

## Allgemeiner Teil

Eingangs soll festgehalten werden, dass die vorliegende Novelle neben zu begrüßenden Verwaltungsvereinfachungen bloß die Minimalvariante einer Umsetzung der EuGH-Erkenntnis C-168/04 und den Versuch einer Attraktivitätssteigerung des Standortes Österreich für hochqualifizierte Forscher enthält.

Beide Vorhaben verfehlen aber das angestrebte Ziel: Die volle Herstellung der Dienstleistungsfreiheit wird durch Detailregelungen unterlaufen, die Entscheidung gegen Österreich samt Vorjudikatur in anderen Causen des EuGH offenkundig nicht verstanden.

Die angestrebte Vereinfachung der Niederlassung von Forschern kann hingegen bei aller Ambition nicht im AuslBG geregelt werden, hierfür wäre eine Novelle zum NAG erforderlich. Der Konstrukt des Wechsels in eine Niederlassungsbewilligung-Schlüsselkraft bedeutet im Übrigen einen von den zur Umsetzung berufenen Dienststellen des AMS für systemwidrig erachteten nahtlosen „Umstieg“ von einer aus dem Geltungsbereich des AuslBG ausgenommenen Tätigkeit in eine dem Gesetz unterworfenen Schlüsselkrafttätigkeit; ob dies in der Praxis gelebt werden kann, muss aus bisheriger Entscheidungspraxis bezweifelt werden. Überdies werden im Bestreben, die Familieneinheit der Forscher einfacher herzustellen, gleichheitsrechtlich bedenkliche Unterscheidungen zwischen den Familienangehörigen von Schlüsselkräften geschaffen.

Weiterhin nicht umgesetzt wird mit der Novelle in der vorgeschlagenen Form die Rechtsprechung des EGMR zur gebotenen Parteienstellung des Arbeitnehmers im Beschäftigungsbewilligungsverfahren, s.dazu die Urteile CASE OF COORPLAN-JENNI GMBH AND HASCIC v. AUSTRIA (Application no. 10523/02) vom 27 Juli 2006 und CASE OF JURISIC AND COLLEGIUM MEHRERAU v. AUSTRIA (Application no. 62539/00) mit gleichem Datum.

Die Unterwerfung des Arbeitsmarktzugangs von subsidiär Schutzberechtigten wird in dem Entwurf ebenso wenig aufgegriffen, obwohl die einjährige „Wartezeit“ weder im Sinn der Betroffenen noch des Steuerzahlers ist, der unnötig lange für Versorgungsleistungen für selbsterhaltungsfähige und –willige Menschen aufkommen muss. Ob der Sinn und Zweck des Art. 26 der Richtlinie 2004/83/EG, der eine temporäre Prüfung der Arbeitsmarktlage erlaubt – nicht gebietet – und dabei jedenfalls eine vorrangige Behandlung für subsidiär Schutzberechtigte vorsieht, mit der derzeitigen Regelung des § 1 Abs. 2 lit. a erfüllt wird, muss bezweifelt werden: Weder in den §§ 4 bzw. 4b noch in § 12a AuslBG ist eine derartige Regelung vorgesehen; damit muss eine unvollständige Umsetzung der Richtlinie angenommen werden, womit seit 10. Oktober 2006 Europarecht gebrochen wird.

Genauso unvollständig scheint die Umsetzung des Art. 17 der Richtlinie 2004/114/EG, der zufolge Studierende „...*berechtigt (sind), eine Anstellung anzunehmen.*“ Die zulässigen Einschränkungen von der Arbeitszeit betreffend sind ebenfalls nicht korrekt und vollständig umgesetzt (Umsetzungsfrist war der 12. Januar 2007). Wenn die Form der Arbeitsmarktprüfung in der Verwaltungspraxis dahingehend geregelt wird, dass primär geringfügige Tätigkeiten bewilligt werden, so ist dies ein gegen den Sinn und Zweck der Richtlinie verstoßender faktischer Ausschluss von höher bezahlten qualifizierten Tätigkeiten. Die zeitliche Beschränkung z.B. analog der deutschen Regelung wäre als Alternative aufzunehmen, zumal gerade höhersemestrige Studierende nahtlos in eine – von der vorliegenden Novelle explizit als förderungswürdig erachtete – Forscherrolle wechseln können, die bei Studienbezug der Tätigkeit ggf. mit Erlangung des Bakkalaureats (erster Studienabschnitt in alten Studienordnungen) gänzlich aus dem Wirkungsbereich des AuslBG ausgenommen werden können.

Weiterhin unregelt ist der Arbeitsmarktzugang von Asylwerbern, die nur formal Beschäftigungsbewilligungen erhalten können, praktisch auf Saisonierbewilligungen beschränkt werden. Diese allein in der Verwaltungspraxis liegende Lesart des Gesetzes sollte in diesem ausgeschlossen bzw. nachvollziehbar geregelt werden (z.B. durch klare Rangordnungen, in welcher Reihenfolge bestimmte Gruppen heranzuziehen sind)

## Besonderer Teil

### Zu Art. 1 Z. 1 (§ 1 Abs. 2 lit. e)

Die Beseitigung der als wettbewerbsverzerrend erkannten Benachteiligung inländischer Arbeitgeber wird begrüßt.

### Zu Art. 1 Z. 2 (§ 1 Abs. 2 lit. f)

Die vorgeschlagenen Regelungen werden begrüßt, wenngleich der Status von Unionsbürgern aus den neuen Mitgliedstaaten durch Streichung der Übergangsregelungen zielführender geändert werden könnte.

### Zu Art. 1 Z. 3 (§ 1 Abs. 2 lit. i)

Die Erweiterung des Ausnahmetatbestandes im AuslBG ist begrüßenswert, allerdings kann das angestrebte Ziel nicht im AuslBG allein erreicht werden. Dazu eine Novellierung des NAG aus folgenden Überlegungen erforderlich:

**Konstellation 1:** Der Forscher erfüllt die Schlüsselkraftkriterien nicht sofort (z.B. mäßig bezahlte, zunächst befristete Projektmitarbeit). Damit kann ihm – wenn er nicht an einer anerkannten Einrichtung forscht – bloß eine Aufenthaltsbewilligung für vom AuslBG ausgenommene Erwerbstätigkeit (Sonderfälle, § 62 NAG) erteilt werden.

Vorteil: Diese ist nicht quotenpflichtig

Nachteil: Familiennachzug ist nur bei bereits bestehender Familiengemeinschaft möglich, mangels Niederlassungsperspektive ist diese Variante nicht attraktiv, um Forscher nach Österreich zu bringen.

Der freie Arbeitsmarktzugang für Kinder ist durch das im Vergleich zu den europarechtlich geschützten Gruppen niedrigere Höchstalter von 18 Jahren nach Begriffsdefinition im NAG eine leere Regelung, auch bleibt die Frage offen, welchen Status ein Kind mit Erreichen der Volljährigkeit erhält. Hier wäre zumindest die Begriffsdefinition der begünstigten Drittstaatsangehörigen – bis 21 Jahre oder bei Unterhaltsgewährung – heranzuziehen, um z.B. selbst studierenden Kindern eines Forschers eine Nebentätigkeit ohne bürokratische Hürden zu ermöglichen.

**Konstellation 2:** Der Forscher erfüllt sofort die Schlüsselkraftkriterien bzw. wechselt später

Vorteil: Es besteht Niederlassungsperspektive, und Familienmitglieder können auch später zu solchen werden bzw. nachziehen

Nachteil: Es besteht bei erstmaliger Erteilung einer Niederlassungsbewilligung Quotenpflicht

Es wäre analog der Übertrittsmöglichkeit von Studienabsolventen eine Quotenfreiheit (wiederum im NAG) erforderlich. Auch ist unklar, wie anhand der gegenwärtigen Praxis, dass ein Wechsel von einer vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommenen Tätigkeit zu einer Schlüsselkraft ohne Wechsel des Arbeitsplatzes vom AMS negativ beurteilt wird, weil „keine Schlüsselkrafttätigkeit gem. AuslBG vorliegt“, der Wechsel möglich sein soll. Es scheint also nur die sofortige Erfüllung der Schlüsselkraftkriterien zum Zeitpunkt der Antragstellung möglich, wobei sich für den Forscher nichts ändert, bloß der Arbeitsmarktzugang seiner Familienmitglieder wird erleichtert. Wie oft wegen Quotenaus-schöpfung im NAG Forscher mit Aufenthaltsbewilligung „zwischenlagert“ werden müssen und danach an dieser Umstiegsproblematik scheitern, kann schwer abgeschätzt werden, allerdings ist ob der Ausschöpfung der NAG-Quoten im Herbst mit etlichen Problemfällen zu rechnen.

### Zu Art 1 Z. 4, 10, 12, 13, 15 und 16 (§ 4 Abs. 3 Z. 15, § 14d, § 26 Abs. 5, § 27 Abs. 4, § 28 Abs. 1 Z. 3 und § 28a Abs. 1 und 2)

Diese Verwaltungsvereinfachungen werden begrüßt.

### **Zu Art 1 Z. 5 (§ 4 Abs. 8)**

Die Umsetzung von Europarecht mit Z.1 dieser Bestimmung ist dringend geboten.

Zur Sonderstellung der Familienangehörigen der Forscher-Schlüsselkräfte in Z. 2 sei auf die oben ausgeführte Unmöglichkeit verwiesen, gleichzeitig dem AuslBG unterliegende Schlüsselkraft und von diesem ausgenommen zu sein. Auch ist es gleichheitsrechtlich bedenklich, den Arbeitsmarktzugang von Schlüsselkraftangehörigen in dieser Weise zu differenzieren. Die einjährige Wartezeit ist bei Familienangehörigen von allen Schlüsselkräften ein mögliches Zuzugs-, Entwicklungs- und Investitionshindernis und sollte generell entfallen.

### **Zu Art. 1 Z. 6 (§ 5 Abs. 3)**

Die Einsicht, dass das Konzept der Saisonbewilligungen nicht zielführend ist und den ohnedies immer wieder erforderlichen Arbeitskräften eine wiederkehrende Tätigkeit angeboten werden soll, erfolgt nur schleppend. Wenn die Wiederholungsmöglichkeiten für bereits dreimal derart erwerbstätige Kräfte nach den Erläuterungen nur niederlassungsfreien EU-Bürgern angeboten werden sollen, weil andere dies aus aufenthaltsrechtlichen Gründen nicht wahrnehmen könnten, sei auf die genauso aufenthaltsberechtigten Asylwerber verwiesen, denen diese Möglichkeit genauso offen stehen sollte.

Weiters ist die Einschränkung auf Land- und Forstwirtschaft nicht nachvollziehbar; wenn z.B. Tourismussaisonen verlängert werden sollen und damit mehr als sechsmonatige Beschäftigungszeiten aus strukturellen Überlegungen geradezu wünschenswert sind.

### **Zu Art. 1 Z. 7 (§ 5 Abs. 3)**

Hier fehlen Regelungen zur vorrangigen Heranziehung von Personengruppen, die ohnedies in Österreich rechtmäßig aufhältig sind wie z.B. Asylwerber.

### **Zu Art. 1 Z. 11 und 14 (§ 18 Abs. 12 und § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. b)**

Der Versuch, die Vorgaben aus der Rs. C-168/04 schlussendlich zu erfüllen, ist ein Schritt in die richtige Richtung, aber in einigen Punkten nicht gelungen. Dies ist besonders zu folgenden Details in Z. 1 des neu formulierten Abs. 12 anzumerken:

Die Forderung nach einem „*ordnungsgemäßen und dauerhaften*“ Beschäftigungsverhältnis ist als wörtliche Übernahme aus dem Urteil C- 43/93 ein bloßes Zitat aus der Frage des vorlegenden Gerichtes (s. Schlussanträge, Rz. 11). Der Gerichtshof hat hingegen im Leitsatz der Entscheidung bloß gefordert, dass die Drittstaatsarbeitnehmer „*...ordnungsgemäß beschäftigt*“ sind und hat Forderungen nach zumindest einjähriger Beschäftigung (Rs. C-168/04 gegen Österreich, Rs. 244-04 gegen Deutschland, siehe dort besonders Rz. 41 der Schlussanträge und Rz. 55 des Urteils) wie auch nach 6-monatiger Beschäftigung beim entsendenden Arbeitgeber (Rs. C-445/03 gegen Luxemburg) explizit als unzulässig erkannt. Die Wendung „*...und dauerhaft.*“ sollte zur Vermeidung der nächsten Verurteilung Österreichs durch den EuGH wohl entfallen; dieser hat „*...den Begriff der ordnungsgemäßen und dauerhaften Beschäftigung nicht mit der Bedingung eines Wohnsitzes oder einer Beschäftigung im Staat der Niederlassung des Dienstleistungsunternehmens von bestimmter Dauer versehen...*“

Weiters ist die Forderung nach einem „*direkten Arbeitsverhältnis*“ bloß ein historisches Zitat aus der Rs. C-113/89, worin Arbeitsvermittlung gemäß den Übergangsbestimmungen für portugiesische Arbeitnehmer eben aus dem Beitrittsvertrag untersagt war. Eine Inanspruchnahme von Arbeitsvermittlung bzw. Arbeitnehmern von Leiharbeitsfirmen im Sitzstaat des Dienstleistungsunternehmens ist in keiner Weise ausgeschlossen und kann österreichischem Rechtsvorschriften gar nicht unterworfen werden. Selbst grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung ist europarechtlich unbedenklich und wurden Beschränkungen für grenzüberschreitend tätige Zeitarbeitsfirmen vom EuGH in der Rs. C-490/04 als unzulässig erkannt.

Einziges Kriterium für die Unterscheidung zwischen Niederlassung und Dienstleistungserbringung ist die Frage, ob der entsandte Arbeitnehmer in einem aufrechten, „ordnungsgemäßen“ Beschäftigungsverhältnis zum Erbringer der Dienstleistung steht.

Eine begriffliche Unschärfe enthält der letzte Satz des neu formulierten Abs. 12: Wenn eine Untersagung an den „Auftraggeber“ des Arbeitgebers (Dienstleisters) vorgesehen wird, so kann es sich dabei nur um einen Generalunternehmer handeln, der für das Handeln seiner Subauftragnehmer verantwortlich ist. Ein „Kunde“ des Dienstleisters, etwa eine Privatperson, hat hingegen keinen Durchgriff auf die interne Organisation seines Geschäftspartners, der Haftung für sein Fehlhandeln auch nicht delegieren können soll bzw. dies rechtspolitisch nicht erwünscht sein kann. Eine entsprechende Klarstellung, ev. mit Bezug auf den Bevollmächtigten gem. § 9 VStG, wäre angebracht. Die möglicherweise historische Vorstellung der Wohnsitzerfordernis aus jener Rechtsnorm wäre ggf. auf die gesamte EU zu erweitern, um nicht die nächsten Vertragsverletzungsverfahren zu provozieren.

#### **Zu Art. 1 Z. 17 (§ 24 Abs. 34)**

Wenn die Novellierung v.a. des § 18 Abs. 12 zur Umsetzung der EuGH-Erkenntnis dienen soll, ist die Anwendung bloß auf Sachverhalte, die sich nach dem 31.12.2007 ereignen, unangebracht. Der Gesetzgeber unterwirft offene Verwaltungsverfahren gerade im Fremdenrecht oft ohne Übergangsfristen einer neuen Rechtslage. Die Abwicklung eines nach der Novelle nicht mehr strafbaren Verhaltens, das etwa im Dezember 2007 gesetzt wird, nach der als europarechtswidrig erkannten derzeitigen Rechtslage ist allenfalls geeignet, Staatshaftungsansprüche auszulösen und sollte deshalb vermieden werden.

#### **Zu Art. 2 Z. 1 (§ 7b Abs. 4 Z. 4 AVRAG)**

Die Abfrage der Staatsangehörigkeit ist zur Abfrage der Zulassung zum Arbeitsmarkt in Z. 2 redundant und sollte in Umsetzung des Prinzips der Datenvermeidung des DSGVO entfallen. Auch aus den Ausführungen des EuGH zum Nichtvorliegen der Erfordernis eines Aufenthalts von bestimmter Dauer ist daraus nichts zu gewinnen, die Bestätigung des rechtmäßigen Arbeitsmarktzugangs hingegen das alleinige Beurteilungskriterium der Rechtmäßigkeit der Entsendung.

#### **Zu Art. 2 Z. 3 (§ 7b Abs. 9 AVRAG)**

Die Erhöhung des Strafrahmens bei einem bloßen Meldevergehen scheint im Lichte der Forderung nach verhältnismäßigen Strafen gemäß den EuGH Rs. C-113/89 (s. Schlussanträge, Rz. 20) als auch C-43/93 (Schlussanträge, Rz. 16 und 31) unangemessen, zumal die – wohl schwerwiegendere – Verletzung der Anmeldepflicht im ASVG einen Strafrahmen von EUR 730 bis 2180 anstatt der hier normierten EUR 800 bis 2400 vorsieht. Auch die Auslegung einer europarechtlich zulässigen „Anmeldung vor Dienstleistungserbringung“ als Anmeldung „spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme“ ist fragwürdig und sollte nicht bloß deswegen aufrecht erhalten werden, weil (noch) keine EuGH-Judikatur gegen Österreich in diesem Punkt vorliegt: Die Rz. 43ff der Schlussanträge in der Rs. C-445/03 lassen selbst für die Forderung nach vorheriger Anmeldung sehr enge Rahmenbedingungen erkennen.