

# Rechtsanwaltskanzlei | Krömer

Rechtsanwalt Dr. Peter Krömer | Rechtsanwältin Mag.<sup>a</sup> Michaela Krömer, LL.M. (Harvard)

Gebühreneinzug  
AEV: IBAN: AT11 2025 6000 0006 1903

Verfassungsgerichtshof  
Freyung 8  
1010 Wien

MK – St. Pölten, am 17.07.2020

Beschwerdeführer:

[REDACTED]  
[REDACTED]

vertreten durch:

Mag. Michaela Krömer, LL.M., Rechtsanwältin  
Riemerplatz 1  
3100 St. Pölten  
Code R209317

Dr. Peter Krömer, LL.M., Rechtsanwalt  
Riemerplatz 1  
3100 St. Pölten  
Code R200967

Belangte Behörde

Arbeitsmarktservice

[REDACTED]  
[REDACTED]

Betrifft:

Erkenntnis des Bundesverwaltungsgericht vom [REDACTED],  
[REDACTED]

4-FACH  
ERKENNTNIS IN KOPIE 3-FACH  
VOLLMACHT ERTEILT GEMÄß § 30 ZPO BZW. § 8 RAO

## **BESCHWERDE** **GEMÄß ARTIKEL 144 ABS. 1 B-VG**

Rechtsanwalt Dr. Peter Krömer | A-3100 St. Pölten | Riemerplatz 1 | Tel.: +43 2742 21 440  
Fax: +43 2742 21 470 | E-Mail: info@kanzlei-kroemer.at | www.kanzlei-kroemer.at

Sparkasse NÖ Mitte West AG | IBAN: AT95 2025 6000 0090 5455 | BIC: SPSPAT21XXX  
HYPO NOE Landesbank für NÖ und Wien AG | IBAN: AT49 5300 0034 5590 2060 | BIC: HYPNATWW  
UID-Nummer: ATU58397023 | ADVM-Code: R200967

Am 18.06.2020 wurde uns, dem Beschwerdeführer, zuhänden unserer Rechtsvertreter per WEB-ERV das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgericht vom 18.06.2020, [REDACTED], zugestellt. Binnen offener Frist erheben wir, durch unsere ausgewiesenen Rechtsvertreter nachstehende

## **BESCHWERDE**

gemäß Artikel 144 Abs. 1 B-VG an den Verfassungsgerichtshof wegen Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte und wegen Anwendung rechtswidriger genereller Normen.

### **1. Zulässigkeit der Beschwerde:**

Mit dem Erkenntnis des Bundesverwaltungsgericht vom 18.06.2020, [REDACTED], wurde unsere Bescheidbeschwerde vom 22.10.2019 gegen den Bescheid des AMS [REDACTED], samt Antrag vom 15.05.2020 als unbegründet abgewiesen. Gegen das Erkenntnis ist ein weiteres Rechtsmittel nicht zulässig, der Instanzenzug somit ausgeschöpft. Wie bereits erwähnt wurde das Erkenntnis mit 18.06.2020 zugestellt, weshalb die gegenständliche Beschwerde rechtzeitig und zulässig ist. Das zuständige Verwaltungsgericht ist das Bundesverwaltungsgericht, die belangte Behörde das Arbeitsmarktservice [REDACTED]. Oberste Bundesbehörde ist die Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend, 1010 Wien.

### **2. Zum relevanten Sachverhalt**

Die [REDACTED], stellte am 04.09.2019 einen Antrag auf Gewährung einer Beschäftigungsbewilligung für [REDACTED] für die Ausbildung/ Lehre als [REDACTED]. [REDACTED] ist Asylwerber, sein Antrag auf internationalen Schutz vom 02.08.2016 wurde mit Bescheid des

Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl vom 10.01.2018 negativ entschieden, das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist derzeit noch anhängig.

Der Antrag für Bewilligung der Lehrstelle wurde durch das Arbeitsmarktservice [REDACTED] mit der Begründung abgelehnt, dass gemäß Erlass des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.09.2018 der Regionalbeirat keine einhellige Zustimmung gemäß § 4 Abs 1 Z 1 AuslBG erteilt habe.

Diesbezüglich erstattete die Beschwerdeführerin eine Bescheidbeschwerde und führte im Wesentlichen aus, dass gem der österreichischen Stellungnahme an die Europäische Kommission gemäß Art. 28 zur Umsetzung der RL 2013/33/EU in § 4 Abs. 3 AuslBG die verankerte Zustimmung des Regionalbeirates keine zwingende Voraussetzung für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung und somit gemäß Art 16 Aufnahme-RL auch nicht für die Erteilung einer Lehre sei. Diese Stellungnahme steht aus der Sicht der Beschwerdeführerin auch im Einklang mit dem Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates zur Richtlinie 2013/33/EU (COM/2008/815/FINAL). Da die Verweigerung der Zustimmung der Beschäftigungsbewilligung einzig und allein auf den ergangenen Erlass GZ 435.006/0013-VI/B/7/2018 gestützt wurde, und demnach keine einhellige Zustimmung des Regionalbeirates erteilt werden konnte, führte die Beschwerdeführerin aus, dass die erstinstanzliche Entscheidung im Widerspruch Richtlinie 2013/33/EU stünde. Vor dem Hintergrund, dass weder dem AuslBG noch der Richtlinie 2013/33/EU eine derartige Einschränkung zu entnehmen sei, haben die Erlässe GZ 435.006/6-II/7/2004 vom 11.05.2004, und GZ 435.006/0013-VI/B/7/2018 vom 12.09.2018 eindeutig gesetzesverändernde bzw. gesetzeseinschränkende Wirkung, die einem Erlass nicht zukommen dürfe.

Aus diesen Gründen regte die Beschwerdeführerin ein Vorabentscheidungsverfahren an, zur Klärung der Frage ob die genannten Erlässe und die Interpretation des § 4 Abs 3 AuslBG als zwingende Voraussetzung im

Einklang mit Art 15 Abs. 1 und Art 16 der Richtlinie 2013/33/EU stünden und sie somit eine gemäß Art 15 Abs. 2 und Art 16 der Richtlinie 2013/33/EU gerechtfertigte innerstaatliche Voraussetzung darstellen. Weiteres sei zu klären, ob die Gewährung eines effektiven Zuganges zum Arbeitsmarkt iSd des Art der Richtlinie 2013/33/EU einen Zugang zu allen Teilarbeitsbereichen gem Art 15 Abs 2 bedeute.

Bezugnehmend auf die Entscheidung des VwGH vom 14.05.2020, Ro 2019/09/0011-5 wurde am 15.05.2020 ein weiterer Vorabentscheidungsantrag gestellt. Unter Hinweis auf die weiterhin aufrechten europarechtlichen Rechtsfragen, welche vom Verwaltungsgerichtshof nicht aufgegriffen wurden, beantragte die Beschwerdeführerin weiteres zu klären, wie die Interpretation des VwGH vom 14.05.2020, Ro 2019/09/0011-5 hinsichtlich Art 47 GRC zu verstehen sei, demgemäß der Zugang zu Gericht und die Geltendmachung eines wirksamen Rechtsbehelfes nicht unverhältnismäßig behindert werden darf. Es demnach zu klären ob Art 15 Abs. 1 iVm Art 15 Abs. 3 Richtlinie 2013/33/EU im Einklang mit Art 47 GRC dahingehend zu verstehen sei, dass ein effektiver Zugang zum Arbeitsmarkt für die Dauer des gesamten Rechtsmittelverfahrens zu gewähren sei inklusive außerordentlicher Rechtsmittel so diese innerstaatlich gewährt werden, oder dahingehend, dass gem Art 15 Aufnahme- RL in Verbindung mit Art 47 GRC ein effektiver Zugang zum Arbeitsmarkt nur jenen Asylwerbern gewährt werden muss, deren Antrag auf internationalen Schutz (ohne das ihnen dieser Umstand zu Last gelegt werden kann) bereits vor mindestens neun Monaten gestellt wurde und deren erstinstanzlicher Antrag zum Zeitpunkt der Antragstellung für eine Beschäftigungsbewilligung noch nicht erstinstanzlich abgelehnt wurden.

Das Bundesverwaltungsgericht griff diese mehrfach gestellten, europarechtlichen Fragen nicht auf und legte nicht an den EuGH vor, sondern wies die Bescheidbeschwerde samt Antrag ab.

### **3. Beschwerdepunkte (verletzte verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte, sowie rechtswidrige generelle Normen):**

Durch das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgericht vom 18.06.2020, W209 2226041-1/8E, werden wir, die Beschwerdeführerin, in unserem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor einem gesetzlichen Richter gemäß Artikel 83 Abs. 2 B-VG verletzt, ebenso durch Anwendung einer gesetzwidrigen Verordnung, nämlich GZ 435.006/6-II/7/2004 vom 11.05.2004 - „Bartensteinerlass“, erlassen durch den damaligen Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit, Dr. Martin Bartenstein, und GZ 435.006/0013-VI/B/7/2018 vom 12.09.2018, erlassen durch die damalige Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, Beate Hartinger-Klein.

### **4. Beschwerdebegründung**

4.1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist als ein Gericht im Sinne des Art 267 AEUV, vormals Art 177 Abs 3 EG-Vertrag<sup>1</sup> und gem Art 83 B-VG anzusehen, da es auf gesetzlicher Grundlage ständig damit betraut ist, Rechtssachen unabhängig zu entscheiden.<sup>2</sup> Im Rahmen dieser Entscheidungsbefugnis hat das Bundesverwaltungsgericht Unionsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die das Unionsrecht Einzelnen verleiht, zu schützen.<sup>3</sup>

Auch wenn das nationale Gericht letztlich über die anhängige Rechtssache selbst zu entscheiden hat, so ist die **Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Rechtsvorschriften einzig und allein dem EuGH vorbehalten**. Das nationale Gericht ist in seiner Einzelfallentscheidung somit an das Vorabentscheidungsurteil

<sup>1</sup>

<sup>2</sup> EuGH, 11.06.1987, Rs 14/86, *Pretore di Salò*, Slg 1987, 2545ff; vgl. VfGH 11.12.1195, B2300/95 mwN.

<sup>3</sup> EuGH 09.03.1978, Rs 106/77, *Simmenthal*.

des EuGH gebunden. In diesem "dualistischen Rechtsschutzsystem" des Gemeinschaftsrechts<sup>4</sup> wirkt also der EuGH in spezifischer Form an der innerstaatlichen Entscheidung mit.

Legt eine innerstaatliche Behörde, bzw. ein Gericht entgegen der Anordnung eine vorlagepflichtige Frage der Interpretation des Gemeinschaftsrechtes dem EuGH nicht zur Vorabentscheidung vor, so verletzt es die gesetzliche Zuständigkeitsordnung, und entzieht den Parteien des bei ihm anhängigen Verfahrens insofern den gesetzlichen Richter iSd Art 83 Abs 2 B-VG als eine dem EuGH zur Entscheidung vorbehaltene Frage nicht durch diesen gelöst werden könnte. Ein Verletzen der Vorlagepflicht iSd Art 267 Abs 3 AEUV stellt gem ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofs eine Verletzung von Art 83 Abs 2 B-VG dar.<sup>5</sup>

Es liegt keine Rechtsprechung des EuGH zu ähnlich gelagerten Fällen<sup>6</sup> vor, noch handelt sich um eine offenkundige Auslegung im Sinne eines *Act Claire*. Im konkreten Fall liegen unionsrechtlich nicht geklärte Fragen vor.

Der Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung wurde ausschließlich mit der Begründung abgelehnt, dass gemäß Erlass des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.09.2018 der Regionalbeirat keine einhellige Zustimmung gemäß § 4 Abs 1 Z 1, gemeint wohl § 4 Abs 1 Z 1 AuslBG, erteilt habe. Das BVwG bestätigte diese Entscheidung und führte diesbezüglich aus, dass basierend auf der Entscheidung des VwGH vom 14.05.2020, Ro 2019/09/0011-5, ein effektiver Zugang zum Arbeitsmarkt gem Art 15 Abs 2 der Richtlinie 2013/33/EU („Aufnahme-RL“) nur solange zu gewähren ist, bis eine erstinstanzliche Entscheidung im Asylverfahren erfolgt ist.

<sup>4</sup> Schwarzg, Grundzüge und neuere Entwicklungen des Rechtsschutzes im Recht der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1992, 1065 ff, 1071

<sup>5</sup> VfSlg. 14.390, 19.652, Mayr, B-VG<sup>3</sup>, Art 83, B III.4, mwN.

<sup>6</sup> EuGH, 6.10.1982, Rs 283/81, *C.I.L.F.I.T.*

**Art 15 dieser Aufnahme-RL**, welche mit 23.06.2016 in Kraft trat und eine Umsetzung durch die einzelnen Mitgliedstaaten bis 20.07.2015 vorsieht, lautet betreffend den Zugang zum Arbeitsmarkt wie folgt:

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

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

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

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

**Art 16 der Aufnahme- RL regelt den Zugang zur Lehre wie folgt:**

*„Berufliche Bildung*

*Die Mitgliedstaaten können Antragstellern ungeachtet der Möglichkeit des Zugangs zum Arbeitsmarkt den Zugang zur beruflichen Bildung gestatten.*

*Der Zugang zur beruflichen Bildung im Zusammenhang mit einem Arbeitsvertrag wird davon abhängig gemacht, inwieweit der betreffende Antragsteller Zugang zum Arbeitsmarkt gemäß Artikel 15 hat.“*

Angesichts des Wortlautes des Art 15 Aufnahme-RL ist der offenkundige Schluss, dass ein effektiver Zugang nur bis zur Erlass einer erstinstanzlichen Entscheidung gewährt sein muss, nicht zulässig. Artikel 15 Abs 1 Aufnahme- RL sieht vor, dass ein effektives Recht „**spätestens** neun Monate nach der Stellung des Antrags auf internationalen Schutz Zugang zum Arbeitsmarkt“ zu gewähren ist und dass gemäß Art 15 Abs 3 Aufnahme- RL dieses Recht nicht während eines Rechtsmittelverfahrens entzogen werden darf. Art 15 Aufnahme- RL spricht von dem Zeitpunkt der Antragstellung und nicht dem Zeitpunkt der Entscheidung. Die Argumentation des BVwG findet keine Grundlage im Wortlaut der Richtlinie noch in den Gesetzesmaterialien.

Darüber hinaus ist Art 15 Aufnahme-RL im Einklang Art 47 GRC, europäischen Primärrecht zu interpretieren, welcher unbestritten auch im Rahmen von Asylverfahren zur Anwendung kommt. Nach Art 47 GRC muss jedem Asylwerber im Falle eines negativen Bescheides auf Zuerkennung des Asylstatus im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention das Recht auf einen rechtswirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht zustehen. Dies bedeutet, dass der Zugang zum Gericht und die Geltendmachung eines wirksamen Rechtsbehelfes nicht unverhältnismäßig behindert werden darf.<sup>7</sup> Art 47 GRC in seiner Auslegung durch den EuGH verlangt, dass einem Rechtsbehelf, soll dieser im Hinblick auf die Natur der Rechtsverletzung wirksam sein, aufschiebende Wirkung zukommt.<sup>8</sup> Dies bedeutet, dass der Erhebung eines Rechtsmittels gegen einen negativen Asylbescheid in allen Bereichen aufschiebende Wirkung zukommen muss, daher auch bei Erhebung von Rechtsmitteln der Zugang zum Arbeitsmarkt für den

<sup>7</sup> Voet van Vormizeele in Schwarze, EU-Kommentar<sup>4</sup>, Rz 12 zu Art 47 GRC.

<sup>8</sup> EuGH (GK) 18.12.2014, C-562/13, *Abdida* Rz 50; *Kröll* in Holoubek/Lienbacher, GRC Kommentar<sup>2</sup>, Rz 40 zu Art 47 GRC u.a.



rechtsmittelwerbenden Asylwerber nach wie vor möglich sein muss. Andernfalls würde er in der Geltendmachung eines Rechtsbehelfes unzulässig behindert. Die Bestimmungen der Richtlinie 2013/33/EU sind grundrechtskonform im Sinne der primärrechtlichen GRC auszulegen. **Diese Frage ist unbeantwortet und muss letztlich der EuGH klären, der Verwaltungsgerichtshof setzte sich mit diesen Fragen noch nicht auseinander.**

Konkret wurde das BVwG aufgefordert folgende Fragen an den EuGH im Rahmen vorzulegen:

- Ist Art 15 Abs. 1 iVm Art 15 Abs. 3 Richtlinie 2013/33/EU im Einklang mit Art 47 GRC dahingehend zu verstehen, dass ein effektiver Zugang zum Arbeitsmarkt nur bis zu einer erstinstanzlichen Entscheidung im Asylverfahren zu gewähren ist?
- Ist Art 15 Abs. 1 iVm Art 15 Abs. 3 Richtlinie 2013/33/EU im Einklang mit Art 47 GRC dahingehend zu verstehen, dass ein effektiver Zugang zum Arbeitsmarkt für die Dauer des gesamten Rechtsmittelverfahrens zu gewähren ist, inklusive außerordentlicher Rechtsmittel so diese innerstaatlich gewährt werden, oder ist Art 15 Aufnahme- RL in Verbindung mit Art 47 GRC dahingehend zu verstehen, dass ein effektiver Zugang zum Arbeitsmarkt nur jenen Asylwerbern gewährt werden muss, deren Antrag auf internationalen Schutz (ohne das ihnen dieser Umstand zu Last gelegt werden kann) bereits vor mindestens neun Monaten gestellt wurde und deren erstinstanzlicher Antrag zum Zeitpunkt der Antragstellung für eine Beschäftigungsbewilligung noch nicht erstinstanzlich abgelehnt wurde?

**Diesem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH wurde seitens des BVwG nicht stattgegeben. Die Rechte des Beschwerdeführers gem Art 83 Abs 2 B-VG wurden somit verletzt, da zu diesen entscheidungsrelevanten**

**Fragen bis dato keine Judikatur des EuGH vorliegt, noch diese Fragen offenkundigen Charakter im Sinne eines *Act Claire* aufweisen.**

Angemerkt wird, dass auch § 4 Abs. 1 AuslBG eine Antragstellung bereits nach drei Monaten Zulassung zum ordentlichen Asylverfahren gestattet so ein faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht gemäß den §§ 12 oder 13 AsylG 2005 vorliegt. Auch aus § 4 Abs. 1 AuslBG stellt bezüglich dieser Rechte auf den Zeitpunkt der Erstantragstellung ist und nicht der Erstentscheidung ab.

Das angefochtene Erkenntnis ist sohin wegen Verletzung gemäß Art 83 Abs. 2 B-VG aufzuheben.

4.2

Neben der Frage des Zeitpunktes der Antragstellung waren und sind noch zwei weitere europarechtliche Fragen ungeklärt und entscheidungsrelevant:

**§ 4 Abs 3 AuslBG lautet wie folgt:**

§ 4.

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

*1.*

*der Regionalbeirat die Erteilung einhellig befürwortet oder*

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

*5.*

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

*6.*

*der Ausländer über eine Aufenthaltsbewilligung als Schüler (§ 63 NAG) oder Student (§ 64 Abs. 1 und 4 NAG) verfügt oder Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels „Student“ eines*

*anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union ist und im Rahmen eines Unions- oder multilateralen Programms mit Mobilitätsmaßnahmen oder einer Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Hochschuleinrichtungen einen Teil des Studiums in einer inländischen Hochschuleinrichtung absolviert oder*

7.

*der Ausländer Betriebsentsandter ist (§ 18) oder*

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

9.

*der Ausländer gemäß § 57 AsylG 2005 besonderen Schutz genießt oder*

10.

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

11.

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

12.

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

13.

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

14.

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

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

Die österreichische Stellungnahme an die Europäische Kommission gemäß Art. 28 zur Umsetzung der RL 2013/33/EU bezüglich Art 15 (und somit sinngemäß Art 16) lautet wie folgt:

*"In Entsprechung des Artikels 15 Abs. 1 der Aufnahme-RL haben Asylwerberinnen und Asylwerber Arbeitsmarktzugang im Wege eines Beschäftigungsbewilligungsverfahrens gemäß § 4 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG). Potentielle Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber haben die Beschäftigungsbewilligung vor Arbeitsaufnahme der Asylwerberinnen und Asylwerber einzuholen. Die nach Art. 15 Abs. 2 der Richtlinie 2013/33/EU zulässige Arbeitsmarktprüfung erfolgt nach Maßgabe des § 4b AuslBG, wonach Ausländerinnen und Ausländer mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, EWR-Bürgerinnen und -Bürger, Schweizerinnen und Schweizer, türkische Assoziationsarbeitnehmerinnen und -arbeitnehmer oder Ausländerinnen und Ausländer mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang Vorrang einzuräumen ist. Beschäftigungsbewilligungen sind für Asylwerber und Asylwerber zulässig, die seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen sind und einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht nach dem Asylgesetz haben. **Die übrigen für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung erforderlichen allgemeinen Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 AuslBG** dienen insbesondere der Verhinderung illegaler Beschäftigung und der Sicherung einer ordnungsgemäßen Beschäftigung unter Einhaltung der geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen."*<sup>9</sup>

Die in § 4 Abs. 3 AuslBG verankerte Zustimmung des Regionalbeirates ist somit auch gemäß dieser Stellungnahme keine zwingende Voraussetzung für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung und somit gemäß Art 16 Aufnahme-RL auch nicht für die Erteilung einer Lehre. Ein faktischer Abschiebeschutz ist im Verfahren vor dem BVwG gegeben.

<sup>9</sup> Hervorhebung erfolgte durch den Revisionswerber.

Diese Stellungnahme steht auch im Einklang mit dem Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates zur Richtlinie 2013/33/EU (COM/2008/815/FINAL) demnach, der tatsächliche Zugang von Asylwerbern zu einer Beschäftigung nicht in unangemessener Weise beschränkt werden darf und eine faire Chance auf Zugang zu einer Beschäftigung bestehen muss.

Der EuGH hat in seinen Urteilen zum *effet utile* des Unionsrechts und zu Art 288 AEUV eine Rechtsprechungslinie zur Umsetzung von Richtlinien entwickelt. **Demgemäß haben die Mitgliedstaaten ab Veröffentlichung einer Richtlinie alle Maßnahmen zu unterlassen, die das Ziel der Richtlinie ernsthaft gefährden könnten.**<sup>10</sup> Der Normcharakter des Gemeinschaftsrechts soll durch die Mitgliedsstaaten ernst genommen und die Ziele effektiv verwirklicht werden. Der nationale Gesetzgeber hat diese Grundsätze bei Umsetzung von Unionsrecht jedenfalls zu beachten und den in der Richtlinie verbürgten Rechten eine Wirksamkeit zu verleihen.

Art 51 GRC verpflichtet die Mitgliedsstaaten zur Durchführung der festgehaltenen Rechte in der Grundrechtecharta. Alle hoheitlichen Stellen der Mitgliedstaaten haben bei der Anwendung von Unionsrecht die Grundrechte zu beachten und sind Grundrechtsverpflichtete gemäß Art 51 GRC. Sie müssen diese Bestimmungen im Rahmen ihres Ermessensspielraumes im Einklang mit den Grundrechtsgarantien in der GRC umsetzen. Im Urteil *Wachauf*<sup>11</sup>, stellte der EuGH klar, dass „*die Mitgliedsstaaten bei ihren Durchführungsakten die Erfordernisse des Grundrechtsschutzes zu beachten haben*“. **Die durch die GRC garantierten Grundrechte sind daher zu beachten, wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt.**<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Seyr, *Effet Utile* in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (2007), 113.

<sup>11</sup> EuGH 13.07.1989, Rs C-5/88, *Wachauf* gegen Deutschland.

<sup>12</sup> EuGH 26. Februar 2013, Rs C-617/10, Åkerberg Fransson; EuGH 13. Juni 2013, Rs C-45/12, Radia Hadj Ahmed.

Art 15 und 16 GRC enthalten ein Recht auf Ausbildung sowie Berufstätigkeit. Diese Rechte sind jeder Person zu gewähren. Der VfGH hat mit Erkenntnis vom 14. 3. 2012, U 466/11, VfSlg 19.632/2012 klargestellt, dass bei der Umsetzung von Unionsrecht die Grundrechte der Charta wie Verfassungsrecht zu sehen sind. Art 15 und 16 GRC sind bei der Umsetzung von Unionsrecht, sprich der Umsetzung der Aufnahme- RL, zu berücksichtigen.

Angemerkt wird, dass Österreich im Jahr 2006 bereits in einem Vertragsverletzungsverfahren wegen nicht fristgerechter Umsetzung der Vorgängerrichtlinie 2003/9/EG betreffend Arbeitsmarktzugang verurteilt wurde.<sup>13</sup>

So entgegen der Stellungnahme Österreichs gemäß Art 28 Aufnahme-RL und im Widerspruch zu den eben zitierten Grundrechten, die Zustimmung im Regionalbeirat gemäß § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG zwingende Voraussetzung ist und die Beschäftigungsbewilligung, wie im konkreten Fall, einzig auf Grund der Nichteinhelligkeit des Regionalbeirates nicht erteilt wird, steht die im AuslBG verankerte Umsetzung im Widerspruch zur Aufnahme-RL. Dies ungeachtet der Begründungspflicht, welche sich aus dem Verbot der Willkür ergibt<sup>14</sup> und von der belangten Behörde im konkreten Fall verfassungswidrig verletzt wurde. Unbekannt ist, warum die Zustimmung vom Regionalbeirat nicht erteilt wurde.

Aus all diesen Gründen beantragte die Beschwerdeführerin die Vorlage dieser zwei Fragen an den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gem Art 267 AEUV

- Gewähren die Erlässe GZ 435.006/6-II/7/2004 vom 11.05.2004, und GZ 435.006/0013-VI/B/7/2018, vom 12.09.2018, demnach Asylwerbern aus-

<sup>13</sup> EuGH, 26.10.2006, Rs C-102/06 ua Kommission der Europäischen Gemeinschaft/Österreich, ABI C326, 20.

<sup>14</sup> VfGH, 22.09.2017, E 503/2016.

schließlich eine vorübergehende Beschäftigungsbewilligung für den Bereich Saisonarbeit und Land- und Forstwirtschaft (Erntehilfe) und auch kein Zugang zur beruflichen Bildung zu gewähren ist, einen effektiven Zugang zum Arbeitsmarkt im Sinne des Art 15 Abs. 1 und Art 16 der Richtlinie 2013/33/EU und stellen sie somit eine gemäß Art 15 Abs. 2 und Art 16 der Richtlinie 2013/33/EU gerechtfertigte innerstaatliche Voraussetzung dar ?

- Bedeutet die Gewährung eines effektiven Zugangs zum Arbeitsmarkt gemäß Art 15 der Richtlinie 2013/33/EU, dass Asylwerber grundsätzlich ein Zugang zu allen Teilarbeitsbereichen nach Maßgabe der in Art 15 Abs. 2 Richtlinie 2013/33/EU vorgesehenen innerstaatlichen Voraussetzungen, gewährt werden muss?

Auch diese Fragen waren für den gegenständlichen Fall entscheidungsrelevant. Es liegt diesbezüglich weder eine Rechtsprechung des EuGH noch handelt es sich hierbei um einen Act Claire. Das BVwG hätte auch diese Fragen an den EuGH gem Art 267 AEUV vorlegen müssen und hat somit das Recht auf einen gesetzlichen Richter gem Art 83 Abs 2 B-VG verletzt.

Auch deshalb ist das angefochtene Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes aufzuheben.

3.

**Vor dem Hintergrund, dass weder dem AuslBG noch der Aufnahme-RL eine Einschränkung wie in den Erlässe GZ 435.006/6-II/7/2004 vom 11.05.2004, und GZ 435.006/0013-VI/B/7/2018 vom 12.09.2018, vorgesehen, zu entnehmen ist haben diese Erlässe eindeutig gesetzesverändernde bzw. gesetzeseinschränkende Wirkung. Diese Wirkung darf einem Erlass nicht zukommen, weil er nur die Auslegung bzw. die konkrete Anwendung des geltenden Rechts für Behörden regelt. Mit dem generellen Verbot der Lehre**

**und der Einschränkung des Zuganges zum Arbeitsmarkt auf Saisonarbeit im Bereich Tourismus und Landwirtschaft, schaffen die Erlässe neues Recht und sind somit als Rechtsverordnungen anzusehen, die im Bundesgesetzblatt kundgemacht werden müsse, um Geltung zu erlangen.**

**Aus diesem Grund wird die Einleitung eines Verordnungsprüfungsverfahrens betreffend die Erlässe GZ 435.006/6-II/7/2004 vom 11.05.2004 - „Bartensteinerlass“, und GZ 435.006/0013-VI/B/7/2018 vom 12.09.2018, erlassen vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, angeregt.**

#### **5. Vorabentscheidungsantrag**

Festgehalten wird, dass entscheidende, europäische Auslegungsfragen betreffend die Art 15 Abs. 2 und Art 16 der Richtlinie 2013/33/EU nach wie vor aufrecht sind und vom VwGH in der Entscheidung Ro 2019/09/0011-5 vom 28.04.2020 inhaltlich nicht aufgegriffen wurden. Festgehalten wird, dass der Verfassungsgerichtshof gem Art 267 Abs 3 AEUV im gegenständlichen Fall vorlagepflichtig ist. Die vorliegenden, europarechtlichen Fragen sind entscheidungsrelevant. Diesbezüglich liegt bis dato noch keine Rechtsprechung des EuGH, noch handelt es sich um einen *Act Claire*, somit einer offenkundigen Rechtsfrage ohne Interpretationsspielraum.

Ausführungen zu den Fragen des Verhältnisses der Bestimmungen der vorhin erwähnten Richtlinie zu Art 47 GRC fehlen in dem vorhin erwähnten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes, auch eine Rechtsprechung des EuGH. Nach Art 47 GRC muss jedem Asylwerber im Falle eines negativen Bescheides auf Zuerkennung des Asylstatus im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention das Recht auf einen rechtswirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht zustehen. Dies bedeutet, dass der Zugang zum Gericht und die Geltendmachung eines



wirksamen Rechtsbehelfes nicht unverhältnismäßig behindert werden darf.<sup>15</sup> Art 47 GRC in seiner Auslegung durch den EuGH verlangt, dass einem Rechtsbehelf, soll dieser im Hinblick auf die Natur der Rechtsverletzung wirksam sein, aufschiebende Wirkung zukommt.<sup>16</sup> Dies bedeutet, dass der Erhebung eines Rechtsmittels gegen einen negativen Asylbescheid in allen Bereichen aufschiebende Wirkung zukommen muss, daher auch bei Erhebung von Rechtsmitteln der Zugang zum Arbeitsmarkt für den rechtsmittelwerbenden Asylwerber nach wie vor möglich sein muss. Andernfalls würde er in der Geltendmachung eines Rechtsbehelfes unzulässig behindert. Die Bestimmungen der Richtlinie 2013/33/EU sind grundrechtskonform im Sinne der primärrechtlichen GRC auszulegen. Diese Fragen muss letztlich der EuGH klären, auch der Verwaltungsgerichtshof setzte sich mit diesen Fragen noch nicht auseinander. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH erscheint daher geboten.

Aus diesem Grund regt die Beschwerdeführerin erneut die Vorlage an den Europäischen Gerichtshof an, dies zur Klärung folgender Fragen:

□ Gewähren die Erlässe GZ 435.006/6-II/7/2004 vom 11.05.2004, und GZ 435.006/0013-VI/B/7/2018, vom 12.09.2018, demnach Asylwerbern ausschließlich eine vorübergehende Beschäftigungsbewilligung für den Bereich Saisonarbeit und Land- und Forstwirtschaft (Erntehilfe) und auch kein Zugang zur beruflichen Bildung zu gewähren ist, einen effektiven Zugang zum Arbeitsmarkt im Sinne des Art 15 Abs. 1 und Art 16 der Richtlinie 2013/33/EU und stellen sie somit eine gemäß Art 15 Abs. 2 und Art 16 der Richtlinie 2013/33/EU gerechtfertigte innerstaatliche Voraussetzung dar ?

□ Bedeutet die Gewährung eines effektiven Zugangs zum Arbeitsmarkt gemäß Art 15 der Richtlinie 2013/33/EU, dass Asylwerber grundsätzlich ein Zugang zu

<sup>15</sup> Voet van Vormizeele in Schwarze, EU-Kommentar<sup>4</sup>, Rz 12 zu Art 47 GRC

<sup>16</sup> EuGH (GK) 18.12.2014, C-562/13, *Abdida*, Rz 50 ; *Kröll* in Ho-loubek/Lienbacher, GRC Kommentar<sup>2</sup>, Rz 40 zu Art 47 GRC.

allen Teilarbeitsbereichen nach Maßgabe der in Art 15 Abs. 2 Richtlinie 2013/33/EU vorgesehenen innerstaatlichen Voraussetzungen, gewährt werden muss?

□ Ist Art 15 Abs. 1 iVm Art 15 Abs. 3 Richtlinie 2013/33/EU im Einklang mit Art 47 GRC dahingehend zu verstehen, dass ein effektiver Zugang zum Arbeitsmarkt nur bis zu einer erstinstanzlichen Entscheidung im Asylverfahren zu gewähren ist?

□ Ist Art 15 Abs. 1 iVm Art 15 Abs. 3 Richtlinie 2013/33/EU im Einklang mit Art 47 GRC dahingehend zu verstehen, dass ein effektiver Zugang zum Arbeitsmarkt für die Dauer des gesamten Rechtsmittelverfahrens zu gewähren ist, inklusive außerordentlicher Rechtsmittel so diese innerstaatlich gewährt werden, oder ist Art 15 Aufnahme- RL in Verbindung mit Art 47 GRC dahingehend zu verstehen, dass ein effektiver Zugang zum Arbeitsmarkt nur jenen Asylwerbern gewährt werden muss, deren Antrag auf internationalen Schutz (ohne das ihnen dieser Umstand zu Last gelegt werden kann) bereits vor mindestens neun Monaten gestellt wurde und deren erstinstanzlicher Antrag zum Zeitpunkt der Antragstellung für eine Beschäftigungsbewilligung noch nicht erstinstanzlich abgelehnt wurde?

## **6. Anträge**

Aus all diesen Gründen stellt die Beschwerdeführerin an den Verfassungsgerichtshof nachstehende

## **ANTRÄGE**

1. das angefochtene Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom [REDACTED] [REDACTED] wegen Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte, in eventuelle wegen Anwendung gesetzwidriger Verordnungen, aufzuheben
2. sowie die Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens an den Gerichtshof der Europäischen Union;
3. die Einleitung einer Verordnungsprüfung betreffend die Kundmachung der Erlässe GZ 435.006/6-II/7/2004 vom 11.05.2004 - „Bartensteinerlass“, und GZ 435.006/0013-VI/B/7/2018 vom 12.09.2018, erlassen vom Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz.
4. In eventuelle, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.
5. In allen Fällen die Republik Österreich zum Ersatz der entstanden Kosten zu verpflichten.
6. für den Fall einer Abweisung oder Ablehnung dieser Beschwerde wird gleichzeitig beantragt, sie gemäß Artikel 144 Abs. 3 B-VG an den Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung darüber abzutreten, ob wir in sonstigen Rechten verletzt wurden.

[REDACTED]

**An Kosten werden verzeichnet:**

<b>Beschwerde nach Art. 144 B-VG</b>	<b>€</b>	<b>2.180,00</b>
<b>20 % USt</b>	<b>€</b>	<b>436,00</b>
<b>Eingabengebühr</b>	<b>€</b>	<b>240,00</b>
<b>S u m m e</b>	<b>€</b>	<b><u>2.856,00</u></b>