, als befristet beschäftigter Ausländer zu arbeiten:

³⁷⁰ BGBl II 2010/89.

³⁷¹ Vgl § 2 Abs 1 Verordnung für das Jahr 2010.

³⁷² Vgl § 3 Verordnung für das Jahr 2010.

Entweder als Saisonier (wie im Tourismus) und/oder als Erntehelfer. Die Unterschiede liegen darin:

- dass die absolute Höchstdauer einer Beschäftigungsbewilligung oder mehrerer Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der Saisonarbeitskräfteverordnungen für einen ausländischen Saisonier **sechs Monate** nicht übersteigen darf. Für ausländische Saisoniers, die den Übergangsbestimmungen zur EU-Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen (§ 32a AuslBG) und in den vorangegangenen drei Jahren³⁷³ in Österreich im Rahmen eines landwirtschaftlichen Saisonarbeitskräftekontingents beschäftigt waren, darf die absolute Höchstdauer einer Beschäftigungsbewilligung oder mehrerer Beschäftigungsbewilligungen **neun Monate** nicht übersteigen.³⁷⁴
Die Höchstdauer einer oder mehrerer Beschäftigungsbewilligung(en) für einen ausländischen Erntehelfer auf Grund des Erntehelferkontingentes darf nicht mehr als **sechs Wochen** übersteigen.³⁷⁵
- dass die Beschäftigung von ausländischen Saisoniers spätestens am **31. Dezember enden** muss; die letzte Beschäftigungsbewilligung für die jeweilige Saison kann bei ausländischen Saisoniers spätestens am 30. November erteilt werden.
Bei Erntehelfern muss das Dienstverhältnis spätestens am **30. November enden**;³⁷⁶
- dass als Erntehelfer nur Personen in Betracht kommen, die sichtsvermerksfrei, also ohne Visum, nach Österreich einreisen dürfen (Staatsbürger aus den "neuen" EU-Mitgliedsstaaten sowie aus Kroatien);³⁷⁷
- dass Erntehelfer nur für Tätigkeiten in der Landwirtschaft, nicht jedoch in der Forstwirtschaft beschäftigt werden dürfen;³⁷⁸

³⁷³ Für 2010 sind die Kalenderjahre 2007, 2008 und 2009 von Relevanz.

³⁷⁴ Vgl § 5 Abs 3 AuslBG sowie die jeweiligen Verordnungen des BMASK für die befristete Beschäftigung von Ausländern in der Land- und Forstwirtschaft.

³⁷⁵ Vgl § 5 Abs 3a AuslBG iVm der jeweils in Geltung stehenden Erntehelferverordnung.

³⁷⁶ Das Ende der jeweiligen Kontingentbewilligungen wird in den jeweiligen Verordnungen festgelegt (vgl § 7 Abs 3 AuslBG).

³⁷⁷ Vgl § 5 Abs 1 Z 2 iVm Abs 6 AuslBG.

³⁷⁸ Dies ergibt sich aus dem Begriff "Erntehelfer", da diese nur für Arbeiten in der Landwirtschaft eingesetzt werden.

- dass die Erntehelfer nicht auf die Bundeshöchstzahl angerechnet werden³⁷⁹ und
- dass für Erntehelfer keine Pensionsversicherungsbeiträge, sondern nur Kranken-, Unfall- und Arbeitslosenversicherungsbeiträge zu entrichten sind.³⁸⁰

Ausländische Saisoniers und Erntehelfer werden im Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft beispielsweise für folgende Arbeiten eingesetzt:

- zu diversen Arbeiten im Feldgemüseanbau und im Obstkulturenbereich, insbesondere für Erntearbeiten im Spargel-, Erdbeer-, Tomaten-, Gurken-, Kürbis-, Marillen-, Äpfel-, Weinanbau, aber auch für den Baum- und Rebenschnitt;
- in der Weiterverarbeitung, sprich für Wasch-, Sortier- und Lagerungstätigkeiten;
- zu Tätigkeiten in Gärtnereien und Baumschulen;
- zur Aufarbeitung von Schadholz nach Käferbefall, Schnee- und Windbruch, sowie zu Forstarbeiten in Schlägerungsunternehmen.

3. Erteilte Beschäftigungsbewilligungen auf Grund der erlassenen Verordnungen

Im Rahmen der in den Verordnungen erlassenen Kontingente kann die regionale Geschäftsstelle (rG) des AMS Beschäftigungsbewilligungen (Kontingentbewilligungen) erteilen. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass es sich bei den Kontingenten für den Sommertourismus, für den Wintertourismus, für die Land- und Forstwirtschaft sowie für die Erntehelfer nicht um Zugangskontingente³⁸¹ handelt, sondern um **Bestandskontingente**. Das heißt,

³⁷⁹ Vgl die Erläuterungen zu § 12a Abs 3 AuslBG.

³⁸⁰ Vgl §§ 5 Abs 1 Z 13 und 7 Z 1 lit f ASVG.

³⁸¹ Im Gegensatz zum Bestandskontingent darf beim Zugangskontingent jeder Kontingentplatz nur einmal vergeben werden. Zum Beispiel bei den Bundesländer-Kontingente in der Niederlassungsverordnung handelt sich um Zugangskontingente.

dass freigewordene Kontingentplätze vom AMS nachbesetzt werden dürfen. So wird am Ende jedes Monats (Statistikstichtag) die Zahl der aufrechten Kontingentbewilligungen (Saison- und Erntehelferbewilligungen) pro Bundesland, also der Bestand, abgefragt. Die Bestandszahl für das jeweilige Bundesland darf die in den jeweiligen Verordnungen festgelegten Kontingentanzahlen jedoch nicht überschreiten. Ist also in der jeweiligen Verordnung der Kontingentrahmen für ein Bundesland ausgeschöpft, so dürfen – auf Grund dieser Verordnung – so lange keine weiteren Bewilligungen für dieses Bundesland erteilt werden, bis freigewordene Plätze wieder vorhanden sind. Ein Kontingentplatz kann daher im zeitlichen Rahmen der Verordnung beliebig oft nachbesetzt werden. Aus diesem Grund liegt die Gesamtsumme der erteilten Kontingentbewilligungen über jene der Verordnungs-Kontingentzahlen. So wurden im Jahr 2008 insgesamt **70.230 Beschäftigungsbewilligungen** auf Grund der erlassenen Kontingente nach § 5 AuslBG vom AMS erteilt. Die detaillierte Aufstellung³⁸² siehe in den folgenden Tabellen³⁸³:

Gesamtanzahl der erteilten Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der Kontingente für den Sommertourismus in den Jahren 2004 bis 2009:

Bundesland	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Burgenland	562	505	373	388	229	144
Kärnten	422	456	398	480	583	376
NÖ	305	319	297	312	320	289
OÖ	687	566	499	517	537	468
Salzburg	1.179	1.114	996	1.082	1.154	885
Steiermark	588	525	469	468	497	441
Tirol	2.596	2.357	2.062	2.115	2.167	1.788
Vorarlberg	434	415	360	364	347	356
Wien	280	220	196	213	276	139
Österreich gesamt	7.053	6.477	5.650	5.939	6.110	4.886

³⁸² Die folgende Aufstellung dient der Veranschaulichung der Thematik "Ausländische Saisonarbeitskräfte".

³⁸³ Quelle: Arbeitsmarktservice.

Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligungen von ausländischen Saisoniers
in der Sommersaison 2007:

Geltungsdauer von bis	Anzahl
Bis inklusive 6 Wochen	136
Von über 6 Wochen bis inklusive 3 Monate	507
Von über 3 Monaten bis inklusive 6 Monate	5.939
Summe	5.939

Durchschnittsalter der ausländischen Saisoniers, die auf Grund einer
Beschäftigungsbewilligung im Rahmen des Kontingentes für den
Sommertourismus 2007 beschäftigt waren:

Alter von bis	Anzahl
jünger als 25 Jahre	912
von 25 bis 44 Jahre	4.274
45 und älter	753
Summe	5.939

Gesamtanzahl der erteilten Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der
Kontingente für den Wintertourismus in den Jahren 2004 bis 2009:

Bundesland	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Burgenland	209	183	150	151	83	77
Kärnten	235	269	222	256	297	274
NÖ	157	159	154	171	200	155
OÖ	287	240	265	265	323	240
Salzburg	3.147	3.006	2.833	3.067	3.069	2.604
Steiermark	651	578	537	539	688	665
Tirol	4.455	3.857	3.771	3.908	4.012	3.473
Vorarlberg	746	648	589	612	659	535
Wien	90	86	91	95	95	75
Österreich gesamt	9.977	9.026	8.612	9.064	9.426	8.098

Gesamtanzahl der erteilten Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der Kontingente für den Wintertourismus in den Wintersaisons (Oktober bis April) 2004/05 bis 2009/10:

Bundesland	WS 2004/05	WS 2005/06	WS 2006/07	WS 2007/08	WS 2008/09	WS 2009/10
Burgenland	190	169	158	118	108	76
Kärnten	270	239	248	264	316	249
NÖ	151	166	159	184	187	154
OÖ	254	254	250	311	302	220
Salzburg	3.185	2.884	2.998	3.019	3.054	2.995
Steiermark	641	561	558	528	737	645
Tirol	4.379	3.854	3.801	3.960	4.005	3.985
Vorarlberg	702	617	609	628	636	771
Wien	88	88	100	98	74	88
Österreich gesamt	9.860	8.832	8.881	9.110	9.419	9.183

Geltungsdauer der Kontingentbewilligungen von ausländischen Saisoniers in der Wintersaison 2007/08:

Geltungsdauer von bis	Anzahl
Bis inklusive 6 Wochen	288
Von über 6 Wochen bis inklusive 3 Monate	622
Von über 3 Monaten bis inklusive 6 Monate	8.200
Summe	9.110

Durchschnittsalter der ausländischen Saisoniers, die auf Grund einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen des Kontingentes für die Wintersaison 2007/08 beschäftigt waren:

Alter von bis	Anzahl
jünger als 25 Jahre	1.396
von 25 bis 44 Jahre	6.429
45 und älter	1.285
Summe	9.110

Gesamtanzahl der erteilten Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der
Kontingente für die Land- und Forstwirtschaft
in den Jahren 2004 bis 2009

Bundesland	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Burgenland	5.470	4.888	5.308	4.012	3.974	4.069
Kärnten	573	533	500	562	904	888
NÖ	11.662	12.601	12.195	13.010	13.872	14.335
OÖ	2.946	2.832	2.695	3.185	3.728	4.513
Salzburg	423	277	274	300	307	240
Steiermark	8.130	7.863	7.793	8.681	8.928	7.842
Tirol	796	868	886	1.170	1.299	1.465
Vorarlberg	171	165	150	184	183	236
Wien	1.436	1.268	1.276	1.570	1.581	1.813
Österreich gesamt	31.607	31.295	31.077	32.674	34.776	35.401

Geltungsdauer der Kontingentbewilligungen von ausländischen Saisoniers in
der Land- und Forstwirtschaft im Jahr 2007:

Geltungsdauer von bis	Anzahl
Bis inklusive 6 Wochen	12.701
Von über 6 Wochen bis inklusive 3 Monate	9.709
Von über 3 Monaten bis inklusive 6 Monate	10.264
Summe	32.674

Durchschnittsalter der ausländischen Saisoniers, die auf Grund einer
Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der land- und forstwirtschaftlichen
Kontingente im Jahr 2007 beschäftigt waren:

Alter von bis	Anzahl
jünger als 25 Jahre	5.437
von 25 bis 44 Jahre	19.434
45 und älter	7.803
Summe	32.674

Gesamtanzahl der erteilten Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der
Kontingente für Erntehelfer in den Jahren 2004 bis 2009:

Bundesland	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Burgenland	4.713	4.797	4.221	4.381	3.987	4.041
Kärnten	56	64	63	65	83	78
NÖ	7.425	7.437	7.728	7.217	7.339	7.606
OÖ	837	1.096	1.233	1.344	1.126	1.055
Salzburg	0	0	0	0	0	9
Steiermark	4.700	5.259	5.534	6.144	6.766	6.645
Tirol	215	219	275	278	235	269
Vorarlberg	50	51	59	57	58	59
Wien	421	399	358	328	324	517
Österreich gesamt	18.417	19.322	19.471	19.814	19.918	20.279

Durchschnittsalter der ausländischen Erntehelfer, die auf Grund einer
Beschäftigungsbewilligung im Rahmen des Erntehelferkontingentes
im Jahr 2007 beschäftigt waren:

Alter von bis	Anzahl
jünger als 25 Jahre	4.898
von 25 bis 44 Jahre	9.642
45 und älter	5.274
Summe	19.814

a) Überschreitung der Höchstzahlen der Niederlassungsverordnung

Wie auf Seite 135 ausgeführt, dürfen pro Jahr grundsätzlich nicht mehr als die in der Niederlassungsverordnung festgelegte Höchstzahl an Beschäftigungsbewilligungen für befristet beschäftigte Ausländer erteilt werden. Da aber die Praxis gezeigt hat, dass in bestimmten Monaten – vor allem zur Hochsaison bzw zur Erntezeit – ein besonders hoher Bedarf an befristet zugelassenen ausländischen Arbeitskräften besteht, sodass mit der festgelegten Höchstzahl in der NLV kein Auslangen zu finden ist, sieht § 5 Abs 1a AuslBG Folgendes vor:

Zeitlich begrenzte Überschreitungen dieser Höchstzahl sind gemäß § 5 Abs 1a AuslBG zulässig, *„sofern im gewichteten Jahresdurchschnitt die festgelegte Höchstzahl für befristet zugelassene ausländische Arbeitskräfte nicht überschritten wird.“* Insgesamt ist daher im Jahresverlauf ein Ausgleich anzustreben, um die in der NLV vorgegebene Zahl einhalten zu können. Für die Berechnung der Auslastung dieser Höchstzahl stellt die Regelung nicht auf die Summe der erteilten Beschäftigungsbewilligungen ab, maßgeblich ist ausschließlich die Anzahl der in Österreich aufhaltigen und tatsächlich beschäftigten ausländischen Saisonarbeitkräfte.

4. Verhältnis zu anderen Kontingenten

Andere Kontingente, die die Beschäftigung von bestimmten ausländischen Personengruppen regeln – wie zB die Grenzgänger- und Praktikantenabkommen mit Ungarn bzw mit Tschechien –, werden durch die Kontingente für die Wirtschaftszweige Tourismus und Land- und Forstwirtschaft weder berührt noch eingeschränkt. Das bedeutet, dass Grenzgänger im Rahmen des Grenzgängerabkommens auch im Tourismusbereich, zB als Kellner, oder in der Land- und Forstwirtschaft, zB als landwirtschaftlicher Helfer, in den Grenzzonen Österreichs auf Grund einer Grenzgängerbewilligung beschäftigt werden können. Ob das Kontingent zB für befristet beschäftigte Ausländer im Sommertourismus schon erschöpft ist oder nicht, spielt dabei keine Rolle.

B. Höchstzahlen

Um die Lage am österreichischen Arbeitsmarkt generell berücksichtigen zu können, wurde bei der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen das so genannte Höchstzahlensystem eingeführt.

1. Bundeshöchstzahl (BHZ)

Die Bundeshöchstzahl ist eine Höchstgrenze, bei deren Überschreitung die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nur mehr für bestimmte Gruppen von Ausländern, die in der **Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung** (BHZÜV) oder in § 4 Abs 7 AuslBG angeführt sind, möglich ist.

a) Festsetzung der Bundeshöchstzahl:

Gemäß § 12a Abs 1 AuslBG darf die Gesamtzahl der unselbständig beschäftigten und arbeitslosen Ausländer den Anteil von 8 % am österreichischen Arbeitskräftepotential nicht übersteigen (Bundeshöchstzahl). Zum österreichischen Arbeitskräftepotential zählen die bei den österreichischen Sozialversicherungsträgern gemeldeten unselbständig beschäftigten und arbeitslosen In- und Ausländer. Damit sind zum Arbeitskräftepotential alle inländischen und ausländischen Arbeitskräfte, unabhängig von einer allfälligen Bewilligungspflicht nach dem AuslBG³⁸⁴, und alle registrierten in- und ausländischen Arbeitslosen einzubeziehen.

Zur Berechnung des 8% Anteils wird das durchschnittliche Arbeitskräftepotential der vorangegangenen zwölf Monate herangezogen. Die diesem Prozentsatz entsprechende Zahl ist in der Regel am Ende eines Jahres für das folgende Jahr mittels Verordnung vom BMASK kundzumachen. Für das Jahr 2010 wurde die zulässige Gesamtzahl der unselbständig beschäftigten und arbeitslosen Ausländer im Bundesgebiet mit **290.948** (Bundeshöchstzahl für

³⁸⁴ Zu den Ausländern zählen damit auch jene, die vom AuslBG ausgenommen sind, zB Staatsangehörige aus den "alten" EU-Mitgliedstaaten.

2010) kundgemacht³⁸⁵. Die Bundeshöchstzahl ist daher eine rechnerische Größe aus statistisch feststehenden Zahlen, die von Jahr zu Jahr variiert.

Die Anrechnungsmodalitäten für die Berechnung des Ausschöpfungs- und Überziehungsgrades der Bundeshöchstzahl ist in § 12a Abs 3 AuslBG geregelt. Demnach sind auf die Gesamtzahl der unselbständig beschäftigten und arbeitslosen Ausländer insbesondere all jene anzurechnen, die auf Grund einer gültigen Beschäftigungsbewilligung, einer Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines beschäftigt sind, sowie alle arbeitslos vorgemerkten Ausländer, mit Ausnahme der arbeitslosen Staatsangehörigen eines EWR-Mitgliedstaates. So werden unter anderem auch die ausländischen Saisoniers nach § 5 Abs 1 Z 1 AuslBG auf die Bundeshöchstzahl angerechnet. § 32a Abs 5 AuslBG stellt für "neue" EU-Bürger klar, dass *„alle auf Grund einer Beschäftigungsbewilligung, einer Arbeitserlaubnis, eines Befreiungsscheines, eines Niederlassungsnachweises oder einer Bestätigung gemäß Abs 2 oder 3 beschäftigten und alle arbeitslos vorgemerkten EU-Bürger gemäß Abs 1 auf die Bundeshöchstzahl (§ 12a) und auf die Landeshöchstzahlen (§ 13) anzurechnen sind. Gleiches gilt für deren Ehegatten und Kinder.“* Dies ist insoweit konsequent, da die betroffenen Staatsbürger aus Ost- und Südosteuropa während der Aufrechterhaltung der Übergangsbestimmungen den Bestimmungen des AuslGB unterworfen sind. Die Folge daraus ist, dass dadurch die Zulassungsmöglichkeit von Drittstaatsangehörigen zum österreichischen Arbeitsmarkt erschwert wird.³⁸⁶

Gemäß den Erläuterungen zu § 12a Abs 3 AuslBG sind ausländische Erntehelfer jedoch nicht auf die Bundeshöchstzahl anzurechnen. Von der Anrechnung auf die Bundeshöchstzahl ausgenommen sind weiters entsendete Ausländer auf Grund einer Entsendebewilligung gemäß § 18 Abs 1 und 7 AuslBG oder auf Grund einer EU-Entsendebestätigung gemäß § 18 Abs 12 AuslBG.

³⁸⁵ BGBl II 2009/384.

³⁸⁶ Vgl. Ramin, Erwerbstätigkeit der "neuen" EU-Bürger in Österreich, migraLex 2005, 55; vgl. Kaun, Erwerbstätigkeit der "neuen" EU-Bürger in Österreich, ZAS 2004, 21.

Je nach Anzahl der bewilligungspflichtig beschäftigten Ausländer kann nun die Bundeshöchstzahl innerhalb eines Jahres mehrmals – vor allem zum Erntehöhepunkt – überschritten oder auch unterschritten sein. Ihr jeweiliger aktueller Ausschöpfungs- bzw Überziehungsgrad wird vom AMS monatlich ermittelt und in der Statistik über bewilligungspflichtig beschäftigte Ausländer veröffentlicht. *„Zur Ermittlung des Ausschöpfungsgrades wird vom Arbeitsmarktservice am Ende jeden Monats die Anzahl der bewilligungspflichtig beschäftigten Ausländer erhoben und im Datenvergleich mit dem Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger durch Eliminierung der Doppel- und Mehrfachbeschäftigungen und der nicht beanspruchten Bewilligungen bereinigt.“*³⁸⁷ Diese Anrechnungsmodalitäten sind auch auf andere festzulegenden Höchstzahlen nach dem AuslBG anzuwenden, ebenso für die Landeshöchstzahlen (vgl § 13 Abs 1 AuslBG).

Ist die Höchstgrenze von 8 % an unselbständigen beschäftigten und arbeitslosen Ausländern im Verhältnis zum österreichischen Arbeitskräftepotenzial überschritten, hat dies die Konsequenz, dass nur für bestimmte Ausländer Beschäftigungsbewilligungen und Sicherungsbescheinigungen ausgestellt werden dürfen, und zwar nur bis zu einem unüberschreitbaren Höchstmaß von 9 % vom gesamten österreichischen Arbeitskräftepotenzial (§ 12a Abs 2 AuslBG).

Zu dieser Gruppe von Ausländern, die nach Überschreitung der 8 % Grenze die Zulassung zum österreichischen Arbeitsmarkt bekommen, zählen gemäß § 12a Abs 2 AuslBG all jene, die in der *Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung (BHZÜV)*³⁸⁸ sowie in der *Fachkräfte-Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung 2008 (Fachkräfte-BHZÜV 2008)*³⁸⁹ genannt sind,³⁹⁰ weil an deren Beschäftigung ein öffentliches

³⁸⁷ Deutsch ua, *Ausländerbeschäftigungsrecht* 291.

³⁸⁸ Verordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales, mit der die Gesamtzahl der unselbständig beschäftigten und arbeitslosen Ausländer überzogen wird – BGBl 1995/278 idF BGBl II 2006/55.

³⁸⁹ Verordnung des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zur Überziehung der Bundeshöchstzahl für die Beschäftigung von ausländischen Fachkräften – BGBl II 2007/350 idF BGBl II 2008/395.

³⁹⁰ Wird keine Verordnung zur Überziehung der Bundeshöchstzahl erlassen (§ 12a Abs 2), dürfen nach Überziehung der Bundeshöchstzahl gemäß § 4 Abs 7 AuslBG weitere Beschäftigungsbewilligungen nur mehr für Ausländer erteilt werden, die Anspruch auf Leistungen nach dem AIVG haben oder auf Grund eines Bundesgesetzes, allgemein anerkannter Regeln des Völkerrechts oder sonstiger zwischenstaatlicher Vereinbarungen zu einer Beschäftigung in Österreich zuzulassen sind.

oder gesamtwirtschaftliches Interesse³⁹¹ besteht. Gemäß § 1 Z 5 BHZÜV dürfen für Ausländer, für die die Voraussetzungen zur Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach einer Verordnung auf Grund des § 5 AuslBG vorliegen, über die Bundeshöchstzahl (§ 12a Abs 1 AuslBG) hinaus Sicherungsbescheinigungen ausgestellt und Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden.³⁹² Demnach dürfen also für alle Saisonarbeitskräfte und Erntehelfer, die im Rahmen von Kontingenten nach § 5 AuslBG beschäftigt sind, Sicherungsbescheinigungen bzw befristete Beschäftigungsbewilligungen nach Maßgabe der in den Kontingenten festgelegten Bedingungen (zB Beschäftigungsdauer) erteilt werden, auch wenn der Anteil an unselbständig beschäftigten und arbeitslosen Ausländern die geltende Grenze von 8 % am österreichischen Arbeitskräftepotential überschreitet.

Auf Grund der Fachkräfte-Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung 2008³⁹³ dürfen für Fachkräfte, die den Übergangsbestimmungen zur EU-

³⁹¹ Ein einzelbetriebliches Interesse an der beantragten Anwerbung des Ausländers ist nicht ausreichend, (vgl VwGH 16.5.2001, 98/09/0015). Gemäß dem Erkenntnis des VwGH vom 27.6.2001, 99/09/0199, „setzt ein gesamtwirtschaftliches Interesse an der Beschäftigung des beantragten Ausländers ein qualifiziertes, über das betriebsbezogene wirtschaftliche Interesse des Betriebes an der Befriedigung eines derartigen Arbeitskräftebedarfes hinausgehendes Interesse voraus (Hinweis VwGH E 15. September 1994, Zl. 93/09/0330, und E 7. September 1995, Zl. 94/09/0355, u.a.), was dann der Fall ist, wenn dem Arbeitnehmer aufgrund seiner besonderen Qualifikation und/oder vorgesehenen Stellung im Betriebsgeschehen (z.B. Entscheidungsverantwortung) eine besondere - arbeitsplatzerhaltende - Position zukommt (zum Schlüsselkraftbegriff, der Hilfstätigkeiten grundsätzlich nicht umfasst, siehe beispielsweise das VwGH E 19. Jänner 1995, 94/09/0389, m.w.N.). Dazu ist auf jeweils den konkreten Arbeitsplatz abzustellen.“

³⁹² In der BHZÜV wird insbesondere auch festgelegt, dass auch bei Überschreitung der Bundeshöchstzahl für folgende Ausländer Sicherungsbescheinigungen ausgestellt und Beschäftigungsbewilligung erteilt werden dürfen:

- Ausländer, deren Beschäftigung im Hinblick auf ihre fortgeschrittene Integration geboten erscheint;
- Schlüsselkräfte (§ 2 Abs 5 AuslBG);
- Ausländer, die Sichtvermerks- und Niederlassungsfreiheit genießen (neue EU-Bürger), für eine Beschäftigung in einem Gesundheits- und Krankenpflegeberuf, für die sie eine monatliche Bruttoentlohnung in der Höhe von mindestens 40% der Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs 3 ASVG (das sind 1.608 Euro für das Jahr 2009) zuzüglich Sonderzahlungen erhalten;
- Ausländer, für die bereits eine Bewilligung zur grenzüberschreitenden Überlassung gemäß § 16 Abs 4 AÜG vorliegt;
- Betriebsentsandte Ausländer, für deren Beschäftigung die Voraussetzungen des § 18 AuslBG vorliegen;
- Grenzgänger (§ 2 Abs 7 AuslBG) für eine Beschäftigung bei jenem Arbeitgeber, der sie innerhalb der letzten zwölf Monate mindestens sechs Monate nach dem AuslBG beschäftigt hat.

³⁹³ Vgl Aubauer/Neumann, Fachkräftemangel, BUAG, Pflege und Betreuung daheim, taxlex 2007, 230; vgl Gerhartl, Erleichterung der Beschäftigung von Fachkräften aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten, PVInfo 2008, 13; Gerhartl, Neuerungen im Ausländerbeschäftigungsrecht, Änderungen im AuslBG, AVRAG sowie Fachkräfte-BHZÜV, ASoK 2008, 218.

Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen³⁹⁴ (§ 32a AuslBG), über die Bundeshöchstzahl von 8 % hinaus Beschäftigungsbewilligungen³⁹⁵ erteilt werden, wenn sie nachweislich eine entsprechende abgeschlossene Berufsausbildung in einem der in der Verordnung genannten Berufe verfügen. Zu den derzeit 67 genannten Berufen (Mangelberufe), zählen unter anderem Maurer, Dachdecker, Möbeltischler, Schlosser, Fliesenleger, Dreher, Isolierer, Schweißer, Fleischer, Kraftfahrzeugmechaniker, Maschinenbauingenieure, Gaststättenköche, Elektrotechniker, etc. Noch nicht als Mangelberuf zählen zum Beispiel Kellner. Als Mangelberufe gelten jene Berufe, bei denen auf eine offene Stelle weniger als 1,5 Arbeitslose pro Quartal kommen und mehr als 10 Stellen beim Arbeitsmarktservice gemeldet sind. Im Rahmen der Fachkräfte-Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung 2008 wurden im Jahr 2008 6.347 Beschäftigungsbewilligungen für Fachkräfte erteilt. Die meisten Bewilligungen entfielen auf Gaststättenköche, Schweißer und Fleischer.

Weiters können arbeitsrechtliche Bewilligungen trotz Überschreitung der 8 % Bundeshöchstzahl erteilt werden, wenn die Beschäftigung des Ausländers keine zusätzliche Belastung der Bundeshöchstzahl bedeutet, weil der Ausländer bereits der Anrechnung auf die Bundeshöchstzahl unterliegt. Dies gilt vor allem dann, wenn eine bereits erteilte Beschäftigungsbewilligung verlängert wird (näheres zur Verlängerung siehe Seite 214 ff).

Gemäß den erläuternden Bemerkungen zu § 12a AuslBG soll die Bundeshöchstzahl sicherstellen, *„dass das quantitative Ausmaß der Ausländerbeschäftigung auf dem Niveau von 8 % des gesamten Arbeitskräftepotenzials relativ stabil bleibt und nach Überschreitung dieses Niveaus die Zulassung zu einer Beschäftigung auf bestimmte Ausländergruppen eingeschränkt werden kann.“*

³⁹⁴ Es handelt sich also um Fachkräfte mit der Staatsangehörigkeit nachfolgender Länder: Bulgarien, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn.

³⁹⁵ Obwohl es sich bei den in der Fachkräfte-BHZÜV 2008 genannten Berufe um Mangelberufe handelt, benötigen die Fachkräfte aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten vor Aufnahme einer Beschäftigung eine Beschäftigungsbewilligung, die von der rG des AMS nur dann erteilt wird, wenn keine geeigneten Fachkräfte am inländischen Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen. Die Beschäftigungsbewilligung wird befristet auf maximal ein Jahr ausgestellt. Bei einer durchgehenden Beschäftigung von einem Jahr, erlangen – soweit keine gänzliche Öffnung des österreichischen Arbeitsmarktes für Fachkräfte vorher erfolgt ist – die Fachkräfte aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt.

2. Landeshöchstzahlen (LHZ)

Gemäß § 13 Abs 1 AuslBG ist der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (derzeit der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz) ermächtigt,

- auf gemeinsamen Vorschlag der Interessenvertretungen der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer,
- auf Antrag eines Bundeslandes oder
- zur Sicherung der Bundeshöchstzahl gemäß § 12a Abs 1 AuslBG

Höchstzahlen für die beschäftigten und arbeitslosen Ausländer für jedes einzelne Bundesland durch eine Verordnung, spätestens bis zum 30. November für das nächstfolgende Jahr, festzusetzen. Der zuständige Bundesminister (derzeit der BMASK) hat dabei auf die regionale Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und auf die Anzahl der im betreffenden Bundesland beschäftigten und arbeitslosen Ausländer im Durchschnitt der vorangegangenen zwölf Monate Bedacht zu nehmen. Dabei werden auf die Landeshöchstzahlen beschäftigte und arbeitslose Ausländer wie nach der Maßgabe des § 12a Abs 3 AuslBG³⁹⁶ angerechnet.

In der Landeshöchstzahlenverordnung 2010³⁹⁷, die vom 1. Jänner 2010 bis zum 31. Dezember 2010 in Kraft ist, werden für die einzelnen Bundesländer folgende Höchstzahlen für die Beschäftigung von Ausländern für das Jahr 2010 festgesetzt:

Burgenland	3.100
Kärnten	7.000
Niederösterreich	27.600
Oberösterreich	28.500
Salzburg	15.000
Steiermark	11.600
Tirol	16.000
Vorarlberg	10.500
Wien	66.000
	185.300

³⁹⁶ Siehe Seite 167.

³⁹⁷ BGBl II 2009/383.

Da die Landeshöchstzahlen zusammenrechnet etwa 75 % der Bundeshöchstzahl ausmachen, besteht ein gewisser "Puffer", der verhindert, dass nicht gleich mit Erreichen der Landeshöchstzahlen auch das Bundeslimit ausgeschöpft wird. Die Landeshöchstzahlen dienen damit zur Sicherung der Bundeshöchstzahlen. Die Landeshöchstzahlen sind derzeit so festgesetzt, dass sie in jedem Bundesland überschritten werden.

Im Gegensatz zur Bundeshöchstzahl haben die Landeshöchstzahlen jedoch keine unüberschreitbare Obergrenze. Die Überschreitung der Landeshöchstzahlen hat jedoch Auswirkungen auf das Bewilligungsverfahren und auf die zu prüfenden Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung.

*„Die überschrittenen Landeshöchstzahlen bedeuten, dass das erschwerte Bewilligungsverfahren für die Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen nach § 4 Abs 6 AuslBG anzuwenden ist. Dieses erschwerte Bewilligungsverfahren hat für die derzeitige Praxis der Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen die höchste Bedeutung.“*³⁹⁸ Die LHZ haben damit die Funktion, dass ab einem regional bezogenen Höchstausmaß der Ausländerbeschäftigung ein strengeres Prüfungsverfahren für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung angewendet wird.³⁹⁹ Nach Überschreitung der festgelegten Landeshöchstzahlen gemäß § 13 AuslBG dürfen weitere Beschäftigungsbewilligungen bis zum Erreichen der Bundeshöchstzahl nur dann erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 4 Abs 1 bis 3 AuslBG⁴⁰⁰ vorliegen und wenn eine der Voraussetzungen (alternativ) des § 4 Abs 6 Z 1 bis 6 AuslBG⁴⁰¹ gegeben ist.

Da die ausländischen Saisoniers/Erntehelfer ausdrücklich in § 4 Abs 6 Z 3 AuslBG genannt sind und auch nach § Abs 6 Z 6 AuslBG zu der Personengruppe zählen, die in der

³⁹⁸ Kaun, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich 49.

³⁹⁹ Vgl VwGH 18.4.2002, 98/09/0326.

⁴⁰⁰ Demnach müssen die Lage und die Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung des Ausländers zulassen, es dürfen keine wichtigen öffentlichen oder gesamtwirtschaftlichen Interessen der Beschäftigung entgegenstehen, und es muss gewährleistet sein, dass der Arbeitgeber die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialrechtlichen Vorschriften einhält (Näheres siehe Seite 197 ff).

⁴⁰¹ Zum Beispiel, wenn die Beschäftigung im Rahmen eines Kontingents als befristet Beschäftigter gemäß § 5 AuslBG ausgeübt werden soll (§ 4 Abs 6 Z 3 AuslBG).

Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung genannt sind, obendrein die Voraussetzungen des § 4 Abs 1 bis 3 AuslBG vorliegen, dürfen für ausländische Saisoniers und Erntehelfer im Rahmen der erlassenen Kontingente Beschäftigungsbewilligungen im erschwerten Bewilligungsverfahren erteilt werden. Sind die Landeshöchstzahlen überschritten und liegt auch nur eine der in § 4 Abs 1, 3 oder 6 Z 1-6 AuslBG genannten Voraussetzungen nicht vor, ist die Beschäftigungsbewilligung zu versagen.⁴⁰²

3. Resümee

Hinsichtlich Höchstzahlen ausländischer Saisonarbeitskräfte kann gesagt werden, dass für ausländische Saisonarbeitskräfte und Erntehelfer sowohl nach Überschreitung der Landeshöchstzahlen als auch der Bundeshöchstzahl von 8 % (bis 9 %) eine Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der festgelegten Kontingente erteilt werden darf, soweit noch Kontingentplätze in der jeweiligen Verordnung vorhanden sind.

Auch die in der Niederlassungsverordnung nach § 13 NAG festgelegte Höchstzahl für befristet zugelassene ausländische Arbeitskräfte darf nach § 5 Abs 1a AuslBG zeitlich begrenzt überschritten werden, sofern der Jahresdurchschnitt insgesamt nicht überschritten wird.

Da die Landeshöchstzahlen in der Praxis ständig überschritten werden, hat das erschwerte Bewilligungsverfahren für die Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen nach § 4 Abs 6 AuslBG große praktische Relevanz. *„Ist die für das jeweilige Bundesland maßgebliche Landeshöchstzahl überschritten, tritt ein erschwertes Bewilligungsverfahren in Kraft, bei dem neben der Prüfung der Arbeitsmarktlage auch die einhellige Zustimmung der Interessenvertretungen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern erforderlich ist oder besonders wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen an der Beschäftigung bestehen müssen.“*⁴⁰³ Dies ist auch ein Grund, warum Ausländer, besonders jene aus Drittstaaten, erschwert Beschäftigungsbewilligungen in Österreich erhalten.

⁴⁰² Vgl VwGH 26.2.2009, 2007/09/0105.

⁴⁰³ Gerhartl, Voraussetzungen für eine Beschäftigungsbewilligung, PVInfo 2007, 24.

2. Abschnitt: Beschäftigung von ausländischen Saisoniers und Erntehelfern

Wenn nun ein Arbeitgeber oder eine dem Arbeitgeber gleichzuhaltende Person iSd § 2 Abs 3 AuslBG eine ausländische Saisonarbeitskraft bzw Erntehelferkraft beschäftigen will, so muss er zuvor die besagte Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente nach § 5 AuslBG (Kontingentbewilligung) beantragen. Auf Grund der festgelegten Kontingente für ausländische Saisonarbeiter und Erntehelfer wird vom AMS eine befristete Kontingentbewilligung erteilt, wenn ein Kontingentplatz frei ist und das AMS keine inländischen arbeitslosen Personen als Ersatzarbeitskräfte vermitteln kann⁴⁰⁴. Eine Kontingentbewilligung eignet sich daher nicht für eine Dauerbeschäftigung.

Der Sinn einer solchen Bewilligungspflicht nach dem AuslBG ist unter dem Gesichtspunkt eines strukturierten Arbeitsmarktes zu sehen. Dadurch sollen einerseits unkontrollierbare Tätigkeiten von Ausländern auf dem inländischen Arbeitsmarkt – auf Basis der zwischen Inländern und Ausländern geschlossenen Verträge/Vereinbarungen – verhindert werden. Andererseits soll eine Schmälerung der Beschäftigungsmöglichkeiten inländischer oder bereits integrierter ausländischer Arbeitskräfte vermieden werden.

A. Verfahren

1. Allgemeine Verfahrensbestimmungen

Auf das behördliche Verfahren haben gemäß Art I Abs 2 lit D Z 38 EGVG⁴⁰⁵ die Landesgeschäftsstellen und die regionalen Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservices das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz⁴⁰⁶ (AVG) anzuwenden, sofern im AuslBG nichts Abweichendes bestimmt ist. So zB ist bei

⁴⁰⁴ Zum Ersatzkraftverfahren siehe Seite 192 ff.

⁴⁰⁵ BGBl I 2008/87 idF BGBl I 2009/20.

⁴⁰⁶ BGBl 1991/51 idgF.

der Einbringung des Antrages bei einer unzuständigen regionalen Geschäftsstelle des AMS § 6 AVG⁴⁰⁷ anzuwenden. Die unzuständige rG des AMS hat dabei den eingebrachten Antrag unter Benachrichtigung des Antragstellers ohne unnötigen Aufschub von Amts wegen auf Gefahr des Antragstellers an die zuständige regionale Geschäftsstelle weiterzuleiten. Abweichungen bestehen im AuslBG insbesondere puncto Zuständigkeitsregelung (vgl § 19 Abs 1, 3 und 4 AuslBG), beim Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Berufungen gegen den Widerruf von Beschäftigungsbewilligungen (vgl § 20 Abs 5 AuslBG) und bei der Entscheidungsfrist sowohl für die erste als auch für die zweite Instanz (vgl § 20a AuslBG).

Antragsberechtigt auf Ausstellung einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der festgelegten Kontingente (Kontingentbewilligung) ist der **Arbeitgeber**, bei dem die ausländische Arbeitskraft beschäftigt werden soll. Wird der Ausländer länger als eine Woche bei einem anderen Arbeitgeber beschäftigt, so hat dieser die Beschäftigungsbewilligung zu beantragen.

Ein Antrag ist immer vor der Aufnahme der Beschäftigung schriftlich bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice (rG AMS) einzubringen. Dazu liegt bei den rG des AMS ein bundeseinheitliches Antragsformular auf Kontingentbewilligung auf⁴⁰⁸. Der Antrag auf Kontingentbewilligung ist bei jener regionalen Geschäftsstelle des AMS einzubringen, in deren Sprengel (Gebiet)

- der in Aussicht genommene Beschäftigungsort liegt, oder
- wenn es sich um einen wechselnden Beschäftigungsort handelt, der Sitz jenes Betriebes liegt, der als organisatorisch-bürotechnischer Mittelpunkt des Unternehmens gilt (vgl § 19 Abs 1 AuslBG).

Die örtliche Zuständigkeit der rG des AMS richtet sich nach der Verordnung des zuständigen Bundesministers (derzeit der BMASK) über die

⁴⁰⁷ Gemäß § 6 AVG hat die Behörde ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit von Amts wegen wahrzunehmen.

⁴⁰⁸ Das Antragsformular auf Kontingentbewilligung kann auch – wie die wichtigsten anderen Formulare – von der Internet-Homepage des AMS herunter geladen werden (www.ams.at/sfu/14102.html).

Zuständigkeitssprengel der Organe des Arbeitsmarktservices für die Besorgung behördlicher Aufgaben (Arbeitsmarktsprengelverordnung – AMSprV⁴⁰⁹).

a) Entscheidungspflicht

Abweichend von der Entscheidungsfrist nach dem AVG hat die rG über den eingebrachten Antrag binnen sechs Wochen, in der auch die Arbeitsmarktprüfung (Ersatzkraftstellung nach § 4b AuslBG) durchzuführen ist, zu entscheiden (vgl § 20a AuslBG). *„Die sechswöchige Entscheidungsfrist gilt unabhängig davon, ob die Entscheidung im Normal-, Landeshöchstzahlen- oder Bundeshöchstzahlüberziehungsverfahren zu treffen ist. Sie beginnt mit dem Tag des Einlanges des Antrages bei der zuständigen regionalen Geschäftsstelle und endet mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche, der durch seine Benennung dem Tag entspricht, an dem die Frist begonnen hat. Mit Ablauf dieses Tages muss die Entscheidung bereits zugestellt sein.“*⁴¹⁰

Bis zur Erteilung der Bewilligung darf die Beschäftigung nicht begonnen werden. Wird aber dem Antragsteller die Entscheidung über den Antrag auf Beschäftigungsbewilligung nicht innerhalb der sechs Wochen zugestellt, so kann der Arbeitgeber, soweit die Sechs-Wochen-Frist verstrichen ist, nach § 20b AuslBG den Ausländer vorläufig bis zur Entscheidung ohne Bewilligung beschäftigen. Gemäß § 20b Abs 2 AuslBG hat der Arbeitgeber gegen die für die Entscheidung zuständige und säumige rG einen Anspruch auf Ausstellung einer **Bescheinigung**⁴¹¹, die das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Arbeitsaufnahme nach § 20b Abs 1 AuslBG bescheinigt, soweit die Verzögerung nicht auf den Arbeitgeber – wegen Nichtvorlage wesentlicher Unterlagen – zurückzuführen ist. Die vorläufige Beschäftigung ist nach

⁴⁰⁹ BGBl 1994/928 idgF.

⁴¹⁰ Deutsch ua, Ausländerbeschäftigungsrecht Erl § 20a, 385.

⁴¹¹ § 20b Abs 1 AuslBG spricht von einer „Bescheinigung“ und nicht ausdrücklich von einem Bescheid. Jedoch wird über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, nämlich das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Arbeitsaufnahme nach § 20b Abs 1 AuslBG, abgesprochen. In der Feststellung über das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses kommt meines Erachtens der normative Gehalt ("Bescheidswillen") zum Ausdruck. Somit liegt nach meiner Ansicht ein Feststellungsbescheid (vgl § 228 ZPO) vor. Näheres zum Feststellungsbescheid sowie zur Frage der Zulässigkeit der Erlassung von Feststellungsbescheiden im Verwaltungsrecht vgl Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht⁸ (2003) Rz 406.

§ 20b Abs 4 AuslBG aber jedenfalls unzulässig, wenn die ausländische Arbeitskraft über kein Einreise- und Aufenthaltsrecht verfügt.

In einer nachträglich positiven Entscheidung über den Antrag sind jedoch von der säumigen rG die Zeiten, während der der Ausländer auf Grund der Bescheinigung beschäftigt wurde, nicht in die Laufzeit der Beschäftigungsbewilligung einzurechnen. Bei nachträglicher Ablehnung des Antrages erlischt die vorläufige Berechtigung frühestens in vier Wochen nach Zustellung der Entscheidung. Auf diesen Zeitpunkt ist im Ablehnungsbescheid ausdrücklich hinzuweisen. Wird die Bewilligung aus Verschulden des Arbeitgebers abgelehnt, nachdem der Ausländer bereits auf Grund einer vorläufigen Berechtigung zur Beschäftigungsaufnahme beschäftigt war, so hat der Ausländer, dessen Arbeitsverhältnis wegen der Ablehnung nun endet, nach § 20b Abs 3 AuslBG einen Anspruch auf Schadenersatz⁴¹² wie auf Grund eines berechtigten vorzeitigen Austritts⁴¹³.

Durch die vorläufige Berechtigung zur Beschäftigungsaufnahme ist eine Devolution an die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde im Sinne des § 73 Abs 2 AVG ausgeschlossen. Eine Devolution kann es nur geben, wenn über einen Antrag auf Ausstellung einer Sicherungsbescheinigung (siehe Seite 184 ff) nicht innerhalb der sechs Wochen entschieden wurde. Entscheidet die regionale Geschäftsstelle des AMS nicht innerhalb der sechs Wochen über den Antrag auf Ausstellung einer Sicherungsbescheinigung, so geht die Zuständigkeit zur Entscheidung auf schriftliches Verlangen der Partei an die Landesgeschäftsstelle des AMS über. Bei Säumnis der Landesgeschäftsstelle geht die Entscheidungszuständigkeit auf den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, als sachlich in Betracht kommende Oberbehörde, über. Bei Säumnis der LGS ist mangels Betrauung von behördlichen Aufgaben nach dem AuslBG nämlich nicht die Bundesgeschäftsstelle des AMS die sachlich in Betracht kommende

⁴¹² Von der Judikatur (vgl OGH 23.2.2009, 8ObS9/08v) wird der Anspruch auf Kündigungsentschädigung als Schadenersatzanspruch qualifiziert (vgl *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), *Arbeitsrecht* II (2008) 244.

⁴¹³ Unter einem vorzeitigen Austritt bezeichnet der österreichische Gesetzgeber die vom Arbeitnehmer ausgesprochene vorzeitige Lösung des Arbeitsvertrages aus wichtigem Grund; vgl *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), *Arbeitsrecht* II 241.

Oberbehörde, sondern der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz⁴¹⁴.

In den übrigen Verfahren, zB zur Erteilung einer Entsendebewilligung, gilt, mangels einer Sonderregelung im AuslBG, die sechsmonatige Entscheidungsfrist gemäß § 73 Abs 1 AVG.

Über Anträge und Widerrufe von Beschäftigungsbewilligungen entscheidet die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice immer in erster Instanz. Gegen Bescheide der regionalen Geschäftsstelle steht das Rechtsmittel der **Berufung** zu. Antragsberechtigt ist grundsätzlich nur der Arbeitgeber, da die ausländische Arbeitskraft die Stellung eines Beteiligten⁴¹⁵ und nicht einer Partei hat⁴¹⁶. In Fällen aber, in denen für die ablehnende Entscheidung persönliche Umstände des Ausländers maßgeblich waren, zB bei Vorliegen wichtiger Gründe in der Person des Ausländers – wie etwa auf Grund fremdenrechtlicher Gründe, kommt dem Ausländer im Zuge seiner erlangten Parteistellung auch ein Berufungsrecht zu (vgl § 21 AuslBG).

Die Berufung gegen den Bescheid der rG ist schriftlich, innerhalb von zwei Wochen⁴¹⁷ (Berufungsfrist) ab der erfolgten Zustellung des Bescheides an die Partei, im Wege automationsunterstützter Datenübertragung oder in jeder anderen technisch möglichen Weise bei der Behörde einzubringen, die den Bescheid in erster Instanz erlassen hat. Dabei hat die Berufung den inhaltlichen Voraussetzungen des § 63 Abs 3 AVG zu entsprechen, wobei insbesondere hinsichtlich des begründeten Berufungsantrages kein zu formalistischer Standpunkt einzunehmen ist⁴¹⁸. Vor allem bei Berufungen von Ausländern, die über geringe Deutschkenntnisse verfügen, wird dies insbesondere zu beachten sein. Der eingebrachten Berufung kommt grundsätzlich eine aufschiebende Wirkung nach § 64 Abs 1 AVG zu. Gemäß § 20 Abs 5 AuslBG hat jedoch insbesondere die Berufung gegen den Widerruf der Sicherheitsbescheinigung,

⁴¹⁴ Vgl VwGH 13.9.1999, 97/09/0021.

⁴¹⁵ § 8 Abs AVG: „Personen, die eine Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder auf die sich die Tätigkeit der Behörde bezieht, sind Beteiligte“ [...]; als bloß Beteiligter erhält die ausländische Arbeitskraft nur eine Mitteilung über den Ausgang des Verfahrens, Berufung kann er keine erheben; vgl Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht Rz 128.

⁴¹⁶ Vgl VwGH 19.12.2000, 98/09/0258.

⁴¹⁷ Da sich bei der Berufungsfrist um eine verfahrensrechtliche Frist handelt, sind die Tage des Postenlaufes nicht einzurechnen.

⁴¹⁸ Vgl Antonioli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 783.

der Beschäftigungsbewilligung keine aufschiebende Wirkung, außer, der Berufung gegen den Widerruf wird aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Über die eingebrachte Berufung entscheidet in zweiter und letzter Instanz die Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice (LGS) binnen sechs Wochen nach deren Einlangen, soweit die erste Instanz keine Berufungsvorentscheidung nach § 64a AVG trifft. Gemäß § 20 Abs 3 letzter Satz AuslBG hat sie vor der Berufungsentscheidung jedoch noch das Landesdirektorium anzuhören. In der Regel wird dieses Anhörungsrecht vom Ausländerausschuss der Landesdirektorien wahrgenommen, in dem Mitglieder der Wirtschaftskammer und der Kammer für Arbeiter und Angestellte vertreten sind (vgl § 23 Abs 2 AuslBG). Durch die Einbeziehung der kollektivvertragsfähigen Körperschaften soll nämlich sichergestellt werden, dass interessenspolitische Gesichtspunkte der Arbeitnehmer- und der Arbeitgebervertreter beim Vollzug des Ausländerbeschäftigungsrechtes einbezogen werden. Werden im Berufungsverfahren die anhörungsberechtigten Gremien nicht einbezogen bzw wird keine Anhörung durchgeführt, so stellt dies eine Verfahrensverletzung dar, die die Partei des Verfahrens als Verfahrensmangel geltend machen kann.

Die anhörungsberechtigten Körperschaften, das Landesdirektorium bzw der Regionalbeirat, haben ihr Anhörungsrecht binnen einer Woche nach ihrer Verständigung auszuüben (vgl § 20 Abs 2 AuslBG). Die Anhörung kann jedoch entfallen, wenn bei Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung bereits eine Sicherungsbescheinigung vorliegt.

Gegen die Entscheidung der Landesgeschäftsstelle ist kein weiteres ordentliches Rechtsmittel mehr zulässig, der Bescheid der Landesgeschäftsstelle erwächst sofort in Rechtskraft. Gegen einen abweisenden Berufungsbescheid steht der Partei, die in einfachgesetzliche und/oder verfassungsgesetzliche gewährleistete Rechte verletzt wird, nur mehr die Möglichkeit der Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof nach

Art 131 B-VG⁴¹⁹ und/oder beim Verfassungsgerichtshof nach Art 144 B-VG⁴²⁰ offen. Das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerde ist binnen sechs Wochen ab Zustellung des in letzter Instanz ergangenen Bescheides beim Gerichtshof einzubringen (Beschwerdefrist).⁴²¹

⁴¹⁹ Art 131 B-VG regelt die Voraussetzungen, wann gegen einen Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden kann.

⁴²⁰ Art 144 B-VG regelt die Voraussetzungen, wann gegen einen Bescheid einer Verwaltungsbehörde Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden kann.

⁴²¹ Vgl § 26 VwGG (BGBl 1985/10 idF BGBl I 2008/4) sowie § 82 VfGG (BGBl 1953/85 idF BGBl I 2008/4).

2. Aufenthaltsrechtliche Verfahrensbestimmungen

Für die Beschäftigung von ausländischen Saisonierkräften bzw. Erntehelferkräften ist für den Verfahrensablauf deren Staatsangehörigkeit von großer Relevanz. Aufgrund des völlig neuen Fremdenrechtspaketes 2005, das am 1. Jänner 2006 in Kraft getreten ist, sind nun neue fremdenrechtliche Bestimmungen in Geltung, die sich auch auf das Bewilligungsverfahren für ausländische Saisoniers und Erntehelfer auswirken.

Vorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von ausländischen Saisoniers und Erntehelfern finden sich vor allem im Fremdenpolizeigesetz (vgl § 24 FPG) sowie im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz. Auch eine ausgestellte Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente enthebt den Ausländer nicht von der Verpflichtung, den jeweils geltenden Vorschriften über die Einreise und den Aufenthalt nachzukommen (vgl § 25 AuslBG).

Im Wesentlichen sind dabei **drei Gruppen** von Ausländern zu unterscheiden, die sich vor allem durch die Verfahrenseinleitung abgrenzen:

a) 1. Gruppe: Verfahren für "neue" EU-Bürger:

Zur ersten Gruppe zählen Staatsbürger aus Bulgarien, Estland, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Tschechien und Ungarn. Diese "neuen" EU-Bürger genießen seit dem Beitritt ihrer Länder zur Europäischen Union die Personenfreizügigkeit. Sie dürfen daher nach Österreich sichtsvermerksfrei einreisen und sich frei in Österreich aufhalten. Das bedeutet, dass "neue" EU-Bürger keine Einreise- und Aufenthaltserlaubnis für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in Österreich benötigen, hinsichtlich ihres Dienstverhältnisses unterliegen sie während den Übergangsfristen jedoch den Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes. Für Saisonarbeiter aus diesen Staaten ist daher die Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis durch die Bezirkshauptmannschaft bzw Bundespolizeidirektion nicht erforderlich. Für

Erntehelfer aus diesen Staaten wird daher auch nicht die Erntehelfer-Bewilligung (Vignette) im Reisepass ersichtlich gemacht, sie wird auf einem separaten Dokument ausgestellt.

Wenn sich der EWR-Bürger sowie deren Familienangehörige⁴²², die selbst EWR-Bürger sind⁴²³, länger als drei Monate in Österreich aufhalten, haben sie gemäß § 53 Abs 1 NAG ihren Aufenthalt binnen vier Monate ab ihrer Einreise der Behörde anzuzeigen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen nach §§ 51 oder 52 NAG⁴²⁴ wird von der Bezirksverwaltungsbehörden auf Antrag eine **Anmeldebescheinigung** ausgestellt. Eine Anmeldebescheinigung bestätigt das Vorliegen des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts. Sie hat jedoch nur deklaratorischen Charakter und ersetzt nicht eine erforderliche arbeitsrechtliche Bewilligung für die "neuen" EU-Bürger.

b) 2. Gruppe: Verfahren für Staatsangehörige ohne Sichtvermerks- pflicht:

Das Verfahren für Staatsangehörige ohne Sichtvermerkspflicht wurde erst durch das neue Fremdenrechtspaket 2005 eingeführt. Unter der zweiten Gruppe sind alle Staatsangehörigen zu subsumieren, deren Heimatstaaten ein Sichtvermerksabkommen mit der Republik Österreich abgeschlossen haben. Auf Grund des Sichtvermerksabkommens sind sie zur sichtvermerksfreien Einreise berechtigt, jedoch kommt ihnen – mangels Mitgliedschaft ihres Heimatstaates zum EWR – kein gemeinschaftsrechtliches Aufenthaltsrecht zu. Seit dem Beitritt von Rumänien und Bulgarien zur Europäischen Union hat diese zweite Gruppe an Bedeutung verloren, weil es derzeit nur Staatsbürger aus Kroatien⁴²⁵ betrifft.

⁴²² Dazu zählen jene Familienangehörige, die in § 52 NAG genannt sind (zB Ehegatten, Verwandte des EWR-Bürgers oder seines Ehegatten in gerader und absteigender Linie).

⁴²³ Familienangehörige von EWR-Bürgern, die nicht selbst EWR-Bürger sind, benötigen bei einem Aufenthalt von mehr als drei Monaten eine Aufenthaltskarte gemäß § 54 NAG.

⁴²⁴ Siehe Seite 61 ff.

⁴²⁵ Solange Kroatien nicht Mitglied der Europäischen Union ist.

Staatsangehörige ohne Sichtvermerkspflicht können als Touristen sichtvermerksfrei nach Österreich einreisen, jedoch sind sie – gemäß dem Abkommen – nicht berechtigt, sich zum Zwecke der Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit in Österreich aufzuhalten. Daher kann ein österreichischer Arbeitgeber, der eine ausländische Arbeitskraft, die zur sichtvermerksfreien Einreise berechtigt ist, beschäftigen will, nicht sofort einen Antrag auf Kontingentbewilligung beim AMS stellen. Zuvor muss der Arbeitgeber nämlich einen Antrag auf Ausstellung einer **Unbedenklichkeitsbescheinigung** bei der Bezirkshauptmannschaft bzw. bei der Bundespolizeidirektion (örtliche Fremdenpolizeibehörde) stellen, wobei die ausländische Arbeitskraft auch seine Zustimmung erklären muss (vgl. § 31 Abs 2 FPG). Weil die Behörde die Zustimmung der ausländischen Arbeitskraft bereits bei Antragstellung durch den Arbeitgeber verlangt, muss der Fremde ein gültiges Reisedokument vorweisen und die schriftliche Zustimmung persönlich vor der Behörde erteilen.

Bestehen nun keine fremdenrechtlichen Einwände gegen den Aufenthalt der ausländischen Saison- bzw. Erntehelferarbeitskraft nach § 31 Abs 3 FPG – zB wenn gegen ihn kein aufrechtes Aufenthaltsverbot gemäß § 60 FPG besteht oder der Aufenthalt nicht die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden würde –, so ist dem Arbeitgeber eine Unbedenklichkeitsbescheinigung auszustellen, die *vier Wochen* lang Gültigkeit besitzt⁴²⁶. In der Regel wird die Unbedenklichkeitsbescheinigung innerhalb von zwei Werktagen nach Antragstellung ausgestellt.

Die Unbedenklichkeitsbescheinigung dient in weiterer Folge als Voraussetzung für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente. Daher kann der Arbeitgeber erst nach der Ausstellung der Unbedenklichkeitsbescheinigung einen Antrag auf Kontingentbewilligung bei der rG des AMS stellen. Hierfür ist die Unbedenklichkeitsbescheinigung dem Antrag auf Kontingentbewilligung beizulegen bzw. der Antragsteller hat für die sofortige Beibringung Sorge zu tragen. Zum Zeitpunkt der Entscheidung

⁴²⁶ Gegen die Versagung der Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung ist eine Berufung nicht zulässig (vgl. § 9 Abs 2 FPG).

über den Antrag auf Kontingentbewilligung darf die Unbedenklichkeitsbescheinigung jedoch nicht älter als vier Wochen sein. Da es sich um Drittstaatsangehörige handelt, prüft das AMS zusätzlich noch, ob es sich um einen Stammarbeiter⁴²⁷ handelt.

Wird eine Beschäftigungsbewilligung vom AMS erteilt, so benötigt er für den Aufenthalt in Österreich zum Zwecke der Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit keine weiteren Bescheinigungen nach dem Fremdenpolizeigesetz, weil gemäß § 31 Abs 1 Z 6 FPG eine Beschäftigungsbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von bis zu sechs Monaten das erforderliche Aufenthaltsrecht verschafft.

Bei einer Unterbrechung der Beschäftigung, sowie bei einem Wechsel des Arbeitgebers ist die Ausstellung einer neuen Unbedenklichkeitsbescheinigung erforderlich.

c) 3. Gruppe: Verfahren für Staatsangehörige mit Sichtvermerks-pflicht

Zur dritten Gruppe zählen alle Drittstaatsangehörigen, die nicht sichtvermerksfrei (dh für die eine Visumpflicht besteht) nach Österreich einreisen dürfen, weil deren Heimatstaaten kein Sichtvermerksabkommen mit der Republik Österreich abgeschlossen haben. Aus diesem Grund bedürfen Staatsangehörige aus Bosnien-Herzegowina, Mazedonien, Serbien, Montenegro, Kosovo, Albanien, Moldawien, Weißrussland, Ukraine oder Russland – um nur die wichtigsten Drittstaaten zu nennen –, eine **Sicherungsbescheinigung** nach § 11 AuslBG, um in Österreich eine Beschäftigung aufnehmen zu können.⁴²⁸

Eine Sicherungsbescheinigung dient dem Zweck, ausländische Arbeitskräfte, die weder einen Aufenthaltstitel haben, noch zur

⁴²⁷ Näheres siehe Seite 202 f.

⁴²⁸ Vgl. *Pichelmayer*, Die Möglichkeiten einer Sicherungsbescheinigung, SWK 1995, B1.

sichtvermerksfreien Einreise nach Österreich berechtigt sind, für eine befristete unselbständige Beschäftigung in Österreich anzuwerben.⁴²⁹ Die Sicherungsbescheinigung ersetzt nicht eine Beschäftigungsbewilligung und berechtigt auch nicht eine Beschäftigung in Österreich aufzunehmen. Sie stellt lediglich eine befristete Zusage des Arbeitsmarktservice dar, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung dem Arbeitgeber für den angeworbenen Ausländer eine solche Bewilligung im Falle des Eintreffens in Österreich erteilt werden wird. Inhaltlich stellt sie somit eine Option auf eine später zu erteilende Beschäftigungsbewilligung dar.

So muss der zukünftige Arbeitgeber⁴³⁰ vor Einreise des Ausländers eine Sicherungsbescheinigung bei der regionalen Geschäftsstelle des AMS beantragen⁴³¹. Dies geschieht durch das Ausfüllen des Formularblattes "*Antrag auf Sicherungsbescheinigung*". Über den Antrag auf Sicherungsbescheinigung hat die rG des AMS binnen 6 Wochen zu entscheiden.

Vor Erteilung der Sicherungsbescheinigung prüft die rG des AMS gemäß § 11 Abs 2 AuslBG, ob es sich um einen Stammarbeiter⁴³² handelt, ob ein Kontingentplatz⁴³³ vorhanden ist, die Voraussetzungen gemäß § 4 Abs 1, 2 und 6 und Abs 3 Z 1, 4, 6, 8 und 12 AuslBG vorliegen⁴³⁴, und ob die Arbeitsmarktlage eine Beschäftigung des Ausländers zulassen (Ersatzkraftverfahren).⁴³⁵ Der Grund, warum jetzt schon die Prüfung durchgeführt wird, ist der, weil die Sicherungsbescheinigung auf die

⁴²⁹ Vgl Egermann/Heckenthaler, Ausländerbeschäftigung, ecolex 2006, 314.

⁴³⁰ Als Antragsteller hat der Arbeitgeber damit auch Parteistellung (vgl Marth, Das neue Verfahren für unselbständige Schlüsselkräfte, migraLex 2003, 19).

⁴³¹ Zuständig ist dabei jene Geschäftsstelle des AMS, in dessen Sprengel der in Aussicht genommene Beschäftigungsort liegt, bei wechselndem Beschäftigungsort richtet sich die Zuständigkeit nach dem (Haupt-) Sitz des Betriebes.

⁴³² Näheres siehe Seite 202 f.

⁴³³ Wenn kein entsprechender Kontingentplatz mehr vorhanden ist, sind Anträge auf Sicherungsbescheinigung ohne weiteres Verfahren abzuweisen.

⁴³⁴ Siehe Seite 197 ff; eine Sicherungsbescheinigung darf insbesondere nur dann erteilt werden, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulasse und wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstünden (vgl VwGH 29.5.2006, 2003/09/0021).

⁴³⁵ Hinsichtlich der zeitlichen Beurteilung des Eintritts der Voraussetzungen vgl VwGH 19.1.1995, 94/09/0297; VwGH 6.3.1997, 94/09/0148.

Kontingente angerechnet wird (§ 12a Abs 3 AuslBG) und weil die Arbeitsmarkprüfung bei der Erteilung der Beschäftigungsbewilligung gemäß § 4b Abs 2 AuslBG entfällt. Im Gegenzug erfolgt in weiterer Folge die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung zügiger.

Liegen die Voraussetzungen vor, so stellt die rG des AMS dem Arbeitgeber eine mit längstens 26 Wochen⁴³⁶ befristete Sicherungsbescheinigung, auch Einzelsicherungsbescheinigung genannt, aus. Dabei ist auf die voraussichtliche Dauer der Einreise und Aufenthaltsnahme des Ausländers Bedacht zu nehmen. Die Einzelsicherungsbescheinigung wird bei einer positiven Erledigung nicht in Form eines Bescheides ausgestellt, sondern – wie der Name schon sagt – in Form einer befristeten Bescheinigung⁴³⁷. Ein Bescheid ist nur dann auszustellen, wenn dem Antrag des Arbeitgebers nicht oder nicht zur Gänze stattgegeben wird, um die Möglichkeit einer Berufung zu gewährleisten.

Die erteilte befristete Einzelsicherungsbescheinigung hat nun der Arbeitgeber der ausländischen Arbeitskraft, die noch in ihrem Heimatstaat ist, per Postweg zu übermitteln. Die ausländische Saisonarbeitskraft hat nun unter Vorlage der gültigen Einzelsicherungsbescheinigung bei der österreichischen Vertretungsbehörde (Botschaft, Konsulat) in ihrem Heimatland ein **Aufenthaltsvisum** (Visum D) nach § 20 Abs 1 Z 4 FPG iVm § 24 Abs 1 FPG zu beantragen.⁴³⁸ Drittstaatsangehörige benötigen zusätzlich für die Heim- und Rückreise über die Schengen-Staaten ein **Reisevisum C** gemäß § 20 Abs 1 Z 3 FPG. Das Reisevisum C, das an die Gültigkeitsdauer des Aufenthaltsvisums D anzugleichen ist (also bis maximal sechs Monate), berechtigt die drittstaatsangehörigen Saisoniers durch die Schengen-Staaten in ihr Heimatland zu reisen. Das Reisevisum C dient somit lediglich für die Heim- und Rückreise (Reisebewegungen) durch die Schengen-Staaten (insbesondere durch Ungarn, Slowenien).

⁴³⁶ In begründeten Fällen kann die Geltungsdauer der Sicherungsbescheinigung auf höchstens 36 Wochen verlängert werden.

⁴³⁷ Betreffend Bescheinigung siehe FN 411.

⁴³⁸ Auf das Verfahren zur Erteilung eines Einreisetitels bei der österreichischen Vertretungsbehörde finden die Bestimmungen des § 11 FPG Anwendung.

Die Zuständigkeit der Botschaft bzw des Konsulats richtet sich dabei nach dem Auslandswohnsitz des Ausländers (§ 8 FPG).⁴³⁹ Die Österreichische Botschaft oder das Konsulat erteilt⁴⁴⁰ nach § 7 Z 1 FPG (seit 1. April 2009⁴⁴¹), unter Berücksichtigung des § 24 Abs 1 FPG und unter Vorlage der Sicherungsbescheinigung, ein Aufenthaltsvisum⁴⁴² – soweit beantragt auch ein Reisevisum C – für die in der Sicherungsbescheinigung angegebene voraussichtliche Dauer der Beschäftigungsbewilligung (höchstens jedoch bis zu einer Gültigkeitsdauer von sechs Monaten).⁴⁴³

Das Aufenthaltsvisum berechtigt den Drittstaatsangehörigen sich in Österreich ausschließlich für vorübergehende Erwerbszwecke aufzuhalten. Das Aufenthaltsvisum berechtigt jedoch nicht zur Niederlassung in Österreich, verleiht ihm auch nicht das Recht auf Aufenthaltsverfestigung und Familienzusammenführung.

Nach Erteilung des Aufenthaltsvisums sowie des eventuell benötigten Reisevisums, beide werden im Reisedokument des Drittstaatsangehörigen ersichtlich gemacht, ist nun der drittstaatsangehörige Saisonier berechtigt, legal in den Schengenraum einzureisen und sich in Österreich zum Zwecke einer bloß vorübergehenden Erwerbstätigkeit – im Zeitraum der erteilten Geltungsdauer des Visums – aufzuhalten.

Die Einzelsicherungsbescheinigung dient somit dem Ausländer lediglich als Grundlage für den Erhalt eines Einreise- und Aufenthaltstitels für Österreich.

Erst nach der Einreise kann der österreichische Arbeitgeber, aber vor der Beschäftigungsaufnahme, gegen Vorlage des im Reisedokument des Ausländers ersichtlich gemachten Visums bei der regionalen Geschäftsstelle des AMS einen Antrag auf Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente nach § 5 AuslBG stellen.

⁴³⁹ Vgl VwGH 29.7.1993, 93/18/0314; VwGH 27.1.1994, 93/18/0544; VwGH 14.4.1994, 94/18/0114.

⁴⁴⁰ Stehen öffentliche Interesse einer Visumerteilung entgegen, sind diese zu begründen (vgl VwGH 28.2.2008, 2007/21/0389, 2007/21/0390).

⁴⁴¹ BGBl I 2009/29.

⁴⁴² Vgl VwGH 21.12.2004, 2004/21/0029.

⁴⁴³ Vgl *Kaun*, Beschäftigung von ausländischen Saisonarbeitskräften – Neuerungen durch die Umsetzung des Regierungsübereinkommens, ASoK 2000, 239.

Visa sind gemäß § 21 Abs 2 FPG befristet zu erteilen, jedoch sind sie seit dem 5. April 2010⁴⁴⁴ verlängerbar.⁴⁴⁵ Seit dem 5. April 2010 hat der Bundesminister für Inneres zur Erleichterung des Reiseverkehrs oder im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit und Einfachheit die Fremdenpolizeibehörden erster Instanz mittels Verordnung zu ermächtigen, bei bestimmten Grenzübergangsstellen Visa zu erteilen und zu verlängern (§ 5 Abs 2 FPG). Die örtliche Zuständigkeit zur Erteilung oder Verlängerung eines Visums bei einer Grenzübergangsstelle richtet sich gemäß § 6 Abs 3 FPG nach dem Aufenthalt, wobei ein Wohnsitz im Inland dem nicht entgegensteht. Damit kann ein Verlängerungsantrag eines Aufenthaltsvisums (bis zu einer Gültigkeitsdauer von maximal sechs Monaten) bei einer ermächtigten Grenzübergangsstelle im Inland gestellt werden. Zu beachten ist jedoch, dass eine Verlängerung des Visums nach Art 33 Abs 1 und Abs 2 der unmittelbar anwendbaren Visakodex-VO⁴⁴⁶ nur bei folgenden Voraussetzungen möglich ist:

„(1) Die Gültigkeitsdauer und/oder die Aufenthaltsdauer eines erteilten Visums werden verlängert, wenn die zuständige Behörde eines Mitgliedstaats der Ansicht ist, dass ein Visuminhaber das Vorliegen höherer Gewalt oder humanitärer Gründe belegt hat, aufgrund deren er daran gehindert ist, das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Visums bzw. vor Ablauf der zulässigen Aufenthaltsdauer zu verlassen. [...]

*(2) Die Gültigkeitsdauer und/oder die Aufenthaltsdauer eines erteilten Visums können verlängert werden, wenn der Visuminhaber schwerwiegende persönliche Gründe, die eine Verlängerung der Gültigkeitsdauer oder der Aufenthaltsdauer rechtfertigen, belegt.“ [...]*⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Vgl § 126 Abs 7 FPG letzter Satz.

⁴⁴⁵ Der 5. April 2010 wurde deshalb gewählt, da auch am 5. April 2010 die VO (EG) 2009/810 des Europäischen Parlaments und des Rates v 13.7.2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft („Visakodex“), ABI L 2009/243, 1 in Kraft trat. Da der Art 33 der Visakodex-VO die Möglichkeit einer Verlängerung eines bereits erteilten Visums vorsieht, wurde das FPG dahingehend angepasst.

⁴⁴⁶ VO (EG) 2009/810 des Europäischen Parlaments und des Rates v 13.7.2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft („Visakodex“), ABI L 2009/243, 1.

⁴⁴⁷ Art 33 Abs 1 und 2 Visakodex-VO.

Für eine Verlängerung eines erteilten Visums müssen also höhere Gewalt⁴⁴⁸, humanitäre⁴⁴⁹ oder schwerwiegende persönliche Gründe vorliegen. Was genau zB unter schwerwiegende persönliche Gründe zu subsumieren sein wird, wird sich in Zukunft (durch Entscheidungen des EuGH) weisen. Meines Erachtens sind unter schwerwiegende persönliche Gründe zB eine (schwere) plötzlich auftretende Krankheit, ein (notwendiger) Krankenhausaufenthalt des Drittstaatsangehörigen zu verstehen, die eine Ausreise vor Ablauf des Visums nicht rechtfertigen würden. Ob darunter auch die mögliche Weiterbeschäftigung zu verstehen ist, ist eher fraglich. Beispiel: Ein österreichischer Arbeitgeber hat für einen Drittstaatsangehörigen eine Kontingentbewilligung für die Dauer von vier Monaten erhalten. Für diesen Zeitraum (vier Monate) hat der Drittstaatsangehörige auch ein Aufenthaltsvisum bekommen. Der österreichische Arbeitgeber möchte den Drittstaatsangehörigen anschließend an die vier Monate für weitere zwei Monate beschäftigen. Dazu stellt der Arbeitgeber vor Ablauf der Kontingentbewilligung einen Verlängerungsantrag⁴⁵⁰ gemäß § 7 Abs 7 AuslBG bei der rG des AMS. Fraglich in diesem Zusammenhang ist, ob dies ein Grund wäre, der eine Verlängerung des Aufenthaltsvisums iSd Verordnung für zwei Monate rechtfertigen würde. Dass in einem solchen Fall schwerwiegende persönliche Gründe vorliegen, die eine Verlängerung rechtfertigen, ist mE eher zu bezweifeln. Mangels rechtmäßigen Aufenthalts hätte daher ein Verlängerungsantrag wenig Sinn, da der Drittstaatsangehörige vor Ablauf des Aufenthaltsvisums das Land verlassen müsste.

Für die Frage des rechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich von ausländischen Saisoniers, die der Sichtvermerkspflicht unterliegen, kommt damit ausschließlich das fremdenpolizeiliche Regime zur Anwendung.

⁴⁴⁸ Zu denken wäre meiner Meinung nach an zB im Heimatstaat des Drittstaatsangehörigen ereignete Naturkatastrophen (zB Erdbeben), die ihn an einer Ausreise vor Ablauf des Visums hindert.

⁴⁴⁹ Meines Erachtens würden darunter zB Bürgerkriege, Aufstände im Heimatstaat des Drittstaatsangehörigen fallen (vgl § 22 FPG).

⁴⁵⁰ Siehe dazu Seite 214.

d) Konsequenzen eines nicht rechtmäßigen Aufenthaltes:

Ist die Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente und auch das Aufenthaltsvisum abgelaufen und befindet sich die drittstaatsangehörige Saisonarbeitskraft noch immer in Österreich, so hält sich der Drittstaatsangehörige nicht mehr rechtmäßig in Österreich auf und verstößt gegen das Fremdenpolizeigesetz. Dies hat zur Konsequenz, dass über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 1.000,-- bis zu Euro 5.000,-- zu verhängen ist. Im Falle der Uneinbringlichkeit ist der Drittstaatsangehörige mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltes.⁴⁵¹

Wurde er bereits einmal rechtskräftig bestraft, so erhöht sich das Strafausmaß von Euro 5.000,-- bis zu Euro 15.000,--, im Falle der Uneinbringlichkeit sieht das FPG eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Wochen vor.⁴⁵²

Des Weiteren kann er mit Bescheid ausgewiesen werden⁴⁵³ und, soweit es für die Ausweisung notwendig ist und die Ausweisung nicht durch Anwendung gelinderer Mittel erreicht werden kann, kann über ihn auch die Schubhaft⁴⁵⁴ verhängt werden. Bei nicht Nachkommen der Ausreiseverpflichtung droht die Abschiebung. Bei mehrmaligen Verstößen gegen das FPG kann gegen den Drittstaatsangehörigen zusätzlich ein Einreise- und Aufenthaltsverbot verhängt werden. Gemäß § 113 Abs 2 FPG trifft dem Arbeitgeber eine Kostenersatzpflicht (zB Kosten der Schubhaft, Kosten für Dolmetscher).

⁴⁵¹ Vgl § 120 Abs 1 FPG.

⁴⁵² Vgl § 120 Abs 4 FPG.

⁴⁵³ Vgl § 54 FPG.

⁴⁵⁴ Vgl § 76 FPG.

3. Antrag auf Kontingentbewilligung für "neue" EU-Bürger und für Staatsangehörige mit und ohne Sichtvermerkplicht

Ist nun der erste Verfahrensschritt mit der Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung bzw. Sicherungsbescheinigung für Staatsangehörige ohne bzw. mit Sichtvermerkplicht absolviert (für "neue" EU-Bürgern fällt ja dieser erster Verfahrensschritt mangels Erfordernis einer Bescheinigung weg), so muss der Arbeitgeber für die Beschäftigung von ausländischen Saisoniers und Erntehelfern im zweiten, bzw. für die "neuen" EU-Bürger im ersten Schritt, eine Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente (Kontingentbewilligung) beantragen. Dazu muss der österreichische Arbeitgeber einen Antrag auf Beschäftigungsbewilligung bei der regionalen Geschäftsstelle des AMS stellen. Dazu muss er das Formularblatt "Antrag auf Kontingentbewilligung" des AMS ausfüllen. Im Antrag auf Kontingentbewilligung hat der Antragsteller insbesondere Folgendes anzugeben:

- ob es sich um eine Saisonarbeitskraft oder um einen Erntehelfer handelt,
- ab und bis wann die Bewilligung gelten soll (tatsächlich erforderliche Einsatzdauer),
- Angaben über den Arbeitgeber und über den Ausländer,
- Angaben über die Beschäftigung des Ausländers (Entlohnung, Arbeitszeit, ob spezielle Kenntnisse oder eine Ausbildung erforderlich sind, Anmeldung zur Sozialversicherung) und
- ob eine Vermittlung von Ersatzkräften⁴⁵⁵ erwünscht ist.

Den vollständig ausgefüllten Antrag auf Kontingentbewilligung hat der Arbeitgeber dann bei der regionalen Geschäftsstelle des AMS, in dessen Sprengel sich der in Aussicht genommene Beschäftigungsort liegt, abzugeben.⁴⁵⁶ Bei einem wechselnden Beschäftigungsort ist der Antrag bei der

⁴⁵⁵ Vgl. VwGH 21.6.2000, 2000/09/0024; VwGH 28.2.2002, 99/09/0093.

⁴⁵⁶ Vgl. § 19 Abs 1 AuslBG.

dem Sitz des Betriebes nach zuständigen rG des AMS einzubringen. Mit dem Antrag auf Kontingentbewilligung sind folgende Antragsnachweise vorzulegen:

- „Reisepass und – soweit vorhanden – Meldezettel,
- Nachweis der Aufenthaltsberechtigung, falls eine solche vorliegt,
- Unbedenklichkeitsbescheinigung,
- falls erforderlich Zeugnisse über die berufliche Qualifikation, Ausbildung und Praxis (erforderlichenfalls in deutscher Übersetzung)
- Nachweis einer früheren Beschäftigung in Österreich (zB Beschäftigungsbewilligung, Arbeitsbescheinigung)⁴⁵⁷.

a) Arbeitsmarktprüfung

Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung finden sich im § 4 Abs 1 und Abs 3 AuslBG. Nach § 4 Abs 1 AuslBG ist eine Erteilung nur dann zulässig,

- wenn es die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt und
- wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen⁴⁵⁸ nicht entgegenstehen.

aa) Ersatzkraftverfahren:

Um zu prüfen, ob die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung des ausländischen Saisoniers/Erntehelfer zulässt, führt die rG des AMS eine Arbeitsmarktprüfung (**Ersatzkraftverfahren**)⁴⁵⁹ durch. Ein Ersatzkraftverfahren wird nur bei der Bewilligung von ausländischen Saisonarbeitskräften durchgeführt, nicht jedoch bei der Bewilligung von ausländischen Erntehelfern.

⁴⁵⁷ Hinweise im Antragsformular auf Kontingentbewilligung.

⁴⁵⁸ Näheres siehe Seite 197.

⁴⁵⁹ Vgl. Egermann/Heckenthaler, Ausländerbeschäftigung, ecolex 2006, 314.

Die Arbeitsmarktprüfung ist im § 4b AuslBG geregelt.⁴⁶⁰ Demnach lässt die Lage des Arbeitsmarktes die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung an Ausländer nur zu, wenn auf den zu besetzenden Arbeitsplatz keine geeigneten Ersatzarbeitskräfte vermittelt werden können⁴⁶¹. Unter geeignete Ersatzkräfte versteht man Inländer sowie am Arbeitsmarkt verfügbare Ausländer, die bereit und fähig sind, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben. Sprich, *„Ersatzkräfte sind zur Vermittlung vorgemerkte Inländer oder Ausländer mit einem höheren Integrationsgrad als die beantragte ausländische Arbeitskraft, die auf Grund ihrer Qualifikation für den antragsgegenständlichen Arbeitsplatz grundsätzlich in Betracht kommen und aus arbeitsmarktpolitischen Gründen vorrangig (wieder) in Beschäftigung gebracht werden sollen“*⁴⁶². Zu den verfügbaren Ausländern zählen alle Ausländer, die beim AMS als Arbeit suchend vorgemerkt sind und eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme besitzen. Auf Grund der Gemeinschaftspräferenz werden innerhalb der verfügbaren Ausländer jene aus den EU-Mitgliedstaaten gegenüber den Drittstaatsangehörigen als vermittelbare Ersatzarbeitskräfte bevorzugt (auch jene Ausländer, die Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung haben bzw. türkische Assoziationsarbeitnehmer).⁴⁶³ Durch die "Vorrangbestimmung" von Inländern und ihnen gleichgestellten ausländischen Arbeitnehmern soll nämlich – aus arbeitsmarktpolitischen Gründen – sichergestellt werden, dass ein lenkender Einfluss auf die Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet erhalten bleibt.

Die Durchführung einer Arbeitsmarktprüfung hat also den Zweck, dass die rG des AMS die Beschäftigungsbewilligung für ausländische Saisoniers nur erteilen darf, wenn für die konkrete offene Stelle kein geeigneter arbeitsloser Inländer, kein EU-Bürger oder ein integrierter Ausländer zur Verfügung steht. Um dies abzuklären, schickt die rG des AMS arbeitslos vorgemerkte Personen zum Antragssteller, die für den zu besetzenden Arbeitsplatz in Frage kommen.

⁴⁶⁰ Vgl VwGH 20.11.2001, 99/09/0223.

⁴⁶¹ Durch einen Antrag auf Kontingentbewilligung gibt der Arbeitgeber ja zu erkennen, dass er auf Suche nach einer Arbeitskraft ist und damit eine offene Stelle in seinem Betrieb hat.

⁴⁶² Hinweise im Antragsformular auf Kontingentbewilligung.

⁴⁶³ Vgl §§ 5 Abs 3 und 4b Abs 1 AuslBG.

Vor allem an Hilfskräften in Gastronomiebetrieben sind die gestellten Qualifikationen sehr niedrig gesteckt.

Damit aber nicht ungeeignete Arbeitskräfte vermittelt werden, die die Beschäftigung des (geeigneten) ausländischen Saisoniers hinauszögern, können die Arbeitgeber das Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle im Antragsformular festlegen. Jedem Arbeitgeber steht es frei, Anforderungen an eine von ihm beschäftigte Person festzusetzen. Das vom Antragssteller anzugebende Anforderungsprofil muss aber jedoch in der betrieblichen Notwendigkeit seine Deckung finden⁴⁶⁴; sprich, durch eine objektive Notwendigkeit begründet und gesetzlich zulässig sein. Dabei hat der Arbeitgeber den Nachweis zu erbringen, dass die geforderte Ausbildung bzw. Qualifikation für die Ausübung der Beschäftigung erforderlich ist.

Der Ersatzkraftprüfung wird sodann das erforderliche Anforderungsprofil zu Grunde gelegt. Je konkreter und anspruchsvoller die Anforderungen an die zu besetzende Position sind, und je kürzer die beantragte Dauer der Beschäftigung ist, umso geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine geeignete Ersatzarbeitskraft auf dem inländischen Arbeitsmarkt vorhanden ist und vermittelt werden kann. In den meisten Fällen wird dann keine Ersatzkraftvermittlung durchgeführt, der Arbeitgeber kommt somit schneller zu seiner gewünschten Beschäftigungsbewilligung für den ausländischen Saisonier.

Die Entscheidung, ob andere Personen – insbesondere in- und ausländische Arbeitslose – dem antragstellenden Arbeitgeber vermittelt werden oder nicht, liegt bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservices. Von einem Ersatzkraftverfahren wird aber Abstand genommen, wenn kein tatsächlicher arbeitsmarktpolitischer Erfolg zu erwarten ist. Dies trifft vor allem für den Bereich der Landwirtschaft zu, nicht jedoch für den Bereich Forstwirtschaft und den Tourismusbereich. In diesen Sparten wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass Ersatzarbeitskräfte vermittelt werden können, sodass nicht von vornherein von einem Ersatzkraftverfahren abgegangen wird.

⁴⁶⁴ Vgl. VwGH vom 15.9.2004, 2001/09/0189.

Die Durchführung eines Ersatzkraftverfahrens kann jedoch vom Arbeitgeber im Antragsformular für die Kontingentbewilligung abgelehnt werden. Wird die Vermittlung von Ersatzkräften durch das AMS vom Arbeitgeber abgelehnt oder wird eine Ablehnung von Ersatzkräften nicht ausreichend begründet, kann das AMS keine konkreten Feststellungen über das Vorhandensein von entsprechenden Ersatzarbeitskräften treffen⁴⁶⁵. Das AMS kann somit nicht prüfen, ob der Arbeitsplatz mit bevorzugt zu vermittelnden Arbeitskräften besetzt hätte werden können.⁴⁶⁶ Dies hat zur Folge, dass der Antrag auf Kontingentbewilligung nicht erteilt wird.⁴⁶⁷ Es müssen schon ganz spezielle Gründe angeführt werden, warum die Vermittlung von Ersatzkräften ausnahmsweise nicht erwünscht ist. Die Frage nach einer gewünschten Ersatzkraftvermittlung sollte daher keinesfalls verneint sowie die vermittelte Ersatzkraft ohne Grund abgelehnt werden, da dies eine negative Erteilung des Antrages zur Folge hat.⁴⁶⁸

bb) Vermittlungsvorschlag

Wenn nun die rG des AMS eine arbeitslos vorgemerkte Person vermittelt, so muss sie bei der Vorstellung dem Arbeitgeber einen *Vermittlungsvorschlag* (VV) des AMS vorweisen. *„Der Vermittlungsvorschlag besteht aus zwei Abschnitten. Dem Arbeitslosen muss auf seinem Abschnitt lediglich bestätigt werden, dass er sich vorgestellt hat. Aus dem zweiten Abschnitt, welcher direkt an das Arbeitsmarktservice geschickt wird, ist anzugeben, warum der Arbeitslose nicht geeignet war. Es muß daher nicht auf dem Abschnitt des Arbeitslosen vermerkt werden, warum er nicht geeignet war (zB wegen Alkoholisierung).“*⁴⁶⁹

Erfolgt bei Ungeeignetheit der vermittelten Person keine kurze schriftliche Begründung auf dem Vermittlungsvorschlag, also lehnt der Arbeitgeber die Ersatzkraft begründungslos ab, so ist dies ein Grund für das Arbeitsmarktservice, den Antrag auf Kontingentbewilligung abzulehnen. Der

⁴⁶⁵ Vgl VwGH 24.5.2007, 2004/09/0012.

⁴⁶⁶ Vgl Höfle, Kein Anspruch auf Beschäftigungsbewilligung für bestimmte Ausländer, ASoK 2007, 432.

⁴⁶⁷ Vgl VwGH 15.5.2008, 2005/09/0106.

⁴⁶⁸ Vgl VwGH 28.6.2007, 2005/09/0186.

⁴⁶⁹ Kaun, Ausländerbeschäftigung 39.

Arbeitgeber hat also bei einer begründungslosen Ablehnung keinen Anspruch auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den individuell von ihm gewünschten Ausländer. Um die Kontingentbewilligung für die konkrete ausländische Saisonarbeitskraft zu bekommen, muss daher eine vermittelte Ersatzkraft aus guten (betrieblichen) Gründen abgelehnt werden.

Kann nun das AMS jedoch innerhalb einer vier- bis fünfwöchigen Frist keine geeignete Ersatzarbeitskraft vermitteln, so bedeutet dies, dass die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung des beantragten Ausländers zulässt.

Hat das Ersatzkraftverfahren Erfolg, und die offene Stelle kann durch einen arbeitslosen Inländer oder bevorzugten Ausländer besetzt werden, so steht die Arbeitsmarktlage einer positiven Erledigung des Antrags entgegen, und der beantragte Ausländer darf somit nicht in Österreich beschäftigt werden.

Dies kommt jedoch in der Praxis selten vor, da die meisten Ersatzarbeitskräfte vom Antragsteller auf Grund mangelnder Qualifikation bzw. Arbeitswilligkeit abgelehnt werden. Von den insgesamt 34.317 durchgeführten Ersatzkraftverfahren (Branchen unabhängig) im Jahr 2008 konnten rund 31,88% abgedeckt werden.

Kann nun ein bevorzugter Ausländer von einer regionalen Geschäftsstelle des AMS als Ersatzarbeitskraft im Rahmen der Arbeitsmarktprüfung auf eine offene Stelle vermittelt werden, so ist das Antragsformular für eine Kontingentbewilligung von Amts wegen auszufüllen, die Beschäftigungsbewilligung wird dann von Amts wegen erteilt (vgl. § 19 Abs 7 AuslBG).

cc) Vermittlungsauftrag

Da ein solches Ersatzkraftverfahren etwa drei Wochen ab Antragsstellung auf Beschäftigungsbewilligung dauert, besteht im Vorfeld der Antragstellung bereits die Möglichkeit, ca. einen Monat vor dem geplanten Arbeitseinsatz einen so

genannten **Vermittlungsauftrag** beim AMS zu stellen. Ein solcher Vermittlungsauftrag hat den Vorteil, dass das Arbeitsmarktservice vorweg schon prüft, ob geeignete Arbeitskräfte zur Verfügung stehen. Kann nämlich der Arbeitsplatz bis zur Antragstellung der Kontingentbewilligung nicht durch einen arbeitslosen Inländer oder am Arbeitsmarkt verfügbaren Ausländer besetzt werden, so wird dies mit hoher Wahrscheinlichkeit auch weiterhin nicht möglich sein. Damit lässt die Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung des Ausländers grundsätzlich zu. Der Vermittlungsauftrag kürzt somit das Ersatzkraftverfahren ab, dem Arbeitgeber wird somit rascher die Bewilligung erteilt.

dd) Wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen

Nach § 4 Abs 1 AuslBG dürfen weiters Beschäftigungsbewilligungen nur erteilt werden, wenn der Beschäftigung des Ausländers nicht wichtige öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen entgegenstehen.⁴⁷⁰

Wichtige öffentliche Interessen stehen insbesondere dann einer Beschäftigung des Ausländers entgegen, wenn gegen die Zulassung des Ausländers wichtige Interessen der Allgemeinheit, wie zB Gefahr für die öffentliche Ordnung, Ruhe und Sicherheit, sprechen. Weiters stehen gegen die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung wichtige öffentliche Interessen entgegen, wenn es durch die Bewilligung zu einem Verdrängungswettbewerb von bereits integrierten Ausländern kommen würde.

Gesamtwirtschaftliche Interessen liegen insbesondere dann vor, wenn negative Entwicklungen im Bereich der Wirtschaft eintreten würden, zB Verhinderung der Umsetzung oder Umstrukturierung des inländischen Arbeitskräftepotenzials oder bestimmte Wirtschaftsbereiche wären von ausländischen Arbeitskräften zu sehr abhängig.

⁴⁷⁰ Vgl VwGH 3.7.2000, 99/09/0041; VwGH 28.2.2002, 99/09/0093; VwGH 28.6.2007, 2005/09/0186; vgl *Scharnreitner*, Beschäftigungsbedingungen für Bürger der MOE-Staaten in Österreich, Dargestellt am Beispiel von Arbeitnehmern mit rumänischer Staatsbürgerschaft, JAP 2009/2010, 11.

„Die vom Gesetzgeber angesprochenen wichtigen öffentlichen und gesamtwirtschaftlichen Interessen (zweiter Tatbestand des § 4 Abs 1 AuslBG) kommen daher erst dann zum Tragen, wenn die vorgenannten Voraussetzungen einer Beschäftigung nicht entgegenstehen. Das wird immer dann der Fall sein, wenn nicht feststeht, ob für die Beschäftigung wenigstens ein bestimmter Inländer oder im gegebenen Zusammenhang ein einem Inländer gleichgestellter oder begünstigt zu behandelnder Ausländer in der Reihenfolge nach § 4b AuslBG zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, diese Beschäftigung zu den gesetzlichen (gesetzlich zulässigen) Bedingungen auszuüben. Diese Beweisführung (Prüfung der Arbeitsmarktlage) erübrigt sich allerdings, wenn seitens des AG die Stellung jeder Arbeitskraft von vornherein abgelehnt wird.“⁴⁷¹ Ob öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen einer Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung entgegenstehen, ist daher im Rahmen der Arbeitsmarktprüfung (Ersatzkraftverfahren)⁴⁷² nach § 4b AuslBG zu beurteilen.

4. Sonstige Bedingungen

Neben der Arbeitsmarktprüfung (Prüfung der Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes) und dem Nichtentgegenstehen von wichtigen öffentlichen oder gesamtwirtschaftlichen Interessen der Beschäftigung, müssen auch noch die **sonstigen Bedingungen** (besonderen Voraussetzungen) des § 4 Abs 3 AuslBG für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente kumulativ⁴⁷³ vorliegen. Nach § 4 Abs 3 AuslBG darf eine Beschäftigungsbewilligung nur erteilt werden, wenn insbesondere

- der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz seines Betriebes beschäftigen wird, wobei eine Zuverfügungstellung des Ausländers an

⁴⁷¹ VwGH 26.5.1999, 97/09/0223.

⁴⁷² Siehe Seite 192.

⁴⁷³ Ist eine Voraussetzung nicht gegeben, so ist die beantragte Erteilung auf eine Beschäftigungsbewilligung schon aus diesem Grund zu versagen (vgl VwGH 19.11.1997, 97/09/0227, VwGH 26.2.2009, 2007/09/0105).

Dritte unbeschadet des § 6 Abs 2 AuslBG nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb gilt⁴⁷⁴;

- die Gewähr gegeben erscheint, dass der Arbeitgeber die Lohn-⁴⁷⁵ und Arbeitsbedingungen [insbesondere die gesetzlichen, satzungsmäßigen und kollektivvertraglichen Bestimmungen]⁴⁷⁶ einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält;⁴⁷⁷
- der Ausländer über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG oder dem FPG verfügt, das die Ausübung einer Beschäftigung nicht ausschließt, oder seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen ist und über einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht nach §§ 12 oder 13 AsylG 2005 verfügt oder gemäß § 46a FPG geduldet ist und zuletzt gemäß § 1 Abs 2 lit a vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen war oder auf Grund einer Verordnung gemäß § 76 NAG zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt ist oder Sichtvermerks- und Niederlassungsfreiheit genießt;⁴⁷⁸
- keine wichtigen Gründe in der Person des Ausländers vorliegen, wie wiederholte Verstöße infolge Ausübung einer Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung während der letzten zwölf Monate;⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Aus diesem Grund dürfen an Betriebe, die Arbeitskräfte verleihen (Arbeitskräfteüberlasser), keine Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden. Der Arbeitgeber muss daher den Ausländer auf einen Arbeitsplatz seines eigenen Gewerbebetriebes beschäftigen.

⁴⁷⁵ Zu den Lohnbedingungen bedeutet, dass der Ausländer jedenfalls Anspruch auf die in den einschlägigen Rechtsvorschriften (einschließlich Kollektivvertrag) festgelegten Mindestlohnbedingungen und Arbeitsbedingungen hat.

⁴⁷⁶ „Der Begriff der 'Arbeitsbedingungen' ist weit zu verstehen. Er erfasst nicht bloß Hauptleistungen aus dem Arbeitsvertrag, also insbesondere das Entgelt und andere aus dem Arbeitsverhältnis entspringende Rechte und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien, die Arbeitszeit, Freizeit, Feiertagsarbeit, sondern überhaupt jede Frage, welche die Stellung der Arbeitnehmer im Betrieb oder Unternehmen betrifft“ (VwGH 6.6.2001, 98/09/0016).

⁴⁷⁷ Ob der Arbeitgeber insbesondere die gesetzlichen, satzungsgemäßen und kollektivvertraglichen Bestimmungen sowie jene der Arbeitsverfassung und des Arbeitnehmerschutzes einhalten wird, ist eine Prognoseentscheidung (vgl VwGH 21.1.1994, 93/09/0406; VwGH 6.6.2001, 98/09/0016). Wenn keine Verstöße gegen die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften der rG des AMS bekannt sind, so kann die Erfüllung dieser Voraussetzungen als erfüllt angesehen werden.

⁴⁷⁸ „§ 4 Abs 3 Z 7 normiert, unter welchen aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden darf. Die Bestimmungen soll im Wesentlichen sicherstellen, dass der Arbeitgeber bereits über ein seiner Beschäftigung entsprechendes Aufenthaltsrecht verfügt, bevor die beantragte Beschäftigungsbewilligung erteilt wird“ (Deutsch ua, Ausländerbeschäftigungsrecht Erl § 4, 79). Auch bei einer zulässigen Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung muss sichergestellt sein, dass ein entsprechender Aufenthaltstitel vorliegt.

⁴⁷⁹ Bei dieser Ziffer handelt es sich um Gründe, die in der Person des Ausländers liegen. Ziffer 10 nennt demonstrativ nur einen Grund. Weitere wichtige Gründe wären zB Verstöße gegen die Einreise- und Aufenthaltsvorschriften, schwere oder wiederholte Straftaten iSd StGB.

- die Beschäftigung, soweit im AuslBG nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat;⁴⁸⁰
- der Arbeitgeber während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht trotz Ablehnung eines Antrages oder ohne einen Antrag auf Beschäftigungsbewilligung eingebracht zu haben, wiederholt Ausländer beschäftigt hat;⁴⁸¹
- ältere Arbeitnehmer, die das 50. Lebensjahr vollendet haben, nicht innerhalb von sechs Monaten vor oder im Zuge der Antragstellung gekündigt wurden.⁴⁸²

Weiters muss die ausländische Arbeitskraft aus Drittstaaten über eine Aufenthaltserlaubnis verfügen, die die Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gestattet.⁴⁸³

5. Resümee

Das Ersatzkraftverfahren und die sonstigen Bedingungen haben somit die Funktion, den Zustrom von "neuen" ausländischen Arbeitskräften einzuschränken und eine bevorzugte Behandlung von arbeitslosen Inländern und integrierten Ausländern bei der Anstellung auf einen freien Arbeitsplatz zu gewährleisten.

Die Durchführung des Ersatzkraftverfahrens und das Vorliegen der sonstigen Bedingungen entkräften damit das Vorurteil, dass ausländische (Saison-) Arbeitskräfte den Österreichern die Arbeitsplätze wegnehmen. Wie die Ersatzkraftverfahren verdeutlichen, lassen sich in Wirklichkeit für die

⁴⁸⁰ Dieser Tatbestand ist erfüllt, wenn die ausländische Arbeitskraft vor der Entscheidung über den Antrag auf Beschäftigungsbewilligung beim antragstellenden Arbeitgeber die Tätigkeit aufgenommen hat, ohne dass eine Ausnahme nach dem AuslBG einschlägig ist.

⁴⁸¹ Demnach ist es nicht erforderlich, dass bereits rechtskräftige Verurteilungen wegen wiederholter unerlaubter Beschäftigung von Ausländern vorliegen müssen. Die rG des AMS kann selbständig das Vorliegen des Versagungsgrundes beurteilen. Nach der Judikatur ist dann von einer wiederholten ungenehmigten Beschäftigung auszugehen, wenn der Arbeitgeber innerhalb der letzten zwölf Monate zweimal Ausländer unerlaubt beschäftigt hat (vgl. VwGH 18.3.1993, 92/09/0372).

⁴⁸² Diesbezüglich wird schon im Antrag auf Kontingentbewilligung vom Arbeitgeber eine Erklärung (hinsichtlich Kündigung älterer Arbeitskräfte mit "ja" oder "nein") abverlangt.

⁴⁸³ Siehe Seite 184.

erforderlichen Tätigkeiten vielfach keine inländischen Arbeitskräfte mehr finden, oder sie sind für die Tätigkeit ungeeignet und nicht bereit, einen Job in der Land- und Forstwirtschaft oder in der Tourismusbranche anzunehmen.

B. Erteilung der Kontingentbewilligung nach § 5 AuslBG

Konnte keine Ersatzkraft vermittelt werden oder fiel das Ersatzkraftverfahren negativ aus und wurden die sonstigen Bedingungen von der regionalen Geschäftsstelle des AMS als gegeben angesehen, so hat der Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der festgelegten Kontingente.⁴⁸⁴ Solange also die Kontingentzahlen nicht ausgeschöpft sind, ist dem Antragsteller eine Beschäftigungsbewilligung (Saisonbewilligung) für die beantragte ausländische Arbeitskraft auszustellen. Die Tätigkeit der ausländischen Arbeitskraft muss dann innerhalb von **sechs Wochen** aufgenommen werden. Auf Grund der in den Beitrittsverträgen enthaltenen Gemeinschaftspräferenz sind auch bei der Erteilung von Saisonbewilligungen bzw Erntehelferbewilligungen die "neuen" EU-Bürger gegenüber Drittstaatsangehörigen, mit oder ohne Sichtvermerkspflicht, während den Übergangsbestimmungen zu bevorzugen. Die Bevorzugung der "neuen" EU-Bürger ist nicht nur ausdrücklich im § 5 Abs 3 AuslBG und in den jeweiligen Saisonverordnungen normiert, zusätzlich hat der damalige BMWA die regionalen Geschäftsstellen des AMS mittels Erlass angewiesen, dass:

- Beschäftigungsbewilligungen für "neue" EU-Bürger, unabhängig vom Zeitpunkt der Antragstellung des Arbeitgebers, jedenfalls vorrangig zu erteilen sind;
- Bei Vorhandensein von freien Kontingentplätzen dürfen Beschäftigungsbewilligungen für Drittstaatsangehörige (zB Kroaten, Bosnier, Serben, Albaner, Ukrainer, Russen) in der Land- und Forstwirtschaft bis zu maximal sechs Monaten erteilt werden, wenn der Drittstaats-Saisonier in den vergangenen fünf Jahren mindestens zwei Mal im Rahmen eines landwirtschaftlichen Saisonkontingentes beschäftigt war (sog "drittstaatsangehörige Stammarbeitskräfte").

Für die Fremdenverkehrsverordnungen gilt, dass Beschäftigungsbewilligungen für Drittstaatsangehörige bis zu einer

⁴⁸⁴ Vgl VwGH 20.11.2008, 2006/09/0221.

Dauer von 24 bzw 25 Wochen erteilt werden dürfen, wenn der drittstaatsangehörige Saisonier schon mehrmals beim selben Arbeitgeber mit Saisonbewilligungen beschäftigt gewesen ist.

- Für drittstaatsangehörige Saisoniers, die keine Stammarbeitskräfte sind bzw noch nie in Österreich im Rahmen eines Kontingentes beschäftigt waren, dürfen nur dann Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden, wenn sich für die Tätigkeit weder inländische oder integrierte ausländische Arbeitskräfte, noch Saisoniers aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten finden, und besondere Produktionsbedingungen des Betriebes sowie die Dringlichkeit der durchzuführenden Arbeiten eine rasche Besetzung der Saisonstelle erfordern;
- Betriebe, die neue EU-Bürger beschäftigen oder vom AMS vermittelte Arbeitskräfte einstellen, sind gegenüber Betrieben, die überwiegend oder ausschließlich Drittstaatsangehörige beschäftigen wollen, bei der Erteilung der Kontingentbewilligung zu bevorzugen.

Die Einhaltung dieser Vorgangsweise durch die Geschäftsstellen des AMS bewirkt während der Übergangsfristen eine vorgesehene und gewollte Bevorzugung von Arbeitskräften aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten. Dies führt – trotz Übergangsfristen – zu einer erleichternden Beschäftigungsaufnahme von "neuen" EU-Bürgern gegenüber Drittstaatsangehörigen mit oder ohne Sichtvermerkspflicht. So werden zB, wenn nur noch wenige Plätze im Saisonkontingent vorhanden sind, nur mehr Bewilligungen für "neue" EU-Bürger erteilt, nicht jedoch für Drittstaatsangehörige, mögen sie auch zeitlich früher beantragt worden sein.

Der österreichische Arbeitgeber erspart sich durch die Beschäftigung von Saisoniers/Erntehelfer aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten das langwierige Vorverfahren (Unbedenklichkeitsbescheinigung, Sicherheitsbescheinigung). Denn bis drittstaatsangehörige Saisoniers/Erntehelfer nach Österreich einreisen dürfen und der Arbeitgeber die Beschäftigungsbewilligung erteilt bekommt, vergehen bis zum tatsächlichen Arbeitseinsatz einige Wochen, um die aber die Beschäftigungsbewilligung nicht verlängert wird. Daher ist es nicht

verwunderlich, dass im Jahr 2008 **19.573** "neue" EU-Bürger als Erntehelfer und **28.721** "neue" EU-Bürger als Landwirtschaftssaisonier in Österreich tätig waren. In der Sommersaison 2009 waren **2.639** Saisoniers, in der Wintersaison 2008/09 **5.794** Saisoniers aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten in Österreich beschäftigt⁴⁸⁵.

Obwohl einige Stimmen aus der Tourismuswirtschaft und der Land- und Forstwirtschaft eine Abschaffung der Übergangsfristen bzw die nicht Verlängerung der Übergangsfristen nach dem 30. April 2009 forderten, gab es aber auch (vorgehaltene) Stimmen aus diesen Branchen, die für die Beibehaltung der Übergangsfrist eintraten.⁴⁸⁶

Der Grund dafür ist, dass durch die Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit die "neuen" EU-Bürger nicht so leicht eine Beschäftigungsbewilligung für andere Branchen, außer den Bereichen Tourismus/Gastgewerbe und Land- und Forstwirtschaft, erhalten. Somit sind sie, wenn sie ihr Geld in Österreich verdienen wollen, zwangsläufig auf Saisonarbeiten angewiesen. Auch wenn Saison- und Erntehelferjobs gerade nicht gut bezahlt sind, verdienen die osteuropäischen Arbeitskräfte noch immer mehr als zB ein Lehrer in der Slowakei. Daher ist es für einen österreichischen Arbeitgeber im Tourismus und in der Land- und Forstwirtschaft leichter, geeignete willige Arbeitskräfte zu bekommen, die sich auch mit den Lohnbedingungen zufriedengeben. Gebe es keine Übergangsfristen, so könnten sich die "neuen" EU-Bürger um jeden anderen beliebigen Job bewerben, der noch besser bezahlt ist als jene in der Tourismusbranche oder in der Land- und Forstwirtschaft.

⁴⁸⁵ Quelle: Auskunft des Arbeitsmarktservice.

⁴⁸⁶ Gemäß den Übergangsbestimmungen in den Beitrittsverträgen können die Übergangsfristen für die letzten zwei Jahre (3. Phase) nur dann beibehalten werden, wenn der Mitgliedstaat eine schwerwiegende Störung oder Bedrohung des heimischen Arbeitsmarktes nachweisen kann. Siehe dazu Seite 101 f.

V. Teil: Geltungsbereich und Geltungsdauer von Beschäftigungsbewilligungen sowie Auflagen und Widerruf

1. Abschnitt: Geltungsbereich, § 6 AuslBG

Sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente erfüllt, so stellt die rG des AMS die Beschäftigungsbewilligung für den beantragten Arbeitsplatz aus. Eine Beschäftigungsbewilligung wird nämlich nur für einen Arbeitsplatz ausgestellt. Daher gestattet die Kontingentbewilligung die Beschäftigung des Ausländers nur auf einen bestimmten Arbeitsplatz des eigenen Betriebes. Dabei ist der Arbeitsplatz beruflich, durch die konkrete berufliche Tätigkeit, fachlich, durch den Betrieb selbst, und örtlich bestimmt. *„Die berufliche und die örtliche Komponente sind deshalb entscheidend, weil der Arbeitsmarkt de facto kein einheitlicher Markt ist, sondern sich in viele beruflich und örtlich bestimmte Teilarbeitsmärkte gliedert, deren Lage und Entwicklung gemäß § 4 Abs 1 oder 2 zu beurteilen ist, bevor eine Beschäftigungsbewilligung erteilt werden kann. [...] Die örtliche Abgrenzung der Beschäftigungsbewilligung ist eine zweifache. Sie bezieht sich einerseits auf den Arbeitsplatz innerhalb des Betriebes, andererseits auf den politischen Bezirk, in dem der Beschäftigungsort liegt.“*⁴⁸⁷ Denn die ausgestellte Bewilligung gilt nur für denjenigen politischen Bezirk, in dem sich der Beschäftigungsort befindet⁴⁸⁸. Die Beschäftigungsbewilligung kann aber bei wechselndem Beschäftigungsort, unter Bedachtnahme auf die Lage und Entwicklung der in Betracht kommenden Teilarbeitsmärkte, auf mehrere Betriebe eines Arbeitgebers, auf mehrere politische Bezirke, auf ein

⁴⁸⁷ Deutsch ua, Ausländerbeschäftigungsrecht Erl § 6, 248.

⁴⁸⁸ Nach dem Beschäftigungsort richtet sich auch die örtliche Zuständigkeit der rG des AMS (vgl § 19 Abs 1 AuslBG).

Bundesland, auf mehrere Bundesländer oder auf das gesamte Bundesgebiet ausgeweitet werden. Wenn der Einsatz des ausländischen Saisoniers bzw Erntehelfers an wechselnden Arbeitsorten, in mehreren Bundesländern oder im gesamten Bundesgebiet geplant ist, so soll bereits im Antrag auf Erteilung der Kontingentbewilligung darauf hingewiesen werden, damit der Geltungsbereich der Bewilligung bereits bei der Erteilung dementsprechend ausgedehnt werden kann. Stellt sich erst nach Erteilung der Kontingentbewilligung heraus, dass der Ausländer nicht auf einem Arbeitsplatz beschäftigt werden soll, so kann auch im Nachhinein ein "Antrag auf Gebietserweiterung" gestellt werden.

Da es sich beim Antrag auf Gebietserweiterung um eine geringfügige Änderung des Inhalts der Bewilligung handelt, kann eine vereinfachte Antragsprüfung nach § 19 Abs 8 iVm § 6 Abs 3 AuslBG durchgeführt werden. Dabei beschränkt sich die Prüfung auf jene Voraussetzungen, die sich geändert haben. So werden vor der Zustimmung zur Erweiterung des Geltungsbereiches die arbeitsmarktpolitischen Voraussetzungen von der regionalen Geschäftsstelle oder Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice, die von der Erweiterung betroffen sind, geprüft. Auf Grund der sehr strengen örtlichen Begrenzung der Kontingentbewilligung ist aber von einer Erweiterung des örtlichen Geltungsbereiches nur dann Gebrauch zu machen, wenn betriebsnotwendige Gründe vorliegen, die eine Beschäftigung in mehreren Betrieben eines Arbeitgebers innerhalb oder außerhalb eines politischen Bezirks erfordert.

A. Änderung des Geltungsbereiches

Auch wenn die Beschäftigungsbewilligung der Saisonarbeitskraft strikt an den bestimmten Arbeitsplatz gebunden ist, ist ein Arbeitsplatzwechsel, gleichgültig aus welchen Gründen, dennoch nicht ganz ausgeschlossen. Wenn der ausländische Saisonier oder Erntehelfer den Arbeitsplatz wechselt und dadurch der Arbeitsplatz nicht mehr mit dem in der Kontingentbewilligung übereinstimmt, muss für die ausländische Arbeitskraft eine *neue* Kontingentbewilligung angesucht werden, widrigenfalls eine unerlaubte Beschäftigung vorliegt. Kommt

es zu einer Änderung des Geltungsbereiches, weil die ausländische Saisonkraft auf einen anderen Arbeitsplatz im Betrieb eines anderen Unternehmens gewechselt hat, so ist die Beschäftigung des Ausländers ohne neue Kontingentbewilligung nur im Rahmen einer kurzfristigen Nachbarschaftshilfe möglich. Gemäß § 6 Abs 2 AuslBG ist eine neue Bewilligung nicht erforderlich, wenn die Saison-, Erntehelferarbeitskraft nicht länger als eine Woche auf einem anderen Arbeitsplatz beschäftigt wird. So kann zB ein Landwirt einem anderen Landwirt kurzfristig (nicht länger als eine Woche) seine ausländische Saisonarbeitskraft im Rahmen der Nachbarschaftshilfe überlassen. Dauert also die Nachbarschaftshilfe weniger als eine Woche, muss um keine neuerliche Bewilligung angesucht werden.

Wenn zwar eine Nachbarschaftshilfe vorliegt, die aber länger als eine Woche dauert, so muss nach § 19 Abs 2 AuslBG der "neue" Arbeitgeber spätestens vor Ablauf der Wochenfrist eine "neue" Kontingentbewilligung beantragen⁴⁸⁹.

⁴⁸⁹ Bei einem Wechsel des Arbeitgebers, erlischt die Kontingentbewilligung des "ersten" Arbeitgebers nicht "automatisch", wenn der ausländische Saisonier weiter sozialversichert ist. Sie erlischt nur, wenn der Arbeitgeber das Ende des Dienstverhältnisses dem AMS mitteilt oder mit Zeitablauf.

2. Abschnitt: Maximale Geltungsdauer von Kontingentbewilligungen

Erteilt nun das zuständige AMS eine Kontingentbewilligung, so wird sie grundsätzlich für die beantragte Beschäftigungsdauer ausgestellt. Sie kann jedoch auch den beantragten Zeitraum bescheidmäßig limitieren, denn die Kontingentbewilligung darf nur für die erforderliche Dauer des benötigten Arbeitseinsatzes zur Abdeckung eines vorübergehenden zusätzlichen Arbeitskräftebedarfs erteilt werden⁴⁹⁰. Die beabsichtigte Dauer der Beschäftigung muss dabei in den objektiven betrieblichen Rahmenbedingungen Deckung finden. Weiters hat das AMS zu beachten, dass für die gewünschte Beschäftigungsdauer noch Kontingentplätze vorhanden sind.

Bei Beschäftigungsbewilligungen, die im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 AuslBG erteilt werden, ist weiters zu beachten, dass sie weder die maximale Geltungsdauer nach § 5 Abs 3, 3a und Abs 4 AuslBG, noch die in der jeweiligen Kontingentverordnung festgelegte Geltungsdauer überschreiten⁴⁹¹. Die jeweiligen Kontingentverordnungen können auch eine kürzere Geltungsdauer als jene nach § 5 Abs 3, 3a und Abs 4 AuslBG festlegen.

A. Geltungsdauer nach § 5 AuslBG:

Die maximale Geltungsdauer einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen von Kontingenten für befristet beschäftigte Arbeitskräfte (Saisoniers) ist gemäß § 5 Abs 3 AuslBG grundsätzlich mit höchstens **sechs Monaten** begrenzt. § 5 Abs 3 AuslBG sieht jedoch auch vor, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (derzeit der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz) durch Verordnung eine Verlängerung um höchstens sechs Monate einräumen kann, wenn der Arbeitskräftebedarf des Arbeitgebers weiter besteht und nicht anderweitig abgedeckt werden kann. Sieht die

⁴⁹⁰ Vgl § 7 Abs 2 AuslBG.

⁴⁹¹ Vgl § 7 Abs 3 AuslBG.

Verordnung eine solche Verlängerung vor, so darf die Beschäftigungsbewilligung zunächst nur für sechs Monate erteilt werden.

Von der grundsätzlichen Höchstdauer von sechs Monaten besteht seit dem 1. Jänner 2008 für Saisoniers aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten eine Ausnahme. Gemäß § 5 Abs 3 letzter Satz, können *„für Ausländer, die schon in vorangegangenen drei Jahren jeweils im Rahmen eines Kontingents gemäß Abs 1 Z 1 [Anm: gemeint sind Saisonierkontingente] im Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft beschäftigt waren und den Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen (§ 32a), [...] in diesem Wirtschaftszweig Beschäftigungsbewilligungen von vornherein bis zu einer Gesamtdauer von **neun Monaten** erteilt werden“*.

Fürs Jahr 2010 bedeutet dies, dass Saisoniers aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten, die in den drei Kalenderjahren 2007, 2008 und 2009 in Österreich im Rahmen eines landwirtschaftlichen Kontingents beschäftigt waren, von vornherein eine Bewilligung von neun Monaten bzw mehrere Bewilligungen in der Gesamtdauer von insgesamt 9 Monaten erteilt werden kann (können). Beschäftigungszeiten als Erntehelfer in den drei oben erwähnten Kalenderjahren zählen jedoch nicht dazu.

Damit ist im Tourismus die maximale Dauer der tatsächlichen Beschäftigung für ausländische Saisonarbeiter mit **sechs Monaten**, im Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft mit **sechs** bzw für "Saisonstammarbeiter" aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten mit **neun Monaten** begrenzt.

Gemäß § 5 Abs 3a AuslBG beträgt die Geltungsdauer von Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen von Erntehelferkontingenten für einen ausländischen Erntehelfer maximal **sechs Wochen**. Eine Verlängerungsmöglichkeit durch den BMASK ist nicht vorgesehen.

Für Ausländer, die über einen Aufenthaltstitel zum Zweck des Studiums oder einer Schulausbildung verfügen, dürfen gemäß § 5 Abs 5 AuslBG Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen von Saison- oder

Erntehelferkontingenten nur für eine Gesamtdauer von höchstens **drei Monaten pro Kalenderjahr** erteilt werden.

Bezüglich Geltungsdauer ist auch die **"14/12-Regelung"** gemäß § 5 Abs 4 AuslBG zu beachten. Demnach dürfen für ein und denselben Ausländer Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen von Kontingenten (als Saisonier in der Landwirtschaft und im Fremdenverkehr, als Erntehelfer) nur für eine Geltungsdauer von **zwölf Monaten innerhalb von 14 Monaten** erteilt werden. Damit soll sichergestellt werden, dass ein Ausländer, der zB bei verschiedenen Arbeitgebern als Saisonier (einmal in der Landwirtschaft, einmal im Tourismus) beschäftigt war, insgesamt nicht länger als 12 Monate innerhalb von 14 Monaten beschäftigt wird.

Um dies sicherzustellen, prüft das AMS, anlässlich eines neuen Antrages auf Beschäftigungsbewilligung im Rahmen von § 5-Kontingenten, ob ein Beschäftigungsausmaß von mehr als 12 Monate innerhalb von 14 Monaten vorliegt. In der 14-monatigen Rahmenfrist sind dabei alle Beschäftigungszeiten im Rahmen von Kontingenten, einschließlich solcher als Erntehelfer, zu berücksichtigen. Für die Prüfung des Beschäftigungsausmaßes bedarf es daher sowohl eines Rückblicks als auch einer Vorschau, da bei der rückwirkenden Prüfung des 14-monatigen Zeitraumes vom Ende der gewünschten Laufzeit der neu beantragten Bewilligung auszugehen ist. Würde nun die neu beantragte Bewilligung die maximal zulässige Laufzeit überschreiten, so erteilt das AMS folglich nur eine Bewilligung mit entsprechend kürzerer Laufzeit.

Beispiel:

Eine Person aus einem "neuen" EU-Mitgliedstaat war zunächst als Saisonier im Rahmen eines Wintertourismus-Kontingents von Mitte November 2008 bis zum 30. April 2009 beschäftigt. Gleich anschließend möchte er von Mai 2009 für sieben Monate als Saisonier im Rahmen eines landwirtschaftlichen Kontingents arbeiten. Das Ende der gewünschten Laufzeit dieser Kontingentbewilligung wäre demnach Ende November 2009. Innerhalb der 14 Monate, also von Ende November 2009 bis Ende September 2008, würde eine Beschäftigungszeit von einer Gesamtdauer von 13 Monaten vorliegen. Gemäß § 5 Abs 4 AuslBG ist die

Beschäftigungsbewilligung nicht für sieben, sondern höchstens für sechs Monate (bis Ende Oktober 2009) zu erteilen.

In diesem Fall würde die Gesamtdauer der Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen von Kontingenten 12 Monate betragen und ein durchgehendes Beschäftigungsverhältnis von 12 Monaten vorliegen. Auf Grund der ununterbrochenen Zulassung zum Arbeitsmarkt von mindestens zwölf Monaten würde der "neue" EU-Bürger gemäß § 32a Abs 2 Z 1 AuslBG freien Zugang zum Arbeitsmarkt erhalten. Da Bürger aus den "neuen" EU-Mitgliedstaat die Freizügigkeit bei einer durchgehenden Dauer des Beschäftigungsverhältnisses von 12 Monaten während den Übergangsfristen nicht erreichen sollen, wird seitens des AMS darauf geachtet, dass entsprechende Unterbrechungszeiten zwischen den Saisonbewilligungen liegen oder dass die Beschäftigungsbewilligungen auf alle Fälle für einen kürzeren Zeitraum als 12 Monate erteilt werden. Im genannten Beispiel wäre die Kontingentbewilligung für die Land- und Forstwirtschaft dann nur für fünf Monate zu erteilen.

Seitens des Arbeitgebers ist bei der Beantragung der Kontingentbewilligung daher stets zu beachten, dass ausreichend lange Unterbrechungen zwischen den Beschäftigungszeiten vorliegen, damit der maximal zulässige Beschäftigungszeitraum von 12 Monaten innerhalb von 14 Monaten nicht überschritten wird und dass bei Bürgern aus den "neuen" EU-Mitgliedstaat – solange die Übergangsfristen gelten – kein ununterbrochenes Beschäftigungsverhältnis vom mindestens zwölf Monaten vorliegt. Das Problem dabei ist, dass für einen Arbeitgeber die Beschäftigungszeiten, die die Saisonarbeitskraft zuvor bei einem anderen Arbeitgeber zurückgelegt hat, nicht im Vorhinein feststellbar sind. Der "neue" Arbeitgeber erfährt dies grundsätzlich frühestens anlässlich der Beantragung beim AMS.

B. Geltungsdauer nach den Kontingentverordnungen:

Wie schon im IV. Teil, 1. Abschnitt, Punkt 2, ausgeführt, beträgt die Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung im Rahmen

- der Kontingentverordnung für den Sommertourismus **25 Wochen**, wobei die Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung nicht nach dem 31. Oktober enden darf,
- der Kontingentverordnung für den Wintertourismus **24 bzw 25 Wochen**, wobei die Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung nicht nach dem 15. Mai bzw Mitte April enden darf,
- der Kontingentverordnung für die Land- und Forstwirtschaft **6 Monate** bzw für neue EU-Bürger, die den Übergangsbestimmungen unterliegen, und in den vorangegangenen drei Jahren auf Grund eines Saisonkontingentes in der Land- und Forstwirtschaft tätig waren, bis zu einer Gesamtdauer von **neun Monaten**, wobei die Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung nicht nach dem 31. Dezember enden darf,
- der Kontingentverordnung für Erntehelfer **6 Wochen**, wobei die Geltungsdauer nicht nach dem 30. November enden darf.

Eine Verlängerungsmöglichkeit der Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligungen ist in den jeweiligen Verordnungen derzeit nicht vorgesehen. Der BMASK kann jedoch auch nachträglich eine Verlängerung der Kontingentbewilligungen einräumen. So wurde auf Grund der guten und lang andauernden Schneelage in der Wintersaison 2003/04 vom damaligen zuständigen BMWA am 1. April 2004 verordnet, dass Beschäftigungsbewilligungen, die auf Grund der Verordnungen des BMWA für die befristete Beschäftigung von Ausländern im Wintertourismus, BGBl II 203/516 und 2003/533, erteilt wurden, bis zu einer Gesamtdauer von 26 Wochen verlängert werden dürfen, sofern der Arbeitskräftebedarf des Arbeitgebers weiter besteht und nicht anderweitig abgedeckt werden kann (anstatt – wie in den ersten Verordnungen vorgesehen – bis zu einer maximalen Gesamtdauer von bis zu 24 Wochen).

Die Fristen beginnen mit der Ausstellung der Beschäftigungsbewilligung zu laufen. Das ist jener Tag, an dem die Bewilligung genehmigt (approbiert) wird. Daher ist die Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente unverzüglich nach der Approbation dem Arbeitgeber (Antragsteller) zuzustellen. Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen des Kontingents für Erntehelfer werden dabei im Reisedokument des Ausländers vom AMS ersichtlich gemacht (vgl § 5 Abs 6 AuslBG).

Somit bleibt die gesetzliche Regelung aufrecht, dass die Kontingentbewilligungen für Saisoniers die Geltungsdauer von sechs Monaten bzw neuen Monaten nicht überschreiten dürfen. Bei den Erntehelfern bleibt es immer bei den sechs Wochen, weil, mangels einer entsprechenden Verordnungsermächtigung, Erntehelferbewilligungen nicht verlängert werden können.

„Weder aus dem Umstand, dass die Höchstzahl an Beschäftigungsbewilligungen für den Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft mit zwei Verordnungen zahlenmäßig festgelegt wird, noch aus der Tatsache, dass für einen ausländischen Saisonarbeiter die Beschäftigungsbewilligung mit zwei Bescheiden mit einer Geltungsdauer von jeweils drei Monaten erteilt wurde, kann abgeleitet werden, dass der betreffende Ausländer länger als sechs Monate als Saisonarbeitskraft hätte beschäftigt werden dürfen.“⁴⁹²

⁴⁹² VwGH am 18.04.2002, 99/09/0259.

1. Verlängerungsanträge

Verlängerungsanträge gibt es derzeit nur in jenen Fällen, in denen die höchstmögliche Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente nicht überschritten wird. Besteht also für den Arbeitgeber weiterhin ein Arbeitskräftebedarf, der nicht anderweitig abdeckt werden kann, so kann er einen Verlängerungsantrag für den verbleibenden Zeitraum zu den 25 bzw 24 Wochen sowie zu den 6 bzw 9 Monaten stellen. Auch bei diesem Antrag auf Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung wird die ausländische Arbeitskraft auf das jeweilige Kontingent, soweit ein Kontingentplatz noch überhaupt vorhanden ist, angerechnet. Ein Ersatzkraftverfahren wird jedoch keines mehr durchgeführt. Da § 5 Abs 3 Z 1 AuslBG eine gesetzliche Höchstdauer der Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung vorsieht, sind Verlängerungsanträge von vornherein unzulässig.

Weil es sich um eine Verlängerung einer Berechtigung iSd § 19 Abs 8 AuslBG handelt, wird nur eine **vereinfachte Antragsprüfung** durchgeführt. Um aber eine ordnungsgemäße Prüfung durchführen zu können, ist der Verlängerungsantrag möglichst vier Wochen vor Ablauf der jeweiligen Geltungsdauer, spätestens aber vor Ablauf derselben, einzubringen. Bis zur rechtskräftigen Entscheidung (gegebenenfalls der zweiten Instanz) über den Verlängerungsantrag gilt die erste Bewilligung als verlängert, soweit der Verlängerungsantrag vor Ablauf der Beschäftigungsbewilligung eingebracht wurde (vgl § 7 Abs 7 AuslBG).⁴⁹³ Unverbrauchte Resttage der ersten Bewilligung verlängern aber nicht die Geltungsdauer einer weiteren Bewilligung. *„§ 7 Abs 7 AuslBG knüpft damit an die Fiktion der Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung ganz allgemein daran, dass vor Ablauf der Beschäftigungsbewilligung ein Antrag auf deren Verlängerung eingebracht wurde. Mangels Einschränkung auf bestimmte Beschäftigungsbewilligungen ist § 7 Abs 7 AuslBG auch auf Kontingentbewilligungen anzuwenden. Jedoch kann bei Kontingentbewilligungen die Verlängerung nicht weiter reichen als die in der jeweiligen Kontingentverordnung festgelegte Geltungsdauer. Da gemäß*

⁴⁹³ Vgl VwGH 22.3.1993, 93/09/0003.

*§ 7 Abs 3 AuslBG Beschäftigungsbewilligungen, die im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 AuslBG erteilt werden, die in der jeweiligen Verordnung festgelegte Geltungsdauer nicht überschreiten dürfen, ist dann 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 eine neue Bewilligung, für welche § 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.*⁴⁹⁴

Wird die vorgesehene Geltungsdauer durch die Verlängerung zwar nicht überschritten, liegen aber die Voraussetzungen für eine Verlängerung nicht vor, weil zB kein Kontingentplatz mehr vorhanden ist, so wird dem Arbeitgeber in Bescheidform die Ablehnung des Verlängerungsantrages zugestellt. Ab dem Zeitpunkt des Ablehnungsbescheides, spätestens bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist, darf die Saisonarbeitskraft nicht mehr weiterbeschäftigt werden.

Die Regelung des § 7 Abs 8 AuslBG, nach der der Arbeitgeber verpflichtet ist, bei Ablehnung des Verlängerungsantrages das Dienstverhältnis zum nächstmöglichen Kündigungstermin unter Einhaltung der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Kündigungsfristen zu beenden, ist auf Kontingentbewilligungen nicht anzuwenden. § 7 Abs 8 AuslBG gilt nicht für Arbeitsverhältnisse, „deren Befristung mit dem Ablauf der Beschäftigungsbewilligung zusammenfällt, weil befristete Arbeitsverhältnisse mit Ablauf der Befristung enden und zur Beendigung keiner Kündigung bedürfen. Vertragliche Kündigungsbeschränkungen oder -fristen, die über das gesetzliche oder kollektivvertragliche Maß hinausgehen, sind nicht zu berücksichtigen.“⁴⁹⁵ Legt der Arbeitgeber aber rechtzeitig Berufung gegen den ablehnenden Verlängerungsantrag der ersten Instanz ein, so darf er die ausländische Arbeitskraft bis zur Zustellung des Berufungsbescheides rechtmäßig weiterbeschäftigen – auch wenn keine gültige

⁴⁹⁴ VwGH 22.02.2007, 2005/09/0096.

⁴⁹⁵ Deutsch ua, Ausländerbeschäftigungsrecht Erl § 7.

Kontingentbewilligung mehr vorliegt –, soweit die in der jeweiligen Verordnung festgelegte Geltungsdauer nicht überschritten wird.⁴⁹⁶

Wird der Verlängerungsantrag jedoch verspätet bei der rG des AMS eingebracht, wobei der Postenlauf nicht zu Lasten des Antragstellers geht, darf die ausländische Arbeitskraft nach Ablauf der Bewilligungsdauer nicht mehr weiterbeschäftigt werden. Wird die ausländische Arbeitskraft ohne Bewilligung weiterbeschäftigt, so ist dies nach § 4 Abs 3 Z 11 AuslBG ein zwingender Grund für die Versagung der Beschäftigungsbewilligung. Ein verspätet gestellter Antrag auf Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung ist abzuweisen.⁴⁹⁷ Wird der nicht rechtzeitig eingebrachte Antrag abgewiesen, so ist gegen den negativen Bescheid eine Berufung zulässig, jedoch kommt der Berufung keine aufschiebende Wirkung zu.

In der Land- und Forstwirtschaft besteht auch die Möglichkeit, dass die ausländische Arbeitskraft zuerst als Saisonarbeitskraft, im Rahmen eines Saisonkontingentes, zB für 9 Monate beschäftigt wird und dann noch als Erntehelfer, im Rahmen des Erntehelferkontingentes, für weitere sechs Wochen. Der Bewilligungszeitraum eines Arbeitgebers für denselben Arbeitnehmer beträgt daher derzeit maximal 10,5 Monate (9 Monate als Saisonier und 6 Wochen als Erntehelfer). Wenn die erste Kontingentbewilligung ausläuft, muss der Arbeitgeber rechtzeitig einen neuen Antrag auf eine Kontingentbewilligung für einen Erntehelfer nach § 5 Abs 1 Z 2 AuslBG stellen. Auch hier wird wiederum vom AMS geprüft, ob das Erntehelferkontingent noch nicht ausgeschöpft ist.

Zulässig wäre natürlich auch, dass die ausländische Saisonarbeitskraft zuerst im Rahmen eines Saisonierkontingents im Tourismus für maximal 24 Wochen

⁴⁹⁶ Bei einem rechtzeitig gestellten Verlängerungsantrag kommt auf Grund der besonderen und abschließenden Regelung des § 7 Abs 7 und 8 AuslBG die Anwendung des § 20b AuslBG nicht in Betracht. Ein rechtzeitig gestellter Verlängerungsantrag erweitert nämlich (ohne Rücksicht auf die Einhaltung der Entscheidungsfrist durch die Behörde) jedenfalls die Geltungsdauer der alten befristet erteilten Beschäftigungsbewilligung (über den im Bewilligungsbescheid festgelegten Zeitpunkt hinaus) bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Verlängerungsantrag (vgl VwGH 22.3.1993, AW 93/09/0003).

⁴⁹⁷ VwGH 6.9.2007, 2005/09/0158 und 2005/09/0159.

arbeitet und anschließend im Rahmen des Saisonierkontingentes für die Land- und Forstwirtschaft.

2. Beendigung der Kontingentbewilligung

Die Kontingentbewilligung erlischt mit Ablauf des Zeitraumes, für den sie erteilt wurde, oder

- wenn die bewilligte Beschäftigung nicht innerhalb von sechs Wochen nach Beginn der Laufzeit der Bewilligung (= Zeitpunkt der Ausstellung) aufgenommen wird (vgl § 7 Abs 6 Z 1 AuslBG) oder
- wenn das Dienstverhältnis mit der ausländischen Arbeitskraft vorzeitig beendet wird und das Ende des Dienstverhältnisses der rG des AMS mitteilt.

Dabei ist ein behördlicher Akt, in dem das Erlöschen der Bewilligung festgestellt wird, nicht erforderlich. Bei einer vorzeitigen Beendigung des Dienstverhältnisses ist es nicht erlaubt, für die restliche Laufzeit der Kontingentbewilligung einen anderen als den beantragten Ausländer zu beschäftigen. Krankheit oder andere kurzfristige Unterbrechungen beenden das Beschäftigungsverhältnis und somit die Laufzeit der Bewilligung nicht.

3. Abschnitt: Auflagen, Widerruf

*„Unter einer Auflage versteht man eine Pflichten begründende Nebenbestimmung eines begünstigenden Bescheides (Beschäftigungsbewilligung), wobei die Pflicht auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sein kann. Der Verwaltungsakt wird durch die Auflage weder nach seinem Inhalt noch nach seinem Umfang eingeschränkt. Er wird also – zunächst ohne Rücksicht auf die Erfüllung der Auflage – rechtswirksam.“*⁴⁹⁸ Eine Auflage setzt also ein Tun, Dulden oder Unterlassen fest. So ist nach § 8 Abs 1 AuslBG die Beschäftigungsbewilligung *„mit der Auflage zu verbinden, dass der Ausländer nicht zu schlechteren Lohn- und Arbeitsbedingungen beschäftigt werden darf, als sie für die Mehrzahl der bezüglich der Leistung und Qualifikation vergleichbaren inländischen Arbeitnehmer des Betriebes gelten“*⁴⁹⁹. Die Lohn- und Arbeitsbedingungen stellen damit auf die tatsächlichen Verhältnisse ab, wenn die Lohn- und Arbeitsbedingungen besser als die gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Mindestanforderungen sind. Dabei ist der Begriff "Arbeitsbedingungen" weitläufig zu verstehen, er erfasst nicht nur die Hauptleistungen aus dem Arbeitsverhältnis, sondern jede Frage, die die Stellung der ausländischen Arbeitskraft im Betrieb betrifft.

Mit einer erstmaligen Bewilligung können auch weitere Auflagen, insbesondere im Hinblick auf die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes, verbunden werden. So zB ist, zur Erhaltung der Arbeitsplätze von inländischen Arbeitnehmern, die Beschäftigungsbewilligung mit der Auflage zu verbinden, dass bei einer Verringerung der Arbeitsplätze die Arbeitsverhältnisse der Ausländer vor jenen der Inländer zu lösen sind.⁵⁰⁰

Wird eine Auflage verletzt bzw missachtet, so kann die Bewilligung während ihrer gesamten Geltungsdauer vom zuständigen AMS nach § 9 AuslBG **widerrufen** werden. Die Beschäftigungsbewilligung wird somit von vornherein

⁴⁹⁸ Deutsch ua, Ausländerbeschäftigungsgesetz Erl § 8, 262.

⁴⁹⁹ § 8 Abs 1 AuslBG.

⁵⁰⁰ Zum problematischen Verhältnis der Bestimmung des § 8 Abs 2 AuslBG zu § 105 ArbVG siehe Brodil, Kündigungsanfechtung und Ausländerbeschäftigung, ZAS 1996, 181ff.

mit einem Vorbehalt erteilt. Von einem Widerruf kann jedoch dann Abstand genommen werden, wenn die Auflage ohne Verschulden des Arbeitgebers nicht erfüllt wurde und er sich bereit erklärt, gegebenenfalls andere zweckdienliche Maßnahmen durchzuführen. Die Beschäftigungsbewilligung kann auch dann widerrufen werden, wenn sich die Voraussetzungen, unter denen sie erteilt wurde, wesentlich geändert haben oder wenn die sonstigen Bedingungen nach § 4 Abs 1, 3 und 6 nicht mehr zutreffen (vgl § 9 Abs 2 lit a).

Ein weiterer Widerrufsgrund liegt dann vor, wenn Umstände vorliegen, die eine Weitergeltung der Beschäftigungsbewilligung aus Gründen der öffentlichen Ordnung bzw des Ordnungszweckes des AuslBG nicht mehr rechtfertigen oder schwere bzw wiederholte Straftaten des Ausländers begangen wurden (vgl § 9 Abs 2 lit b). Stützt sich der Widerruf auf einen solchen persönlichen Umstand des Ausländers, so ist der Widerrufsbescheid dem Arbeitgeber und dem Ausländer nachweislich zuzustellen. Dem Ausländer kommt in einem solchen Fall Parteistellung⁵⁰¹ zu.

Von diesen Ermessensgründen im Abs 2 sind die zwingenden Widerrufsgründe im Abs 1 zu unterscheiden, bei denen die Behörde kein Ermessen hat. Nach Abs 1 ist die Befugnis vom AMS zu widerrufen, wenn der Antragsteller im Antrag über wesentliche Tatsachen wissentlich falsche Angaben macht oder Tatsachen verschweigt. *„Als wesentlich werden solche Angaben zu betrachten sein, die, sofern sie bekannt gewesen wären, eine andere Entscheidung herbeigeführt hätten. Vor allem unrichtige Angaben über Lohn- und Arbeitsbedingungen, bewilligungsrelevante Qualifikationen des Ausländers oder betriebliche Notwendigkeiten werden hier von besonderer Bedeutung sein. Angaben werden dann als wissentlich falsch zu qualifizieren sein, wenn sie vom Antragsteller wider besseres Wissen gemacht wurden. Fahrlässige Angaben des Antragstellers über die angeführten Umstände oder das fahrlässige Verschweigen von Tatsachen reichen nicht für einen Widerruf aus.“*⁵⁰²

⁵⁰¹ Damit steht dem Ausländer auch das Berufungsrecht zu.

⁵⁰² Deutsch ua, Ausländerbeschäftigungsgesetz Erl § 9, 268.

Liegt nun ein taxativ aufgezählter Widerrufsgrund nach Abs 1 oder Abs 2 vor, so ist der Widerruf vom AMS auszusprechen bzw kann er ausgesprochen werden. Dabei ist im Widerrufsbescheid – unter Berücksichtigung der Kündigungsfristen und -termine – der Wirksamkeitsbeginn des Widerrufs ausdrücklich anzuführen.

„Anders als bei der Ablehnung eines Verlängerungsantrages (siehe § 7) ist im Falle eines Widerrufs der Beschäftigungsbewilligung auch bei – für die ursprüngliche Dauer der Beschäftigungsbewilligung – befristeten Beschäftigungsverhältnissen auf die Kündigungsfristen bzw -termine sowie auf § 105 Abs 1 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl Nr 22/1974 idgF, und auf die Zustellfrist Bedacht zu nehmen, um dem Arbeitgeber die Möglichkeit zu geben, den Ausländer von der bevorstehenden Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses in Kenntnis zu setzen.“⁵⁰³ Jedoch sind vertragliche Kündigungsbeschränkungen oder -fristen, die über das gesetzliche oder kollektivvertragliche Maß hinausgehen, bei der Festsetzung des Widerrufbeginns nicht zu berücksichtigen. Der Widerruf einer Beschäftigungsbewilligung „wird somit erst zu jenem Zeitpunkt wirksam, der sich bei frühestmöglicher Kündigung durch den Arbeitgeber unter Berücksichtigung der für das jeweilige Beschäftigungsverhältnis geltenden gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Kündigungsfristen bzw –termine ergibt. Dadurch bleiben einerseits die Ansprüche des Ausländers aus dem Dienstverhältnis gewahrt und andererseits wird dem Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung des Ausländers für jenen Zeitraum ermöglicht, in dem er bei ordnungsgemäßer Kündigung noch Leistungen an den Ausländer zu erbringen hat.“⁵⁰⁴

Dem Arbeitgeber steht gegen den Widerruf der Beschäftigungsbewilligung das Rechtsmittel der Berufung zu, jedoch hat die Berufung keine aufschiebende

⁵⁰³ Deutsch ua, Ausländerbeschäftigungsgesetz Erl § 9, 269.

⁵⁰⁴ Trattner, Ausländerbeschäftigung: Auslaufen der Beschäftigungsbewilligung bzw des Befreiungsscheines, ASoK 2003, 160.

Wirkung (vgl § 20 Abs 5 AuslBG).⁵⁰⁵ Das bedeutet, dass der Bescheid, trotz eingebrachten Rechtsmittels und trotz der noch nicht eingetretenen Rechtskraft, sofort vollstreckbar ist. Daher ist eine Weiterbeschäftigung mit einer widerrufenen Berechtigung unerlaubt.

Da der Widerruf einen bedeutender Eingriff in die Beschäftigungsbewilligung und in das aufrechte Beschäftigungsverhältnis – mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Ausländer – darstellt, ist daher bei einem Widerrufverfahren ein besonders hoher Sorgfaltsmaßstab⁵⁰⁶ anzuwenden.

⁵⁰⁵ Hierbei ist zu beachten, dass nach der Judikatur des VfGH ein genereller Ausschluss der aufschiebenden Wirkung eines ordentlichen Rechtsmittels grundsätzlich im Widerspruch zum Rechtsstaatsprinzip, dh Prinzip der Gesetzesbindung und des Rechtsschutzes, steht – vgl VfGH 10.6.1999, G 7/99; VfGH 28.9.2005, B 1324/04 (Näheres zum Rechtsstaatsprinzip vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 165). Ein Ausschluss der aufschiebenden Wirkung kann weiters der Bedarfskompetenz (Art 11 Abs 2 B-VG) sowie dem Gleichheitssatz widersprechen. Wenn der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung nur für bestimmte Fälle normiert ist, kann der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung jedoch verfassungskonform sein – vgl VfGH 15.10.2004, G 237/03; VfGH 16.12.2004, G 18/04. Die sachliche Begründung dafür, dass Berufungen nach dem AuslBG – abweichend vom AVG – grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukomme, liegt im Entgegenwirken einer Deroutierung (vgl VwGH 22.3.1993, AW 93/09/0003). Dem öffentlichen Interesse der effektiven Unterbindung der Fortsetzung einer rechtswidrigen Beschäftigung (durch den Widerruf der Bewilligung) kommt damit der Vorrang gegenüber der Effektivität des Rechtsbehelfes zu.

⁵⁰⁶ Vgl Art 18 Abs 1 B-VG.

VI. Teil: Gebühren und Verwaltungsabgaben

„Für die Beantragung und Ausstellung einer arbeitsmarktbehördlichen Genehmigung für die Beschäftigung eines Ausländers sind vom Antragsteller Gebühren in gesetzlich vorgeschriebener Höhe zu entrichten. Die rechtlichen Grundlagen finden sich im Gebührengesetz 1957 und in der Bundesverwaltungsabgabenverordnung 1983.“⁵⁰⁷

Folgende Gebühren und Abgaben sind bei einer Beschäftigung von ausländischen Saisoniers bzw. Erntehelfer von Relevanz: (Stand November 2009)

Art der Berechtigung	Antragsgebühr	Verwaltungsabgabe	Ausstellungsgebühr
Sicherungsbescheinigung	13,20 €	6,50 €	
Unbedenklichkeitsbescheinigung	13,20 €	2,10 €	13,00 €
Erntehelfer-Saisonvignette*	13,20 €	2,10 €	
Beschäftigungsbewilligung (Kontingentbewilligung)	13,20 €	6,50 €	
Beilagen sind einheitlich mit 3,60 € je Beilage zu vergebühren.			

* Für Personen, die sichtsvermerksfrei einreisen dürfen, sich aber nicht ohne Genehmigung niederlassen dürfen.

Die Vorschreibung der Gebühren und Abgaben erfolgt zusammen mit der Zustellung der abschließenden Erledigung der Eingabe des Arbeitgebers, dh grundsätzlich mit der Zustellung der Beschäftigungsbewilligung.⁵⁰⁸ Die anfallenden Kosten sind vom Arbeitgeber als Antragsteller durch Barzahlung an der Kassa der AMS-Geschäftsstelle, Einzahlung mit Erlagschein, Einzug vom Bankkonto oder mittels Bankomat- oder Kreditkarte zu entrichten.⁵⁰⁹ Bei einer

⁵⁰⁷ Lindmayr, Ausländerbeschäftigung Rz 86.

⁵⁰⁸ Da die Kontingentbewilligung in Bescheidform ausgestellt wird, ist die Vorschreibung der Verwaltungsabgabe gemäß § 3 Abs 1 Bundesverwaltungsabgabenverordnung (BGBl 1983/24 idgF) im Spruch des Bescheides aufzunehmen.

⁵⁰⁹ Gemäß § 2 Abs 1 BVwAbgV tritt die Pflicht zur Entrichtung der Verwaltungsabgabe zu dem Zeitpunkt ein, in dem die Berechtigung rechtskräftig verliehen ist oder die Amtshandlung vorgenommen wird.

amtswegigen Vermittlung durch das AMS entfällt die Antragsgebühr, jedoch nicht die Verwaltungsabgabe.

VII. Teil: Überwachung der Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes

A. Überwachung und Auskunftspflicht

Um die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG überwachen zu können, unterliegt der Arbeitgeber gemäß § 26 AuslBG einer Überwachung, Auskunftspflicht und Meldepflicht gegenüber dem AMS, den Trägern der Krankenversicherung und den Finanzbehörden.

So ist der Arbeitgeber gemäß § 26 Abs 5 AuslBG verpflichtet, der regionalen Geschäftsstelle des AMS jeweils von drei Tagen Beginn und Ende der Beschäftigung eines im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 bewilligten Ausländers zu melden. Das An- und das Abmeldeformular werden schon der Kontingentbewilligung beigelegt. Diese Verpflichtung hat den Zweck, dass eine ordnungsgemäße Kontingentbewirtschaftung sichergestellt wird.

Der Arbeitgeber ist weiters verpflichtet, dem zuständigen Krankenversicherungsträger den Beginn und die Beendigung der Beschäftigung zu melden. Die Anmeldung zur Pflichtversicherung hat dabei vor Arbeitsantritt, die Abmeldung hat binnen sieben Tagen zu erfolgen (siehe dazu Seite 253 ff).

Weiters hat der Arbeitgeber den Behörden und den Trägern der Krankenversicherung auf deren Verlangen die Namen und Anzahl der im Betrieb beschäftigten Ausländer bekannt zu geben bzw Auskunft über deren Identität zu erteilen, sonstige notwendige Fakten mitzuteilen, ihnen Einsicht in die erforderlichen Unterlagen zu gewähren, sowie die Kontingentbewilligung im Betrieb zur Einsichtnahme bereitzuhalten. Die genannten Behörden sind auch berechtigt, die Betriebsstätten, Betriebsräume und auswärtige Arbeitsstätten sowie die Aufenthaltsräume der Arbeitnehmer zu betreten. Die Kontrollbehörden sind nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber im Voraus die

Besichtigung des Betriebes anzukündigen. Der Arbeitgeber hat jedoch Sorge zu tragen, dass eine anwesende Person als erste Anlaufstelle für die Kontrollorgane zur Verfügung steht. Der Beginn einer Betriebskontrolle darf nicht unnötig verzögert werden⁵¹⁰.

Bei jedem österreichischen Finanzamt ist ein Team, das für die illegale Arbeitnehmerbeschäftigung zuständig ist, angesiedelt. Dieses Team, die sog **KIAB** (Kontrolle illegaler Arbeitnehmerbeschäftigung), ist gemäß § 26 AuslBG befugt,

- Auskunft vom Arbeitgeber und vom Ausländer zu begehren⁵¹¹,
- Einsicht in die Unterlagen und Aufzeichnungen des Arbeitgebers zu verlangen,
- die Identität von Personen festzustellen sowie
- Fahrzeuge und sonstige Beförderungsmittel anzuhalten und zu überprüfen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass es sich bei den Personen um ausländische Arbeitskräfte handelt, die beschäftigt oder zu Arbeitsleistungen herangezogen werden.

Die KIAB ist auch ermächtigt, wenn bei Gefahr im Verzug das Einschreiten von Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes nicht abgewartet werden kann, Ausländer für die Fremdenpolizeibehörde festzunehmen. Dabei muss der Grund zur Annahme bestehen, dass die Ausländer im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben oder ausüben wollen, ohne dazu berechtigt zu sein, und sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten. *„Bei Kontrollen gem AuslBG gilt ausnahmsweise eine teilweise Beweislastumkehr: Wird ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen, die im Allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, gilt dieser als unberechtigt beschäftigt. Ein Beweis, dass keine Beschäftigung vorliegt, kann vom Unternehmer*

⁵¹⁰ Eine Verzögerung des Beginns einer Betriebskontrolle von ca 15 bis 30 Minuten wird von der Rspr schon als Gefährdung des Kontrollzwecks angesehen, da dieser Zeitraum schon ausreicht, um illegal beschäftigte Personen das Verlassen der Betriebsräumlichkeiten zu ermöglichen; vgl VwGH 20.11.2001, 94/09/0113.

⁵¹¹ Ein derartiges Auskunftsbegehren findet seine Grenze in der Selbstbeschuldigung (das sog nemo tenetur-Prinzip).

erfolgen, allerdings trifft ihn hier die volle Beweispflicht. Mit einem 'Entlastungsbeweis' kann sich der Unternehmer also von seiner verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung befreien.⁵¹²

Die KIAB Teams sind nicht nur für die Einhaltung der Bestimmungen des AuslBG (vgl §§ 26 ff AuslBG) zuständig⁵¹³, sondern insbesondere auch für die Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des AVRAG (vgl § 7b AVRAG)⁵¹⁴, für die Bekämpfung des Sozialbetrugs (vgl §§ 153c ff StGB)⁵¹⁵ sowie für die Mitwirkung betreffend Überwachung von versicherungs- und melderechtlichen Bestimmungen des ASVG (vgl § 33 ASVG), Meldungen von Verstößen des AIVG (vgl § 50 AIVG) und für die Kontrolle der Ausübungsberechtigung der Gewerbeberechtigung (vgl § 89 Abs 3 EStG iVm § 366 Abs 1 GewO).

Da die KIAB auf Grund der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen tätig wird, nimmt die KIAB auch jeweils eine andere Stellung als Organ⁵¹⁶ ein, was auch Auswirkungen auf das anzuwendende Verfahrensrecht hat. Gemäß § 3 Abs 4 AVOG⁵¹⁷ ist die KIAB ein Organ des Finanzamtes (Organ im organisatorischen Sinn). Die Organe der KIAB agieren daher im Zuge ihrer Kontrolltätigkeiten als Finanzbehörde, jedoch können sie auch als Ermittlungsorgan oder Hilfsorgan der BVB bzw Sicherheitsbehörde tätig sein (in diesem Fall agiert die KIAB als Organ im funktionellen Sinn). Das unterschiedliche Tätigwerden hat daher auch Auswirkungen zur Anwendung gelangende Verfahrensrecht sowie auf die zu setzenden Rechtshandlungen/Akte. Generell lassen sich die Verfahrensrechte der KIAB *„in Verfahrensrechte mit funktioneller Behördenstellung (BAO, FinStrG) und Verfahrensrechte ohne Behördenstellung der Kontrollorgane (zB AuslBG, AVRAG, § 89 Abs 3 EStG, ASVG, AIVG und GewO, GSpG)*

⁵¹² Houf/Lehner, Handbuch KIAB-Kontrollen (2008) 69.

⁵¹³ Das AuslBG dient als verfahrensrechtliche Grundlage für Kontrollen durch die KIAB.

⁵¹⁴ Hinsichtlich der EU-Entsendebestätigung gemäß § 18 Abs 12 AuslBG iVm § 7b AVRAG (siehe Seite 96 ff).

⁵¹⁵ Siehe Seite 250 ff.

⁵¹⁶ Man unterscheidet zwischen "Organe im organisatorischen Sinn" und "Organe im funktionellen Sinn". "Organe im organisatorischen Sinn" sind „auf Dauer gebildete (eigene) Einrichtungen einer juristischen Person, die zur Wahrnehmung von Teilaufgaben der juristischen Person zuständig sind“ (Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht Rz 98). Handelt jedoch ein Organ für eine andere Einrichtung, das jedoch kein Organ im organisatorischen Sinn der betreffenden Einrichtung ist, und soll dieses "fremde" Handeln des Organs trotzdem der Einrichtung zuzurechnen sein, so ist dieses Organ im funktionellen Sinn tätig.

⁵¹⁷ Bundesgesetz vom 13. Dezember 1974 über den Aufbau der Abgabenverwaltung des Bundes (Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz - AVOG), BGBl 1975/18 idF BGBl I 2010/9.

einteilen.⁵¹⁸ Als Behörde kann sie insbesondere Personen vorladen (vgl § 19 AVG), Niederschriften mit voller Beweiskraft erzeugen (vgl § 15 iVm § 14 AVG), Beschuldigte vernehmen (vgl § 40 ff AVG). Auch bei Tätigkeiten ohne Behördenstellung hat die KIAB den Sachverhalt zu ermitteln und festzuhalten.⁵¹⁹ Die KIAB kann jedoch auch Akte der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls und Zwangsgewalt setzen (zB gemäß § 26 Abs 4 AuslBG Ausländer festnehmen) oder sich – als Organ der öffentlichen Aufsicht – auf § 82 SPG⁵²⁰ berufen, wenn ein aggressives Verhalten gegenüber der KIAB im Rahmen der Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Aufgaben vorliegt. Liegt ein Verdacht wegen der Übertretung der §§ 153c bis 153e StGB (Sozialbetrug)⁵²¹ vor, so wird die KIAB als Kriminalpolizei und damit als funktionelles Organ der Justiz tätig. In einem solchen Fall unterliegt die KIAB der Leitung der Staatsanwaltschaft unter Anwendung der StPO⁵²². Auf Grund der vielschichtigen und uneinheitlich anzuwendenden Verfahrensbestimmungen ergeben sich auch für den Kontrollunterworfenen unterschiedliche Rechte und Pflichten (zB Aussageverweigerungsrechte, Möglichkeit der tätigen Reue/Selbstanzeige, Recht auf Beiziehung eines rechtsfreundlichen berufsmäßigen Parteienvertreters). Um diese Rechte und Pflichten wahrnehmen zu können und um nicht gegen die allgemeinen Verfahrensgrundsätze⁵²³ zu verstoßen, ist daher die KIAB⁵²⁴ immer verpflichtet, auf das jeweils zur Anwendung gelangende Verfahrensrecht hinzuweisen (Hinweispflicht).

⁵¹⁸ Houf/Lehner, KIAB-Kontrollen 34.

⁵¹⁹ Hierbei handelt es sich nicht um eine Niederschrift iSd § 14 AVG; die verfassten Schriftstücke unterliegen der freien Beweiswürdigung.

⁵²⁰ Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz - SPG), BGBl 1991/566 idF BGBl I 2009/133.

⁵²¹ Siehe Seite 250 ff.

⁵²² Strafprozeßordnung 1975, BGBl 1975/631 idF BGBl I 2009/142.

⁵²³ Vgl Art 6 EMRK – Recht auf ein faires Verfahren.

⁵²⁴ „Insgesamt sind in Österreichs Finanzämtern derzeit mehr als 300 Mitarbeiter für die KIAB eingesetzt. Im Vergleich mit Deutschland stellt dies eine verhältnismäßig geringe Anzahl an Kontrollbeamten dar. In Deutschland sind über 6.500 Beamte des Zolls an 113 Standorten zur Finanzkontrolle für Schwarzarbeit tätig“ (Houf/Lehner, KIAB-Kontrollen 4).

B. Rechtshilfe

Bei ihrer Kontrolltätigkeiten unterliegen die genannten Behörden und die Sozialversicherungsträger nach §§ 27 f AuslBG einer gegenseitigen Rechtshilfe und Verständigungspflicht. Sozialversicherungsträger sind zB verpflichtet, die Sozialversicherungsdaten (Beginn und Ende der Versicherung, Namen und SV-Nummer des Ausländers, Name und Adresse des Arbeitgebers) an die KIAB und an die rG des AMS bzw an deren Landesgeschäftsstellen zu übermitteln⁵²⁵. Umgekehrt bringen die Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservices negative Erledigungen von Beschäftigungsbewilligungen jener Fremdenbehörde zur Kenntnis, die zuletzt über die Aufenthaltsberechtigung des betroffenen Ausländers entschieden hat.

Nach § 27 Abs 2 AuslBG sind die Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservices und die KIAB weiters verpflichtet, bei begründetem Verdacht auf Übertretungen arbeitsrechtlicher, sozialversicherungsrechtlicher, gesundheits- und umweltschutzrechtlicher, abgabenrechtlicher oder gewerberechtlicher Vorschriften die jeweils zuständigen Behörden zu verständigen.

⁵²⁵ Durch § 27a AuslBG erhalten die KIAB und die Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice die nach § 7 Abs 2 Z 2 DSG 2000 erforderliche rechtliche Befugnis, die Daten für die Erfüllung der gesetzlich übertragenen Aufgaben einander zu übertragen.

VIII. Teil: Strafbestimmungen für Verstöße gegen das AuslBG

A. Illegale Beschäftigung

Wurde der ausländische Erntehelfer bzw die Saisonarbeitskraft trotz Bewilligungspflicht

- ohne Kontingentbewilligung beschäftigt, oder
- wurde die ausländische Arbeitskraft nicht vor dem Beginn der Beschäftigung bei der zuständigen Gebietskrankenkasse angemeldet, oder
- wurde die Aufnahme der Tätigkeit beim AMS nicht innerhalb von 3 Tagen angezeigt, oder
- wurde die Durchführung einer Amtshandlung beeinträchtigt,

so begeht der Arbeitgeber⁵²⁶ – sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit von Gerichte fallende strafbare Handlung bildet – eine Verwaltungsübertretung, die von den Bezirksverwaltungsbehörden mit Geldstrafen geahndet wird.⁵²⁷ *„Als nachteilige Folgen illegaler Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften sind insbesondere die Gefahr schwerer volkswirtschaftlicher Schäden (vor allem durch den Entfall von Steuern, Abgaben sowie Beiträgen zu den Systemen der sozialen Sicherheit) und die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung - also generalpräventive Gründe - gegeben und die volkswirtschaftliche Schädlichkeit dieses Verhaltens kann nicht als geringfügig angesehen werden.“*⁵²⁸

Auf das Verfahren ist das Verwaltungsstrafgesetz (VStG)⁵²⁹ anzuwenden.⁵³⁰ Zur Tatbegehung genügt daher gemäß § 5 Abs 1 VStG fahrlässiges Handeln.⁵³¹

⁵²⁶ Ist der Arbeitgeber eine juristische Person oder eine Personengemeinschaft, so ist diese nach § 28a AuslBG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

⁵²⁷ Vgl VwGH 23.11.2005, 2004/09/0152.

⁵²⁸ VwGH 24.06.2009, 2007/09/0352.

⁵²⁹ BGBl 1991/52 idF BGBl I 2009/20.

⁵³⁰ Vgl Art I Abs 2 lit E Z 42 EGVG.

Fahrlässigkeit liegt auch vor, wenn sich der Arbeitgeber mit den einschlägigen Gesetzesbestimmungen nicht vertraut gemacht hat. „Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung für die Einhaltung der Vorschriften des AuslBG trifft in Einzelunternehmen grundsätzlich den Arbeitgeber (Inhaber), bei juristischen Personen (zB GmbH) grundsätzlich den handelsrechtlichen Geschäftsführer als das zur Vertretung nach außen berufene Organ (und nicht den gewerberechtlichen Geschäftsführer).“⁵³² Juristische Personen und Personengemeinschaften ohne Rechtspersönlichkeit sind damit nach § 9 Abs 1 VStG – wie natürliche Personen – verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich (wer zur Vertretung nach außen berufen ist). Der Arbeitgeber kann die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung jedoch auf einen verantwortlichen Beauftragten gemäß § 9 Abs VStG übertragen.⁵³³

Die regionalen Geschäftsstellen des AMS bzw die Landesgeschäftsstellen, die KIAB und die Träger der Krankenversicherung sind bei Feststellung von Verstößen gegen das AuslBG oder bei begründetem Verdacht, dass strafbare Ordnungsvorschriften des AuslBG durch den Arbeitgeber oder den Ausländer in ihrem zuständigen Bereich übertreten wurden, verpflichtet, unverzüglich Anzeige bei der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu erstatten. Mit der Anzeige hat die KIAB, unter Berücksichtigung von im Zuge der Beweiserhebung bekannt gewordenen Erschwerungs- und Milderungsgründe, auch ein bestimmtes Strafausmaß zu beantragen (vgl § 28a Abs 2). Weiters haben die KIAB gemäß § 28a Abs 1 im Verwaltungsstrafverfahren Parteistellung und sind berechtigt, Berufungen gegen Bescheide sowie Einsprüche gegen Strafverfügungen zu erheben.

Für die Durchführung des Verwaltungsstrafverfahrens ist die Bezirksverwaltungsbehörde zuständig, sprich die Bezirkshauptmannschaft bzw der Magistrat einer Stadt mit eigenem Statut. Örtlich ist jene Bezirksverwaltungsbehörde zuständig, in deren Sprengel die Verwaltungsübertretung begangen worden ist. Über deren Berufungen

⁵³¹ Vgl VwGH 30.6.1994, 94/09/0049; VwGH 17.1.2000, 98/09/0059; VwGH 15.05.2009, 2007/09/0168.

⁵³² Lindmayr, Ausländerbeschäftigung Rz 79.

⁵³³ Vgl VwGH 15.10.2009, 2009/09/0186; VwGH 23.11.2009, 2006/03/0090.

entscheidet gemäß § 51 VStG der unabhängige Verwaltungssenat (UVS) als Berufungsbehörde in zweiter und letzter Instanz. Die Berufungsfrist beträgt zwei Wochen.⁵³⁴

Die Geldstrafen betragen zB bei einer erstmaligen, unberechtigten Beschäftigung von bis zu drei Ausländern **EUR 1.000 bis EUR 10.000 pro** unberechtigt beschäftigten **Ausländer**, im Falle einer **Wiederholung** beträgt der Strafraumen **EUR 2.000 bis EUR 20.000**. Bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern beträgt der Strafraumen **EUR 2.000 bis EUR 20.000** für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer, im Fall der wiederholten unerlaubten Beschäftigung, **EUR 4.000 bis zu EUR 50.000**.⁵³⁵

Nicht nur die gesetzwidrige Beschäftigung von Ausländern steht unter Strafe, sondern auch die Be- und Verhinderung von Betriebskontrollen. In einem solchen Fall beträgt gemäß § 28 Abs 1 Z 2 AuslBG der Strafraumen **EUR 2.500 bis EUR 8.000**.

Bei der Strafbemessung sind auch eventuelle Erschwerungs-⁵³⁶ und Milderungsgründe zu berücksichtigen.⁵³⁷ Wurden die illegal beschäftigten Ausländer für einen längeren Zeitraum ohne Bewilligung beschäftigt⁵³⁸ oder/und zu schlechteren Lohn- und Arbeitsbedingungen beschäftigt, als es das Gesetz oder der Kollektivvertrag vorsieht, so werden die Vergehen auch bei der Strafbemessung als besondere Erschwerungsgründe berücksichtigt (vgl § 28 Abs 5 AuslBG). Ein weiterer Erschwerungsgrund ist die Dauer der illegalen Beschäftigung, weshalb bei den Kontrollen auf den Beginn der

⁵³⁴ Vgl § 63 Abs 5 AVG.

⁵³⁵ Vgl § 28 AuslBG.

⁵³⁶ So ist es zB zulässig, auch objektiv zu erzielende wirtschaftliche Vorteile durch eine illegale Beschäftigung in die Erwägung der Strafbemessung einzubeziehen (vgl VwGH 20.04.1995, 94/09/0377).

⁵³⁷ Vgl VwGH 21.4.1994, 93/09/0423.

⁵³⁸ „Im Falle eines fortgesetzten Deliktes sind durch die Bescheiderlassung alle bis dahin erfolgten Einzelakte abgegolten, mögen sie auch zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt gewesen sein. Maßgebend ist der Zeitpunkt der Erlassung des Straferkenntnisses durch die Behörde erster Instanz. Setzt der Täter nach diesem Zeitpunkt die verpönte Tätigkeit fort, so darf die neuerliche Bestrafung nur die nach der letzten Bestrafung gesetzten Tathandlungen umfassen. Eine neuerliche Bestrafung wegen Tathandlungen, die in den von der ersten Bestrafung umfaßten Tatzeitraum fallen, verstößt gegen das Verbot der Doppelbestrafung (Hinweis EB E 11.4.1991, 91/06/0001, E 7.9.1995, 94/09/0321)“ (VwGH 15.3.2000, 99/09/0219).

illegalen Beschäftigung ein besonderes Augenmerk gelegt wird. Da man die sozial-rechtlichen Vorschriften nicht den Lohn- und Arbeitsbedingungen iSd § 28 Abs 5 gleichsetzen kann, stellt die Nichtanmeldung zur Sozialversicherung keinen Erschwerungsgrund im Rahmen der Strafbemessung des AuslBG dar⁵³⁹.

Als Milderungsgründe gelten etwa die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Arbeitgebers oder das Geständnis der Tat.

Neben einer Verhängung einer Geldstrafe können die BVB dem Arbeitgeber mittels Untersagungsbescheid nach § 30 Abs 1 AuslBG die Beschäftigung von Ausländern für die Dauer von maximal einem Jahr untersagen, wenn der Arbeitgeber innerhalb der letzten zwei Jahre, vom Zeitpunkt der Antragstellung zurückgerechnet, mindestens dreimal gemäß § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG rechtskräftig bestraft wurde. Bei der Festlegung des zeitlichen Ausmaßes dieses Verbots ist auf die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers bzw seines Betriebes keine Rücksicht zu nehmen. Die zum Zeitpunkt der Untersagung erlaubte laufende Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften wird jedoch von dem Beschäftigungsverbot nicht berührt. *„Die konkrete Dauer einer Untersagung der Beschäftigung von Ausländern gemäß § 30 Abs 1 AuslBG stellt im Einzelfall eine Ermessensentscheidung dar.“*⁵⁴⁰

Eine weitere Konsequenz einer bewilligungslosen Beschäftigung ist die Entziehung der Gewerbeberechtigung gemäß § 30a AuslBG. Voraussetzung dafür ist, dass der Gewerbeberechtigte mindestens dreimal (wiederholt) wegen unerlaubter Beschäftigung von Ausländern nach § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG rechtskräftig bestraft worden ist. Eine solche Entziehung der Gewerbeberechtigung kann die KIAB, im Rahmen ihrer umfassenden Kontrollkompetenzen, bei der BVB beantragen.

Die ausländische Saisonarbeitskraft bzw der Erntehelfer, die/der ohne eine Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente beschäftigt wird, ist

⁵³⁹ Vgl VwGH 22.01.2002, 99/09/0209 und VwGH 15.09.2004, 2001/09/0158.

⁵⁴⁰ VwGH 07.07.1999, 97/09/0316.

grundsätzlich selbst nicht strafbar⁵⁴¹. Hält sich die ausländische Arbeitskraft zusätzlich noch unrechtmäßig in Österreich auf, so kann sie/er gemäß § 53 Abs 2 Z 5 FPG mit Bescheid ausgewiesen werden.

Im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens sind aber auch die Verjährungsfristen gemäß § 31 VStG zu beachten. Verwaltungsübertretungen können von den Behörden bis zu einem Jahr ab Tatbegehung verfolgt werden (Verfolgungsverjährung). Bis zu diesem Zeitpunkt muss die Behörde eine Verfolgungshandlung gesetzt haben.⁵⁴²

B. Rechtsfolgen einer bewilligungslosen Ausländerbeschäftigung

Wird ein ausländischer Erntehelfer bzw Saisonier ohne die notwendige Kontingentbewilligung beschäftigt, so begeht der Arbeitgeber nicht nur eine Verwaltungsübertretung, sondern die bewilligungslose Beschäftigung hat auch Auswirkungen auf das Beschäftigungsverhältnis.

Wurde ein Arbeitsvertrag mit einer bewilligungspflichtigen ausländischen Arbeitskraft trotz des Fehlens einer Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente abgeschlossen, verstößt dies gegen ein gesetzliches Verbot und führt damit gemäß § 879 ABGB zu deren Nichtigkeit⁵⁴³. Dies gilt nicht nur in Fällen der vorherigen Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung, sondern auch in Fällen, in denen nach Ablauf der Beschäftigungsbewilligung das Beschäftigungsverhältnis weitergeführt wird und nicht beendet bzw um keine etwaige Verlängerung angesucht wurde. Der Ablauf der Beschäftigungsbewilligung hat zwar nicht die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge, jedoch kann das Beschäftigungsverhältnis auf Grund des nichtigen Arbeitsvertrages von beiden Vertragsteilen fristlos (mit

⁵⁴¹ Außer bei Verletzung der Auskunftspflicht oder bei der Verweigerung der Einsichtnahme in Unterlagen iSd § 26 Abs 1 AuslBG ist die ausländische Arbeitskraft selbst verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

⁵⁴² Vgl VwGH 20.11.2008, 2008/09/0236; VwGH 17.09.2009, 2008/07/0067.

⁵⁴³ Vgl OGH 16.01.2008, 8 ObA 83/07z; so schon OGH am 18.10.1977, 4 Ob 95/77.

sofortiger Wirkung) und ohne Bindung an die im Gesetz angeführten besonderen Endigungsarten beendet werden. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die Beschäftigungsbewilligung infolge Zeitablaufs erlischt. Ab diesem Zeitpunkt ist das Arbeitsverhältnis unerlaubt und nichtig. Ausgenommen wäre nur der Fall des § 7 Abs 8 AuslBG, dass eine Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung beantragt wird.⁵⁴⁴

Der Arbeitgeber ist daher in einem solchen Fall gut beraten, das Arbeitsverhältnis sofort zu beenden, damit er selbst nicht gegen die Vorschriften des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verstößt und damit eine Verwaltungsstrafe nach § 28 AuslBG riskiert.

Mangels eines gültigen Arbeitsvertrages kann aber der bewilligungslos beschäftigte Ausländer keine Ansprüche aus dem Titel der Kündigung oder der (ungerechtfertigten) Entlassung geltend machen, weil diese Ansprüche einen rechtswirksamen, durch Kündigung oder Entlassung beendbaren Arbeitsvertrag voraussetzen.

Aus diesem Grund gewährt § 29 AuslBG dem bewilligungslos beschäftigten Ausländer, auch den ausländischen Saisoniers und Erntehelfern, Ansprüche wie auf Grundlage eines gültigen Arbeitsvertrages. So stehen nach § 29 Abs 1 AuslBG dem bewilligungslos beschäftigten Ausländer gegenüber dem Betriebsinhaber (Arbeitgeber) für die Dauer der Beschäftigung, somit bis zur tatsächlichen Beendigung, die gleichen Ansprüche wie aufgrund eines gültigen Arbeitsvertrages zu. Der ausländischen Arbeitskraft, für die keine Beschäftigungsbewilligung vorliegt, steht für den Zeitraum der tatsächlichen Arbeitsleistung jedenfalls das Entgelt zu.

„Beruht das Fehlen der Beschäftigungsbewilligung jedoch auf einem Verschulden des Betriebsinhabers, dann ist der Ausländer auch bezüglich der Ansprüche aus der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses so zu stellen, als ob er auf Grund eines gültigen Arbeitsvertrages beschäftigt gewesen wäre.“

⁵⁴⁴ Vgl OGH 16.01.2008, 8 ObA 83/07z.

*Auf die Bestimmungen des besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutzes ist jedoch nicht Bedacht zu nehmen.*⁵⁴⁵

Trifft also dem Arbeitgeber ein Verschulden an der Unerlaubtheit der Beschäftigung, und löst er infolge des Fehlens der Beschäftigungsbewilligung das Beschäftigungsverhältnis auf, die für einen vergleichbaren nicht besonders kündigungsgeschützten inländischen Arbeitnehmer gelten, so stehen dem bewilligungslos beschäftigten Ausländer auch Ansprüche aus dem fiktiven Titel der Beendigung des Dienstverhältnisses zu. Auch aus der Sozialversicherungspflicht resultierende Leistungsansprüche gegen die Sozialversicherungsträger zählen zu diesen Ansprüchen. Die Bemessung dieser Ansprüche erfolgt aber nicht auf Grund von besonderen Kündigungs- und Entlassungsschutzregelungen, die eine Verlängerung des Kündigungszeitraumes bewirken.

Bei der Begründung dieser Ansprüche kommt es auf das Wissen des Ausländers vom Fehlen der Beschäftigungsbewilligung nicht an.⁵⁴⁶ Einzig und allein entscheidend ist das Verschulden des Betriebsinhabers (Arbeitgeber). Ein Verschulden des Arbeitgebers ist zB dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber treuwidrig den Antrag auf Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente verspätet einbringt. Ein Verschulden des Arbeitgebers ist zum Beispiel dann nicht anzunehmen, wenn die bewilligungslose ausländische Arbeitskraft selbst vorsätzlich gehandelt hat, wenn er zB die Ausländereigenschaft bewusst verschwiegen hat. In diesem Fall ergibt sich für den bewilligungslos beschäftigten Ausländer die Konsequenz, dass er die Ansprüche aus der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses verliert. Bloße Fahrlässigkeit, hinsichtlich der Unerlaubtheit der Beschäftigung, schadet der ausländischen Arbeitskraft jedoch nicht⁵⁴⁷.

Löst nun der Arbeitgeber, dem am Fehlen der Arbeitsberechtigung ein Verschulden trifft, unter Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages das Beschäftigungsverhältnis mit sofortiger Wirkung auf, also ohne Einhaltung der für vergleichbare Arbeitnehmer geltenden Fristen und Termine, so wird dies als

⁵⁴⁵ § 29 Abs 2 AuslBG.

⁵⁴⁶ Vgl OGH 28.09.1994, 9 ObA 161/94, 9 ObA 99/99w.

⁵⁴⁷ Vgl OGH 5.5.1999, 9 ObA 99/99w.

vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses ohne wichtigen Grund gewertet, den Arbeitgeber treffen die dafür vorgesehenen Schadenersatzpflichten (zB § 1162b ABGB). Beendet der verbotswidrig beschäftigte Ausländer wegen der Nichtigkeit des Vertrages das Beschäftigungsverhältnis selbst, so hat er aber keinen Anspruch auf Kündigungsentschädigung, weil die fehlende Beschäftigungsbewilligung auch für einen Inländer keinen Austrittsgrund bildet. Dem verbotswidrig beschäftigten Ausländer stehen nämlich nur jene Ansprüche aus der Beendigung des Dienstverhältnisses zu, die auch einem legal Beschäftigten zustehen.⁵⁴⁸

Durch die fiktive Gleichstellung mit einem gültigen Dienstverhältnis im § 29 Abs 1 und Abs 2 AuslBG soll sichergestellt werden, dass der Ausländer, trotz der Nichtigkeit eines ohne Beschäftigungsbewilligung abgeschlossenen Arbeitsvertrages, die gleichen Ansprüche wie ein inländischer bzw. legal beschäftigter ausländischer Arbeitnehmer erlangt. *„Bei der Bestimmung des § 29 AuslBG handelt es sich um eine Schutznorm zugunsten der ausländischen Arbeitskraft, welche davor bewahrt werden soll, dass ein Arbeitgeber zunächst die Dienstleistungen in Empfang nimmt und dann, gestützt auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, ein Entgelt verweigert.“*⁵⁴⁹ Der bewilligungslos beschäftigte Ausländer soll weder besser noch schlechter gestellt werden als ein inländischer Arbeitnehmer bzw ein mit Beschäftigungsbewilligung beschäftigter Ausländer. Mit der Verweisung auf das gesamte Beendigungsrecht erreicht man nämlich, dass den Arbeitgeber dieselben Rechtsfolgen treffen wie einem Arbeitgeber, der seine in- und/oder

⁵⁴⁸ „Trifft den Arbeitgeber an der Unerlaubtheit der Beschäftigung des Ausländers ein Verschulden, wird die Anwendung von Bestimmungen des Beendigungsrechtes auf das Beschäftigungsverhältnis fingiert. Der Arbeitgeber hat aus Anlass der Geltendmachung der Nichtigkeit alle ihn treffenden Kündigungsvorschriften – mit Ausnahme des besonderen Kündigungsschutzes – zu beachten. Dies betrifft vor allem die gesetzlichen, kollektivvertraglichen oder einzelvertraglichen Kündigungsfristen und -termine, das Zuwarten bis zum Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses, die Abfertigung, die Urlaubsentschädigung und die Urlaubsabfindung. Dem Arbeitgeber bleibt es unbenommen, das Arbeitsverhältnis unter Berufung auf die Nichtigkeit sofort zu beenden. In diesem Fall ist jedoch die entsprechende Willenserklärung des Arbeitgebers als vorzeitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne wichtigen Grund zu werten. Beendet der Ausländer selbst – unter Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages – die Beschäftigung fristlos, steht ihm kein Anspruch auf Kündigungsentschädigung zu, weil die fehlende Beschäftigungsbewilligung auch für den Inländer keinen Austrittsgrund bilden kann“ (OGH 26.04.2000, 9 ObA 59/00t).

⁵⁴⁹ OGH 25.04.2001, 9 Ob 83/01y.

ausländischen Arbeitskräfte rechtmäßig beschäftigt. Wettbewerbsvorteile gegenüber seinen Mitbewerbern sollen dadurch beseitigt werden.

Auf Grund des § 29 AuslBG kann der Arbeitgeber die ausländische Arbeitskraft nicht mehr, unter der Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages, jederzeit vor die Türe setzen, er erspart sich auch nicht jene Leistungen, die sonst bei einer ungerechtfertigten vorzeitigen Beendigung anfallen. So muss der Arbeitgeber bei der Beendigung der bewilligungslosen Beschäftigung die Kündigungsvorschriften beachten (Kündigungsfristen und -termine) und hat insbesondere für die Kündigungsentschädigung und für die Ersatzleistung für das Urlaubsgeld aufzukommen. Aus einer rechtswidrigen Beschäftigung soll der Arbeitgeber weder finanzielle noch sonstige Vorteile ziehen. Damit stellt § 29 AuslBG ein Instrument dar, um die verbotswidrige Beschäftigung von Ausländern zu verhindern.

§ 29 Abs 3 AuslBG regelt die Ansprüche eines Ausländers auf Grund der Beendigung eines **gültigen** Dienstverhältnisses wegen Wegfalls der Beschäftigungsbewilligung. Wird nun die Beschäftigungsbewilligung wegen des Verschuldens des Arbeitgebers widerrufen oder nicht verlängert, so hat dies zwar zur Folge, dass das Beschäftigungsverhältnis ab dem Widerrufseintritt nichtig ist, aber das Beschäftigungsverhältnis wird nicht automatisch beendet. Beim Wegfall der Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente trifft den Arbeitgeber vielmehr die Pflicht, das nun mehr nichtige Dienstverhältnis unverzüglich – mit dem Ende der Beschäftigungsbewilligung – zu beenden. Der Wegfall der Bewilligung stellt einen Endigungsgrund eigener Art dar. *„Das Ende des Arbeitsverhältnisses durch Wegfall der Beschäftigungsbewilligung ist nämlich weder der unberechtigten vorzeitigen Entlassung noch dem berechtigten vorzeitigen Austritt gleichzuhalten. Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung wird der Wegfall der Beschäftigungsbewilligung aus Verschulden des Arbeitgebers aber dem berechtigten vorzeitigen Austritt gleichgestellt, und zwar unabhängig davon, wer (ob Arbeitgeber oder Arbeitnehmer) sich auf die durch den Wegfall der Bewilligung bewirkte Nichtigkeit des Vertrages beruft.“*⁵⁵⁰ Bis zur ordnungsgemäßen Beendigung des

⁵⁵⁰ Deutsch ua, Ausländerbeschäftigung Erl § 29, 453.

Dienstverhältnisses darf der Ausländer aber rechtmäßig weiterbeschäftigt werden, auch wenn keine gültige Beschäftigungsbewilligung mehr vorliegt.

Wurde nun das Dienstverhältnis wegen Wegfalls der Beschäftigungsbewilligung beendet, so hat der ausländische Saisonier bzw Erntehelfer gemäß § 29 Abs 3 AuslBG Anspruch auf Schadenersatz, wie auf Grund eines berechtigten vorzeitigen Austritts, wenn

- dem Arbeitgeber ein Verschulden am Wegfall der Beschäftigungsbewilligung trifft,
- mit dem Tage des Wegfalls der Beschäftigungsbewilligung das Arbeitsverhältnis unter Berufung auf diesen Umstand beendet wurde und
- der Arbeitgeber vertraglich verpflichtet war, das Dienstverhältnis über den Beschäftigungsbewilligungszeitraum fortzuführen.

Die letzte Voraussetzung trifft jedoch bei ausländischen Saisoniers und Erntehelfer in den meisten Fällen nicht zu, weil bei ihnen grundsätzlich vereinbarungsgemäß das Beschäftigungsverhältnis mit dem Tage des Wegfalls der Kontingentbewilligung endet und eine Verlängerung nicht vereinbart wird. Bei drittstaatsangehörigen Saisoniers kommt noch der Umstand hinzu, dass mit dem Ende des Beschäftigungsbewilligungszeitraumes auch das Aufenthaltsvisum endet und damit das Bundesgebiet verlassen muss.⁵⁵¹ Damit stehen den befristet beschäftigten ausländischen Saisonarbeitskräften/Erntehelfern keine Ansprüche nach § 29 Abs 3 AuslBG zu.

⁵⁵¹ Siehe Seite 184 ff.

IX. Teil: Sozialrechtliche Fragen

1. Abschnitt: Sozialversicherung

A. Versicherungsverhältnis

Nach § 4 Abs 1 Z 1 ASVG sind Dienstnehmer in allen Versicherungszweigen vollversichert. Da auch Erntehelfer und Saisoniers in der Land- und Forstwirtschaft und im Hotel- und Gastgewerbe in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt werden, sind sie vom Tatbestand der Pflichtversicherung erfasst. Ausländische Saisoniers sind somit während der Laufzeit der Beschäftigungsbewilligung unfall-, kranken-, pensions- und arbeitslosenversichert.

Auf Grund des § 5 Abs 1 Z 13 ASVG sind Erntehelfer jedoch von der Vollversicherung ausgenommen und sind gemäß § 7 Z 1 lit f ASVG nur teilversichert (Kranken- und Unfallversicherung). Erntehelfer unterliegen daher nur der Unfall-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung (vgl §1 Abs lit a AIVG), nicht jedoch der Pensionsversicherung. Daher fallen für Erntehelfer auch keine Pensionsbeiträge an. Die Pensionsversicherungsbefreiung gilt jedoch nur einmal für die Dauer von sechs Wochen. Wird der Erntehelfer im selben Kalenderjahr wieder angemeldet, so fällt die Befreiung vom Pensionsversicherungsbeitrag weg.

In die Beitragsgrundlage für die Berechnung der Sozialversicherungsabgaben ist bei ausländischen Saisonarbeitskräften im Hotel- und Gastgewerbe noch eine Trinkgeldpauschale einzubeziehen. Die Trinkgeldpauschale, die von der jeweiligen Gebietskrankenkasse festgesetzt wird, ist kein Lohnbestandteil und daher auch nicht lohnsteuerpflichtig, jedoch sozialversicherungspflichtig und

somit in die Beitragsgrundlage einzubeziehen. So ist beispielsweise die Trinkgeldpauschale für Portierdienste und für das Servicepersonal mit Inkasso im Jahr 2009/10 fürs Bundesland Niederösterreich mit EUR 29,07-- pro Kalendermonat festgesetzt worden. Für Zimmermädchen und für das Servicepersonal ohne Inkassotätigkeit beträgt die Trinkgeldpauschale EUR 14,53,-- pro Kalendermonat. Während der Zeit einer Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit und während des Gebührenurlaubes ist die pauschale Trinkgeldfestsetzung nicht anzusetzen.

Die ausländische Saisonarbeitskraft ist vom Auftraggeber bei der Gebietskrankenkasse durchgehend zu versichern. Die anzugebende Versicherungszeit darf dabei nicht unter 20 Stunden die Woche liegen. Eine stundenweise Tätigkeit als Tagelöhner oder die Anmeldung zur Gebietskrankenkasse als geringfügig beschäftigte Person hätte den Widerruf einer bereits erteilten Beschäftigungsbewilligung zur Folge.

Beim Versicherungsverhältnis ist weiters zu beachten, ob nicht die Kollisionsvorschriften des Titels II "Bestimmungen der anzuwendenden Rechtsvorschriften" der Verordnung Nr 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, Anwendung finden⁵⁵². Am 1. Mai 2010 wurden diese Verordnung und die Durchführungsverordnung (EWG) Nr 574/72 durch die Verordnung (EG) Nr 883/2004⁵⁵³, die bereits am 29. April 2004 beschlossen worden ist, iVm der Verordnung (EG) Nr 988/2009⁵⁵⁴ sowie durch die Durchführungsverordnung (EG) Nr 987/2009⁵⁵⁵ ersetzt.

⁵⁵² Verordnung (EWG) 1408/71 des Rates vom 14.06.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABI L 1971/149, 2.

⁵⁵³ Verordnung (EG) 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 2004/166, 1.

⁵⁵⁴ Verordnung (EG) 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 zur Änderung der Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und zur Festlegung des Inhalts ihrer Anhänge, ABI L 2009/284, 43.

⁵⁵⁵ Verordnung (EG) 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 2009/284, 1.

Hauptzweck dieser Verordnungen ist die Ablösung der zwischenstaatlichen Sozialversicherungsabkommen zwischen den Staaten der Europäischen Union. Sie regeln, welches Sozialversicherungsrecht bei grenzüberschreitender Beschäftigung in der EU angewandt wird. Die Verordnungen sollen verhindern, dass für eine Tätigkeit mehrere Versicherungsträger in verschiedenen EU-Ländern zuständig sind oder dass für einen Versicherungsfall Leistungen von mehreren Versicherungsträgern in verschiedenen Staaten in Anspruch genommen werden können.

Soweit eruierbar, vertreten die österreichischen Sozialversicherungsträger offensichtlich den Standpunkt, dass für Leistungen bei Krankheit, Alter, Arbeitsunfällen/Berufskrankheiten und bei Arbeitslosigkeit auf ausländische Saisonarbeiter/Erntehelfer das "*Beschäftigungslandprinzip*" anwendbar ist. Das bedeutet, dass bei Ausübung von Tätigkeiten in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten die betreffende Person den Rechtsvorschriften jenes Staates unterliegt, in dem sie die Beschäftigung ausübt. Damit unterliegen ausländische Saisonarbeiter in Österreich der österreichischen Sozialversicherung.

Ein Argument, das für die Rechtsansicht der österreichischen Sozialversicherungsträger spricht, ist jenes, dass seit der ASVG-Novelle vom 29.06.2007 (SRÄG 2007), die am 1. Jänner 2008 in Kraft trat, jeder Dienstnehmer vor Arbeitsantritt bei der zuständigen Gebietskrankenkasse anzumelden ist. Diese Bestimmung wäre sinnlos, würde ein Vorprüfungsverfahren eingeleitet, das erst zu klären hätte, welches Mitgliedsland für die Sozialversicherungsanmeldung zuständig ist. Außerdem besteht bei Dienstverhältnissen in Österreich eine "Pflichtversicherung"⁵⁵⁶ und keine, wie zB in Deutschland, "Versicherungspflicht"⁵⁵⁷. So sind etwa polnische Landwirte, die in Deutschland kurzfristig als Saisonier arbeiten, in Polen weiterhin sozialversicherungspflichtig; die deutsche Krankenkasse (zB AOK)

⁵⁵⁶ Pflichtversicherung bedeutet, dass Personen ex lege (vgl § 4 Abs 1 ASVG), dh unabhängig von einer Anmeldung zur Versicherung, bei einem bestimmten Sozialversicherungsträger versichert sind; vgl *Schrammel* (Hrsg), *Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung* (1985).

⁵⁵⁷ Bei der Versicherungspflicht besteht zwar kraft Gesetzes ein Versicherungszwang, jedoch ist man keinem bestimmten Sozialversicherungsträger zugeordnet; vgl *Scholz/Hobel*, "Versicherungspflicht statt Pflichtversicherung" Was steckt dahinter?, *SozSi* 1991, 412.

hat die Beiträge nach polnischen Bestimmungen zu berechnen und nach Polen zu überweisen.

B. Leistungsansprüche

a) Anspruch aus der Arbeitslosenversicherung:

Gemäß § 7 Abs 1 Arbeitslosenversicherungsgesetz (AIVG)⁵⁵⁸ sind die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld, wer

1. der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht,
2. die Anwartschaft erfüllt und
3. die Bezugsdauer noch nicht erschöpft hat.

In der Folge konkretisiert § 7 Abs 2 AIVG, wer der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht. Gemäß § 7 Abs 2 AIVG steht jemand der Arbeitsvermittlung zur Verfügung, wer eine Beschäftigung aufnehmen kann und darf (Abs 3) und arbeitsfähig (§ 8), arbeitswillig (§ 9) und arbeitslos (§ 12) ist.

„Da der Anspruch ein einheitliches Ganzes darstellt, ist der Anspruch schon bei Nichtvorliegen einer einzigen Anspruchsvoraussetzung nicht gegeben.“⁵⁵⁹ Für die erste Voraussetzung müssen also kumulativ die Tatbestandselemente des § 7 Abs 2 AIVG vorliegen.

„In Folge präzisiert das Gesetz das Tatbestandsmerkmal 'wer eine Beschäftigung aufnehmen kann und darf'. Im Wesentlichen wird gefordert, dass sich der Anspruchswerber für die Aufnahme einer auf dem Arbeitsmarkt üblicherweise angebotenen Beschäftigung bereithält (§ 7 Abs 3 AIVG) und – sofern Ausländer – in Österreich aufhalten (und nach dem AuslBG eine Beschäftigung annehmen) darf.“⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ BGBl 1977/609 idF BGBl I 2009/12.

⁵⁵⁹ Krapf, Erfüllung der Anwartschaft auf Arbeitslosengeld durch ausländische Beschäftigungszeiten, DRdA 2008, 63.

⁵⁶⁰ Brodill/Windisch-Graetz, Sozialrecht in Grundzügen⁶ (2009) 146.

Wer eine Beschäftigung aufnehmen kann und darf:

Gemäß § 7 Abs 3 AIVG kann und darf eine Person eine Beschäftigung aufnehmen,

Z 1 „die sich zur Aufnahme und Ausübung einer auf dem Arbeitsmarkt üblicherweise angebotenen, den gesetzlichen und kollektivvertraglichen Vorschriften entsprechenden zumutbaren versicherungspflichtigen Beschäftigung bereithält,

Z 2 die sich berechtigt im Bundesgebiet aufhält, um eine unselbständige Beschäftigung aufzunehmen und auszuüben, und

Z 3 die nicht den Tatbestand des § 34 Abs. 3 Z 2 des Fremdengesetzes 1997 (FrG), BGBl. I Nr. 75, unter Berücksichtigung des § 34 Abs. 4 FrG erfüllt.“⁵⁶¹

Zu Z 1 und Z 2:

Bei ausländischen Saisonarbeitskräften stellt sich die Frage, ob sie nach Beendigung ihres letzten Beschäftigungsverhältnisses dem Arbeitsmarkt (weiterhin) zur Verfügung stehen?

Diesbezüglich normiert § 7 Abs 6 AIVG, dass *„Personen, die im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 AuslBG befristet beschäftigt sind, sich nach Beendigung ihrer Beschäftigung nicht berechtigt im Bundesgebiet aufhalten, um eine unselbständige Beschäftigung aufzunehmen und auszuüben.“* Nach dem Wortlaut des Abs 6 stehen damit ausländische Saisonarbeitskräfte und Erntehelfer, die im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 AuslBG befristet beschäftigt sind, nach Beendigung ihrer Beschäftigung nicht mehr dem Arbeitsmarkt zur Verfügung. Diese Auslegung des § 6 ist jedoch einschränkend zu interpretieren, denn hinsichtlich der aufenthaltsrechtlichen Thematik sind ja zwischen den Saisonarbeitskräften/Erntehelfern aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten und jenen aus Drittstaaten zu unterscheiden. Gemäß der Unionsbürger-RL (Art 7) sowie gemäß § 51 Z 1 NAG sind EWR-Bürger, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen und sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten, zur Niederlassung berechtigt, wenn sie in Österreich Arbeitnehmer oder Selbständige sind.⁵⁶² Die Arbeitnehmerfreizügigkeit erfuhr

⁵⁶¹ Betreffend Aufenthalt und Anspruch auf Arbeitslosengeld vgl VwGH 1. 4. 2009, 2009/08/0029.

⁵⁶² Vgl VwGH 4.6.2009, 2008/18/0763.

zwar auf Grund der maximal siebenjährigen Übergangsfrist in den Beitrittsverträgen eine maßgebliche Beschränkung, die jedoch nicht das Aufenthalts- und Niederlassungsrecht dieser "neuen" EU-Bürger tangiert. Meines Erachtens stehen daher nur jene ausländische Saisonarbeitskräfte und Erntehelfer nicht zur Verfügung, deren Aufenthaltsberechtigung an die Kontingentbewilligung als Saisonier/Erntehelfer gebunden ist und mit dieser endet. Dies trifft somit nur auf Saisoniers/Erntehelfer aus Drittstaaten vor, die ein Einreise- und Aufenthaltsvisum benötigen. § 7 Abs 6 AIVG ist daher auf Saisoniers/Erntehelfer aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten nicht anwendbar.⁵⁶³ Damit erfüllen Saisoniers/Erntehelfer aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten die erste (dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen) und zweite Voraussetzung (berechtigter Aufenthalt um eine unselbständige Beschäftigung aufzunehmen und auszuüben⁵⁶⁴) für die Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld. Sie sind ja nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben berechtigt, sich in Österreich zur Aufnahme und Ausübung einer Beschäftigung rechtmäßig aufzuhalten; sie stehen damit dem heimischen Arbeitsmarkt zur Verfügung.

In diesem Sinne reagierte auch der VwGH in seinem jüngsten Erkenntnis vom 9. September 2009⁵⁶⁵. Er führte in diesem Erkenntnis wie folgt aus: „[...] Die in § 7 Abs. 6 AIVG enthaltene unwiderlegliche gesetzliche Vermutung, dass jemand ab Beendigung seiner Beschäftigung nicht mehr dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht und er deshalb vom Bezug von Leistungen nach dem AIVG ausgeschlossen werden kann, könne sich auch sachlicherweise nur auf einen Personenkreis beziehen, bei dem das Fehlen einer Berechtigung zu einem weiteren Inlandaufenthalt tatsächlich vorausgesetzt werden kann.

Im Hinblick auf die Verfügbarkeit stellt § 7 Abs. 3 Z. 2 AIVG nur auf die Aufenthaltsberechtigung ab, nicht aber auf die Erfüllung noch etwaiger anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften (wie das AuslBG), die für den tatsächlichen

⁵⁶³ So auch Gerhartl, Arbeitslosenversicherungsgesetz Kommentar (2008) 50: „[...] Auch diese Einschränkung gilt nicht für Arbeitskräfte, die die Voraussetzungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt auf Grund internationaler Abkommen bzw des EU-Beitrittsvertrages erfüllen [...]“.

⁵⁶⁴ Dabei spielt die subjektive Absicht des Betroffenen, eine Beschäftigung im Inland aufzunehmen, keine Rolle. Es kommt objektiv darauf an, ob seine Aufenthaltsberechtigung die Möglichkeit einer Beschäftigungsaufnahme in rechtlicher Sicht abdeckt (vgl VwGH 28.6.2006, 2006/08/0020). Dies ergibt sich insbesondere aus der Niederlassungsbewilligung (zB § 43 NAG) oder dem gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrecht (§§ 51 ff NAG). Auch Asylwerber erfüllen die Voraussetzungen des § 7 Abs 3 Z 2 AIVG, da sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens sich in Österreich aufhalten dürfen (faktischer Abschiebeschutz – vgl § 12 AsylG).

⁵⁶⁵ VwGH 9.9.2009, 2007/08/0335.

*konkreten Antritt einer Beschäftigung im Einzelfall eventuell noch nötig sein könnten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. Februar 2008, Zl. 2007/08/0183). Ungeachtet des Erfordernisses einer Bewilligung nach dem AuslBG stand die Beschwerdeführerin [Anm: sie ist polnische Staatsangehörige] daher dem Arbeitsmarkt – vorbehaltlich des Ergebnisses einer Prüfung nach § 7 Abs. 3 Z. 1 sowie §§ 8, 9 und 12 AIVG – zur Verfügung.*⁵⁶⁶

Zu Z 3:

Ziffer 3 verweist noch immer auf das FrG. Der Tatbestand des § 34 Abs 3 Z 2 FrG ist dann erfüllt, wenn ein Fremder länger als ein Jahr, aber kürzer als acht Jahre auf Grund einer Niederlassungsbewilligung niedergelassen ist und während der Dauer eines Jahres nahezu ununterbrochen keiner erlaubten Erwerbstätigkeit nachgegangen ist. Liegt dies vor, so ist der Fremde mit Bescheid auszuweisen.⁵⁶⁷ Diese Bestimmung betrifft also Ausländer, die sich legal und mit einem zur Beschäftigungsaufnahme berechtigten Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhalten, jedoch seit längerer Zeit keiner legalen Beschäftigung mehr nachgegangen sind.

Mit dem Inkrafttreten des Fremdenpolizeigesetzes am 1. Jänner 2006 stellt sich die Frage, ob Ziffer 3 weiterhin anwendbar ist, weil Z 3 auf eine Bestimmung verweist⁵⁶⁸, die dem aktuellen Rechtsbestand nicht mehr angehört.⁵⁶⁹ Das FPG enthält jedoch in § 54 Abs 5 eine ziemlich wortgleiche Nachfolgebestimmung des § 34 Abs 3 Z 2 FrG. § 124 Abs 2 FPG normiert wiederum, dass „soweit in anderen Bundesgesetzen auf Bestimmungen des Fremdengesetzes 1997 verwiesen wird, treten an deren Stelle die entsprechenden Bestimmungen dieses Bundesgesetzes“. Obwohl Z 3 nicht auf das FPG entsprechend angepasst wurde, ist mE auf Grund der generellen Verweisung in

⁵⁶⁶ So auch VwGH 7.9.2005, 2005/08/0019.

⁵⁶⁷ Die Ausweisung ist jedoch durch das Grundrecht auf Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art 8 Abs 2 EMRK eingeschränkt; so auch § 66 Abs 1 FPG (vgl VwGH 30.5.2001, 2001/08/0029, VwGH 4.4.2004, 2001/08/0226).

⁵⁶⁸ Bei einer Verweisung wird zwischen einer dynamischen Verweisung, sprich, ein Verweis in eine Vorschrift in ihrer jeweils geltenden Fassung, und einer statischen Verweisung, also um eine Verweisung auf eine Vorschrift, die zu einem bestimmten Zeitpunkt feststeht, unterschieden (vgl Walter/Mayer/Kucske-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht Rz 253).

⁵⁶⁹ Vgl BGBl I 2005/100.

§ 124 Abs 2 FPG die Nachfolgebestimmung des § 54 Abs 5 FPG vom § 7 Abs 3 Z 3 AIVG mit umfasst.⁵⁷⁰

Da jedoch EWR-Bürger Niederlassungsfreiheit genießen und keine Niederlassungsbewilligung benötigen, sind sie vom Anwendungsbereich des § 54 Abs 5 FPG ohnehin nicht umfasst. § 7 Abs 3 Z 3 AIVG ist daher auf EWR-Bürger nicht anwendbar.⁵⁷¹

Arbeitsfähigkeit (§ 8 AIVG):

Gemäß § 8 Abs 1 AIVG ist jemand arbeitsfähig, wer nicht invalid beziehungsweise nicht berufsunfähig ist. Die Arbeitsfähigkeit ist daher das Pendant zur Arbeitsunfähigkeit. Bestehen Zweifel an der Arbeitsfähigkeit, so entscheidet darüber ein ärztliches Gutachten.⁵⁷² Gemäß § 8 Abs 3 AIVG sind *„ärztliche Gutachten der regionalen Geschäftsstellen einerseits und der Sozialversicherungsträger andererseits, soweit es sich um die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit handelt, gegenseitig anzuerkennen.“* Die Geschäftsstellen des AMS sind jedoch nicht an einem Bescheid gebunden, in welchem eine Pension aus dem Versicherungsfall der Invalidität oder der Berufsunfähigkeit zuerkannt worden ist.⁵⁷³

Arbeitswilligkeit (§ 9 AIVG):

Nach der Definition in § 9 Abs 1 AIVG ist jemand arbeitswillig, wer bereit ist,

- eine durch die regionale Geschäftsstelle oder einen vom Arbeitsmarktservice beauftragten Dienstleister vermittelte zumutbare Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis als Dienstnehmer anzunehmen,
- sich zum Zwecke beruflicher Ausbildung nach- oder umschulen zu lassen,

⁵⁷⁰ Zust *Pfeil*, Aktuelle Probleme des Arbeitslosenversicherungsrechts, DRdA 2000, 355; abl *Krapf/Keul*, AIVG-Praxiskommentar (2005 – 2009) Rz 183.

⁵⁷¹ § 7 Abs 3 Z 3 AIVG ist ebenfalls auf Fremde, die sich auf Grund einer Berechtigung nach dem AsylG in Österreich aufhalten, nicht anzuwenden (vgl VwGH 15.11.2000, 2000/08/0136).

⁵⁷² Vgl § 8 Abs 2 AIVG.

⁵⁷³ Vgl VwGH 16.2.1999, 96/08/0083.

- an einer Maßnahme zur Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt teilzunehmen,
- von einer sonst sich bietenden Arbeitsmöglichkeit Gebrauch zu machen und von sich aus alle gebotenen Anstrengungen zur Erlangung einer Beschäftigung zu unternehmen, soweit dies entsprechend den persönlichen Fähigkeiten zumutbar ist.

Demnach ist also der Arbeitslose verpflichtet, eine zugewiesene, zumutbare⁵⁷⁴ Beschäftigung anzunehmen, sprich, bezogen auf eben diesen zugewiesenen zumutbaren Arbeitsplatz arbeitswillig zu sein.⁵⁷⁵ Bei Verweigerung oder Vereitelung der Annahme einer zumutbaren Beschäftigung verliert der Arbeitslose gemäß § 10 AIVG für die Dauer der Weigerung, jedenfalls für die Dauer von sechs Wochen, den Anspruch auf das Arbeitslosengeld.⁵⁷⁶

Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG):

Die Arbeitslosigkeit wird in § 12 Abs 1 AIVG definiert. Demnach ist jemand arbeitslos, wenn er/sie nach Beendigung einer Beschäftigung keine neue unselbstständige oder selbstständige Erwerbstätigkeit (Beschäftigung) ausübt.⁵⁷⁷ Dabei ist der Begriff Beschäftigung weit zu verstehen. Darunter fallen alle nachhaltigen Tätigkeiten, die ihrem Typus nach die Schaffung von Einkünften in Geld und Güterform bezwecken.⁵⁷⁸ Auf die Rechtsgrundlage kommt es dabei nicht an.⁵⁷⁹ Des Weiteren kommt es auch nicht darauf an, von

⁵⁷⁴ Hinsichtlich der Zumutbarkeit wird auf objektive Elemente (vgl § 9 Abs 2 AIVG), wie zB angemessene Entlohnung, körperliche Fähigkeiten, Erreichbarkeit, sowie auf subjektive Elemente, zB aktives Bemühen um den Arbeitsplatz, abgestellt (vgl *Tomandl*, Sozialrecht⁶ (2009) Rz 342). In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob einem Arbeitslosen auch eine Beschäftigung in einem anderen EU-Mitgliedstaat zugemutet werden kann (dazu vgl *Resch*, Verweisung im Sozialrecht und Arbeitnehmerfreizügigkeit, DRdA 1998, 376, der dies für das deutschsprachige Ausland bejaht). Der Befürwortung von *Resch*, dass auch eine Beschäftigung in einem anderen EU-Mitgliedstaat zugemutet werden kann, stimme ich zu, denn es ist im Rahmen der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht ersichtlich, warum zB einem arbeitslosen Salzburger ein Job im benachbarten Freilassing nicht zugemutet werden kann.

⁵⁷⁵ Vgl VwGH 16.10.1990, 89/08/0141; VwGH 19.9.2007, 2006/08/0157;

vgl *Rebhahn*, Mitverantwortung der Leistungsempfänger im Sozialrecht, DRdA 1997, 352.

⁵⁷⁶ Vgl *Pfeil*, Die Regelung der Zumutbarkeit einer Beschäftigung seit der Arbeitsmarktreform 2004, DRA 2006, 98.

⁵⁷⁷ Vgl *Gerhartl*, Arbeitslosenversicherungsgesetz 91.

⁵⁷⁸ Vgl VwGH 21.9.1993, 91/08/0145; VwGH 30.9.1994, 93/08/0125.

⁵⁷⁹ Vgl VwGH 29. 6. 1993, 93/08/0030; VwGH 22.12.1999, 97/08/0565;

wem die Beendigung des Dienstverhältnisses ausgegangen ist.⁵⁸⁰ Nach- und Umschulungen gelten gemäß § 12 Abs 5 AIVG nicht als Beschäftigung.

Anwartschaft (§§ 14 ff AIVG):

Weiters muss die Anwartschaft erfüllt werden. Die Anwartschaft ist bei erstmaliger Inanspruchnahme von Arbeitslosengeld dann erfüllt, wenn der Arbeitslose in den letzten 24 Monaten vor Geltendmachung des Anspruches insgesamt 52 Wochen im Inland arbeitslosenversicherungspflichtig beschäftigt war. Gemäß § 14 Abs 5 AIVG sind ausländische Beschäftigungs- oder Versicherungszeiten auf die Anwartschaft anzurechnen, soweit dies durch zwischenstaatliche Abkommen oder internationale Verträge geregelt ist. Hierbei ist festzuhalten, dass die Beitrittsverträge zur Europäischen Union Verträge iS von § 14 Abs 5 AIVG sind.⁵⁸¹

Soweit die Voraussetzungen des AIVG erfüllt sind, haben die Saisoniers/Erntehelfer aus den EU-Mitgliedstaaten Anspruch auf Arbeitslosengeld sowie in weiterer Folge auf Notstandshilfe gemäß § 33 ff AIVG. Der Anspruch von Arbeitnehmern aus den anderen Mitgliedstaaten auf Arbeitslosengeld sowie auf Notstandshilfe⁵⁸² ist schon aus europarechtlicher Sicht geboten.⁵⁸³

⁵⁸⁰ Gemäß § 11 AIVG haben Arbeitslose innerhalb von vier Wochen vom Tag der Beendigung an keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn die Lösung des Arbeitsverhältnisses auf eigenem Verschulden oder auf Freiwilligkeit (zB gerechtfertigte Entlassung, Selbstkündigung) beruht (vgl *Brodill/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen 148).

⁵⁸¹ *Gerhartl*, Arbeitslosenversicherungsgesetz 50: „[...] zudem sind die im Rahmen einer Saisonbeschäftigung erworbenen Versicherungszeiten nach Wegfall des Saisonierstatus bei der Ermittlung der Anwartschaft ebenso zu berücksichtigen wie für einen allfälligen Anspruch im Heimatstaat, soweit dies im Rahmen zwischenstaatlicher Abkommen bzw der VO (EG) 1408/71 vorgesehen ist [...]“.

⁵⁸² Vgl *Muzak*, Die Neuregelung des Anspruchs auf Notstandshilfe für Ausländer – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Überlegungen, ZAS 1998, 38; vgl *Muzak*, Notstandshilfe und Staatsbürgerschaft – Neuerlicher Versuch einer verfassungskonformen Lösung, ZAS 2001, 1.

⁵⁸³ Vgl EGMR U 16.9.1996, *Gaygusuz* gegen Österreich, Nr 39/1995/545/631; VfGH 11.3.1998, G 363/97.

b) Anspruch auf Alterspension:

Werden Versicherungszeiten sowohl in Österreich als auch in einem anderen EU-Mitgliedstaat bzw. EWR-Staat, in der Schweiz oder in (einem) Vertragsstaat(en), mit denen (dem) Österreich ein Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat (zB mit Bosnien-Herzegowina, Mazedonien, Montenegro, Kroatien, Serbien), erworben, so werden diese bei der Prüfung der Pensionsvoraussetzungen, die sich jeweils nach dem Wohnsitzstaat des Anspruchsberechtigten richtet, herangezogen. So richtet sich zum Beispiel ein Pensionsanspruch von einer polnischen Arbeitskraft, die in Österreich als Saisonarbeitskraft gearbeitet hat, nach polnischem Recht, wobei die erworbenen Versicherungszeiten in Österreich bei der Berechnung für die Erlangung einer polnische Pension herangezogen/mitberücksichtigt werden. Die polnische Arbeitskraft erhält somit von jedem Staat, in dem er Versicherungszeiten erworben hat, eine Teilpension, für deren Berechnung die Beiträge und Versicherungszeiten im jeweiligen Staat zugrunde gelegt werden. Hierbei gilt das Antragsprinzip. *„Es ist nicht notwendig, in jedem Vertragsstaat die Pension gesondert zu beantragen. Bei der Antragstellung im Wohnsitzstaat ist darauf hinzuweisen, dass man auch ausländische Versicherungszeiten erworben hat.“*⁵⁸⁴ In weiterer Folge nimmt der zuständige Versicherungsträger des Wohnsitzstaates mit dem zuständigen Versicherungsträger im Ausland Kontakt auf und leitet das sog zwischenstaatliche Pensionsfeststellungsverfahren ein. Nach einer positiven Erledigung erfolgt die Überweisung der Leistung in den Wohnsitzstaat des Antragstellers.

⁵⁸⁴ Information der Pensionsversicherungsanstalt, <http://www.pensionsversicherung.at/portal/index.html> (27.01.2009).

2. Abschnitt: Sozialbetrugsgesetz

A. §§ 153c ff StGB

Am 1. März 2005 trat das Sozialbetrugsgesetz (SozBeG) in Kraft, „*welches strafrechtliche Maßnahmen gegen Sozialversicherungs-(SV-)betrug in Form von Scheinanmeldungen sowie gegen organisierte Schwarzarbeit enthält. Weiters wurden die Bestimmungen im ASVG über die Anmeldung bei Beschäftigungsbeginn und das Firmenbuch- und Konkursverfahren mit dem Ziel der Bekämpfung des Sozialbetruges geändert.*“⁵⁸⁵

Das Sozialbetrugsgesetz sieht folgende gerichtlich strafbare Tatbestände vor:

a) Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (§ 153c Abs 1 StGB)

Bei einer vorsätzlichen Vorenthaltung von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung durch den Dienstgeber sind Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren vorgesehen. Die Strafbarkeit tritt nicht ein, wenn der Dienstgeber bis zum Schluss der Verhandlung die ausstehenden Beträge zur Gänze einzahlt oder sich vertraglich zur Nachreichung der Beiträge binnen einer bestimmten Zeit verpflichtet⁵⁸⁶.

„§ 153c Abs 1 stellt Dienstgeber unter Strafe, die Beiträge eines Dienstnehmers zur Sozialversicherung dem berechtigten Versicherungsträger vorenthalten, womit natürliche Personen als Dienstgeber erfasst werden.“⁵⁸⁷ Bei Dienstgebern, die eine juristische Person sind (zB eine GmbH), sind die zur

⁵⁸⁵ Gagawczuk, Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005, 198.

⁵⁸⁶ Damit verliert meiner Ansicht nach diese Bestimmung jedoch die generalpräventive Wirkung. Die tätige Reue ist daher auch in einem weit fortgeschrittenen Verfahrensstadium möglich.

⁵⁸⁷ Kirchbacher/Presslauer in WK² § 153c Rz 3.

Vertretung nach außen befugten Organe verantwortlich (zB Geschäftsführer der GmbH).⁵⁸⁸

Von diesem Straftatbestand ist ausschließlich das vorsätzliche Vorenthalten (bedingter Vorsatz) von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung erfasst. Daher ist das vorsätzliche Vorenthalten, also das Einbehalten und das nicht Abführen an den zuständigen Träger der Krankenversicherung innerhalb des Beitragszeitraumes, der Dienstnehmeranteile für die Kranken-, Pensions- und Arbeitslosenversicherung, die auf die tatsächlich ausbezahlten Löhne entfallen, unter Strafe gestellt.

b) Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 153d StGB)

Für betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen oder von Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz sind bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen. Unter den Sozialversicherungsbeiträgen fallen sowohl die Dienstnehmer- als auch die Dienstgeberbeiträge, sprich, Beiträge zur Kranken-, Pensions-, Arbeitslosen- und Unfallversicherung sowie die Beiträge nach dem Betrieblichen Mitarbeitervorsorgegesetz (BMVG).

Unter diesem Straftatbestand sind Sachverhalte zu subsumieren, bei denen die Anmeldung zur Sozialversicherung durch den Dienstgeber schon mit dem Vorsatz erfolgt, die fälligen Sozialversicherungsbeiträge/Zuschläge nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz nicht oder nicht vollständig zu leisten und in weiterer Folge die Beiträge/Zuschläge vorenthaltet (innerhalb der gesetzten Frist nicht entrichtet). Ein Beispiel: Der Dienstgeber meldet die ausländische Saisonarbeitskraft bewusst nur geringfügig an, obwohl das für die Tätigkeit erhaltene Entgelt die Geringfügigkeitsgrenze bei weitem übersteigt und entrichtet in weiterer Folge auch nur die Sozialversicherungsbeiträge hinsichtlich der Geringfügigkeitsgrenze. Der Dienstgeber hat also schon zum Zeitpunkt der Anmeldung des Dienstnehmers den Vorsatz, Sozialversicherungsbeiträge/Zuschläge ganz oder nur zum Teil nicht zu zahlen

⁵⁸⁸ Vgl § 153c Abs 2 StGB.

und setzt dies auch um. Nicht umfasst ist von diesem Tatbestand die Anmeldung von Dienstnehmern zur Sozialversicherung, die nicht der Pflichtversicherung unterliegen. Scheinmeldungen dieser Art können jedoch den Tatbestand des Betrugs (§§ 146 ff StGB) erfüllen.

Der Strafraum erhöht sich auf bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe, wenn die hinterzogenen Beiträge EUR 50.000,-- übersteigen. Entrichtet der Dienstgeber vor Kenntnis durch die Behörde die rückständigen Beiträge freiwillig (tätige Reue), so erlangt er Straffreiheit⁵⁸⁹.

c) Organisatorische Schwarzarbeit (§ 153e StGB)

Für organisatorische Schwarzarbeit sieht das Gesetz Freiheitsstrafen von bis zu zwei Jahren vor. Darunter fallen

- die gewerbsmäßige⁵⁹⁰ Anwerbung⁵⁹¹, Vermittlung⁵⁹² oder Überlassung⁵⁹³ von Personen zur Erwerbstätigkeit ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder die erforderliche Gewerbeberechtigung,
- die gewerbsmäßige Beschäftigung oder Beauftragung einer größeren Zahl von Personen zum gleichen Zeitpunkt (etwa 10 und mehr) ohne die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung,
- die gewerbsmäßige Ausübung einer führenden Tätigkeit⁵⁹⁴ in einer Verbindung einer größeren Anzahl selbständiger oder unselbständigen Erwerbstätiger (etwa 10 und mehr), die nicht über

⁵⁸⁹ „Damit sind insoweit strengere Anforderungen als nach § 153c Abs 3 an den Täter verbunden, als § 167 Schadensgutmachung zu einem Zeitpunkt verlangt, zu dem noch keine Strafverfolgungsbehörde und kein zur Strafverfolgung berufenes öffentliches Sicherheitsorgan vom Verschulden des Täters erfahren hat“ [...] (Kirchbacher/Presslauer in WK² § 153d Rz 26).

⁵⁹⁰ Darunter versteht man die Absicht auf das Erzielen einer fortlaufenden Einnahme durch wiederkehrende Tatbegehung.

⁵⁹¹ Das Anwerben zur unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit muss nicht unbedingt zu einem Vertragsabschluss führen.

⁵⁹² Die Vermittlung zielt dazu ab, dass die illegal erwerbstätigen Personen von dem bezahlt werden, der sie beschäftigt.

⁵⁹³ Trifft vor allem im Bereich der Personalbereitstellung zu.

⁵⁹⁴ Im Sinne einer selbstständigen Anordnungsgewalt in größerem Umfang.

die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung verfügen.

Diese Straftatbestände betreffen nicht nur Dienstgeber⁵⁹⁵, sondern jede Person, die Schwarzarbeit fördert, indem sie illegal erwerbstätige Personen gewerbsmäßig anwirbt, vermittelt, beschäftigt, beauftragt oder in einer Verbindung einer größeren Zahl illegal erwerbstätiger Personen wiederholt führend tätig ist. Unter illegal erwerbstätige Personen werden jene Personen verstanden, die nicht die erforderliche Anmeldung zur Sozialversicherung oder nicht die erforderliche Gewerbeberechtigung aufweisen. *„Dienstnehmer sind vom Dienstgeber gem § 30 Abs 1 ASVG zur Sozialversicherung anzumelden. Eine selbstständige Erwerbstätigkeit in der Land- und Forstwirtschaft ist gem § 16 Abs 1 BSVG zu melden, eine sonstige selbstständige Erwerbstätigkeit gem § 18 Abs 1 GSVG.“*⁵⁹⁶

Auch hier ist wiederum für die Strafbarkeit erforderlich, dass der Täter bedingten Vorsatz sowie die Absicht hat, gewerbsmäßig zu handeln.

B. Änderungen des ASVG (§§ 33, 111, 113 ASVG)

Seit 1. Jänner 2008 ist auch die Anmeldung zur Sozialversicherung neu geregelt. Demnach ist der Dienstgeber verpflichtet, jeden Beschäftigten, der gemäß ASVG in der Krankenversicherung pflichtversichert ist (Voll- und Teilversicherte), vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden⁵⁹⁷ und binnen sieben Tagen nach Ende der Pflichtversicherung wieder abzumelden. Die An- (Ab)meldung durch den Dienstgeber gilt auch für den Bereich der Unfall- und Pensionsversicherung, soweit die beschäftigte Person in diesen Versicherungen pflichtversichert ist.⁵⁹⁸

⁵⁹⁵ Bei der Beurteilung, wer Dienstgeber ist, kommt es auf die wahren Gegebenheiten an (vgl § 539a ASVG).

⁵⁹⁶ Kirchbacher/Presslauer in WK² § 153e Rz 7.

⁵⁹⁷ Die Anmeldung zur Pflichtversicherung erfolgt elektronisch.

⁵⁹⁸ Vgl § 33 Abs 1 ASVG.

„Nunmehr ist auf die Frage einzugehen, was eigentlich das Tatbestandsmerkmal 'vor Arbeitsantritt' im § 33 für die ASVG-Pflichtversicherten bedeutet. Dabei ist vor allem die Erfassung des genauen Zeitpunktes interessant. [...] Traditionellerweise stellt das SV-Recht abhängig Beschäftigter ja auf die faktische Ausübung der versicherungspflichtigen Tätigkeit bzw deren Beginn ab. Dieser Ansatz ist geradezu Kernfunktion der sozialen Sicherung im ASVG. Die Tätigkeitsausübung allein begründet eo ipso das Versicherungsverhältnis und damit den sozialen Schutz für den Beschäftigten. Dies gilt bekanntermaßen melde- und beitragsunabhängig.“⁵⁹⁹

Wird nun die ausländische Arbeitskraft nicht vor Arbeitsantritt angemeldet, so liegt ein sozialversicherungsrechtlicher Meldeverstoß vor. Der sozialversicherungsrechtliche Meldeverstoß kann gemäß § 111 ASVG mit einer Verwaltungsstrafe zwischen EUR 730,-- bis 2.180,-- geahndet werden, im Wiederholungsfall von EUR 2.180,-- bis zu EUR 5.000,--. Die Höhe der Geldstrafe richtet sich danach, wie oft der Arbeitgeber gegen die Meldeverpflichtung verstoßen hat. Falls das Verschulden des Arbeitgebers geringfügig ist, die Folgen der Übertretung unbeutend sind und ein erstmaliges ordnungswidriges Handeln vorliegt, kann die Bezirksverwaltungsbehörde die Geldstrafe bis auf EUR 365,-- herabsetzen.⁶⁰⁰

„Darüber hinaus werden Beitragszuschläge bei unterbliebener Anmeldung vor Arbeitsantritt festgesetzt. Dieser Zuschlag setzt sich aus zwei Beträgen zusammen: EUR 500 pro Person, die anzumelden gewesen wäre, als Pauschalersatz für die Bearbeitungskosten des SV-Trägers, sowie EUR 800 für den Prüfeinsatz als Pauschalersatz für jene Kosten, die der Sozialversicherung und den Behörden im Zuge einer einschlägigen Prüfung durch die Organe erwachsen. Bei erstmaliger verspäteter Anmeldung mit unbeutenden Folgen kann der Zuschlag von EUR 500 entfallen und der Teilbetrag für den Prüfeinsatz von EUR 800 auf EUR 400 herabgesetzt werden.“^{601 602}

⁵⁹⁹ Brodil, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, 384.

⁶⁰⁰ Dazu etwa Brodil, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, 387.

⁶⁰¹ Information der Landwirtschaftskammer Niederösterreich, <http://www.landwirtschaftskammer.at> (17.10.2008).

⁶⁰² Zu den Beitragszuschlägen gemäß § 113 ASVG und dessen Verdacht der Verfassungswidrigkeit sowie des Verstoßes gegen das Verbot der Doppelbestrafung siehe Brodil, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts, DRdA 2008, 387.

Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeträgen kann – wie oben in lit a bis c ausgeführt – zu einer Freiheitsstrafe führen. Darüber hinaus sind auch die finanzstrafrechtlichen Straftatbestände, wie zB § 33 Abs 2 lit b FinStrG⁶⁰³ (wissentliche Hinterziehung von Lohnabgaben und Dienstgeberbeiträgen), einschlägig.

⁶⁰³ Bundesgesetz vom 26. Juni 1958, betreffend das Finanzstrafrecht und das Finanzstrafverfahrensrecht BGBl 1958/129 idF BGBl I 2009/20.

X. Teil: Zusammenfassung

A. Das Wichtigste nochmals kurz

Ausländische Arbeitskräfte, die keine EU/EWR-Staatsbürgerschaft besitzen, benötigen für die Beschäftigung in Österreich eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz. Solange die Übergangsfristen gelten, sind die gesetzlichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes auch auf die Staatsangehörigen der neuen Beitrittsländer, die am 1. Mai 2004 bzw am 1. Jänner 2007 der Europäischen Union beigetreten sind, anzuwenden.

Sowohl im Wirtschaftszweig Land- und Forstwirtschaft als auch im Fremdenverkehr, aufgeteilt auf Sommer und Winter, gibt es festgelegte Kontingente für ausländische Saisonarbeiter, die vom BMASK jährlich im Wege von Verordnungen erlassen werden. Während der zeitlichen Geltung der Verordnungen können von der rG des AMS Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen der festgelegten Kontingenthöhe erteilt werden (Kontingentbewilligungen). Dazu hat der Arbeitgeber die beim AMS aufliegenden Antragsformulare zu verwenden.

Kontingentbewilligungen unterscheiden sich von den "normalen" Beschäftigungsbewilligungen gemäß § 4 AuslBG in folgenden Punkten:

- Kontingentbewilligungen dürfen sowohl nach Überschreitung der Landeshöchstzahl als auch nach Überschreitung der Bundeshöchstzahl erteilt werden;
- Die Geltungsdauer ist auf höchstens sechs bzw neun Monate beschränkt (Beschäftigungsbewilligungen werden jeweils längstens für die Dauer eines Jahres erteilt);

- Beschäftigungszeiten im Rahmen eines Kontingentes werden nicht als Zeiten einer Beschäftigung zur Erteilung einer Arbeitserlaubnis angerechnet (§ 14a Abs 1a AuslBG).

Ausländische Saisonarbeitskräfte dürfen im Tourismus für maximal 24 bzw 25 Wochen, in der Land- und Forstwirtschaft für höchstens 6 Monate bzw ausländische Saisoniers aus den "neuen" EU-Ländern, die schon drei Jahre zuvor als Saisoniers in der Landwirtschaft beschäftigt waren, für höchstens 9 Monate im Rahmen des jeweiligen Kontingentes beschäftigt werden. Erntehelfer können im Rahmen des Erntehelferkontingentes maximal bis zu sechs Wochen beschäftigt werden. Die erworbenen Zeiten der Saisonarbeit werden jedoch nicht für die Erlangung einer Arbeitserlaubnis angerechnet.

Weiters ist zu beachten, dass für eine ausländische Arbeitskraft Beschäftigungsbewilligungen im Rahmen von Kontingenten nur für die Gesamtdauer von 12 Monaten innerhalb von 14 Monaten erteilt werden dürfen. Während der Übergangsphase wird jedoch vom AMS darauf geachtet, dass entsprechende Unterbrechungszeiten zwischen den Saisonbewilligungen liegen, damit keine durchgehende Beschäftigungszeit von 12 Monaten vorliegt.

Bei einer Beschäftigung ohne erforderliche Bewilligung macht sich der Arbeitgeber wegen unerlaubter Ausländerbeschäftigung strafbar. Die Mindeststrafe beträgt EUR 1.000,-- pro unerlaubten Beschäftigten, wobei zusätzlich auch ein Kostenersatz für die Durchsetzung einer allfälligen Abschiebung von der Behörde vorgeschrieben werden kann.

Weiters treffen dem Arbeitgeber **Meldepflichten**. So muss der Arbeitgeber innerhalb von drei Tagen nach Arbeitsaufnahme den Beginn der Beschäftigung anzeigen, sowie die Beendigung der Beschäftigung innerhalb von 3 Tagen dem Arbeitsmarktservice melden. Der Arbeitgeber muss den Beginn und die Beendigung des Dienstverhältnisses auch der zuständigen Gebietskrankenkasse melden. Die Anmeldung bei der zuständigen Gebietskrankenkasse hat vor Aufnahme der Beschäftigung zu erfolgen, die Abmeldung binnen sieben Tagen nach Beendigung der Beschäftigung.

Des Weiteren ist der ausländische Arbeitnehmer verpflichtet, seinen Wohnsitz beim zuständigen Gemeindeamt binnen drei Tagen an- und abzumelden.

Sozialrechtlich gesehen unterliegen ausländische Saisonarbeitskräfte der Vollversicherung, bei Erntehelfern ist die Sozialversicherungspflicht auf die Kranken-, Unfall- und Arbeitslosenversicherung eingeschränkt. Beiträge zur Pensionsversicherung fallen bei Erntehelfern keine an.

B. Saisonierstatus

Der Vorteil einer Saisonregelung liegt vor allem im kontrollierten Zugang zum Arbeitsmarkt. Mit der Kontingentierung der Saisoniers und Erntehelfer hat der Staat ein effektives Instrument in der Hand, um auf die aktuellen Gegebenheiten am Arbeitsmarkt zu reagieren. Durch die Anhebung oder Senkung der jährlich neu erlassenen Saisonierquoten kann man auf die Bedürfnisse nach Arbeitskräften in den Saisonierbranchen reagieren. Die Kontingentierung verhindert einerseits einen uneingeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt für ausländische Arbeitskräfte, andererseits kann der Arbeitsmarkt mit rasch verfügbaren Arbeitskräften "beliefert" werden. Die Quoten sind daher das Ergebnis des Ausgleichs zwischen den Wünschen der Wirtschaft und der Situation am Arbeitsmarkt.

Für eine befristete Beschäftigung im Rahmen von Saisonkontingenten erhält die drittstaatsangehörige Saisonarbeitskraft nur eine Aufenthaltserlaubnis, die nicht in eine Niederlassungsbewilligung umgewandelt werden kann. Mit dieser Aufenthaltserlaubnis kann die drittstaatsangehörige Saisonarbeitskraft daher kein Recht auf Zuwanderung und Aufenthaltsverfestigung und kein Recht, seine Familienangehörigen nachzuholen, erwirken. Nach Ablauf der Beschäftigungsbewilligung muss die drittstaatsangehörige Saisonarbeitskraft das Bundesgebiet verlassen. So muss für die Erlangung einer Kontingentbewilligung auch kein Integrationsgrad (Integrationsvereinbarung) vorhanden sein.

Auf Grund der restriktiven Zugangsbestimmungen, insbesondere auf Grund der gesetzlichen Festlegung einer Bundeshöchstzahl sowie von Landeshöchstzahlen, besteht für Ausländer, die eine arbeitsrechtliche Bewilligung benötigen, in der Regel die einzige Chance eine Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente zu bekommen. So schließt das Ausländerbeschäftigungsgesetz die Neuzulassung von Arbeitskräften aus dem Ausland – von qualifizierten Schlüsselkräften, Facharbeitern, Wissenschaftlern, Pflegekräften und vorübergehend beschäftigten Saisonarbeitskräften abgesehen – generell aus. *„Eine Ganzjahresbewilligung (für 52 Wochen) wird dagegen nur unter Beachtung des österreichischen Arbeitsmarktes für besonders hochqualifizierte Arbeitskräfte oder für ArbeitnehmerInnen in sogenannten 'Mängelberufen' ausgestellt.“*⁶⁰⁴ Darüber hinaus schränken auch die aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen die Zuwanderung von Arbeitsmigranten ein. *„Die dauerhafte Zuwanderung von Arbeitsmigranten, die nicht EWR-Bürger bzw. Familienangehörige von diesen sind, ist nur mehr für Schlüsselkräfte und für Ausländer, die einen Aufenthaltstitel 'Dauerhaufenthalt – EG' eines anderen Mitgliedstaates besitzen, möglich.“*⁶⁰⁵

Bezüglich der arbeitsrechtlichen Regelungen ist festzuhalten, dass insbesondere die Regelungen über die Arbeitszeit und Entlohnung in der Land- und Forstwirtschaft in jedem Bundesland ihre Unterschiede aufweisen. Daher ist im konkreten Fall immer der Kollektivvertrag bzw die Landarbeitsordnung des betreffenden Bundeslandes heranzuziehen.

Der Nachteil der Quotenregelung liegt darin, dass bei einer Ausschöpfung der Quote – vor allem zu Zeiten, in denen ein erhöhter Arbeitskräftebedarf besteht (zB zu Erntehöhepunkten), – keine weiteren Arbeitskräfte bewilligt werden dürfen. Werden nicht weitere Kontingentplätze erlassen, so hat dies die Konsequenz, dass die Ernte eventuell nicht rechtzeitig eingefahren werden

⁶⁰⁴ AMS, Informationen zur Ausländerbeschäftigung.

⁶⁰⁵ Bichl/Schmid/Szymanski, Das neue Recht der Arbeitsmigration 43.

kann. Für den einzelnen Landwirt bzw. Hotelier/Gastronom können fehlende Arbeitskräfte eine Bedrohung seiner Existenz bedeuten.

C. Ausblick

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Bedarf an ausländischen (Fach-)Arbeitskräften – trotz derzeitiger Wirtschaftskrise – nicht abnehmen wird. In arbeitsintensiven Branchen wie der Land- und Forstwirtschaft und dem Tourismus ist die menschliche Arbeitskraft gefragter denn je. Für Pflück-, Stech-, Küchen- oder Reinigungsarbeiten finden sich immer weniger heimische Arbeitskräfte, die bereit sind, diese Arbeiten zu erledigen. Daher sind die Arbeitgeber in diesen arbeitsintensiven Branchen auf ausländische Saisoniers/Erntehelfer angewiesen, um ihre Produkte verkaufen bzw. den Erwartungen der Gäste gerecht werden zu können.

Obwohl schon jetzt für Fachkräfte, Schlüsselkräfte, qualifizierte Pflegekräfte sowie für Saisonarbeitskräfte in der Land- und Forstwirtschaft und im Hotel- und Gastgewerbe im Rahmen der Kontingente ein erleichterter Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt besteht, wächst der Druck, den Arbeitsmarkt gänzlich zu öffnen. So verlangen die Interessensvertreter des Hotelgewerbes sowie der Land- und Forstwirtschaft die Beseitigung der Übergangsbestimmungen für Fremdarbeitskräfte sowie eine Ausdehnung der Beschäftigungsdauer auch für Saisoniers aus Drittstaaten von sechs auf mindestens neun Monate. Die heimische Landwirtschaft befürchtet, bedingt durch die "Kontingent-Regelung", einen Wettbewerbsnachteil. Die großen Obst- und Gemüseproduzentenländer wie Niederlande, Spanien und Italien haben ihren Arbeitsmarkt bereits geöffnet.

Im Gegensatz dazu warnen jedoch die Gewerkschaft und politische Gruppierungen vor negativen Auswirkungen auf heimische Arbeitskräfte, wenn der Arbeitsmarkt eine verfrühte Öffnung erfährt. Nach deren Ansichten wäre gerade in der noch derzeitig befindlichen Finanz- und Weltwirtschaftskrise eine Öffnung des Arbeitsmarktes kontraproduktiv.

Die Europäische Kommission ist der Argumentation Österreichs betreffend schwerwiegender Störung des Arbeitsmarktes gefolgt und hat am 8. Juni 2009 die Verlängerung der Übergangsfrist akzeptiert. Damit bleiben die Übergangsbestimmungen bis zum 30. April 2011 weiterhin aufrecht.

Kommt es am 1. Mai 2011 zur vollständigen Öffnung des Arbeitsmarktes, hätte dies eine geringere Anwendung der Bestimmungen des § 5 AuslBG zur Folge. Die Kontingentregelung würde zwar an Bedeutung verlieren, aber keineswegs obsolet werden. Die Saisonier- und Erntehelferregelung des § 5 AuslBG würde weiterhin für Staatsbürger aus Drittstaaten, für eine gewisse Zeit (höchstens bis zum 31. Dezember 2013) auch noch für Bulgaren und Rumänen, gelten. Sollten weitere Staaten der Europäischen Union beitreten (zB Kroatien), so ist davon auszugehen, dass auch betreffend dieser Staaten spiegelbildliche Übergangsbestimmungen in den Beitrittsverträgen vereinbart werden. § 5 AuslBG und damit die Thematik "Ausländische Saisonarbeitskräfte" verlieren damit nicht an Aktualität.

Wenn die letzten Mauern am EU-Arbeitsmarkt fallen werden und Unternehmen aus allen EU-Nachbarländern ab Mai kommenden Jahres frei in Österreich arbeiten dürfen, wird die Gefahr – auf Grund der unterschiedlichen Lohn- und Sozialniveaus innerhalb der Europäischen Union – eines Lohn- und Sozialdumpings zunehmen. Zwar sind ausländische Arbeitgeber gemäß §§ 7 ff AVRG verpflichtet, Arbeitnehmer, die in Österreich tätig sind, zumindest nach den hier geltenden gesetzlichen, durch Verordnung festgelegten oder kollektivvertraglichen Entgelten zu entlohnen, jedoch wird befürchtet, dass Unternehmen aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten Aufträge in Österreich zu den deutlich niedrigeren Lohnkosten auf dem Niveau des Herkunftslandes abwickeln. Das AMS führt zwar eine ad-hoc-Lohnprüfung im Rahmen der Entsende- bzw Überlassungsmeldung durch, die sich ab dem 1. Mai 2011 jedoch nur auf Drittstaatsarbeitnehmer, auf Bulgaren und Rumänen beziehen wird. Um Lohn- und Sozialdumping den Riegel vorzuschieben, wurde im

Juli 2010 vom BMASK ein Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz⁶⁰⁶ zur Begutachtung versandt. Dieses Gesetz, das mit 1. Jänner 2011 in Kraft treten soll und auf Tatbestände anzuwenden ist, die nach dem 30. April 2011 verwirklicht werden, soll ein Unterlaufen des nach Gesetz, Verordnung oder Kollektivvertrag zustehenden Mindestentgeltes verhindern, damit ein fairer Wettbewerb zu österreichischen Bedingungen herrscht. Im Ministerialentwurf ist vorgesehen, dass Arbeitgeber/Beschäftiger zur Ermittlung des Mindestentgeltes Lohnunterlagen am Arbeits(Einsatz)ort in deutscher Sprache den Organen der Abgabenbehörde (zB KIAB) bereitzuhalten haben. Wird die Einsichtnahme in den Unterlagen verweigert, die Kontrolle erschwert oder behindert, oder wird eine Unterentlohnung festgestellt, so liegt nach dem Gesetzesentwurf eine Verwaltungsübertretung vor, die von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe von EUR 5.000,-- bis EUR 50.000,--, im Wiederholungsfall von EUR 10.000,-- bis EUR 100.000,-- zu ahnden ist. Erstmals besteht damit die Möglichkeit, Lohnansprüche zur Sache eines Verwaltungsstrafverfahrens zu machen. Ob die vorgesehenen drastischen Geldstrafen ihre präventive Wirkung entfalten können, um Lohn- und Sozialdumping in einem Wirtschaftsraum, in dem die Sozialsysteme nicht angeglichen sind, hintanzuhalten, wird sich nach dem 30. April 2011 zeigen.

Kommt es – wie vorgesehen – am 1. Mai 2011 zur vollständigen Öffnung des Arbeitsmarktes, so wird es für die Arbeitgeber sicherlich problemloser werden, Arbeitskräfte aus Osteuropa zu bekommen. Ob aber damit für die Hotellerie bzw für die Land- und Forstwirtschaft alles eitel Wonne sein wird, wird sich weisen.

Die Gefahr besteht nämlich, dass bei einem Fallen der Übergangsregelungen die derzeitigen ausländischen Saisonarbeitskräfte bzw Erntehelfer in anderen Branchen, in denen sie mehr Geld verdienen, ihr Glück versuchen werden. Schon jetzt gehen viele bewährte Saisonarbeitskräfte/Erntehelfer aus Polen lieber nach Großbritannien oder in die Niederlande, wo sie, im Gegensatz zu

⁶⁰⁶ Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, das Insolven-Entgeltsicherungsgesetz und das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz geändert werden (Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz), ME 181, 24. GP.

Österreich, unbefristet arbeiten dürfen und mehr verdienen als in der Landwirtschaft bzw im Tourismus. Des Weiteren besteht schon derzeit in einigen Regionen Osteuropas ein Fachkräftemangel, weil schon einige "neuen" EU-Bürger ihre Heimat Richtung Westen verlassen haben. Nach Schätzungen sind nach der EU-Osterweiterung mindestens eine Million Polen in die "alten" EU-Mitgliedstaaten ausgewandert. Dieser Umstand hat dazu geführt, dass Polen Facharbeiter aus der Ukraine, Russland und Weißrussland holen muss. So dürfen Ukrainer, Russen und Weißrussen sechs Monate ohne jegliche Arbeitsgenehmigung in Polen tätig werden. Außerdem steigt auch in den Heimatländern das Lohnniveau, was wiederum die Arbeit im Westen weniger attraktiv macht (so steigen die Löhne stärker als die Produktivität; zB Lohnsteigerungen im Jahr 2008 von 16 % im Baugewerbe in Polen).

Man kann daher für die Hotellerie und Gastronomie, für Land- und Forstwirtschaft sagen, dass sie bei einem völligen Wegfall der Übergangsregelungen verstärkt mit anderen Branchen in "Konkurrenz" um geeignete Arbeitskräfte stehen werden. Wer möchte noch Spargel zum kollektivvertraglichen Lohn stechen, wenn eine andere Arbeit "leichter" und besser bezahlt ist? Osteuropäische Arbeitskräfte sind in einem "freien" Arbeitsmarkt nicht mehr darauf angewiesen, im Tourismusbereich oder in der Land- und Forstwirtschaft zu den kollektivvertraglichen Bedingungen zu arbeiten. Die Konsequenz wäre, dass die Gehälter im Tourismus, in der Land- und Forstwirtschaft steigen müssten, damit die Jobs attraktiv bleiben.

Sollten sich trotz Öffnung nicht ausreichend Arbeitskräfte finden, so wird man versuchen, Arbeitskräfte aus anderen Ländern zu gewinnen. Zu denken ist hier an Drittstaaten, vor allem an afrikanische und asiatische Länder (so werden zB Erntearbeiter aus China, Thailand und Vietnam zur Beerenernte in Schweden eingesetzt). Obwohl in Österreich derzeit ca 80% der land- und forstwirtschaftlichen Saisoniers sowie 98% der Erntehelfer aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten kommen, steigt auch hierzulande der Bedarf an Saisonarbeitskräften aus Drittstaaten. Dass Saisoniers aus Drittstaaten in den EU-Mitgliedstaaten immer mehr eine wichtigere Rolle spielen, zeigt auch der

Umstand, dass die EU-Kommission eine Richtlinie über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Ausübung einer saisonalen Beschäftigung⁶⁰⁷ vorschlägt. Der Vorschlag der Kommission für eine solche Richtlinie sieht unter anderem vor, dass jeder Mitgliedstaat per Schnellverfahren Anträge von drittstaatsangehörigen Saisoniers innerhalb von 30 Tagen erledigen kann, sofern ein fixer Arbeitsvertrag oder ein verbindliches Jobangebot vorliegt. Weiters möchte die EU-Kommission die Dauer der Arbeitsbewilligung auf drei Jahre ausweiten.

Was heute schon in anderen EU-Mitgliedstaaten gang und gäbe ist, könnte daher in einigen Jahren auch für Österreich zutreffen. Statt Polen, Slowaken und Rumänen werden dann Algerier, Marokkaner, Nigerianer, Chinesen und Vietnamesen auf Österreichs Feldern anzutreffen sein.

⁶⁰⁷ KOM(2010)379 endg.

A N H A N G 1

Arbeitsrechtliche Bestimmungen für Saisoniers
und Erntehelfer auf Grundlage von Gesetzen,
Verordnungen und Kollektivverträgen

Anhang 1: Arbeitsrechtliche Bestimmungen für Saisoniers und Erntehelfer auf Grundlage von Gesetzen, Verordnungen und Kollektivverträgen

1. Abschnitt: Kompetenzverteilung

A. Arbeitsrechtliche Kompetenzverteilung in der Land- und Forstwirtschaft und die anwendbaren Bestimmungen für ausländische Saisonarbeitskräfte und Erntehelfer

Grundsätzlich fallen nach Art 10 Z 11 B-VG Angelegenheiten des Arbeitsrechtes in die Kompetenz des Bundes. Gesetzgebung und Vollziehung obliegen dem Bund. Jedoch sind gemäß Art 12 Abs 1 Z 6 B-VG in Angelegenheiten des Arbeiterrechtes sowie des Arbeiter- und Angestelltenschutzes für land- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte die einzelnen Bundesländer sowohl für die Erlassung von Ausführungsgesetzen als auch für die Vollziehung der Gesetze zuständig. Der Bund übt gemäß Art 12 B-VG nur die Grundsatzgesetzgebung aus.

So gibt es in Österreich ein Landarbeitsgesetz⁶⁰⁸ und – als Ausführungsgesetze – neun Landarbeitsordnungen, auf deren Basis die Kollektivverträge abgeschlossen werden.

⁶⁰⁸ Bundesgesetz betreffend die Grundsätze für die Regelung des Arbeitsrechts in der Land- und Forstwirtschaft (Landarbeitsgesetz 1984), LAG BGBl 1984/287 idgF.

Damit sind auf das Beschäftigungsverhältnis von ausländischen Erntehelfern und Saisoniers alle einschlägigen Gesetze, Verordnungen, Kollektivverträge anzuwenden, die auch für inländische Beschäftigte in dieser Branche gelten.

Für das Beschäftigungsverhältnis betreffend ausländischer Erntehelfer und Saisoniers in der Land- und Forstwirtschaft sind somit insbesondere folgende Bestimmungen von Relevanz:

- das Landarbeitsgesetz⁶⁰⁹,
- die Landarbeitsordnung des jeweiligen Bundeslandes⁶¹⁰,
- der Kollektivvertrag für Dienstnehmer in den bäuerlichen Betrieben⁶¹¹ des jeweiligen Bundeslandes (Kollektivvertrag für bäuerliche Betriebe) bzw der Kollektivvertrag für Dienstnehmer in den Mitgliedsbetrieben des Zentralverbandes der land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgeber in Niederösterreich, Burgenland und Wien, der Kollektivvertrag für landwirtschaftliche Saisonarbeiter in den landwirtschaftlichen Betrieben der Bundesländer Niederösterreich, Burgenland und Wien,⁶¹²
- der Kollektivvertrag für Dienstnehmer in den landwirtschaftlichen Gutsbetrieben des jeweiligen Bundeslandes (Gutsangestellten- oder Gutsarbeiterkollektivvertrag),
- Gutsangestelltengesetz⁶¹³,
- der Kollektivvertrag für die Dienstnehmer in den Betrieben des Gartenbaues und der Baumschulen des jeweiligen Bundeslandes,
- der Mantelvertrag für die Forstarbeiter in der Privatwirtschaft⁶¹⁴
- Arbeitsvertrag

⁶⁰⁹ Im Landarbeitsgesetz sind vor allem das unmittelbar anwendbare Bundesrecht von Relevanz (vgl Art 12 Abs 1 Z 6 B-VG).

⁶¹⁰ Vgl § 1 LAG iVm § 1 NÖ Landarbeitsordnung (LGBI 1973/185 idgF).

⁶¹¹ Von einem bäuerlichen Betrieb spricht man, wenn der Betriebsinhaber selbst sowie seine im Familienverband lebenden Familienangehörigen im Betrieb mitarbeiten, mit den Dienstnehmern in der Regel in Hausgemeinschaft leben und bei der Führung des Betriebes ein leitender Angestellter nicht beschäftigt wird.

⁶¹² Gemäß den jeweiligen Landarbeitsordnungen sind die Bestimmungen des Kollektivvertrages, soweit sie nicht die Rechtsbeziehungen zwischen den Kollektivvertragsparteien regeln, innerhalb seines fachlichen, räumlichen und persönlichen Geltungsbereiches unmittelbar rechtsverbindlich (vgl § 46 NÖ Landarbeitsordnung).

⁶¹³ Das Gutsangestelltengesetz gilt für Dienstverhältnisse von Personen, die in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben oder deren Nebengewerben vorwiegend zur Leistung höherer oder kaufmännischer Dienste oder zu Kanzleiarbeiten angestellt sind und deren Verwendung in dieser Eigenschaft eine ständige ist (vgl § 1 Gutsangestelltengesetz).

⁶¹⁴ Für Forstarbeiter der Bundesforste AG gilt ein eigener Kollektivvertrag.

Die Kollektivverträge werden in den meisten Fällen zwischen der Landwirtschaftskammer und der Landarbeiterkammer oder dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft Agrar-Nahrung-Genuss, geschlossen. Die konkrete Bezeichnung der Kollektivverträge variiert von Bundesland zu Bundesland. Einige Kollektivverträge gelten aber auch für mehrere Bundesländer, so gilt zB der Mantelvertrag für die Forstarbeiter in der Privatwirtschaft für alle Bundesländer mit Ausnahme von Tirol und Vorarlberg.

Eine wichtige Rolle spielen die fachlich relevanten Kollektivverträge. Einerseits, weil nach dem Grundsatz *lex specialis derogat generali* die Bestimmungen der Kollektivverträge vor den gesetzlichen Regelungen gehen, andererseits, weil die Arbeitsverhältnisse von Arbeitnehmern im Sinne des Landarbeitsgesetzes – darunter fallen auch die ausländischen Saisoniers und Erntehelfer – vom (persönlichen) Geltungsbereich des Urlaubsgesetzes⁶¹⁵ (UrlG), Arbeitszeitgesetzes⁶¹⁶ (AZG), Arbeitsruhegesetzes⁶¹⁷ (ARG), Arbeitnehmerinnenschutzgesetzes⁶¹⁸ (ASchG), Entgeltfortzahlungsgesetzes⁶¹⁹ (EFZG), Mutterschutzgesetzes⁶²⁰ (MSchG), um nur einige zu nennen, ausgenommen sind.

⁶¹⁵ BGBl 1976/390 idgF; § 1 Abs 2 Z 1 und § 15 Abs 2 Z 1 UrlG.

⁶¹⁶ BGBl 1969/461 idgF; § 1 Abs 2 Z 2 AZG.

⁶¹⁷ BGBl 1983/144 idgF; § 1 Abs 2 Z 6 lit d ARG.

⁶¹⁸ BGBl 1994/450 idgF; § 1 Abs 2 Z 3 ASchG.

⁶¹⁹ BGBl 1974/399 idgF; § 1 Abs 2 Z 5 EFZG.

⁶²⁰ BGBl 1979/221 idgF; § 1 Abs 2 Z 1 MSchG.

B. Arbeitsrechtliche Kompetenzverteilung und die anwendbaren Bestimmungen für ausländische Saisonarbeitskräfte in der Hotellerie und Gastronomie

Wie oben erwähnt, fallen gemäß Art 10 Z 11 B-VG Angelegenheiten des Arbeitsrechts, soweit sie nicht unter Art 12 B-VG fallen, unter die Kompetenz des Bundes. Da es sich um Arbeitskräfte in der Hotel- und Gastronomiebranche handelt, sind Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache.

Für Beschäftigte im Hotel- und Gastgewerbe gelten damit insbesondere

- die einzelnen arbeitsrechtlichen Gesetze (Urlaubsgesetz, Mutterschutzgesetz, Entgeltfortzahlungsgesetz, etc),
- der Kollektivvertrag für ArbeiterInnen in der Hotellerie und Gastronomie,
- der Zusatzkollektivvertrag betreffend Arbeitsverhältnisse in Saisonbetrieben
- Arbeitsvertrag

Auch hier wiederum gilt, dass auf Grund der spezielleren Bestimmungen die kollektivvertraglichen gegenüber den gesetzlichen Regelungen vorgehen und daher im Besonderen zu beachten sind. Zu den einzelnen kollektivvertraglichen Regelungen siehe nun folgenden Punkt.

2. Abschnitt: Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Bestimmungen für die Beschäftigung von ausländischen Saisonarbeitskräften und Erntehelfern

Zur Information soll in den folgenden Punkten, auf Grundlage der oben erwähnten Gesetze, Verordnungen und Kollektivverträge, die wichtigsten Bestimmungen über

- A. Begründung eines Arbeitsverhältnisses
- B. Arbeitszeit
- C. Urlaub
- D. Entgelt
- E. Mutterschutz
- F. Beendigung des Dienstverhältnisses

kurz – ohne in die Tiefe zu gehen – erläutert werden.

A. Begründung eines Arbeitsverhältnisses

Zu Beginn eines Dienstverhältnisses ist ein Dienstvertrag abzuschließen oder zumindest ein Dienstzettel (Dienstschein) der ausländischen Arbeitskraft auszustellen, in denen insbesondere Beginn und Ende des Dienstverhältnisses, Arbeitszeit und Entgelt festgelegt sind (wesentliche Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis)⁶²¹.

Grundsätzlich kann auch ein Probemonat vereinbart werden, in dem das Dienstverhältnis von jeder Seite und jederzeit ohne Angabe von Gründen wieder aufgelöst werden kann.

⁶²¹ Vgl § 2 AVRAG für ausländische Saisonarbeitskräfte im Hotel- und Gastgewerbe.

Vor Arbeitsantritt ist der Dienstgeber verpflichtet, die ausländische Saisonarbeitskraft bzw den Erntehelfer beim zuständigen Krankenversicherungsträger zur Pflichtversicherung anzumelden. Zusätzlich ist er noch verpflichtet, innerhalb von drei Tagen der jeweiligen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice, bei der er die Beschäftigungsbewilligung beantragt hat, die Aufnahme der Beschäftigung zu melden.

Weiters hat der Arbeitgeber für jeden Dienstnehmer ein Lohnkonto einzurichten, aus welchem mindestens der gezahlte Arbeitslohn (gegliedert nach laufendem Entgelt und Sonderzahlungen), einbehaltene Lohnsteuer sowie die Bemessungsgrundlage für den Beitrag zur Mitarbeitervorsorgekasse ersichtlich sind. Ferner hat der Arbeitgeber eine Urlaubs- und Krankenstandskartei und Stunden-/Überstundenaufzeichnungen für den Dienstnehmer zu führen.

B. Arbeitszeit

Unter dem Begriff der Arbeitszeit versteht man die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Arbeitspausen. Alle Kollektivverträge, sowohl die der Dienstnehmer in der Land- und Forstwirtschaft als auch im Tourismusbereich, enthalten betreffend Arbeitszeit spezielle Regelungen. In der Land- und Forstwirtschaft kommt noch hinzu, dass die Arbeitszeitregelungen je nach Bundesland variieren.

1. Land- und Forstwirtschaft:

In der Land- und Forstwirtschaft beträgt im Regelfall die wöchentliche Normalarbeitszeit grundsätzlich 40 bzw 42 Stunden, die tägliche Normalarbeitszeit grundsätzlich 9 Stunden. Die Landarbeitsordnungen und die Kollektivverträge sehen jedoch flexible Arbeitszeiten vor. So kann die Arbeitszeit den Betriebserfordernissen (Arbeitsspitzen) entsprechend eingeteilt bzw angepasst werden. Dementsprechend sehen die Landarbeitsordnungen bzw die Kollektivverträge eine Durchrechnung der Arbeitszeit innerhalb eines Durchrechnungszeitraumes vor, sodass es zu einer anderen Verteilung der wöchentlichen/täglichen Normalarbeitszeit kommt⁶²².

Wird über die festgelegte Normalarbeitszeit bzw über den festgelegten Durchrechnungszeitraum Arbeit verrichtet, so liegt Überstundenarbeit vor. Erfolgt kein zeitlicher Ausgleich für die erbrachten Überstunden, so gebührt dem Dienstnehmer für diese Stunden der entsprechende Überstundenzuschlag (Zuschlag in der Höhe von 50 % zum Normalstundenlohn). Landarbeitsordnungen sowie Kollektivverträge sehen ein Höchstmaß an Überstunden vor. Weiters sehen die Landarbeitsordnungen auch eine Höchstgrenze der Wochenarbeitszeit vor. Gemäß § 58a NÖ Landarbeitsordnung darf die Wochenarbeitszeit einschließlich der Überstunden

⁶²² Die konkreten Arbeitszeitregelungen bzw Durchrechnungsvereinbarungen variieren von Bundesland zu Bundesland. Näheres ist aus der jeweiligen Landarbeitsordnung bzw aus dem jeweiligen Kollektivvertrag zu entnehmen (siehe zum Beispiel § 55 ff der NÖ Landarbeitsordnung iVm § 5 Kollektivvertrag für die Dienstnehmer in den bäuerlichen Betrieben des Bundeslandes Niederösterreich).

52 Stunden nicht überschreiten. Diese Höchstgrenze darf auch beim Zusammentreffen einer anderen Verteilung der wöchentlichen Normalarbeitszeit mit Arbeitszeitverlängerungen keinesfalls überschritten werden.

Nach den Kollektivverträgen ist die wöchentliche Arbeitszeit so zu regeln, dass sie am Samstag zu Mittag endet, Sonn- und Feiertage sind arbeitsfrei.

Sonn- und Feiertagsarbeit sind aber dann zu verrichten, wenn die rasche Einbringung der Ernte mit Rücksicht auf die Witterung dringend geboten ist, ebenso bei Elementarereignissen bzw wenn unaufschiebbare Arbeiten zu leisten sind, die für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich sind. In einem solchen Fall gebührt für die Sonn- und Feiertagsarbeit ein 100%-iger Zuschlag zum Normalstundenlohn. Für Arbeitskräfte, die zur Viehpflege, Melkung oder regelmäßige Verrichtungen im Haushalt eingesetzt werden, bestehen nach den Kollektivverträgen besondere Sonn- und Feiertagsregelungen.

In den Landarbeitsordnungen der einzelnen Bundesländer ist der Arbeitgeber verpflichtet, für jeden Arbeiter in seinem Betrieb Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen. Aus diesen Aufzeichnungen müssen die geleisteten Arbeitsstunden (Normalarbeitsstunden, Überstunden) und deren Entlohnung hervorgehen. Bei Verstoß gegen die Arbeitszeitaufzeichnungspflicht kann der Arbeitgeber mit einer Verwaltungsstrafe von EUR 150 bis EUR 1.100 bestraft werden

2. Hotel- und Gastgewerbe:

Die Regelungen der Arbeitszeit für die Arbeitnehmer im Hotel- und Gastgewerbe, die auch für ausländische Saisonarbeitskräfte gelten, regelt primär das Arbeitszeitgesetz⁶²³ (AZG). Gemäß § 3 Abs 1 AZG beträgt die tägliche Normalarbeitszeit grundsätzlich acht Stunden, die wöchentliche Normalarbeitszeit grundsätzlich vierzig Stunden, soweit keine andere Verteilung

⁶²³ BGBl 1969/461 idF BGBl I 2008/124.

der Normalarbeitszeit im Kollektivvertrag, in einer Betriebsvereinbarung oder Einzelvereinbarung geregelt ist.

Arbeitszeitliche Bestimmungen nach dem Kollektivvertrag für ArbeiterInnen in der Hotellerie und Gastronomie:

Nach dem Kollektivvertrag für ArbeiterInnen in der Hotellerie und Gastronomie gilt als Arbeitszeit jene Zeit, während der sich der Arbeitnehmer im Betrieb zur Verfügung des Arbeitsgebers halten muss. Dabei ist die wöchentliche Normalarbeitszeit von 40 Stunden auf fünf Tage aufzuteilen, wobei durch Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag eine andere Verteilung der Normalarbeitszeit vereinbart werden kann. So kann zB die wöchentliche Normalarbeitszeit bei regelmäßiger Verteilung der gesamten Wochenarbeitszeit auf vier Tage aufgeteilt werden. In einem solchen Fall kann die tägliche Normalarbeitszeit auf zehn Stunden, die tägliche Höchstarbeitszeit auf zwölf Stunden ausgedehnt werden. Weiters besteht auch die Möglichkeit, einen Durchrechnungszeitraum von höchstens 13 Wochen zu vereinbaren. In diesem vereinbarten Zeitraum kann die wöchentliche Normalarbeitszeit bis zu 48 Stunden ausgedehnt werden, wenn innerhalb dieses Durchrechnungszeitraumes die wöchentliche Normalarbeitszeit 40 Stunden nicht überschreitet.

Ruhepausen unterliegen einer innerbetrieblichen Regelung, wobei diese auf eine Stunde täglich beschränkt bleiben. Nach dem Kollektivvertrag ist den Arbeitnehmern nach Beendigung der Tagesarbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens 11 Stunden zu gewähren (tägliche Ruhezeit).

Weiters hat auch jeder Arbeitnehmer Anspruch auf eine **wöchentliche Ruhezeit**. Laut Kollektivvertrag ist in regelmäßiger Folge wöchentlich Wochenruhe bzw Wochenendruhe im Ausmaß von mindestens 36 Stunden zu gewähren. Die Ruhezeit kann nur dann verschoben werden, wenn dies durch ein betrieblich unabwendbares, nicht voraussehbares Ereignis eintritt. In einem solchen Fall hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Ersatzruhe bzw Anspruch auf Entschädigung.

Als **Überstundenarbeit** gilt jede über die festgesetzte Normalarbeitszeit hinausgehende angeordnete Arbeitsleistung. In Zeiten erhöhten

Arbeitsbedarfes dürfen wöchentlich bis höchstens 15 Überstunden geleistet werden, wobei die tägliche Gesamtarbeitszeit (Normalarbeitszeit und Überstunden) zehn Stunden nicht überschritten werden darf. In Saisonbetrieben⁶²⁴ sind nur jene Arbeitsstunden als Überstundenarbeit zu entlohnen, die nach der Zusammenzählung der während der Saison geleisteten Arbeitsstunden über die festgesetzte Normalarbeitszeit hinausgehen (Leistungsstunden abzüglich Wochenzahl x 40 ergibt Summe der Überstunden).

Die Überstundenarbeit wird mit dem Normalstundenlohn und einem Überstundenzuschlag entlohnt. Der Normalstundenlohn beträgt 1/173 des Bruttonormalmonatslohnes, der Überstundenzuschlag beträgt 50 Prozent des Normalstundenlohnes.

Gemäß dem Arbeitsgesetz ist auch hier der Arbeitgeber verpflichtet, Arbeitszeitaufzeichnungen⁶²⁵ zu führen und dem Arbeitnehmer Einsicht zu gewähren.

⁶²⁴ Saisonbetriebe sind gemäß § 53 Abs 6 ArbVG Betriebe, die ihrer Art nach nur zu bestimmten Jahreszeiten arbeiten oder regelmäßig zu gewissen Zeiten des Jahres erheblich verstärkt arbeiten.

⁶²⁵ Seit der Novellierung des Arbeitszeitgesetzes vom 1. Jänner 2008 wurden die Strafbestimmungen hinsichtlich der Verletzung von Aufzeichnungsverpflichtungen deutlich verschärft.

C. Urlaub

1. Land- und Forstwirtschaft:

Nach den Kollektivverträgen in der Land- und Forstwirtschaft beträgt das Urlaubsausmaß bei einer Dienstzeit von weniger als 25 Jahren 30 Werktage (= 25 Arbeitstage). Anspruch auf diese 30 Werktage besteht aber erst, wenn der Dienstnehmer eine ununterbrochene Dienstzeit von sechs Monaten bei demselben Dienstgeber zurückgelegt hat. Man spricht von der so genannten Wartezeit. Für die Bemessung des Urlaubsausmaßes sind dabei die Dienstzeiten bei demselben Dienstgeber, die keine längeren Unterbrechungen als drei Monate aufweisen, zusammenzurechnen.

Ausländische Saisoniers, die weniger als sechs Monate bei demselben Dienstgeber beschäftigt sind, erwerben daher nur so viele Urlaubstage wie im Verhältnis zu der im Dienstjahr zurückgelegten Dienstzeit. Ausländische Erntehelfer, die höchstens sechs Wochen bei demselben Dienstgeber beschäftigt werden dürfen, erhalten auch nur den entsprechenden Teil (Aliquotierung erfolgt nach Wochen). So erwirbt ein ausländischer Saisonier bzw. eine ausländische Erntehelferkraft 2,08 Urlaubstage pro Kalendermonat. Ein ausländischer Erntehelfer, der maximal 6 Wochen beschäftigt wird, hat daher Anspruch auf 3 Urlaubstage, ein ausländischer Saisonier mit sechs Monaten 12 Urlaubstage.

Möchte die ausländische Arbeitskraft Urlaubstage in Anspruch nehmen, so ist der Zeitpunkt des Urlaubsantrittes mit dem Arbeitgeber, unter Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Betriebes und die Erholungsmöglichkeit der ausländischen Arbeitskraft, zu vereinbaren. Bei Erkrankung während des Urlaubs werden die auf Werktage fallenden Tage der Erkrankung auf das Urlaubsausmaß nicht angerechnet, wenn die Erkrankung länger als drei Kalendertage gedauert hat.

Werden die erworbenen Urlaubstage während des Dienstverhältnisses nicht konsumiert, steht ihnen eine aliquote Urlaubersatzleistung zu. Der

ausländischen Saisonarbeitskraft bzw dem Erntehelfer gebührt nämlich für das Urlaubsjahr, in dem das Arbeitsverhältnis endet, zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine aliquote Urlaubersatzleistung. Berechnet wird diese nach der Dauer der Dienstzeit in einem Urlaubsjahr.

Wie bei der Arbeitszeit ist der Arbeitgeber auch verpflichtet, Urlaubsaufzeichnungen zu führen. Hierbei sind Aufzeichnungen insbesondere über das zustehende Urlaubsausmaß, Zeiten des tatsächlichen Urlaubsverbrauches, den Auszahlungszeitpunkt des Urlaubsentgeltes zu führen. Bei Fehlen von Urlaubsaufzeichnungen droht eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von EUR 150,-- bis 1.100,--.

2. Hotel- und Gastgewerbe

Wie in der Land- und Forstwirtschaft verhält es sich auch im Hotel- und Gastgewerbe. Der Urlaubsanspruch richtet sich nach dem Urlaubsgesetz (UrlG). So beträgt gemäß § 2 UrlG das Urlaubsausmaß grundsätzlich 30 Werktage. Der Anspruch auf die vollen 30 Tage entsteht jedoch erst nach sechs Monaten. Da ausländische Saisonarbeitskräfte nicht länger als sechs Monate beschäftigt sein dürfen, haben sie nur einen Anspruch auf Urlaub im Verhältnis zu der im Arbeitsjahr zurückgelegten Dienstzeit. Auch hier wiederum gilt, dass für die nicht konsumierten erworbenen Urlaubstage eine Urlaubersatzleistung zu leisten ist.

D. Entgelt

1. Land- und Forstwirtschaft:

Das Entgelt für Dienstnehmer in der Land- und Forstwirtschaft richtet sich nach den jeweiligen geltenden Kollektivverträgen in den Bundesländern. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zumindest das kollektivvertragliche Entgelt zu bezahlen. Der kollektivvertragliche Mindestlohn ergibt sich aus den Lohn tafeln, die in mehreren Kategorien unterteilt sind. Lohnbestandteile sind sowohl die Geldbezüge als auch die Sachbezüge.

Gemäß den Kollektivverträgen für bäuerliche Betriebe beträgt in Österreich der kollektivvertragliche Bruttostundenlohn für ausländische Saisonarbeitskräfte bzw Erntehelfer zwischen **EUR 6,40** und **EUR 7,50** (Stand Juni 2010). Man kann daher sagen, dass der durchschnittliche monatliche Nettolohn eines ausländischen Saisonarbeiters bzw Erntehelfers zwischen **EUR 850,--** und **EUR 950,--** beträgt (vgl Anhang 2 "Lohntafel für Dienstnehmer in bäuerlichen Betrieben des Bundeslandes Niederösterreich", Seite 294).

Vom Bruttolohn kann der Arbeitgeber noch eventuelle Naturalbezüge/Sachbezüge, wie insbesondere volle Station (Wohnung + Verpflegung + Beheizung und Beleuchtung) oder Teile davon mit den in den Kollektivverträgen festgesetzten Beträgen in Abzug bringen. So zum Beispiel beträgt in Niederösterreich für das Jahr 2010 der festgesetzte Betrag für volle Station monatlich EUR 196,22. Wird aber die vereinbarte volle Station oder Teile davon während einer Dienstverhinderung – zB wegen eines Arbeitsunfalles – nicht in Anspruch genommen, so entfällt für diese Zeit der vereinbarte Lohnabzug.

Die Wohnungsinstandhaltung obliegt dem Arbeitgeber (Betrieb). Der Arbeitgeber ist jedoch berechtigt, Schäden der Dienstwohnung auf Kosten des

Dienstnehmers beheben zu lassen, wenn die Schäden mutwillig oder aus Fahrlässigkeit entstanden sind.

Nach dem Kollektivvertrag für Dienstnehmer in den bäuerlichen Betrieben des Bundeslandes Niederösterreich kann für Erntehelfer eine schriftliche Akkord- oder Leistungslohnvereinbarung getroffen werden. Gemäß dem Kollektivvertrag können Anknüpfungspunkte für eine Akkord- oder Leistungslohnvereinbarung eine auf eine Zeiteinheit bezogene einzubringende Erntemenge oder zu bearbeitende Fläche sein. Dabei ist der Akkordlohn so festzusetzen, dass der Erntehelfer bei entsprechender Leistung die Möglichkeit hat, innerhalb der festgesetzten Arbeitszeit einen im Vergleich zum Zeitlohn um 10 % höheren Verdienst zu erreichen. Dem Erntehelfer gebührt jedoch mindestens ein Lohn im Ausmaß des Akkordrichtsatzes, wobei der Akkordrichtsatz der vom Monatslohn der jeweils anzuwendenden Kategorie des Kollektivvertrages abgeleitete Stundenlohn ist. Sämtliche abgeschlossene Akkordvereinbarungen sind in ihrem vollen Umfang in Form von Mustervereinbarungen der NÖ Landes-Landwirtschaftskammer zu übermitteln. Die NÖ Landarbeiterkammer ist von der Hinterlegung zu informieren und genießt ein Einsichtsrecht.⁶²⁶

Weiters haben ausländische Saisonarbeitskräfte Anspruch auf aliquote **Sonderzahlungen**⁶²⁷. Zu den Sonderzahlungen zählen:

- Urlaubszuschuss und
- Weihnachtsgeld

Dienstnehmer erhalten für jedes Dienstjahr einen Urlaubszuschuss in der Höhe von 100 % des monatlichen Bruttoentgeltes und Weihnachtsgeldes, der jeweils im November ausbezahlt wird. Da ein Dienstverhältnis von ausländischen Arbeitskräften nicht länger als ein Jahr dauert, gebührt ihnen ein der zurückgelegten Dienstzeit entsprechender Anteil vom Urlaubszuschuss und vom Weihnachtsgeld.

⁶²⁶ Hinsichtlich der Rechtsprobleme des Akkordlohnes siehe *Tomandl*, Rechtsprobleme des Akkord- und Prämienlohnes (1961).

⁶²⁷ Ansprüche aus Sonderzahlungen bestehen nur, wenn der Dienstnehmer nicht vorzeitig ohne wichtigen Grund aus dem Dienstverhältnis tritt.

a) Entgelt bei Dienstverhinderung durch Krankheit oder Arbeitsunfall

Auch ausländische Saisoniers und Erntehelfer haben Entgeltfortzahlungsansprüche gegenüber dem Arbeitgeber, wenn sie an der Erbringung der Dienstleistung wegen einer Krankheit verhindert sind. Die Verhinderung darf dabei nicht vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt werden.

Wenn der befristet beschäftigte Ausländer nach Antritt des Dienstes durch Krankheit (Unglücksfall) an der Leistung seiner Arbeit verhindert ist, so behält er – zB nach dem Kollektivvertrag für die Dienstnehmer in den bäuerlichen Betrieben des Bundeslandes Niederösterreich – seinen Anspruch auf das volle Entgelt für die Dauer von sechs Wochen. Durch jeweils weitere vier Wochen behält er den Anspruch auf das halbe Entgelt. Tritt innerhalb von sechs Monaten nach Wiederaufnahme der Arbeit neuerlich eine Dienstverhinderung wegen Krankheit ein, so behält er seinen Anspruch auf das volle Entgelt, solange die Bezugsdauer von sechs Wochen nicht erschöpft wurde bzw auf das halbe Entgelt, solange die Bezugsdauer von vier Wochen nicht erschöpft ist. Ist ein allfälliger Restanspruch bereits verbraucht, so gebühren dem ausländischen Dienstnehmer noch 40 % des Entgelts für weitere drei bzw zwei Wochen.

Bei ausländischen Saisonarbeitskräften ist jedoch zu beachten, dass das Dienstverhältnis befristet ist, und zwar mit dem Ende der Kontingentbewilligung. Für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bedeutet dies, dass die Entgeltfortzahlung mit dem Ablauf des befristeten Dienstverhältnisses endet.

Kann der ausländische Saisonier bzw die Erntehilfekraft wegen eines **Arbeitsunfalles** oder einer **Berufskrankheit** seinen Dienst nicht verrichten, so behält er seinen Anspruch auf Fortzahlung des Lohnes – ohne Rücksicht auf andere Zeiten einer Dienstverhinderung – bis zu einer Dauer von acht Wochen. Auch hier gilt wiederum, dass die Dienstverhinderung nicht vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist.

In beiden Fällen ist der ausländische Arbeitnehmer verpflichtet, die Dienstverhinderung dem Arbeitgeber sofort bekannt zu geben. Kommt er dieser

Verpflichtung nicht nach oder unterzieht er sich nicht einer vorgesehenen ärztlichen Untersuchung, so verliert er für die Dauer der Säumnis den Anspruch auf das Entgelt. Der Arbeitgeber ist berechtigt, eine Bestätigung des zuständigen Krankenversicherungsträgers oder des behandelnden Arztes über den Beginn, über die voraussichtliche Dauer und Ursache der Arbeitsunfähigkeit zu verlangen.

Für die Bemessung der Dauer der Entgeltfortzahlung sind Arbeitszeiten bei demselben Dienstgeber, die keine längeren Unterbrechungen als jeweils 60 Tage aufweisen, zusammenzurechnen.

b) Entgelt bei Dienstverhinderung in anderen Fällen

Entgeltfortzahlung besteht auch in jenen Fällen, in denen der Saisonier oder Erntehelfer durch andere wichtige, seine Person betreffende Gründe, ohne sein Verschulden, an der Dienstleistung verhindert ist. Zu den wichtigen Gründen der Dienstverhinderung zählen insbesondere:

- schwere Erkrankung oder Todesfall von nahen Familienangehörigen
- Begräbnis von Verwandten
- Vorladung zum Gericht
- Aufsuchen eines Arztes, Zahnbehandlung
- Niederkunft der Gattin

Liegt nun ein wichtiger Grund vor, so behält der Arbeitnehmer für die Dauer der Dienstverhinderung den Anspruch auf das Entgelt, höchstens jedoch für die Dauer von einer Woche.

2) Hotel- und Gastgewerbe

Die kollektivvertraglichen Mindestlöhne im Hotel- und Gastgewerbe werden in sog. Lohn tabellen geregelt, die ein Bestandteil des Kollektivvertrages für ArbeiterInnen in der Hotellerie und Gastronomie sind. Für jedes Bundesland gibt es eine eigene Lohn tabelle. Sie gilt für alle Arbeiter und Arbeiterinnen (Lehrlinge), die in Betrieben beschäftigt sind, die der Fachgruppe Gastronomie und der Fachgruppe Hotellerie des jeweiligen Bundeslandes angehören.

Bei den festgelegten Löhnen handelt es sich um Bruttolöhne (Festlöhne), die für eine Normalarbeitszeit von 40 Stunden die Woche gelten und auf 5 Tage aufzuteilen sind. Die Entlohnung erfolgt grundsätzlich monatlich, wobei die Lohnabrechnung und die Lohnauszahlung bis zum Dritten des Monats nach dem Ende des Lohnzahlungszeitraumes⁶²⁸ zu erfolgen haben. BedienerInnen, AbwäscherInnen, WäscherInnen, BüglerInnen und NäherInnen können auch stundenweise entlohnt werden. Der Stundenlohn errechnet sich vom Monatslohn durch 173.

Die Mindestlöhne variieren je nach Bundesland, Berufsgruppe und Qualifikation (Lehrabschlussprüfung, Praxiszeit). So beträgt beispielsweise der kollektivvertragliche Bruttomonatslohn im Bundesland Tirol für das Jahr 2010/11 (jeweils immer ab 1. Mai für ein Jahr) für einen Kellner, der keine Lehrabschlussprüfung bzw. keine abgeschlossene Lehrzeit aufweist, EUR 1.189,50 (EUR 6,88,-- pro Stunde). Der kollektivvertragliche Bruttomonatslohn für ein Zimmermädchen, das schon mehr als zwei Jahre fachlich einschlägige Praxis aufweist, beträgt EUR 1.227,-- (EUR 7,09 pro Stunde), für einen Alleinkoch mit Lehrabschlussprüfung beträgt der kollektivvertragliche Bruttomonatslohn EUR 1.420,50 (EUR 8,21 pro Stunde). Der durchschnittliche Verdienst⁶²⁹ von ausländischen Saisoniers liegt im Tourismus bei rund EUR 1.280,-- (exklusive Sonderzahlungen, Überstunden und Trinkgeld) brutto monatlich.

⁶²⁸ Der Lohnzahlungszeitraum beginnt am ersten und endet am letzten Tag des Monats.

⁶²⁹ Durchschnitt der Löhne für jene Berufsgruppen, in denen überwiegend ausländische Saisoniers aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten zu finden sind, zB als Köche, Zimmermädchen, Kellner, Hilfskräfte.

Näheres dazu siehe die Lohnordnung vom 1. Mai 2010 für das Bundesland Tirol sowie die Lohntabelle vom 1. Mai 2010 für das Bundesland Wien (siehe Anhang 2).

Vergleicht man österreichweit den kollektivvertraglichen Stundenlohn jener Berufsgruppen, in denen überwiegend ausländische Saisonarbeitskräfte arbeiten (Köche, Kellner, Zimmermädchen, Hilfskräfte in allen Bereichen), so kann man sagen, dass der kollektivvertragliche Mindeststundenlohn, je nach Ausbildung und Praxiszeit, zwischen EUR 6,80-- und EUR 8,00-- brutto liegt.

Dazu kommen noch mögliche Zuschläge:

- **Nachtarbeitszuschlag:** Dienstnehmer in Beherbergungs- und Gastronomiebetrieben, die überwiegend in der Zeit zwischen 22 Uhr und 6 Uhr beschäftigt sind, haben Anspruch auf Nachtarbeitszuschlag. Der Nachtarbeitszuschlag beträgt im Jahr 2010 EUR 20,-- brutto pro Nachtdienst.
- **Überstundenzuschlag:** Der Überstundenzuschlag beträgt 50 % des Normalstundenlohnes.
- **Fremdsprachenzulage:** Dienstnehmer in der Lohngruppe Service und in der Beherbergung (zB als Rezeptionist), die über ausreichende Fremdsprachenkenntnisse verfügen, die auch der betrieblichen Notwendigkeit entsprechen, erhalten für jede verlangte Fremdsprache eine Fremdsprachenzulage, sofern die Anwendung der Fremdsprache(n) vom Arbeitgeber im Betrieb ausdrücklich verlangt wird. Die Fremdsprachenzulage beträgt im Jahr 2010 EUR 30,-- brutto pro Monat.
- **Feiertagsarbeitsentgelt:** Arbeitnehmern/Saisonarbeitskräften, die an gesetzlich anerkannten Feiertagen arbeiten, gebührt, auch wenn der Feiertag auf einen Sonntag fällt, ein Feiertagsarbeitsentgelt gemäß § 9 Abs 5 ARG. Gemäß dem Kollektivvertrag beträgt das Feiertagsarbeitsentgelt bei vollzeitbeschäftigten Festlöhnern pro gearbeiteter Stunde 1/173 des vereinbarten Monatslohnes. Das Feiertagsarbeitsentgelt steht jedoch nur an gesetzlich anerkannten

Feiertagen zu, nicht jedoch an Sonntagen, weil der Sonntag in der Hotellerie und Gastronomie als Werktag gilt.

- **Jahresremuneration:** Arbeitnehmer/Saisonarbeitskräfte, die mindestens zwei Monate ununterbrochen im selben Betrieb beschäftigt sind, haben Anspruch auf eine Jahresremuneration in der Höhe von 230% des jeweiligen Mindestmonatsbezuges (Tariflohnes), jedoch maximal bis zur Höhe des zweifachen tatsächlichen Lohnes für die Normalarbeitszeit. Da ausländische Saisonarbeitskräfte kein volles Jahr ununterbrochen im selben Betrieb beschäftigt sind, erhalten sie bei Beendigung ihres Dienstverhältnisses den ihrer Dienstzeit entsprechenden Teil der Jahresremuneration, und zwar $\frac{1}{52}$ pro Woche.
- **Jubiläumsgeld:** Für langjährige Dienste gibt es auch, je nach zurückgelegter ununterbrochener Dienstzeit, ein Jubiläumsgeld. Für Saisonbetriebe gilt eine besondere Regelung über die Anwartschaftszeiten. Voraussetzung in Saisonbetrieben ist, dass der Arbeitnehmer jährlich mindestens 13 Wochen ununterbrochen im selben Betrieb beschäftigt ist. Dabei zählt eine Saison mit mindestens 13 ununterbrochenen Wochen als ein halbes Jahr. Bei Vorliegen der Voraussetzung entsteht der Anspruch auf Jubiläumsgeld nach 10 Jahren, gerechnet vom ersten Dienstantritt an, in aliquoter Höhe nach entsprechender Anzahl von Saisonen.

Abschläge: Als Abschläge kommen insbesondere die Kosten für Mahlzeiten und Logis in Betracht. Die Inanspruchnahme von Mahlzeiten und Wohngelegenheiten im Betrieb bleiben dabei der freien Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorbehalten.

a) Entgeltfortzahlung bei Arbeitsverhinderung oder bei sonstigen Gründen

Wird die ausländische Saisonarbeitskraft durch Krankheit (Unglücksfall), Arbeitsunfall oder Berufkrankheit an der Arbeitsausübung verhindert, so gelten für die Zeit der Arbeitsverhinderung die Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG). Wenn die ausländische Saisonarbeitskraft an der Arbeitsverrichtung durch Krankheit verhindert ist, so behält sie gemäß § 2 EFZG den Anspruch auf das volle Entgelt für eine Dauer von sechs Wochen. Für weitere vier Wochen hat sie Anspruch auf das halbe Entgelt. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung erlischt aber auf jeden Fall mit Ende des befristeten Dienstverhältnisses. Solange Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht, liegt keine Anspruchsberechtigung auf Krankengeld vor (siehe § 138 ASVG).

Sonstige Gründe:

Ausländische Saisonarbeitskräfte, die mindestens zwei Monate ununterbrochen im selben Betrieb beschäftigt sind, haben auch Anspruch auf zwei bezahlte freie Tage, zB bei Todesfällen von nahen Angehörigen.

3. Steuer

Ausländische Saisonarbeitskräfte bzw ausländische Erntehelfer, die weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt⁶³⁰ in Österreich haben, sind beschränkt steuerpflichtig. Das bedeutet, dass beschränkt steuerpflichtige Personen mit den Einkünften in Österreich einkommensteuerpflichtig sind. So wird von den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit die Lohnsteuer vom Arbeitgeber einbehalten.

⁶³⁰ Einen gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs 2 BAO hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

E. Mutterschutz

1. Land- und Forstwirtschaft

In der Praxis kommt es durchaus vor, dass weibliche ausländische Saisoniers während ihrer sechs- oder neunmonatigen Saisonarbeit schwanger werden. Somit stellt sich die Frage, ob auch weibliche ausländische Saisonierkräfte in Mutterschutz gehen können.

Zunächst ist festzuhalten, dass das Mutterschutzgesetz⁶³¹ für Dienstnehmerinnen, für deren Dienstverhältnis das Landarbeitsgesetz gilt, nicht anzuwenden ist (vgl. § 1 Abs 2 Z 1 MSchG). Jedoch enthalten die Kollektivverträge bzw die Landarbeitsordnungen gleichartige Bestimmungen. So haben werdende Mütter, sobald ihnen ihre Schwangerschaft bekannt ist, dem Dienstgeber hievon Mitteilung zu machen. Der Dienstgeber ist verpflichtet, unverzüglich nach Erlangung der Kenntnis von der Schwangerschaft hievon der Land- und Forstwirtschaftsinspektion Mitteilung zu machen.

In den letzten acht Wochen vor der voraussichtlichen Entbindung und acht Wochen nach Entbindung darf die werdende Mutter nicht beschäftigt werden (Achtwochenfrist). Die Achtwochenfrist wird auf Grund eines ärztlichen Zeugnisses berechnet. Die Frist verkürzt oder verlängert sich entsprechend, je nachdem, ob die Entbindung zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt erfolgt. Während dieser Frist hat die versicherte Dienstnehmerin unter den Voraussetzungen des § 162 ASVG Anspruch auf ein tägliches Wochengeld, das von der zuständigen Krankenversicherung ausbezahlt wird.

Grundsätzlich wird der Ablauf eines befristeten Dienstverhältnisses von der Meldung einer Schwangerschaft bis zum Beginn des Beschäftigungsverbotes gehemmt, es sei denn, dass die Befristung aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgt oder gesetzlich vorgesehen ist (§ 100a Abs 1 NÖ Landarbeitsordnung). Gemäß § 100a Abs 2 NÖ Landarbeitsordnung liegt

⁶³¹ BGBl 1979/221 idgF.

insbesondere dann eine sachliche Rechtfertigung der Befristung vor, wenn das Dienstverhältnis für die Zeit der Saison abgeschlossen wurde. Aus diesem Grund wird das befristete Dienstverhältnis nicht gehemmt, damit kommt es auch zu keiner Hemmnis der Kontingentbewilligung.

Die Frage, ob ausländische Saisonarbeitskräfte auch in Karenz gehen können, stellt sich bei befristeten Dienstverhältnissen nicht, weil die Frage einer Karenz sich ex definitione nur bei unbefristeten Dienstverhältnissen stellen kann.

2. Hotel- und Gastgewerbe

Für werdende Mütter, die als Saisonarbeitskraft im Hotel- und Gastgewerbe tätig sind, gilt das Mutterschutzgesetz im vollen Umfang. So ist auch hier die werdende Mutter verpflichtet, dem Arbeitgeber die Schwangerschaft mitzuteilen. Innerhalb von acht Wochen vor und nach der Geburt gilt ein Beschäftigungsverbot (Achtwochenfrist). Vor diesem Beschäftigungsverbot dürfen die werdenden Mütter keine schweren körperlichen Arbeiten oder Tätigkeiten, die für das werdende Kind schädlich sind, verrichten. Für werdende Mütter besteht auch ein Nachtarbeitsverbot⁶³².

Der besondere Kündigungs- und Entlassungsschutz gilt auch für ausländische Saisonarbeitskräfte. So darf die ausländische Dienstnehmerin während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung nicht gekündigt werden.

Betreffend der Hemmnis des Ablaufes der Kontingentbewilligung ist anzumerken, dass der Ablauf der Kontingentbewilligung/des befristeten Dienstverhältnisses gemäß § 10a Abs 1 iVm Abs 2 MSchG nicht gehemmt wird, da eine sachliche Rechtfertigung der Befristung (Dienstverhältnis wurde für die Zeit der Saison abgeschlossen) vorliegt.

⁶³² Grundsätzlich dürfen werdende und stillende Mütter zwischen zwanzig und sechs Uhr nicht beschäftigt werden. Auf Antrag des Dienstgebers kann das Arbeitsinspektorat im Einzelfall die Beschäftigung von werdenden und stillenden Müttern im Gastgewerbe bis 22 Uhr bewilligen, wenn es aus betrieblichen Gründen notwendig ist und es der Gesundheitszustand der Dienstnehmerin erlaubt.

Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld und Familienbeihilfe besteht in der Regel nicht, weil ausländische Saisonarbeiter, die auf Grund einer Kontingentbewilligung beschäftigt sind, grundsätzlich keinen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich haben.⁶³³

⁶³³ Hinsichtlich der Familienbeihilfe vgl §§ 2 und 3 FamilienlastenausgleichsG.

F. Beendigung des Dienstverhältnisses

1. Land- und Forstwirtschaft

Bei ausländischen Saisonarbeitskräften und bei Erntehelfern endet das Dienstverhältnis – auf Grund der zeitlichen Befristung – grundsätzlich mit dem Ende der vereinbarten Dienstzeit. So wird im Dienstvertrag schon vereinbart, dass das befristete Dienstverhältnis längstens bis zum Ende der Beschäftigungsbewilligung dauert. Für ausländische Saisoniers endet daher das Dienstverhältnis spätestens nach sechs bzw. neun Monaten, bei ausländischen Erntehelfern spätestens nach sechs Wochen. Das Dienstverhältnis kann jedoch auch frühzeitiger beendet werden und zwar durch:

- einvernehmliche Auflösung
- Auflösung während der vereinbarten Probezeit (zB von einem Monat)
- Kündigung durch den Arbeitgeber oder seitens der ausländischen Arbeitskraft (soweit eine Kündigungsmöglichkeit vereinbart wurde)
- fristlose Entlassung durch den Arbeitgeber (nur bei einer Pflichtverletzung der ausländischen Arbeitskraft , so zB bei einer Arbeitsverweigerung)
- vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers (ist gebunden an bestimmte Gründe)
- durch den Tod des Arbeitnehmers

Die tatsächliche Beendigung der Tätigkeit muss vom Arbeitgeber innerhalb von drei Tagen der zuständigen rG des AMS gemeldet werden.

2. Hotel- und Gastgewerbe

Das zu den Saisoniers in der Land- und Forstwirtschaft Gesagte gilt grundsätzlich auch für die Saisoniers im Hotel- und Gastgewerbe. Die Regelungen der "Abfertigung neu" nach dem Mitarbeitervorsorgengesetz sind auch hier anwendbar.⁶³⁴

Bei der Beendigung des Dienstverhältnisses sind in der Hotellerie und Gastronomiebranche die Bestimmungen des Zusatzkollektivvertrages betreffend Arbeitsverhältnisse in Saisonbetrieben zu beachten. Der Zusatzkollektivvertrag sieht nämlich für Arbeitsverhältnisse in Saisonbetrieben⁶³⁵ des Gastgewerbes eine Ausweitung des Arbeitsverhältnisses um bis zu zwei Wochen vor. Nach dem Zusatzkollektivvertrag werden grundsätzlich alle Saisonarbeitsverhältnisse, die weniger als fünf Monate dauern, um bis zu zwei Wochen durch zwingenden Verbrauch von Zeitausgleich und Urlaub verlängert. *„Dieser Zusatzkollektivvertrag wurde ausgehandelt, um Zeiten der Arbeitslosigkeit der Arbeitnehmer in Saisonbetrieben zu verkürzen, indem sowohl Arbeiter- als auch Angestelltenarbeitsverhältnisse am Saisonende um Überstunden und einen verpflichtend zu verbrauchenden Urlaub verlängert werden.“*⁶³⁶

Punkt 1 des Zusatzkollektivvertrages sieht vor: *„Zur Ausweitung von weniger als 5 Monate dauernden Arbeitsverhältnissen in Saisonbetrieben wird ein Drittel der am Ende des Durchrechnungszeitraums bestehenden Überstunden, höchstens jedoch 40, herangezogen, um das Arbeitsverhältnis um maximal 1 Woche zu verlängern (Ausgleich im Verhältnis 1:1). Darüber hinaus verbleibende Überstunden sind [...] zu entlohnern.“*

Punkt 2 des Zusatzkollektivvertrages regelt weiters: *„In Saisonbetrieben sind weniger als 5 Monate dauernde Arbeitsverhältnisse durch einen am Ende des*

⁶³⁴ Zur Abfertigung siehe Seite 293.

⁶³⁵ Als Saisonbetriebe gelten nach dem Zusatzkollektivvertrag jene Betriebe, *„die ihrer Art nach nur zu bestimmten Jahreszeiten arbeiten, mindestens jedoch zwei Monate bei höchstens zweimaliger Unterbrechung im Jahr geschlossen sind“.*

⁶³⁶ Kocher, Gastgewerbe: Zusatzkollektivvertrag über die Saisonverlängerung teilnichtig, PVInfo 2007, 27.

Arbeitsverhältnisses zu verbrauchenden Teil des im laufenden Urlaubsjahr erworbenen Urlaubsanspruches zu verlängern. Dieser Teil hat die Hälfte des Urlaubsanspruches, höchstens jedoch 7 Werktage, zu betragen“.

„Das bedeutet, dass während der Saison nicht der gesamte Urlaub konsumiert werden darf. Der Arbeitnehmer muss die Hälfte seines Urlaubs – höchstens jedoch 7 Tage – bis zum Schluss aufheben und dann erst verbrauchen.“⁶³⁷

Weiters sieht der Zusatzkollektivvertrag vor, dass die Regelungen nach Punkt 1 und 2 nur für vollversicherte Arbeitnehmer gelten und dass eine Verlängerung im Sinne Punkt 1 bzw 2 nur in Betracht kommt, sofern dieser gesetzliche Bestimmungen nicht entgegenstehen (wie zB das Auslaufen von Beschäftigungsbewilligungen vor Ablauf des Verlängerungszeitraumes).

Die Regelungen des Zusatzkollektivvertrages, die am 20. März 2004 in Kraft traten, wurden jedoch teilweise vom Verwaltungsgerichtshof für nichtig erklärt. Mit dem Erkenntnis vom 22. November 2006⁶³⁸ erklärte der Verwaltungsgerichtshof nämlich Punkt 1 des Zusatzkollektivvertrages für nichtig, weil nach Ansicht des VwGHs die Kollektivvertragsparteien (Fachverband Gastronomie und Fachverband Hotellerie einerseits und die Gewerkschaft Hotel, Gastgewerbe, Persönlicher Dienst andererseits) ihre Regelungsbefugnis nach § 2 ArbVG überschritten haben. Laut VwGH ermächtigt das Arbeitszeitgesetz die Kollektivvertragsparteien in § 19e AZG lediglich zu einer Verlängerung der Kündigungsfristen um Zeitguthaben zum Zwecke des Zeitausgleiches, nicht jedoch die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses über die privatautonom verfügte Beendigung durch die Arbeitsvertragsparteien hinaus. Eine Bestimmung, die die automatische Verlängerung des Saisonarbeitsverhältnisses über das vereinbarte Ende hinaus vorsieht, ist nicht von den in § 2 Abs 2 ArbVG taxativ aufgezählten Tatbeständen erfasst und somit unzulässig.

„Werden während der Saison Überstunden erworben, so sind diese wie alle anderen Überstunden auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses für die

⁶³⁷ LV aktuell, KollV für Arbeiter im Gastgewerbe: Saisonverlängerung (2002) 13.

⁶³⁸ VwGH 22.11.2006, 2004/08/0065.

*beitragsrechtliche Behandlung dem Arbeitsverdienst des letzten Monats hinzuzurechnen und verlängern das Arbeitsverhältnis nicht.*⁶³⁹

Gegen Punkt 2 des Zusatzkollektivvertrages bestehen jedoch keine Bedenken, weil eine gesetzliche Kollektivvertragsermächtigung in Art IX des Urlaubsgesetzes vorsieht, dass ein Arbeitsverhältnis durch einen am Ende des Arbeitsverhältnisses zu verbrauchenden Teiles des im laufenden Urlaubsjahr erworbenen Urlaubsanspruches zu verlängern ist. Von dieser Bestimmung wurde in Punkt 2 des Zusatzkollektivvertrages Gebrauch gemacht.

Für die Beschäftigung von ausländischen Saisoniers, die dem persönlichen Geltungsbereich des Zusatzkollektivvertrages unterliegen und deren Arbeitsverhältnisse weniger als fünf Monate dauern, bedeutet dies, dass der ausländische Saisonier nicht den ganzen Urlaub während der Saisonarbeit konsumieren darf, er hat die Hälfte seines Urlaubes (höchstens sieben Werktage) bis zum Schluss aufzuheben und erst am Ende des Arbeitsverhältnisses zu verbrauchen⁶⁴⁰. „*Allerdings ergeben sich aus der Verlängerung des Arbeitsverhältnisses Verpflichtungen zur aliquoten Bezahlung von Jahresremuneration sowie Urlaubsabfindung bzw Ersatzleistung nach dem Urlaubsgesetz.*“⁶⁴¹ Gemäß dem Kollektivvertrag für ArbeiterInnen in der Hotellerie und Gastronomie besteht der Anspruch auf Jahresremuneration ab einer zweimonatigen Beschäftigung im selben Betrieb. Wird also durch die Verlängerung des Dienstverhältnisses die maßgebliche 2-Monatsgrenze überschritten, muss die aliquote Jahrsremuneration ausbezahlt werden.

Weil das Dienstverhältnis erst nach der entsprechenden Verlängerungszeit endet, hat dies für die Beantragung der Beschäftigungsbewilligung im Rahmen der Kontingente die Konsequenz, dass die Zeiten der Saisonverlängerung bei der Festlegung des Endtermins des Beschäftigungsverhältnisses – und damit auch das Ende der Beschäftigungsbewilligung – zu berücksichtigen sind (das

⁶³⁹ Kocher, Gastgewerbe: Zusatzkollektivvertrag über die Saisonverlängerung teilnichtig, PVInfo 2007, 27.

⁶⁴⁰ Da der Urlaub zur Erholungsmöglichkeit des Arbeitnehmers dienen soll, erscheint die kollektivvertragliche Regelung betreffend verpflichtender Verbrauch des Urlaubs mE durchaus problematisch.

⁶⁴¹ LV aktuell, KollV für Arbeiter im Gastgewerbe: Saisonverlängerung (2002) 13.

Ausmaß des Urlaubsanspruchs steht grundsätzlich bereits ab Beginn des Dienstverhältnisses fest).

Eine Verlängerung kommt jedoch dann nicht in Betracht, wenn der Verlängerung gesetzliche Bestimmungen entgegenstehen (wie zB das Auslaufen von Beschäftigungsbewilligungen). Wenn also eine Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung auf Grund der 14/12 Regelung⁶⁴² des § 5 Abs 4 AuslBG nicht möglich ist, ist der Zusatzkollektivvertrag nicht mehr anzuwenden. Weiters findet der Zusatzkollektivvertrag – auf Grund der Befristung der Beschäftigungsbewilligung – auch keine Anwendung, wenn die Saison länger dauert als geplant und die ausländische Saisonarbeitskraft wird für den gesamten Zeitraum der Beschäftigungsbewilligung hindurch beschäftigt. Die Bestimmungen des Zusatzkollektivvertrages kommen darüber hinaus auch dann nicht zur Anwendung, wenn durch die Verlängerung die Beschäftigungsbewilligung nach dem in der Verordnung des BMASK festgelegten Termins enden sollte. In all diesen Fällen sind die nicht verbrauchten Urlaubstage entsprechend abzugelten.

3. Abfertigung neu:

Bei Beendigung des Dienstverhältnisses haben die ausländischen Saisonarbeitskräfte auch Anspruch auf "Abfertigung neu", die sich nach den Bestimmungen der betrieblichen Mitarbeitervorsorge (MV) richtet. Sie ist auf alle Dienstverhältnisse anzuwenden, die erstmalig ab dem Inkrafttreten der betrieblichen Mitarbeitervorsorge⁶⁴³ abgeschlossen wurden. Unter bestimmten Umständen können jedoch Saisonarbeiter bei einer Wiederbeschäftigung beim selben Arbeitgeber, mit dem sie schon in den Vorjahren Arbeitsverträge abgeschlossen haben, unter die Bestimmungen der "Abfertigung alt" fallen⁶⁴⁴.

⁶⁴² Siehe Seite 210.

⁶⁴³ Die Regelungen über die betriebliche Mitarbeitervorsorge wurden in die Landarbeitsordnungen der jeweiligen Bundesländer übernommen. Daher ist der genaue Zeitpunkt der Inkraftsetzung je nach Bundesland unterschiedlich. Generell kann man aber sagen, dass die Regelungen der betrieblichen Mitarbeitervorsorge Anfang/Mitte 2003 in Kraft getreten sind.

⁶⁴⁴ Dies trifft insbesondere dann zu, wenn der Kollektivvertrag zwingend die Zusammenrechnung von Vordienstzeiten für die Abfertigungsberechnung vorsieht.

Der Beitrag zur betrieblichen MV beträgt **1,53% vom Bruttomonatslohn** (Entgelt iSd § 49 ASVG), inklusive der Sonderzahlungen. „In die Beitragsgrundlage fallen aber auch Zuwendungen, die der Arbeitnehmer auf Grund des Dienstverhältnisses ohne Rechtsanspruch erhält“⁶⁴⁵ (zB Trinkgelder). Der Beitrag zur MV ist ausschließlich ein Arbeitgeberbeitrag, der die "Abfertigung alt" ersetzt, und ab dem zweiten Monat der Beschäftigung zu bezahlen ist. Dabei wird auf die tatsächliche Dauer des Dienstverhältnisses abgestellt. Bei Wiederbeschäftigung beim selben Arbeitgeber innerhalb von 12 Monaten ab Ende des vorherigen Arbeitsverhältnisses gilt die Beitragspflicht schon ab dem 1. Tag, sofern frühere Dienstverhältnisse mindestens einen Monat gedauert haben.

Anspruch auf Abfertigung bei Beendigung des Dienstverhältnisses⁶⁴⁶ besteht erst, sofern **drei Einzahlungsjahre**⁶⁴⁷ seit der ersten Beitragszahlung (grundsätzlich der Beginn des zweiten Monats) oder der letztmaligen Auszahlung einer Abfertigung vergangen sind. Dabei sind die Beitragszeiten zusammenzurechnen, unabhängig davon, ob sie bei einem oder mehreren Arbeitgebern zurückgelegt worden sind. Damit haben auch ausländische Saisonarbeiter Anspruch auf Abfertigung, wenn die Dreijahresfrist erfüllt ist. Der Abfertigungsanspruch ist binnen sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses schriftlich an die MV-Kasse zu richten. Hierbei hat der Anwartschaftsberechtigte ein Wahlrecht. Er kann

- den erworbenen Abfertigungsbetrag weiter in der MV-Kasse veranlagen,
- die Auszahlung der gesammelten Abfertigungsanwartschaft als Kapitalbetrag von der letzt zuständigen MV-Kasse sowie von anderen (früheren) MV-Kassen verlangen oder
- die Übertragung der Abfertigungsanwartschaft in die MV-Kasse des neuen Arbeitgebers oder in eine Pensionskasse verlangen.

⁶⁴⁵ Tomandl in Tomandl/Achatz/Mazal, Abfertigung Neu (2003) § 6, 43.

⁶⁴⁶ Wenn das Arbeitsverhältnis durch Arbeitgeberkündigung, Fristablauf, einvernehmliche Lösung oder berechtigten Austritt endet.

⁶⁴⁷ Es müssen 36 Einzahlungsperioden des Arbeitgebers vorliegen.

Wird nicht binnen sechs Monaten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses der MV-Kasse bekannt gegeben, was mit der Abfertigung geschehen soll, bleibt die Abfertigungsanwartschaft in der MV-Kasse und wird weiter veranlagt.

Kein Anspruch auf Auszahlung besteht bei Kündigung durch den Anwartschaftsberechtigten, bei verschuldeter Entlassung oder bei unberechtigtem vorzeitigem Austritt.

A N H A N G 2

Lohntafel für Dienstnehmer in bäuerlichen
Betrieben des Bundeslandes Niederösterreich

Lohnordnung für die ArbeiterInnen in der Tiroler
Hotellerie und Gastronomie

Lohntabelle für das Wiener Hotel- und
Gastgewerbe

Lohntafel für Dienstnehmer in bäuerlichen Betrieben (ständige Dienstnehmer – Monatslöhner, Lohn in Euro)

(Quelle: Landwirtschaftskammer Niederösterreich)

ARBEITER

Gültig ab 01. Juni 2010

	gewöhl.	Fach- arbeiter	Meister
1. Betriebsführer, Wirtschaftler	€ 1.168,50	1.412,--	1.505,50
2. Geprüfter Melker, Senner, Traktorführer, wenn vorwiegend als solcher in Verwendung	€ 1.130,--	1.368,50	1.422,--
3. Landarbeiter, auch als Traktorführer in Verwendung, Pferdewärter, Ladner	€ 1.082,--	1.306,50	1.355,50
4. Landarbeiter für Haus, Hof, Feld und Stall	€ 1.017,50	1.208,50	1.272,50
5.a Erntehelfer mit denen eine Durchrechnungsvereinbarung gemäß § 5 Z 7 abgeschlossen wurde	€ 1.108,50		
b Erntehelfer gemäß § 7 Z. 1 lit. f ASVG mit denen eine Durchrechnungsvereinbarung gemäß § 5 Z. 7 abgeschlossen wurde	€ 987,--		

ANGESTELLTE

1. qualifiziertes Kanzleipersonal, insbesondere Buchhalter mit Lohnverrechnung	€ 1.370,--
2. Kaufmännisches Personal mit Vorbildung oder ab dem 5. Berufsjahr	€ 1.245,50
3. Kanzleikräfte ohne Vorbildung	€ 1.083,--

Einheitlicher Stundenlohn für unständige Dienstnehmer (Tagelöhner) und Dienstnehmer in Buschenschanken

Tagelöhner	€ 6,87
Dienstnehmer in Buschenschanken ohne Inkasso	€ 6,87
Dienstnehmer in Buschenschanken mit Inkasso	€ 7,22
Zum Zwecke der Bemessung der Beitragsgrundlage in der gesetzlichen Sozialversicherung wird für Dienstnehmer in Buschenschanken mit Inkasso eine Trinkgeldpauschale von € 1/Tag hinzugerechnet.	

Lohnordnung für ArbeiterInnen in der Tiroler Hotellerie und Gastronomie

Gültig ab 1. Mai 2010

(Quelle: Gewerkschaft vida)

Service		Festlöhner	Garantielöhner	
		LG1*/LG2*	LG 1*	LG 2*
1.1.	Mâitre d'hôtel, Oberkellner mit mindestens 5 Servierkräften	1.715,00	1.562,50	
1.2.	Mâitre d'hôtel-Stellvertreter, Oberkellner mit weniger als 5 Servierkräften, Barchef	1.525,00	1.432,50	1.289,00
1.3.	Chef de rang, Abteilungschef, Chef d'etage, Etagenchef, Barmixer, Sommelier (Weinkellner mit LAP im Lehrberuf Restaurantfachmann)	1.430,50	1.377,50	1.264,00
1.4.	Demi-Chef, Chef de rang-Stellvertreter, Kellner mit Inkasso, Voraussetzung: Abgeschlossene LAP oder mindestens 4-jährige einschlägige Praxis	1.345,00	1.307,50	1.225,00
1.5.	Commis de rang, Restaurantfachmann mit abgeschlossener LAP, Systemgastronom mit LAP	1.264,00	1.199,50	1.183,50
1.6.	Kellner (Servierkraft) ohne LAP, bzw. abgeschlossener Lehrzeit mit oder ohne Inkasso	1.189,50	1.180,50	1.180,50

Beherbergung		Festlöhner LG1*/ LG2*
2.1.	Chefportier (Chefrezeptionist)	1.620,50
2.2.	Tag- und Nachtportier (Rezeptionist) – ausgenommen Anwesenheitsdienste ohne erforderliche fachlich einschlägige Qualifikation	1.373,50
2.3.	Portiergehilfe (Rezeptionsgehilfe), Lohndiener, Anwesenheitsdienste ohne fachlich einschlägige Qualifikation	1.218,00
2.4.	Nachtdienst ohne fachlich einschlägige Qualifikation	1.180,50
2.5.	Zimmerdienst, nach 2 Jahren fachlich einschlägiger Praxis	1.227,00
2.6.	Zimmerdienst, bis 2 Jahre fachlich einschlägiger Praxis	1.189,50

Küche		Festlöhner LG1*/ LG2*
3.1.	Chef de cuisine, Küchenchef mit mindestens 5 Küchen- (Koch-, Kochvorbereitungs-) –kräften, Küchenleiter; (keine Küchenkräfte sind Lehrlinge, Abwäscher und Reinigungskräfte)	1.905,00
3.2.	Küchenchef mit weniger als 5 Küchen (Koch-, Kochvorbereitungs-) –kräften	1.723,00
3.3.	Souschef, Küchenchefstellvertreter	1.572,00
3.4.	Alleinkoch, Chef-de-partie, Abteilungskoch, Tournant, Gardemanager, Entremetier, Rotisseur, Saucier, Patissier, Grill-, Diätkoch, Koch für ausländische Spezialitäten, Küchenwirtschafterin, Küchenfleischer, Bäcker, Konditor (alle mit einschlägiger LAP)	1.420,50
3.5.	Koch mit LAP, 2. Fleischer, 2. Bäcker, 2. Konditor Systemgastronom (alle mit einschl. LAP)	1.287,00
3.6.	Koch ohne LAP, bzw. abgeschlossener Lehrzeit	1.189,50

andere Tätigkeiten		Festlöhner LG1*/ LG2*
4.1.	Gouvernante, Hausdame,	1.311,50
4.2.	Beschließerin (Hotel/Wäsche), animateur (Freizeitbetreuer) mit Fachausbildung, geprüfter Bademeister, Sicherheitsdienst (Security) mit Fachausbildung, Abfallbewirtschafter mit Fachausbildung, Wagenmeister mit Führerschein, Speisenzusteller mit Führerschein, Näherin mit LAP	1.240,50
4.3.	animateur, Kinderbetreuer, Sicherheitsdienst, alle ohne Fachausbildung, Kellner-, Schank-, Buffethilfe mit Inkasso, Schank-, Buffet-, Restaurant-, Selbstbedienungs- Küchen-, Kaffeehaus-, Bad- und Saunakassier	1.189,50
4.4.	Hilfskräfte in allen Bereichen, z.B. Küchenhilfe, Abwäscher, Abräumer, Lagergehilfe, Raumpfleger, Garderobier, Toilettendienst, Türsteher, Parkplatzwächter, Speisenzusteller ohne Führerschein, Kellner-, Schank-, Buffethilfe ohne Inkasso, Wäscherin, Büglerin, Badewart (ohne Bademeisterprüfung), Saunawart, Abfallbewirtschafter ohne Fachausbildung, Systemgastronom ungelernt	1.180,50

*LG 1 (Lohngruppe 1): Betriebe über 10 Beschäftigte

*LG 2 (Lohngruppe 2): Betriebe bis 10 Beschäftigte

*LAP = Lehrabschlussprüfung

Lehrlingsentschädigungen:

Restaurantfachmann/frau, Koch/Köchin, Doppellehre und Systemgastronomiefachmann/frau

1. Lehrjahr **€ 523,00**
2. Lehrjahr **€ 587,00**
3. Lehrjahr **€ 713,00**
4. Lehrjahr **€ 771,00**

Hinweise bezüglich Stundenlohn, Überstundenzuschlag, Nachtarbeitszuschlag, Fremdsprachenzulage, Dienstkleidungspauschale und Mindestlohn für Teilzeitbeschäftigte (Aushilfen):

Stundenlohn = Monatslohn : 173
 Überstundenzuschlag = + 50 Prozent des Stundenlohnes

ab 1. Mai 2010

Nachtarbeitszuschlag = € 20,- pro Nacht (bei überwiegender Beschäftigung nach 22 Uhr)
 Fremdsprachenzulage = € 30,- pro Monat und pro verlangter Fremdsprache (sofern Anwendung der Fremdsprache vom Arbeitgeber im Betrieb ausdrücklich verlangt wird)
 Dienstkleidungspauschale = € 34,50 pro Monat für Lehrlinge (€ 51,75 für Gastronomiefachmann/frau od. Doppellehre)

Mindestlohn für Teilzeitbeschäftigte (Aushilfen) gem. Pkt 6 lit. b des Kollektivvertrages:
 120% des kollektivvertragl. Mindestlohnes für die entsprechende Beschäftigungsgruppe

Lohntabelle für das Wiener Hotel- und Gastgewerbe

Gültig ab 1. Mai 2010

(Quelle: Gewerkschaft vda)

Garantielöhner		Lohngruppe I für Betriebe mit mehr als 15 Beschäftigten					Lohngruppe II für Betriebe bis zu 15 Beschäftigten				
(männlich, weiblich)		Monats- lohn bis zum 5. Dj.	Monats- lohn ab dem 6. Dj.	Monats- lohn ab dem 11. Dj.	Monats- lohn ab dem 16. Dj.	Monats- lohn ab dem 21. Dj.	Monats- lohn bis zum 5. Dj.	Monats- lohn ab dem 6. Dj.	Monats- lohn ab dem 11. Dj.	Monats- lohn ab dem 16. Dj.	Monats- lohn ab dem 21. Dj.
1.	Maitre d'hotel, Oberkellner mit mindestens 5 Servierkräften*)	1.404,00	1.439,10	1.474,20	1.509,30	1.544,40	1.379,50	1.414,00	1.448,50	1.483,00	1.517,50
2.	Maitre d'hotel- Stellvertreter, Oberkellner mit weniger als 5 Servierkräften*), Barchef*)	1.326,00	1.359,20	1.392,30	1.425,50	1.458,60	1.270,00	1.301,80	1.333,50	1.365,30	1.397,00
3.	Chef de rang (Abteilungsschef), Chef d'etage, (Etagenchef), Barmixer*), Sommelier (Weinkellner; mit Lehrabschluß- prüfung im Lehrberuf Restaurantfachmann /frau)	1.297,50	1.329,90	1.362,40	1.394,80	1.427,30	1.240,50	1.271,50	1.302,50	1.333,50	1.364,60
4.	Demi-chef, Chef de rang-Stellvertreter, Restaurantfachmann /frau mit Inkasso; Revier-, Etagen- (Zimmer-), Frühstücks-, Barkellner*)	1.265,00	1.296,60	1.328,30	1.359,90	1.391,50	1.209,00	1.239,20	1.269,50	1.299,70	1.329,90
5.	Commis de rang, Restaurantfachmann /frau ohne Inkasso, Speisen-, Getränkellner*)	1.209,00	1.239,20	1.269,50	1.299,70	1.329,90	1.183,50	1.213,10	1.242,70	1.272,30	1.301,90
6.	Restaurantfachmann /frau im 1.Gehilfenjahr*); Systemgastronom im 1.Gehilfenjahr	1.183,50					1.183,50				
7.	Restaurantfachmann /frau (Servierkraft) ohne Lehrzeit mit Inkasso	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
8.	Restaurantfachmann /frau (Servierkraft) ohne Lehrzeit ohne Inkasso, Bedienungskräfte in Heimen	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
9.	Hilfskräfte im Service (z.B. Getränkemädchen, Mehlspeisenverkauf erin)	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
10.	Chefportier	1.404,00	1.439,10	1.474,20	1.509,30	1.544,40	1.379,50	1.414,00	1.448,50	1.483,00	1.517,50
11.	Alleinportier, Tag- und Nachtportier	1.338,00	1.371,50	1.404,90	1.438,40	1.471,80	1.318,50	1.351,50	1.384,40	1.417,40	1.450,40

12.	Portiergehilfe, Hotelgehilfe, Lohndiener, Bademeister in Badeanlagen, die nur Hotelgästen zugänglich sind; Hallengehilfe, Liftführer in Beherbergungsbetrieben	1.187,50	1.217,20	1.246,90	1.276,60	1.306,30	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
13.	1. Zimmermädchen, Alleinzimmermädchen (bzw. -stubenmädchen, -stubenfrau)	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
14.	Zimmermädchen, (bzw. Stubenmädchen, Stubenfrau)	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60

*)Ausdrückliche Vereinbarung ist notwendig, da eine Beschäftigung sowohl als Garantielöhner als auch als Festlöhner möglich ist.
Tageslohn = Monatslohn : 22 Tage Stundenlohn = Monatslohn : 173 Stunden

Fremdsprachenzulage € 30,00

Nachtarbeitszuschlag € 20,00

Bei Teilzeitbeschäftigung ist das ASVG § 471 b, Begriff der fallweise beschäftigten Personen, heranzuziehen.

Für Personen, die unter diesen Begriff fallen, ist nunmehr der Stundenlohn plus 20% für jede gearbeitete Stunde zu berechnen.

Festlöhner		Lohngruppe I für Betriebe mit mehr als 15 Beschäftigten					Lohngruppe II für Betriebe bis zu 15 Beschäftigten				
(männlich, weiblich)		Monats- lohn bis zum 5. Dj.	Monats- lohn ab dem 6. Dj.	Monats- lohn ab dem 11. Dj.	Monats- lohn ab dem 16. Dj.	Monats- lohn ab dem 21. Dj.	Monats- lohn bis zum 5. Dj.	Monats- lohn ab dem 6. Dj.	Monats- lohn ab dem 11. Dj.	Monats- lohn ab dem 16. Dj.	Monats- lohn ab dem 21. Dj.
1.	Chef de cuisine, Küchenchef mit Brigade (mindestens 5 Köche oder Köchinnen)	freie Vereinbarung					freie Vereinbarung				
2.	Küchenleiter	freie Vereinbarung					freie Vereinbarung				
3.	Chef de cuisine, Küchenchef mit Küchenkräften, Barchef*)	1.582,00	1.621,60	1.661,10	1.700,70	1.740,20	1.554,50	1.593,40	1.632,20	1.671,10	1.710,00
4.	Sous-Chef, Küchenchefstellvertreter	1.471,00	1.507,80	1.544,60	1.581,30	1.618,10	1.404,00	1.439,10	1.474,20	1.509,30	1.544,40
5.	Alleinkoch	1.321,50	1.354,50	1.387,60	1.420,60	1.453,70	1.297,50	1.329,90	1.362,40	1.394,80	1.427,30
6.	Chef de partie, Abteilungskoch (z.B. Gardemanger, Entremetier, Rotisseur, Saucier, Patissier), Grill-, Diätkoch, Barmixer*)	1.289,00	1.321,20	1.353,50	1.385,70	1.417,90	1.269,00	1.300,70	1.332,50	1.364,20	1.395,90
7.	Cuisinier, Koch nach dem 1. Gehilfenjahr, Küchenfleischer	1.205,00	1.235,10	1.265,30	1.295,40	1.325,50	1.183,50	1.213,10	1.242,70	1.272,30	1.301,90
8.	Koch im 1. Gehilfenjahr, Systemgastronom im 1. Gehilfenjahr	1.183,50					1.183,50				

9.	Koch ohne Lehrbrief, Hilfskoch, Gasthausköchin, Kaffeehausköchin, Salaterin	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
10.	Küchenhilfskräfte, z.B. Herdmädchen, Geschirreiniger, Silberputzer	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
11.	Kellermeister	1.259,50	1.291,00	1.322,50	1.354,00	1.385,50	1.216,00	1.246,40	1.276,80	1.307,20	1.337,60
12.	Küchenwirtschafterin	1.227,00	1.257,70	1.288,40	1.319,00	1.349,70	1.208,00	1.238,20	1.268,40	1.298,60	1.328,80
13.	Beschließerin (Hotel-, Wäsche-), Gouvernante	1.216,00	1.246,40	1.276,80	1.307,20	1.337,60	1.199,50	1.229,50	1.259,50	1.289,50	1.319,50
14.	Kaffeehaus-, Küchen-, Buffet-, Schankkassier (mit oder ohne Schankausgabe), Buffetier mit Inkasso am Bahnhof	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
15.	Keller- und Schankhilfe, Buffethilfe, Kondukteur	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
16.	Wäscherin, Büglerin, Näherin	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60
17.	Raumpfleger, Garderobe-, Toilettenfrau, Toilettenbedienung mit Automaten, Türsteher, Laufbursche, sonstige Hilfskräfte	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60	1.180,50	1.210,00	1.239,50	1.269,00	1.298,60

*)Ausdrückliche Vereinbarung ist notwendig, da eine Beschäftigung sowohl als Garantielöhner als auch als Festlöhner möglich ist.

Arbeitern und Lehrlingen können für gewährtes Quartier pro Monat € 4,56 angerechnet werden.

Bei RFM/FR-Lehrlingen können zur Aufbringung der Lehrlingsentschädigung aus den Umsatzprozenten folgende Beträge entnommen werden:

1. LJ	2. LJ	3. LJ	4. LJ
€ 16,09	€ 22,66	€ 31,50	€ 32,40

Lehrlingsentschädigung

Restaurantfachmann/frau, Koch/Köchin, Systemgastronomiefachmann/frau, Doppellehre, Gastronomiefachmann/frau:

1. Lehrjahr **€ 523,00**
2. Lehrjahr **€ 587,00**
3. Lehrjahr **€ 713,00**
4. Lehrjahr/Doppellehre, Gastronomiefachmann/frau **€ 771,00**

Dienstkleiderpauschale

Lehrlinge haben Anspruch auf eine Pauschale für Dienstkleidung in der Höhe von € 34,50 pro Monat. Die Dienstkleidungspauschale bei Absolvierung einer Doppellehre Koch/Restaurantfachmann/frau sowie im vierjährigen Lehrberuf Gastronomiefachmann/frau 150% des in der jeweiligen Lohn Tabelle festgelegten Betrages während der gesamten Dauer des Lehrverhältnisses = € 51,75.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

Literatur

- Abermann*, Niederlassung und Aufenthalt für die Praxis (2006)
- Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht II (1998)
- Aicher/Holoubek/Korinek* (Hrsg), Gemeinschaftsrecht und Wirtschaftsrecht
(2000)
- Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996)
- ARD Betriebsdienst*, Änderungen im AuslBG und AIVG im Zuge der EU-
Erweiterung (5468/1/2004)
–, Verlängerung der Saisondienstverhältnisse im Gast-
gewerbe (5498/3/2004)
- Aubauer/Neumann*, Fachkräftemangel, BUAG, Pflege und Betreuung daheim,
taxlex 2007, 230
- Bachmann/Baumgartner/Feik/Giese/Jahnel/Lienbacher*, Besonderes
Verwaltungsrecht⁷ (2008)
- Balla*, Sozialbetrugsgesetz, infas 2005, 33
- Bell ua*, Bittere Ernte - Die moderne Sklaverei in der industriellen Landwirtschaft
Europas (2004)
- Berka*, Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999)
–, Lehrbuch Grundrechte (2000)
- Bichl/Schmid/Szymanski*, Das neue Recht der Arbeitsmigration (2006)
- Biffl ua*, Ökonomische und strukturelle Aspekte der Ausländerbeschäftigung in
Österreich (1997)
- Bode*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger,
EuZW 2003, 533
- Brodil*, Sozialbetrug aus dem Blickwinkel des Verwaltungsstrafrechts,
DRdA 2008, 383
–, Kündigungsanfechtung und Ausländerbeschäftigung, ZAS 1996, 181
- Brodill/Windisch-Graetz*, Sozialrecht in Grundzügen⁶ (2009)

- Bruckner*, Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) – Die Neukodifikation des österreichischen Zuwanderungsrechts, *migraLex* 2006, 3
- , Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz im Lichte der bisherigen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, *migraLex* 2008, 18
- Deutsch/Neurath/Nowotny/Seitz*, Ausländerbeschäftigungsrecht (2009)
- DRdA*, § 57 NAG: Antrag des VfGH an den VfGH, die Wortfolge „sofern diese ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen haben“ als verfassungswidrig aufzuheben (2009) 50
- Ecker*, Umsetzung der RL 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung in Österreich, *migraLex* 2005, 13
- , Familienzusammenführung, Die Umsetzung der Richtlinie 2003/86/EG in Österreich (2008)
- Ecker/Einwallner*, Europarechtliche Freizügigkeit, Familienzusammenführung zwischen Mobilitätsschranken und Mobilitätswang, *juridikum* 2009, 99
- Ecker/Neugschwendtner*, Umsetzung der RL 2003/109/EG betreffend die Rechtsstellung langfristig Aufenthaltsberechtigter im Fremdenrechtspaket 2005, *migraLex* 2006, 25
- Egermann/Heckenthaler*, Ausländerbeschäftigung, *ecolex* 2006, 314
- Europäisches BürgerInnenforum*, Peripherie & Plastikmeer (2008)
- Feik*, Die aufenthaltsrechtliche Stellung der EWR-Bürger und das neue Fremdengesetz – dargestellt am Beispiel der Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen, *ZfV* 1994, 1
- Feik/Akyürek*, Rechtsgutachten v 5.5.2006, Ist die Schlechterstellung von Angehörigen von Österreichern im Vergleich zu Angehörigen von „EWR-Bürgern, die ihr Recht auf Freizügigkeit in Anspruch nehmen“, wie sie im FPG, NAG und im AuslBG anzutreffen ist, aus verfassungsrechtlicher Sicht zulässig?
www.migrare.at/cms/index.php/Download.html (2.2.2010)
- Frank/Anerinhof/Filzwieser*, AsylG 2005⁴ (2008)
- Fuchs* (Hrsg), Europäisches Sozialrecht⁴ (2005)

Gagawczuk, Sozialbetrugsgesetz, DRdA 2005, 198

Gerhartl, Arbeitslosenversicherungsgesetz Kommentar (2008)

- , Voraussetzungen für eine Beschäftigungsbewilligung, PVInfo 2007, 23
- , Erleichterung der Beschäftigung von Fachkräften aus den "neuen" EU-Mitgliedstaaten, PVInfo 2008, 13
- , Neuerungen im Ausländerbeschäftigungsrecht, Änderungen im AuslBG, AVRAG sowie Fachkräfte-BHZÜV, ASoK 2008, 218

Giefing, Zur Abgrenzung der Dienstleistungsfreiheit bei Betriebsentsendungen aus den Beitrittsstaaten der EU-Osterweiterung, ÖZW 2007, 2

Grafeneder, Bilaterale Abkommen über Grenzgänger und Praktikanten mit Tschechien und Ungarn, PVInfo 2007, 6

Griller (Hrsg), Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts: Festschrift für Heinz Peter Rill zum 60. Geburtstag (1995)

Hauer/Keplinger, Fremdenrechtspaket 2005 – Asylgesetz 2005, Fremdenpolizeigesetz 2005, Aufenthalts- und Niederlassungsgesetz (2006)

Heißl, VfGH: Inländerdiskriminierung sachlich gerechtfertigt, migraLex 2008, 40
Aufenthaltsverbote – Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und Regelungen des FPG 2005, migraLex 2008, 46

Hengstschläger, Verwaltungsverfahren⁴ (2009)

Hesse, Unionsbürgerschaft und Ansprüche auf Sozialleistungen, RdA 2005, 564

Houf/Lehner, Handbuch KIAB-Kontrollen (2008)

Höfle, Grenzgängerabkommen mit Tschechien, ASoK 2005, 234

- , Saisonverlängerung im Gastgewerbe: Keine Verlängerung der Pflichtversicherung durch Überstunden-Guthaben, ASoK 2007, 197
- , Kein Anspruch auf Beschäftigungsbewilligung für bestimmte Ausländer, ASoK 2007, 432

Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2009)

Jabornegg/Resch/Strasser, Arbeitsrecht³ (2008)

Kaszanits, Bundesgesetz, mit dem das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) und das Arbeitslosenversicherungsgesetz (ALVG) geändert werden – Begutachtung, ASoK 2004, 58.

- Kaun*, Tipps zur Beschäftigung von Ausländern in Österreich mit dem seit 1. Mai 2004 geltenden Änderungen der EU-Erweiterung² (2004)
- , Die Beschäftigung von ausländischen Saisonarbeitskräften – Neuerungen durch die Umsetzung des Regierungsübereinkommens, ASoK 2000, 239
 - , Verpflichtende Deutschkurse für Ausländer – Die seit 1.1.2003 geltenden Regelungen der Integrationsvereinbarung, ASoK 2003, 34
 - , EU-Erweiterung und Ausländerbeschäftigung, ZAS 2004, 21
- Klein*, Änderungen im Ausländerbeschäftigungsrecht, ASoK 2002, 131
- Kocher*, Gastgewerbe: Zusatzkollektivvertrag über die Saisonverlängerung teilnichtig, PVInfo 2007, 27
- Kolonovits*, VfGH zum FPG: Anfechtung der "Inländerdiskriminierung", Zuständigkeit der UVS für assoziationsintegrierte türkische Staatsangehörige – Besprechung von VfGH 13.10.2006, G 26/06 ua und VfGH 13.10.2006, B 236/06, migraLex 2007, 25
- Koprivnikar*, Sozialhilfe und Europarecht – Leistungsbezug durch EU-Bürger, UVSaktuell 2009
- Krapf*, Erfüllung der Anwartschaft auf Arbeitslosengeld durch ausländische Beschäftigungszeiten, DRdA 2008, 63
- Krapf/Keul*, AIVG-Praxiskommentar (2005 – 2009)
- Kutscher/Poschalko/Schmalzl*, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht (2006)
- Leitner*, Arbeitnehmerfreizügigkeit in einer erweiterten Europäischen Union – Übergangsregelungen zum Schutz des heimischen Arbeitsmarktes, ASoK 2003, 395
- Lindmayr*, Handbuch zur Ausländerbeschäftigung⁹ (2006)
- Loos/Zlatojevic*, Familienangehörige von Österreichern, EWR-Bürgern und Schweizern im FPG und NAG – verfassungswidrige Inländerdiskriminierung?, migraLex 2006, 91
- LVaktuell*, KollV für Arbeiter im Gastgewerbe: Saisonverlängerung (2002) 12
- , Die neuen EU-Mitgliedstaaten – Auswirkungen auf die "Arbeitnehmerfreizügigkeit" (2004) 5
 - , Änderungen im Ausländerbeschäftigungsgesetz (2005) 3

- , Dienstverträge – freie Dienstverträge – Werkverträge, Koch – Kellner als Dienstnehmer (2005) 13
- , Grenzgängerabkommen mit Tschechien (2005) 23
- , Praktikantenabkommen mit Tschechien (2005) 24
- Marth*, Das neue Verfahren für unselbständige Schlüsselkräfte, *migraLex* 2003, 19
- Marx*, Umsetzung der Aufnahmerichtlinie in Österreich, *migraLex* 2005, 82
- Mayer* (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Literatur (2007)
- Mazal/Risak* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2009)
- Moser*, EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, *ecolex* 2004, 255
- Müller Birgit*, Das neue Fremdenrecht – AsylG 2005, FPG 2005, NAG und Übersicht über die wichtigsten Änderungen (2005)
- Müller Wolfgang*, Übergangsregelungen für die Beschäftigung von neuen EU-Bürgern für die Zeit vom 1.5.2004 bis längstens 2011 – Keine generelle Befreiung der neuen Beitrittsländer vom Ausländerbeschäftigungsgesetz, *ASoK* 2004, 210
- Muzak*, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht (1995)
 - , Rechtsfragen der Kontingentierung von Bewilligungen am Beispiel des Aufenthaltsgesetzes, *ÖJZ* 1996, 495
 - , Die Neuregelung des Anspruchs auf Notstandshilfe für Ausländer – Verfassungsrechtliche und europarechtliche Überlegungen, *ZAS* 1998, 38
 - , Notstandshilfe und Staatsbürgerschaft – Neuerlicher Versuch einer verfassungskonformen Lösung, *ZAS* 2001, 1
 - , Ein Fremdenrecht für Wissenschaftler und Auslandsstudierende?, *zfhr* 2007, 67
 - , Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Entsendung und Überlassung von Arbeitnehmern aus "neuen" Mitgliedstaaten, *migraLex* 2009, 74
- Muzak/Pinter* (Hrsg), Fremden- und Asylrecht³ (2009)
- Neubauer*, Änderung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG) und des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG), *ASoK* 2007, 397

- Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht³ (2006)
- Petrovic/Maska/Matyas/Pichlmayer*, Aktuelles Handbuch des Arbeitsrechts für die betriebliche Praxis I (2007)
- Peyrl*, Die Änderungen beim Zugang zu Beschäftigung für Nicht-EU-Bürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005, DRdA 2005, 558
- , Änderungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes und Arbeitsvertragsrechts-Änderungsgesetzes – Entsendung, Forscher und Matrosen, DRdA 2008, 75
- Pfarl*, EU-Osterweiterung und Freizügigkeitsrechte, ecolex 2004, 346
- Pfeil*, Aktuelle Probleme des Arbeitslosenversicherungsrechts, DRdA 2000, 355
- , Die Regelung der Zumutbarkeit einer Beschäftigung seit der Arbeitsmarktreform 2004, DRA 2006, 98
- Pichlmayer*, Die Möglichkeiten einer Sicherungsbescheinigung, SWK 1995, B1
- Polsterer*, Grenzüberschreitende Arbeitsmarktbeziehungen Burgenland und Westungarn (2002)
- Pöschl*, Integrationsvereinbarung alt und neu, migraLex 2006, 42
- Ramin*, Die Rechtsstellung der Unionsbürger nach dem Fremdenrechtspaket 2005, migraLex 2006, 55
- , Erwerbstätigkeit der "neuen" EU-Bürger in Österreich, migraLex 2005, 55
- Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2009)
- Rebhahn*, Mitverantwortung der Leistungsempfänger im Sozialrecht, DRdA 1997, 352
- Resch*, Verweisung im Sozialrecht und Arbeitnehmerfreizügigkeit, DRdA 1998, 376
- Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000)
- Sacherer/Woschitz*, Arbeitnehmermobilität innerhalb der "neuen" EU, RdW 2004, 319
- Scharnreitner*, Beschäftigungsbedingungen für Bürger der MOE-Staaten in Österreich, Dargestellt am Beispiel von Arbeitnehmern mit rumänischer Staatsbürgerschaft, JAP 2009/2010, 11

- Schifko*, Die "Saisonverlängerung" im Hotel- und Gastgewerbe – Ausgleich von Überstunden und Konsumieren von Urlaubsansprüchen, ASoK 2001, 48
- Schnorr*, Ausländerbeschäftigungsgesetz⁴ (1998)
- Scholz/Hobel*, "Versicherungspflicht statt Pflichtversicherung" Was steckt dahinter?, SozSi 1991, 412
- Schrammel*, Rechtsfragen der Ausländerbeschäftigung (1995)
- Schrammel* (Hrsg), Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung (1985)
- Schrenk*, Welche Genehmigung Sie bei der Beschäftigung eines Ausländers brauchen, taxlex 2007, 114
- Schulev-Steindl*, Glosse zu VfGH 7.10.1997, V 76/97, V 92/97, ÖZW 1999, 51
- Schumacher/Peyrl*, Fremdenrecht³ (2007)
- Strasser*, Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, DRdA 1992, 93
- Streinz*, Europarecht⁸ (2008)
- Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ (2009)
- Thienel*, Verwaltungsverfahrensrecht⁴ (2006)
- , Österreichische Staatsbürgerschaft II (1990)
- Tomandl*, Rechtsprobleme des Akkord- und Prämienlohnes (1961)
- , Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971)
- Tomandl* (Hrsg), Der Einfluß Europäischen Rechts auf das Sozialrecht (2000)
- Tomandl*, Sozialrecht⁶ (2009)
- Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Sicherung von Grundbedürfnissen (2007)
- , Arbeitsrecht⁶ I und II (2008)
- Tomandl/Achatz/Mazal*, Abfertigung Neu (2003)
- Trattner*, Praktikantenabkommen mit Ungarn, ASoK 2000, 117
- , Ausländerbeschäftigung: Auslaufen der Beschäftigungsbewilligung bzw des Befreiungsscheines, ASoK 2003, 159
- Urbantschitsch*, Asylrecht, ecolex 2004, 936
- Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007)

Walter/Mayer, Verwaltungsverfahrensrecht⁸ (2003)

Wedl, EuGH „klärt“ österreichisches System zur Kontrolle entsandter
Drittstaatsangehöriger, DRdA 2007, 75

Wiener, Bürger und Union: die Unionsbürgerrichtlinie in Österreich (2009)

Zielina, Der freie Dienstvertrag, juridikum 2003, 94

Zeitungen

Der Standard vom 17. Februar 2009

Die Presse vom 21. Juli 2005, 9. Dezember 2005 und vom 17. Februar 2009

Kleine Zeitung vom 9. November 2005

Österreich vom 21. Mai 2007

Salzburger Nachrichten vom 12. April 2008

Wiener Zeitung vom 15. Oktober 2005

Europäische Rechtstexte

- Beitrittsvertrag 2003
- Beitrittsvertrag 2005
- Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Bericht über die Anwendung der im Beitrittsvertrag 2003 festgelegten Übergangsregelungen (Zeitraum 1. Mai 2004 – 30. April 2006) vom 8. Februar 2006
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat v 2.7.2009 betreffend Hilfestellung bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, KOM(2009)313 endg
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der

Regionen betreffend Bekräftigung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer:
Rechte und wesentliche Entwicklungen, KOM(2010)373 endg

- Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zwecks Ausübung einer saisonalen Beschäftigung, KOM(2010)379 endg

Informationsmaterial/Kollektivverträge

- Bundesagentur für Arbeit, Merkblatt für Arbeitgeber zur Vermittlung und Beschäftigung ausländischer Saisonarbeitnehmer und Schaustellergehilfen (2008)
- Dienstgeberinformation 2008 der Landwirtschaftskammer Burgenland
- Information der Pensionsversicherungsanstalt
- Information zur Ausländerbeschäftigung des Arbeitsmarktservice
- Informationszetteln des Zentralverbandes der land- und forstwirtschaftlichen Arbeitgeber in Niederösterreich, Burgenland und Wien
- Informationszetteln der Landwirtschaftskammern
- Kollektivvertrag für ArbeiterInnen in der Hotellerie und Gastronomie
- Zusatzkollektivvertrag betreffend Arbeitsverhältnisse in Saisonbetrieben
- Kollektivvertrag für die Dienstnehmer in den bäuerlichen Betrieben des Bundeslandes Burgenland
- Kollektivvertrag für die Dienstnehmer in den bäuerlichen Betrieben des Bundeslandes Niederösterreich
- Kollektivvertrag für die Arbeiter und Arbeitnehmerinnen in den landwirtschaftlichen Gutsbetrieben und anderen nichtbäuerlichen Betrieben der Bundesländer Niederösterreich, Burgenland und Wien
- Kollektivvertrag für die Landarbeiter/innen in bäuerlichen Betrieben im Bundesland Oberösterreich

- Kollektivvertrag für die Arbeiterinnen und Arbeiter in den landwirtschaftlichen Betrieben (Gutsbetriebe, sonstige nicht Bäuerliche und Bäuerliche Betriebe) im Bundesland Salzburg
- Kollektivvertrag für die Arbeiterinnen und Arbeiter in den Erwerbsgärtnereien und Baumschulen im Bundesland Salzburg
- Kollektivvertrag für die ArbeitnehmerInnen der land- und forstwirtschaftlichen bäuerlichen Betriebe, Gutsbetriebe und anderen nicht bäuerlichen Betriebe im Bundesland Steiermark
- Kollektivvertrag für die ArbeiterInnen in den Betrieben des Gartenbaues und der Baumschulen im Bundesland Steiermark
- Kollektivvertrag für die Landarbeiter Tirols
- Kollektivvertrag für Forstarbeiter Tirols (soweit sie nicht in Betrieben der Österreichischen Bundesforste AG beschäftigt sind)
- Kollektivvertrag für die Gutsangestellten Tirols
- Kollektivvertrag für Dienstnehmer in den Gartenbaubetrieben Tirols
- Kollektivvertrag für landwirtschaftliche Saisonarbeiter in den landwirtschaftlichen Betrieben der Bundesländer Niederösterreich, Burgenland und Wien
- Mantelvertrag für die Forstarbeiter in der Privatwirtschaft

LEBENS LAUF

Persönliche Daten:

Mag. Wolfgang Pirker
geb. 21. Juli 1981 in Klagenfurt
österr. Staatsbürgerschaft
wolfgang.pirker@gmx.at



Schulbildung:

09/1987 – 07/1988 1 Kl.
Vorschule Völkermarkt
09/1988 – 07/1992 4. Kl.
Volksschule 1 Völkermarkt
09/1992 – 06/2000 8. Kl. Alpen-Adria-
Gymnasium Völkermarkt
(Realgymnasium mit Schwerpunkt Informatik)

Bundesheer:

09/2000 – 05/2001 Windisch-Kaserne, Klagenfurt

Universität:

10/2001 – 06/2005 Studium der Rechts-
wissenschaften an der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Wien mit den Schwerpunkten im
Rahmen der Wahlfachkörbe "*Computer und
Recht*", "*Europarecht*", "*Technologierecht*" und
"*Wirtschafts- und Unternehmensrecht*"
ab Oktober 2005: Doktoratsstudium an der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Wien:
Dissertation "*Ausländische Saisonarbeitskräfte*"

Beruf:

ab März 2006: Jurist in der Abteilung
Beschaffung & Recht der
Bundesrechenzentrum GmbH

Praktika:

05/2001 – 07/2001 Stadtgemeinde Völkermarkt

Sonstiges:

Diplomandenseminararbeit zum Thema
"*Haftungsbefreiungen im ECG und
Unterlassungsansprüche*",
Absolvierung des Vergaberechtlichen
Lehrgangs des Business Circles in Kooperation
mit der WU Executive Academy mit
ausgezeichnetem Erfolg