

3. Anzeigebestätigung.....	42, 43
4. Aufenthaltsbewilligung	44
G. Werbemittelverteiler und Hauszusteller.....	45
H. Diplomatenangehörige.....	46
I. Arbeitsurlauber.....	47
J. Sonstige	
1. Fachhochschullehrer.....	48
2. Militärexperten.....	49
3. Akademiepersonal	
4. Internationale NGO.....	50
5. Chinesische Spezialitätenköche	51
6. Tätigkeiten von Asylwerbern mit Dienstleistungs- scheck.....	52

I. Grundsätzliches

A. Rechtsquellen

- 1 Das Ausländerbeschäftigungsgesetz regelt die Voraussetzungen, unter denen Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, eine Beschäftigung in Österreich ausüben dürfen. Das Gesetz sieht dabei aber auch zahlreiche Ausnahmetatbestände vor, die sowohl bestimmte Tätigkeiten als auch bestimmte Personengruppen betreffen.

Diese Ausnahmetatbestände sind im AuslBG selbst oder in der gemäß § 1 Abs 4 erlassenen Ausländerbeschäftigungsverordnung, BGBl 1990/609 idGF (siehe Anhang 1), festgelegt. Darüber hinaus bestehen zwischenstaatliche Vereinbarungen, die für die Beschäftigung bestimmter Ausländergruppen oder für bestimmte Arten von Tätigkeiten Sonderregelungen enthalten, bilaterale Sonderformen der Arbeitsmarktzulassung vorsehen oder aber auch die Anwendbarkeit des AuslBG ganz oder zum Teil ausschließen können.

B. Anwendungsbereich

1. Territorialitätsprinzip

- 2 Das AuslBG gilt für eine Beschäftigung in Österreich, unabhängig davon, ob der Arbeitgeber seinen Sitz im In- oder Ausland hat (zB VwGH 30.6.2004, 2002/04/0209, ZUV 2004/218). Wesentlich ist also, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit im Inland entfaltet. Ob dies der Fall ist, kann dabei durchaus strittig sein, etwa bei Durchführung „gemischter Tätigkeiten“, die teilweise im In- und teilweise im Ausland erbracht werden, wenn unklar ist, ob die im Inland ausgeübten Tätigkeiten auf einer unselbständigen Beschäftigung basieren.

Bei der Beurteilung der Anwendbarkeit des AuslBG kommt es somit darauf an, ob ein ausreichender Inlandsbezug gegeben ist. Ein derartiger Bezug ist allein schon durch die Begründung von Liegenschaftseigentum iZm dem Umstand, dass auch die vereinbarten Tätigkeiten auf und an diesem Objekt

- eine ansonsten nicht zu erwartende negative Entwicklung in Arbeitsmarktbereichen mit niedriger Entlohnung eintreten würde oder
- ein ausreichendes Angebot an Arbeitskräften, dem eine geringere Nachfrage gegenübersteht, noch weiter erhöht würde (Niveaueffekt in der Arbeitslosigkeit).

III. Besondere Voraussetzungen

A. Aufenthaltstitel

§ 4 Abs 1 Z 1 bestimmt, welche aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung erfüllt sein müssen. Aus einer Duldung nach § 46a FPG resultiert etwa kein zur Ausübung einer Beschäftigung berechtigendes Aufenthaltsrecht. Diese Duldung erfüllt aber die Voraussetzung des § 4 Abs 1 Z 1, wenn der Ausländer zuvor den Status eines Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten innehatte (VwGH 19.12.2012, 2011/08/0369). Wird ein Asylantrag abgewiesen, dagegen aber Beschwerde erhoben, kommt dem Betroffenen aber ein faktischer Abschiebeschutz iSd § 4 Abs 1 Z 1 zu (BVwG 8.11.2016, W1672127150-1, DRdA-infas 2017/31).

Kann keiner der gemäß § 4 Abs 1 Z 1 in Betracht kommenden Aufenthaltstitel bzw Aufenthaltsberechtigungen nachgewiesen werden, ist die Beschäftigungsbewilligung abzulehnen (VwGH 9.11.2009, 2009/09/0245). Mit einem Lichtbildausweis für Träger von Privilegien und Immunitäten (§ 95 FPG) ist § 4 Abs 1 Z 1 nicht erfüllt (VwGH 12.7.2011, 2009/08/0070). Gleiches gilt auch für Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung „Sonderfälle unselbständiger Erwerbstätigkeit“ (VwGH 22.3.2007, 2006/09/0177). Eine fortgeschrittene Integration kann den erforderlichen Aufenthaltstitel nicht ersetzen (VwGH 21.3.2013, 2011/09/0171).

Neue EU-Bürger, die dem Übergangsregime unterliegen (derzeit kroatische Staatsangehörige), haben ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht und erfüllen die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen unabhängig von der Ausstellung einer Anmeldebescheinigung oder einer Bescheinigung des Daueraufenthalts. Gleiches gilt für ihre drittstaatsangehörigen Angehörigen iSd § 54 Abs 1 iVm § 52 Abs 1 Z 1 bis 3 NAG, unabhängig von der Ausstellung einer Aufenthaltskarte oder Daueraufenthaltskarte. Alte EU-Bürger und neue EU-Bürger, die nicht (mehr) dem Übergangsregime unterliegen, sowie ihre Angehörigen genießen Arbeitnehmerfreizügigkeit und benötigen daher keine Beschäftigungsbewilligung.

Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („ICT“) und einer Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer („mobile ICT“) erfüllen die aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nicht, weil Art 2 Abs 3 der ICT-Richtlinie die Anwendung von

tem Arbeitsmarktzugang und § 32a Abs 2 Z 2 fortgeschritten integrierten neuen EU-Bürgern einen Anspruch auf eine Freizügigkeitsbestätigung einräumt, ist der Anwendungsbereich der Z 1 praktisch auf Inhaber von Aufenthaltsberechtigungen gemäß §§ 55 Abs 2 und 56 Abs 2 AsylG eingeschränkt.

2. Gesundheits- und Krankenpflegepersonal

- 37** Mit der Definition „Gesundheits- und Krankenpflegeberuf“ wurde klar gestellt, dass von der Regelung in erster Linie Angehörige des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege sowie der Pflegehilfe, und nicht sonstige Sozialberufe oder gewerbliche Berufe, erfasst sind.

Arbeitgeber, die eine qualifizierte Fachkraft in einem Gesundheits- und Krankenpflegeberuf beantragen, müssen die Voraussetzungen des § 4 Abs 1 Z 2 erfüllen (dh die kollektivvertraglich und gesetzlich vorgegebenen Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhalten), der Fachkraft aber jedenfalls eine Entlohnung bieten, die mindestens 40 vH der ASVG-Höchstbeitragsgrundlage (2019: 2.088 Euro brutto/monatlich) zuzüglich Sonderzahlungen beträgt. Eine aliquot zu einer reduzierten Wochenarbeitszeit verminderte Entlohnung reicht nicht aus.

Die Gesundheits- und Krankenpflegekraft muss vor Erteilung der Beschäftigungsbewilligung zur Ausübung eines Gesundheits- und Krankenpflegeberufs in Österreich zugelassen sein.

3. Opfer familiärer Gewalt

- 38** Die Regelung der Z 10 richtet sich in Ermangelung anderer in Betracht kommender Personengruppen an neue EU-Bürger, die dem Übergangsregime unterliegen (§ 32a), und an Inhaber von Aufenthaltsberechtigungen gemäß §§ 55 Abs 2 oder 56 Abs 2 AsylG. Asylwerber, die Opfer familiärer Gewalt sind, können eine „Aufenthaltsberechtigung – besonderer Schutz“ gemäß § 57 AsylG 2005 erhalten, welche die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung ohne Arbeitsmarktprüfung ermöglicht (§ 4 Abs 3 Z 9 und Abs 7 Z 5).

4. Jugendliche ohne Anspruch auf Befreiungsschein bzw Niederlassungsnachweis

- 39** Ein Anwendungsbereich für die Z 12 kann sich für die Beschäftigung Jugendlicher ergeben, die dem Übergangsregime des § 32a AuslBG unterliegen, in Österreich niedergelassen sind und noch keinen Anspruch auf eine Freizügigkeitsbestätigung haben.

5. Ehegatten, eingetragene Partner und minderjährige Kinder

- 40** § 1 Z 13 kann (nur mehr) bei Familienangehörigen von neuen EU-Bürgern zur Anwendung kommen, die dem Übergangsregime unterliegen (§ 32a) und keinen Anspruch auf eine Freizügigkeitsbestätigung haben.

- für die kurzfristige Zulassung ausländischer Erntehelfer, die zur visum-freien Einreise in das Bundesgebiet berechtigt sind,

festlegen, wenn die allgemeine Lage und Entwicklung des Arbeitsmarkts, insbesondere im betreffenden Teilarbeitsmarkt, dies zulässt.

- 2 Saisonarbeitskräfte, die bereits zum Aufenthalt berechtigt sind, und Saisonarbeitskräfte, die in den vorangegangenen fünf Jahren wenigstens einmal als Saisonarbeitskraft oder Erntehelfer im Rahmen eines Kontingents gemäß § 5 beschäftigt waren, sind gegenüber anderen, insbesondere erstmals angeworbenen Saisoniers bevorzugt zu bewilligen. Die Bewilligung erstmals beantragter Saisonarbeitskräfte oder Erntehelfer bedarf nicht mehr der einhelligen Befürwortung durch den Regionalbeirat, jedoch wird in solchen Fällen der Arbeitsmarktprüfung besondere Bedeutung zugemessen.

II. Höchstzahlen

- 3 Die jeweilige „Höchstzahl“ für Kontingente gemäß § 5 Abs 1 Z 1 und 2 wird in den Niederlassungsverordnungen der Bundesregierung festgelegt (§ 13 Abs 4 NAG). Für die Berechnung der Auslastung dieser Höchstzahlen ist nicht die Summe von Kontingenten oder Bewilligungen, sondern die Anzahl der in Österreich befristet zugelassenen und tatsächlich beschäftigten Ausländer maßgeblich.

§ 5 Abs 1 letztem und vorletztem Satz zufolge darf die Höchstzahl für im Rahmen von Kontingenten gemäß Z 1 zugelassene Ausländer zwar an einzelnen Statistikstichtagen, nicht aber im Jahresdurchschnitt überschritten werden. Im Jahresverlauf ist daher ein Ausgleich anzustreben, um die in der Niederlassungsverordnung vorgegebene Zahl einhalten zu können. Zu berücksichtigen sind – unabhängig von der Geltungsdauer – alle Beschäftigungsbewilligungen, also auch solche, die etwa nur für wenige Wochen erteilt werden (keine Gewichtung). Die Höchstzahl für im Rahmen von Kontingenten gemäß Z 2 zugelassene Erntehelfer darf an den einzelnen Statistikstichtagen nicht überschritten werden.

III. Bewilligungsdauer

- 4 Die maximale Zulassungsdauer von Saisonarbeitskräften beträgt neun Monate innerhalb einer Rahmenfrist von zwölf Monaten (Abs 3). Die Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligungen darf sechs Monate nicht überschreiten. Im Rahmen von Kontingenten gemäß Abs 1 Z 2 werden Erntehelfer mittels Beschäftigungsbewilligungen für eine kurzfristige, einen Zeitraum von sechs Wochen nicht überschreitende Beschäftigung zugelassen. Die maximale Bewilligungsdauer beträgt hier dementsprechend sechs Wochen. Für Saisonarbeitskräfte, die den Übergangsbestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit unterliegen (§ 32a), dürfen Beschäftigungsbewilligungen für eine Gesamtdauer von zwölf Monaten innerhalb von 14 Monaten erteilt werden.

Die Kriterien in der Anlage B sind in die Kategorien:

- „Qualifikation“,
- „Ausbildungsadäquate Berufserfahrung“,
- „Sprachkenntnisse“ und
- „Alter“

unterteilt.

Pro Kategorie kann nur die jeweils angegebene Höchstpunktzahl erreicht (vergeben) werden. Ob die erforderlichen Punkte erreicht werden, ist aufgrund der im Verfahren erstatteten Vorbringen und anhand der dazu vorgelegten Unterlagen zu beurteilen (VwGH 12.11.2013, 2013/09/0071).

Der VfGH hat § 12a Z 2 iVm Anlage B in der bis 30.9.2017 geltenden Fassung als verfassungswidrig erachtet (VfGH 11.10.2017, G 56/2017-14 ua, DRdA 2018/27 [Peyrl]). Das Punkteschema für Fachkräfte in Mangelberufen war aber bereits mit BGBl I 2017/66 per 1.10.2017 geändert worden. Die Kriterien „Sprachkompetenz“ und „Berufserfahrung“ wurden dabei aufgewertet und das Kriterium „Alter“ entsprechend geringer gewichtet. Die im Kriterienkatalog vorgesehenen Sprachkenntnisse orientieren sich wie schon bisher am Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen (GERS). Das neue Punktesystem ist auf Sachverhalte anzuwenden, die sich nach dem 30.9.2017 ereignet haben (VwGH 17.6.2018, Ra 2018/09/0077).

II. Einzelne Kriterien

A. Qualifikation

Eine abgeschlossene Berufsausbildung liegt vor, wenn der Antragsteller über ein Zeugnis verfügt, das seine Qualifikation für die beabsichtigte Beschäftigung zweifelsfrei nachweist. Gemäß § 12a Z 1 können nur Fachkräfte zugelassen werden, die eine abgeschlossene Berufsausbildung in einem solchen Mangelberuf nachweisen, die einem Lehrabschluss vergleichbar ist (RV 1077 BlgNR 24. GP 12). Sofern das Anforderungsprofil Zusatzqualifikationen enthält, sind auch diese durch entsprechende Zeugnisse nachzuweisen. Eine formale Gleichstellung mit einer inländischen Berufsausbildung ist nicht erforderlich.

Als abgeschlossene Berufsausbildung gilt auch der erfolgreiche Abschluss einer schulischen Ausbildung, die dem Abschluss einer Berufsbildenden Höheren Schule (BHS) in Österreich entspricht (VwGH 25.1.2013, 2012/09/0068). Die allgemeine Universitätsreife iSd § 64 Abs 1 Universitätsgesetz 2002 gilt als erfüllt, wenn ein der österreichischen Reifeprüfung oder Berufsreifeprüfung gleichwertiger ausländischer Bildungsnachweis vorgelegt wird.

Als Studienabschlüsse an einer tertiären Bildungseinrichtung mit dreijähriger Mindestdauer gelten alle von der Anlage A erfassten abgeschlossenen Hoch- bzw Fachhochschulausbildungen mit der Maßgabe, dass auch Studien

B. Befreiungsscheine

- 8 Die Zuständigkeit für die Einbringung des Antrags auf Ausstellung eines Befreiungsscheins gemäß § 4c richtet sich gemäß § 19 Abs 4 nach dem Wohnsitz des Ausländers. In Ermangelung eines Wohnsitzes ist subsidiär der gewöhnliche Aufenthalt des Ausländers heranzuziehen.

IV. Zeitpunkt der Antragstellung

- 9 Grundsätzlich ist der Antrag auf Ausstellung einer Sicherungsbescheinigung vor Einreise des Ausländers, der Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung vor Aufnahme der Beschäftigung einzubringen.

Der Antrag auf Ausstellung eines Befreiungsscheins sollte sinnvollerweise erst bei Erfüllung der Voraussetzungen eingebracht werden. Eine frühere Antragstellung wird daher nur zweckmäßig sein, wenn von vornherein klar ist, dass die Voraussetzungen am Ende des Bewilligungsverfahrens (also zum Zeitpunkt der Entscheidung) erfüllt sein werden.

V. Verlängerungsantrag

A. Rechtzeitige Beantragung

- 10 Der Antrag auf Verlängerung einer Beschäftigungsbewilligung ist – um eine ordnungsgemäße Prüfung gewährleisten zu können – möglichst vier Wochen vor Ablauf der Geltungsdauer, gemäß § 19 Abs 5 jedoch spätestens vor Ablauf der Geltungsdauer, einzubringen.

Wird über den rechtzeitig eingebrachten Verlängerungsantrag erst nach Ablauf der ursprünglichen Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligung positiv entschieden, schließt die Verlängerung unmittelbar an die bisherige Geltungsdauer an. Bei Ablehnung ist im Ablehnungsbescheid unter Berücksichtigung der gesetzlichen oder kollektivvertraglichen Kündigungsfristen bzw -termine (§ 7 Abs 8) und des gemäß § 105 Abs 1 ArbVG vorgesehenen Zeitraums von fünf Arbeitstagen sowie der für die Zustellung üblicherweise erforderlichen Zeit (zwei Tage) auszusprechen, bis zu welchem Zeitpunkt die Beschäftigungsbewilligung als verlängert anzusehen ist bzw ab welchem Zeitpunkt die Beschäftigungsbewilligung als abgelehnt gilt. Vertragliche Kündigungsbeschränkungen oder -fristen, die über das gesetzliche oder kollektivvertragliche Maß hinausgehen, sind nicht zu berücksichtigen.

- 11 Der Antrag auf eine Rot-Weiß-Rot-Karte plus im Anschluss an eine Rot-Weiß-Rot-Karte, Blaue Karte EU oder „Niederlassungsbewilligung – Forscher“ bzw auf Verlängerung einer Rot-Weiß-Rot-Karte plus sowie der Antrag auf Erteilung bzw Verlängerung eines Aufenthaltstitels „Daueraufenthalt – EU“ sind vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des zuletzt erteilten Aufenthaltstitels, frühestens jedoch drei Monate vor diesem Zeitpunkt, bei der örtlich zu-

Verfahrensdauer

§ 20a. Über Anträge auf Beschäftigungsbewilligungen und Sicherungsbescheinigungen ist von der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarkt-service binnen sechs Wochen zu entscheiden.

[BGBl I 2013/72]

Literatur:

Mrosevic, Die Auswirkungen der neuen Verwaltungsgerichtsbarkeit auf das Arbeits- und Sozialrecht, ZAS 2014, 4; *Winkelhofer*, Säumnis von Verwaltungsbehörden (1991).

Übersicht

I.	Grundsätzliches	1
II.	Säumnisbeschwerde	2, 3

I. Grundsätzliches

- 1 Die Frist für die Entscheidung über Anträge auf Beschäftigungsbewilligung und Sicherungsbescheinigung beträgt sechs Wochen. Die Frist zur Erstattung einer Mitteilung betreffend das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zulassung zu einer Beschäftigung als Schlüsselkraft, Fachkraft oder Künstler beträgt vier Wochen (§ 20d Abs 1).

Die Frist zur Erstattung einer Mitteilung betreffend das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zulassung zu einer Beschäftigung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer oder als Familienangehöriger eines unternehmensintern transferierten Arbeitnehmers beträgt ebenfalls vier Wochen (§ 20f Abs 1). In allen übrigen Verfahren gilt mangels einer Sonderregelung im AuslBG die allgemeine sechsmonatige Entscheidungsfrist gemäß § 73 Abs 1 AVG.

II. Säumnisbeschwerde

- 2 Gemäß Art 130 Abs 1 Z 3 B-VG kann wegen der Verletzung der Entscheidungsfrist (durch das AMS)– mit Ausnahme in den Fällen des § 20d Abs 1 bzw des § 20f Abs 1 – Beschwerde an das BVwG erhoben werden. Nach Einlangen der Beschwerde hat das AMS drei Monate Zeit, den Bescheid nachzuholen.

Holt es den Bescheid nicht nach, hat es dem BVwG die Beschwerde unter Anschluss der Akten des Verwaltungsverfahrens vorzulegen (§ 16 VwGVG). Die Entscheidungsfrist des BVwG in allen Angelegenheiten des AuslBG beträgt drei Monate (§ 20g Abs 1).

- 3 „Erlassung“ eines Bescheids bedeutet dabei Erzeugung einer Rechtsnorm bestimmter Art; als Norm rechtlich existent wird ein intendierter Bescheid da-

Die sich aus Abs 2 und Abs 3 1. Satz ergebende zeitlich beschränkte Pflicht der Kontrollorgane, mit dem Beginn der Kontrolle zuzuwarten, findet ihre zeitliche Grenze in der Zweckgefährdung der beabsichtigten Kontrolle. Diese ist dann gegeben, wenn bei typologisch-objektiver Durchschnittsbetrachtung das Zuwarten die Zeitspanne überschreitet, ab der die (abstrakte) Gefahr besteht, dass allenfalls unberechtigt beschäftigte Ausländer aus dem Betrieb verbracht werden könnten. Das Bestehen einer konkreten Gefahr ist daher nicht erforderlich (VwGH 20.11.2001, 94/09/0113, ÖJZ 2002/54).

III. Identitätsfeststellung

- 8 Die Organe der Abgabenbehörden sind berechtigt, die Identität von Personen festzustellen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass es sich bei diesen Personen um beschäftigte Ausländer handelt. Zu diesem Zweck können sie auch Fahrzeuge und sonstige Beförderungsmittel anhalten und überprüfen. Die Verpflichtung nach Abs 4 wird daher erst durch eine an die Adressaten dieser Vorschrift gerichtete Aufforderung zur Auskunftserteilung ausgelöst (UVS Wien 1.6.1999, UVS-07/A/28/643/98, ZUV 1999/3). Die in Abs 1 und Abs 4 festgelegten Verpflichtungen sind daher nicht ohne Weiteres austauschbar und beinhalten unterschiedliche Verhaltensweisen (VwGH 19.12.2002, 2001/09/0237, ZfVB 2005/1172).
- 9 Der Inhalt der Identitätsprüfung, die Rechte und Pflichten des Betroffenen und die Befugnisse der Kontrollorgane sind in § 26 Abs 4a festgelegt. Unter bestimmten Voraussetzungen (Gefahr im Verzug, Verdacht der illegalen Beschäftigung und nicht rechtmäßiger Aufenthalt) sind die Kontrollorgane auch dazu ermächtigt, die betreffenden Ausländer für die Fremdenpolizeibehörde festzunehmen (§ 26 Abs 4).

Vor der Übergabe an die Fremdenpolizeibehörde sind sie jedoch über ihre Ansprüche gemäß § 29 und die Möglichkeiten ihrer Geltendmachung zu informieren. Dieser Verpflichtung wird durch Übergabe eines mehrsprachigen Informationsblattes entsprochen, in dem auch auf eine mögliche Unterstützung durch die Arbeiterkammer bei der Durchsetzung der Ansprüche hingewiesen wird.

IV. Mitwirkung des Auftraggebers

A. Reichweite der Verpflichtung

- 10 Gemäß § 26 Abs 6 hat ein Unternehmen, das im Rahmen seines Unternehmensgegenstands einen Auftrag weitergibt, seinen (unmittelbaren) Auftragnehmer vor Beginn der Auftragserfüllung dazu aufzufordern, ihm binnen einer Woche nachzuweisen, dass er allenfalls eingesetzte Ausländer im Einklang mit den Bestimmungen des AuslBG beschäftigt. Der Nachweis hat durch Vorlage der nach dem AuslBG oder NAG benötigten Berechtigungen (Beschäftigungsbewilligung, Entsendebewilligung, Rot-Weiß-Rot-Karte etc)

Literatur:

Meissnitzer in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafrecht² (2016) § 38c AuslBG.

Übersicht

I. Grundsätzliches	1
II. Tatbestände	2
III. Sonstiges	3, 4

I. Grundsätzliches

Gemäß Art 9 der EU-Sanktionenrichtlinie (2009/52/EG) sind bestimmte schwere Formen der illegalen Ausländerbeschäftigung als gerichtlich strafbare Handlungen zu ahnden. Da sich diese Maßnahmen laut Richtlinie nur gegen den Arbeitgeber richten sollen, ist der unerlaubt beschäftigte Ausländer nicht als Beitragstäter zu bestrafen. **1**

II. Tatbestände

Zu den einzelnen Tatbeständen: **2**

- Die (unerlaubte) Beschäftigung von EWR-Bürgern ist nicht unter den Tatbestand des § 28c Abs 1 zu subsumieren (VwGH 20.5.2015, Ra 2014/09/0033).
- Besonders ausbeuterische Arbeitsbedingungen liegen etwa bei krasser Unterentlohnung (Verkürzung des nach Gesetz oder Kollektivvertrag zustehenden Entgelts um mehr als die Hälfte) oder exzessiver Ausdehnung der Arbeitszeiten vor.
- Die Beschäftigung eines Opfers von Menschenhandel muss unter Ausnutzung einer Zwangslage (zB Drogenabhängigkeit, Obdachlosigkeit) erfolgen.
- Eine „größere Zahl von Ausländern“ wird ab einem Richtwert von etwa zehn Personen anzunehmen sein (vgl OGH 21.10.2008, 15 Os 116/08k, SSt 2008/83).

III. Sonstiges

Strafbarkeit liegt nur vor, wenn auch die subjektive Tatseite verwirklicht ist. Dies erfordert im konkreten Fall Vorsatz zumindest in dem Sinn, dass die Erfüllung des Tatbestands zumindest für möglich gehalten wird. § 28c Abs 2 Z 2 (Beschäftigung eines Opfers von Menschenhandel) fordert dagegen Wissentlichkeit (zweifelsfreie Kenntnis). Wird diese Kenntnis bspw erst nach Beginn der Beschäftigung erlangt, tritt Strafbarkeit daher nur bei Fortsetzen der Beschäftigung ein. **3**

Gemäß § 28c Abs 4 tritt die Strafbarkeit nach § 28c nicht ein, wenn die Tat nach anderen Bestimmungen mit gleicher oder strengerer Strafe bedroht ist. Ein solcher Fall der Konkurrenz mit anderen Straftatbeständen könnte bspw im Verhältnis zu § 153e StGB (organisierte Schwarzarbeit) auftreten. **4**

In diesem Fall muss das Arbeitsverhältnis vielmehr ebenfalls separat aufgelöst werden. Auch diesfalls bildet das Erlöschen des Aufenthaltstitels keinen wichtigen Grund für die Beendigung eines legal bestehenden Arbeitsverhältnisses (OGH 2.3.2000, 9 ObA 13/00b, RdW 2000, 492).

IV. Fehlen der Beschäftigungsbewilligung

A. Beendigungsabhängige Ansprüche

§ 29 Abs 2 sieht für den Fall eines Verschuldens des Betriebsinhabers (Arbeitgeber, Unternehmer) am Fehlen der Beschäftigungsbewilligung zusätzliche Ansprüche des Ausländers vor. Der Ausländer ist in einem solchen Fall neben den Ansprüchen aus einem fiktiv gültigen Arbeitsverhältnis auch in Bezug auf die Ansprüche aus der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses so zu stellen, als ob er aufgrund eines gültigen Arbeitsvertrags beschäftigt gewesen wäre. Dies betrifft etwa auch Ansprüche nach dem BUAG (OGH 26.4.2000, 9 ObA 59/00t, RdW 2001/100).

Auf einen besonderen Kündigungs- oder Entlassungsschutz (zB begünstigte Behinderung) ist dabei jedoch nicht Bedacht zu nehmen. Dies gilt etwa auch für Ansprüche, die aus einer diskriminierenden Kündigung (zB wegen Schwangerschaft) resultieren (OGH 22.4.2010, 8 ObA 58/09a, DRdA 2012/4 [Wolfsgruber]).

Das bedeutet daher Folgendes: Wird das nichtige Beschäftigungsverhältnis vom Arbeitgeber unter Einhaltung jener Fristen und Termine aufgelöst, wie sie für einen vergleichbaren legal beschäftigten Arbeitnehmer gelten, oder wird das Beschäftigungsverhältnis aus einem Grund beendet, der auch die fristlose Entlassung eines legal Beschäftigten rechtfertigen würde, dann bestehen auch für den verbotswidrig beschäftigten Ausländer Ansprüche aus der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach Abs 2 nur insoweit, als sie auch einem legal Beschäftigten zustehen würden (zB Urlaubersatzleistung).

Beispiel:

Das Arbeitsverhältnis wäre unter Einhaltung einer sechswöchigen Kündigungsfrist zu jedem Quartalsende auflösbar. Hält der Arbeitgeber diese Fristen und Termine ein, gebührt dem Ausländer keine Kündigungsentschädigung, sondern der Entgeltanspruch ergibt sich bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus Abs 1. Für den Arbeitgeber ist diese Vorgangsweise allerdings mit dem Nachteil verbunden, dass die verbotene Beschäftigung (weiterhin) fortgesetzt wird (also länger andauert).

Abs 2 bezieht sich ausschließlich auf finanzielle Ansprüche, die ein Verschulden des Arbeitgebers voraussetzen. Verschuldensunabhängige, nicht-finanzielle Ansprüche (etwa auf Ausstellung eines Dienstzeugnisses) bleiben daher davon unberührt (OGH 28.6.1989, 9 ObA 155/89, JBl 1989, 800). Der Anspruch auf ein Zwischenzeugnis (im aufrechten Arbeitsverhältnis) würde ohnehin un-