

Rechtsanwaltskanzlei | Krömer

Rechtsanwalt Dr. Peter Krömer | Rechtsanwältin Mag.^a Michaela Krömer, LL.M. (Harvard)

An den
Verfassungsgerichtshof
Freyung 8
1010 Wien

St. Pölten, am 12.5.2021
[REDACTED]

Betrifft: V 95-96/2021 – Verordnungsprüfungsverfahren betreffend Bestimmungen des Erlasses der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018, GZ BMASGK-435.006/0013-VI/B/7/2018 sowie des Erlasses des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11.5.2004, GZ 435.006/6-II/7/04

Beschwerdeführerin im Ausgangsverfahren, E-2420/2020 des Verfassungsgerichtshof und mitbeteiligte Partei im Verordnungsprüfungsverfahren:

vertreten durch:

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

DR. PETER KRÖMER

RECHTSANWALT

3100 ST. PÖLTEN, RIEMERPLATZ 1

TEL. 02742 / 21440

CODE R200967

6-fach
Vollmachten erteilt gemäß § 30/2 ZPO

ÄUSSERUNG

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

In außen bezeichneten Verordnungsprüfungsverfahren wurde uns zuhanden unserer bevollmächtigten Rechtsvertreter im Wege des webERV am 18.3.2021 die Verfügung des Verfassungsgerichtshofes vom 17.3.2021, V 95–96/2021–2, sowie der Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 1.3.2021, E 2420/2020–11, womit gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 2 B-VG vom Verfassungsgerichtshof von amtswegen die Gesetzmäßigkeit von Teilen der Verordnungen/Erlässe der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018, GZ BMASGK–435.006/0013–VI/B/7/2018 sowie des (ehemaligen) Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft vom 11.5.2014, GZ 435.006/6-II/7/04, geprüft wird, bereit- und zugestellt. Innerhalb offener Frist erstatten wir, [REDACTED], als Beschwerdeführer im Erkenntnisbeschwerdeverfahren nach Art. 144 B-VG, E 2420/2020 des Verfassungsgerichtshofes durch unsere bevollmächtigten Rechtsvertreter nachstehende

Äußerung

1. Zu den Prozessvoraussetzungen:

Der Verfassungsgerichtshof geht zutreffend in dem Beschluss vom 1.3.2021, E 2420/2020–11, vorläufig davon aus, dass die von uns zu E 2420/2020 des Verfassungsgerichtshofes erhobene Beschwerde gemäß Art. 144 Abs 1 B-VG zulässig ist, das Bundesverwaltungsgericht bei Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses vom 18.6.2020, W209 2226041–1/8E, die in Prüfung erzeugte Erlässe der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018, GZ BMASGK–435.006/0013–VI/B/7/2018, sowie des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11.5.2004, GZ 435.006/6–II/7/04, zumindest denkunmöglich anwendete, daher auch der Verfassungsgerichtshof die Erlässe bei der Entscheidung über die gegenständliche Beschwerde anzuwenden hätte, die Erlässe Rechtsverordnungen sind, die nicht ordnungsgemäß kundgemacht wurden.

Die vom Verfassungsgerichtshof in dem Beschluss über die Einleitung eines Verordnungsprüfungsverfahrens vom 1.3.2021 angenommenen Prozessvoraussetzungen sind im gegenständlichen Fall tatsächlich gegeben.

Die von uns auf Art. 144 B-VG gestützte, zu E 2420/2020 des Verfassungsgerichtshofes eingereichte Beschwerde gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 18.6.2020, W209 2226041–1/8E, ist rechtzeitig und zulässig. Mit dem angefochtenen Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 18.6.2020, W209 2226041–1/8E, wurde unsere Bescheidbeschwerde gegen den Bescheid des Arbeitsmarktservices Oberwart vom 25.9.2019, GZ 08114/ABB-Nr. 4015764, (betreffend Abweisung eines Antrags auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den am [REDACTED] geborenen pakistanischen Staatsbürger [REDACTED]) als unbegründet abgewiesen. Aus den Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichtes vom 18.6.2020 ergibt sich, dass im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Arbeitsmarktservice Oberwart der Regi-

onalbeirat des AMS Oberwart die Befürwortung und Erteilung der von uns beantragten Beschäftigungsbewilligung für den vorhin zitierten pakistanischen Staatsangehörigen und Asylwerber mit Beschluss vom 16.9.2019 ablehnte und seine Entscheidungen auf die nunmehr in Prüfung gezogene Erlässe der (vormaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018, GZ BMASGK–435.006/0013–VI/B/7/2018, sowie des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11.5.2004, GZ 435.006/6-II/7/2004, stützte, somit anwendete. Auf der Grundlage dieser Erlässe entschied sohin der Regionalbeirat betreffend unseres Antrages auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den Asylwerber als Spengler (Lehrling/Auszubildenden) ablehnend, deshalb der negative Bescheid des AMS Oberwart vom 25.9.2019. Neben diesen Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis des Bundesverwaltungsgericht vom 18.6.2020 (im Ausgangsverfahren E 2420/2020 des Verfassungsgerichtshofes), zitiert im Rahmen der rechtlichen Erwägungen seines Erkenntnisses vom 18.6.2020 das Bundesverwaltungsgericht nochmals die Beschlussfassung des Regionalbeirates des AMS Oberwart und verweist darauf, dass der Regionalbeirat seine Entscheidung auf die vorhin erwähnten Erlässe der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018 sowie des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11.5.2004 stützte, anhand dieser Erlässe die Prüfung unseres Antrages auf Erteilung einer Ausländerbeschäftigungsbewilligung für den beantragten Asylwerber als Spengler vornahm. Das Bundesverwaltungsgericht führt im Rahmen der rechtlichen Erwägungen in seinem Erkenntnis aus, dass es die Rechtmäßigkeit der Verweigerung der Befürwortung des Regionalbeirates zu überprüfen habe und kommt zum Ergebnis, dass der Regionalbeirat des AMS Oberwart, der sich auf die beiden vorhin erwähnte nunmehr in Prüfung gezogenen Erlässe stützte, rechtmäßig gehandelt hat, bestandet die Entscheidung des Regionalbeirates des AMS Oberwart mit der Anwendung der gegenständlichen Erlässe nicht. Daraus ergibt sich – wie der Verfassungsgerichtshof in dem gegenständlichen Einleitungsbeschluss zur Verordnungsprüfung am 1.3.2021 festhielt –, dass auf jeden Fall auch das Bundesverwaltungsgericht die nunmehr in Prüfung gezogenen Erlässe anwendete, diese daher auch nunmehr im Hinblick auf das gemäß Art. 144 B-VG von uns zu E-2420/2020 eingeleitete Beschwerdeverfahren vom Verfassungsgerichtshof bei seiner diesbezüglichen Entscheidung mit anzuwenden ist. Insoweit ist die Präjudizialität dieser Erlässe für ein Verordnungsprüfungsverfahren gemäß Art. 139 Abs. 1 Z 2 B-VG sowie § 57 Abs 2 VfGG gegeben.

Die beiden in Prüfung gezogenen Erlässe der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018 sowie des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11.5.2004 sind Rechtsverordnungen, die nicht gesetzesgemäß im Bundesgesetzblatt II kundgemacht wurden.

Wie der Verfassungsgerichtshof darlegt, ist nach seiner Rechtsprechung für die Qualität als Verordnung nicht der formelle Adressatenkreis und die äußere Be-

zeichnung und auch nicht die Art der Verlautbarung, sondern der Inhalt des Verwaltungsaktes maßgeblich (vgl. VfSlg 8.649/1979, 13.632/1993, 18.495/2008 u.a.). Voraussetzung für die Verordnungsqualität eines anders bezeichnenden Verwaltungsaktes ist, dass seine Formulierungen imperativ sind (d. h. sich nicht in einer bloßen Wiederholung des Gesetzestextes erschöpfen), indem sie das Gesetz bindend auslegen und für eine allgemein bestimmte Vielzahl von Personen unmittelbar Geltung beanspruchen (vgl. VfSlg 5.905/1969, 8.649/1979, 10.170/1984, 13.632/1993, 17.244/2004, 17.806/2006). Wenn in sogenannten Erlässen der zuständigen Bundesminister eine Anordnung trifft, die über eine bloße Information hinausgeht, liegt in der Regel eine Verordnung im Sinne einer Rechtsverordnung vor (vgl. VfSlg 18.068/2007, 20.293/2018 u.a.).

In dem grundlegenden Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 28.6.2017, V4/2017 = VfSlg 20.182/2017 nimmt der Verfassungsgerichtshof zu Auslegungsfragen des Art. 89 B-VG und Art. 139 Abs 3 B-VG betreffend Anwendung nicht gehörig kundgemachter Verordnungen und gesetzwidrig kundgemachter Verordnungen Stellung (vgl. auch diesbezüglich Grabenwarter/Frank, B-VG, Kurzkomentar, Rz 2 zu Art. 89 B-VG, Rzz 7-8 zu Art. 139 B-VG, Muzak, B-VG, Kommentar, 6. Aufl., Rz 1 zu Art. 89 B-VG u.a.). Zunächst ergibt sich aus Art. 89 Abs 1 B-VG, dass nicht gehörig kundgemachte Rechtsvorschriften keinerlei Rechtswirkungen entfalten, diese absolute Nichtigkeit jedes Gericht von sich aus aufzugreifen hat (vgl. VfSlg 2530/1953, 14.457/1996, Grabenwarter/Frank, a.a.O., Rz 2 zu § 89 B-VG). Eine Rechtsvorschrift ist schon dann als nicht gehörig kundgemacht anzusehen, wenn sie bloß gesetzeswidrig kundgemacht ist. Für die Anwendung einer Rechtsvorschrift ist vielmehr lediglich maßgebend, dass die Rechtsvorschrift ein solches Mindestmaß an Publizität erlangt hat, dass sie in die Rechtswelt eingetreten ist, etwa durch Versendung an nachgeordnete Behörden oder durch dauernde Anwendung gegenüber Normadressaten (vgl. VfSlg 20.182/2017, 14.154/1995, 12.382/1990, Grabenwarter/Frank, a.a.O., Rz 2 zu Art. 89 B-VG, Muzak, a.a.O., Rz 1, 2 zu Art. 89 B-VG u.a.). Eine gehörig kundgemachte generelle Norm, also eine für den unbestimmten externen Adressatenkreis verbindliche Anordnung von Staatsorganen, die vom Gericht gemäß Art. 89 B-VG anzuwenden ist, liegt somit dann vor, wenn eine solche Norm ausreichend allgemein kundgemacht wurde, wenn auch nicht in der rechtlich vorgesehenen Weise. Dies bedeutet, dass jeglicher Akt von staatlichen Organen, die einen normativen Inhalt für einen unbestimmten Adressatenkreis aufweist und – in einer zumindest den Adressaten zugänglichen Form – allgemein kundgemacht worden ist, als generelle Norm anzuwenden und gegebenenfalls von den Gerichten gemäß den Art. 139ff B-VG vor dem Verfassungsgerichtshof anzufechten ist. Ist eine gehörig kundgemachte generelle Norm in diesem Sinne nicht gesetzesmäßig kundgemacht, ist sie beim Verfassungsgerichtshof gemäß Art. 139 B-VG anzufechten und von diesem gemäß Art. 139 Abs 3 Z 3 B-VG als gesetzwidrig aufzuheben (vgl. VfSlg 20.182/2017 u.a.).

Rechtsverordnungen, die von einem Bundesminister/einer Bundesministerin erlassen werden, sind gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BGG im Bundesgesetzblatt II kundzu-

machen bzw. zu verlautbaren. Ist dies unterblieben, sind solche Verordnungen bzw. als Verordnungen zu qualifizierende Erlässe mangels gehöriger bzw. gesetzmäßiger Kundmachung als gesetzwidrig zu qualifizieren (vgl. VfSlg 17.806/2006, 19.590/2011, u.a.).

Wie der Verfassungsgerichtshof in dem Beschluss vom 1.3.2021, E 2420/2020–11 – im Rahmen der vorläufigen Prüfung – zutreffend festhielt, legt zunächst der Erlass der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018 imperativ fest, dass alle bereits anhängigen und neu angebrachten Anträge für Asylwerberinnen und Asylwerber ausschließlich nach Maßgabe des Erlasses des (ehemaligen) Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft vom 11.5.2004 zu prüfen und zu erledigen und dass die nach diesem Erlass nicht positiv zu erledigenden Anträge, gestützt auf eine nicht einhellige Befürwortung durch den Regionalbeirat und/oder entgegenstehende wichtige öffentlichen Interessen gemäß § 4 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, abzulehnen sind. Der in Prüfung gezogene Erlass des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11.4.2004 ordnet imperativ an, dass Beschäftigungsbewilligungen für Asylwerberinnen und Asylwerber nur im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz zu erteilen sind. Diese Erlässe erschöpfen sich nicht in der bloßen Wiederholung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, vielmehr legen sie das Ausländerbeschäftigungsgesetz verbindlich aus und beanspruchen sohin die Geltung über eine Vielzahl an Personen.

Dazu kommt noch, – wie in dem Einleitungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 1.3.2021 zutreffend dargetan –, dass auch mit diesen Erlässen die Anspruchsvoraussetzungen für Arbeitgeber – wie wir – auf Erteilung einer Ausländerbeschäftigungsbewilligung eingeschränkt werden, obwohl diesbezüglich eine Verordnungsermächtigung im Gesetz fehlt. Der eine Beschäftigungsbewilligung beantragende Arbeitgeber/in – wie wir – hat bei Erfüllung der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs 1-7 Ausländerbeschäftigungsgesetz einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Ausländerbeschäftigungsbewilligungen für den beantragten Arbeitnehmer/die beantragte Arbeitnehmerin. Die in Prüfung gezogenen Erlässe schränken die Möglichkeit der Erteilung einer Ausländerbeschäftigungsbewilligung für Asylwerberinnen und Asylwerber auf Ernte- und Saisonarbeit ein, obwohl an sich nach § 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz auch Beschäftigungsbewilligungen anderen darüber hinausgehenden Betätigungsbereichen erteilt werden können (vgl. Deutsch/Nowotny/Seitz, Ausländerbeschäftigungsgesetz, 2. Aufl., Rz 2 zu § 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz, Kind, Ausländerbeschäftigungsgesetz, Rz 1 zu § 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz, Peyrl, Zuwanderung und Zugang zum Arbeitsmarkt von Drittstaatsangehörigen in Österreich, Seite 305, u.a.). Nach den in Prüfung gezogenen Erlässen könnte auch aufgrund der nach § 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz bloß befristet zu erteilenden Beschäftigungsbewilligung – für die eine einhellige Befürwortung des Regionalbeirates nicht erforderlich ist – damit zum Beispiel eine Beschäftigungsbewilligung für eine Lehrstelle nach § 4 Abs. 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz etwa sogar in Mangelberufen trotz Erfüllung aller sonsti-

gen Voraussetzungen und damit auch dann, wenn die Lage auf dem Lehrstellenmarkt dies zulässt und keine wichtigen Gründe hinsichtlich der Lage und Entwicklung des übrigen Arbeitsmarktes entgegenstehen, de facto ausgeschlossen sein. Im gegenständlichen Fall liegt daher trotz Bezeichnung eines Erlasses tatsächlich im Sinne der obigen Ausführungen eine Verordnung, nämlich Rechtsverordnung, vor, der Erlass geht nämlich über bloße Informationen heraus, sondern trifft verbindliche Auslegungen und Anordnungen im Sinne des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, teilweise einschränkend und abweichend vom Ausländerbeschäftigungsgesetz (ohne Verordnungsermächtigung im Gesetz).

Die beiden in Prüfung gezogenen Erlässe haben durch die Verbreitung, vor allem durch die Kammern für gewerbliche Wirtschaft als gesetzliche Arbeitgebervertretung, aber auch in den Kammern für Arbeiter und Angestellte als gesetzliche Vertretung für Arbeitnehmer/innen, aber infolge Anwendung durch Behörden, wie AMS Regionalstellen, wie im gegenständlichen Fall Arbeitsmarktservice Oberwart / Regionalbeirat, aber auch in der Gerichtsbarkeit, wie Mitanwendung in dem angefochtenen Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes, sowie der Erörterung in der wissenschaftlichen Literatur (vgl. Pöschl, Migration und Mobilität, 19. ÖJt, Bd. I / 1, Seite 145ff) ein solches Maß an Publizität erreicht, dass sie Eingang in die Rechtsordnung gefunden haben, sohin als gehörig kundgemachte generelle Norm anzusehen ist, die allerdings nur in gesetzwidriger Weise kundgemacht wurde, nicht im Bundesgesetzblatt II, wie für Rechtsverordnungen durch Bundesminister/Bundesministerin gesetzlich angeordnet.

Dies bedeutet daher, dass aus diesen Gründen die Voraussetzungen für ein Verordnungsprüfungsverfahren gemäß Art. 139 B-VG in Ansehung der beiden im Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 1.3.2021, E 2420/2020–11, zitierten Erlässe gegeben sind.

Da die Prozessvoraussetzungen für ein Verordnungsprüfungsverfahren im gegenständlichen Fall gemäß Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 1.3.2021 gegeben sind, ist ein solches durchzuführen.

2. In der Sache selbst:

Wie der Verfassungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 1.3.2021, E 2420/2020–11 ausführlich darlegt und wie von uns teilweise in der gegenständlichen Äußerung unter Punkt 1 festgehalten, handelt es sich bei den in Prüfung gezogenen Erlässen der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018, GZ BMASGK–435.006/0013–VI/B/7/2018 und des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11.5.2014, GZ 435.006/6–II/7/2004, um Rechtsverordnungen, die gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BGBIG im Bundesgesetzblatt II zu verlautbaren gewesen wären, solche Kundmachungen im Bundesgesetzblatt II erfolgten nicht. Diese Erlässe als Verordnungen wurden sohin in gesetzwidriger Weise kundgemacht und sind daher zur Gänze gemäß Art.

139 Abs. 3 Z 3 B-VG vom Verfassungsgerichtshof aufzuheben. Es wird auf Punkt 1 dieser Äußerung verwiesen.

Wie bereits dargelegt, ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes für die Qualität als Verordnung nicht der formelle Adressatenkreis und die äußere Bezeichnung und auch nicht die Art der Verlautbarung, sondern der Inhalt des Verwaltungsaktes maßgeblich (vgl. VfSlg 8649/1979, 13.632/1993, 18.495/2008, u.a.). Voraussetzung für die Verordnungsqualität eines anderen bezeichneten Verwaltungsaktes ist, dass seine Formulierungen imperativ sind (d. h. sich nicht in einer bloßen Wiederholung des Gesetzestextes erschöpfen), indem sie das Gesetz bindend auslegen und für eine allgemein bestimmte Vielzahl von Personen unmittelbarer Geltung beanspruchen (vgl. VfSlg 5905/1969, 8807/1980, 11.467/1987, 17.244/2008, 17.806/2006, u.a.). Erlässe von Bundesministern/innen, die Anordnungen treffen, die über bloße Informationen von Gesetzen hinausgehen, stellen in der Regel Rechtsverordnungen dar (vgl. VfSlg. 18.068/2007, 20.293/2018, u.a.). Damit Erlässe als Verordnungen vom Verfassungsgerichtshof in einem Verordnungsprüfungsverfahren aufgehoben werden können, müssen diese Erlässe durch die Verbreitung und Anwendung seitens Behörden auch teilweise in der Gerichtsbarkeit ein Ausmaß an Publizität erreicht haben, dass sie Eingang in die Rechtsordnung gefunden haben, es sohin sich bei den Erlässen um gehörig kundgemachte Normen handelt, allerdings nicht in der rechtlich vorgesehenen Weise (vgl. VfSlg 20.182/2017, Grabenwarter/Frank, a.a.O., Rz 2 zu Art. 89 B-VG, Rzz 7–8 zu Art. 139 B-VG, Muzak, a.a.O., Rz 1 zu Art. 89 B-VG, u.a.).

Wie der Verfassungsgerichtshof in dem Einleitungsbeschluss vom 1.3.2021 dargelegt hat, legen die in Prüfung gezogenen Erlässe, insbesondere die von diesen Erlässen in Prüfung gezogenen Bestimmungen, imperativ fest, dass – gemäß dem Erlass der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018 – alle bereits anhängigen und neu angebrachten Anträge gemäß Ausländerbeschäftigungsgesetz für Asylwerberinnen und Asylwerber ausschließlich nach Maßgabe des Erlasses des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11.5.2004 zu prüfen und zu erledigen sind und dass die nach diesem Erlass nicht positiv zu erledigenden Anträge, gestützt auf eine nicht einhellige Befürwortung durch den Regionalbeirat und/oder entgegenstehende wichtige öffentliche Interessen (Sicherstellung eines geordneten Asylwesens) gemäß § 4 Abs 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, abzulehnen sind. Der Erlass vom 11.5.2004 ordnet imperativ an, dass Beschäftigungsbewilligungen von Asylwerberinnen und Asylwerber nur im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz zu erteilen sind. Klarzustellen ist, dass diese Erlässe sich nicht in der bloßen Wiederholung von Bestimmungen des Ausländergesetzes erschöpfen, vielmehr das Ausländergesetz verbindlich auszulegen und darüber hinaus Geltung über eine Vielzahl von Personen beanspruchen. Die in Prüfung gezogenen Erlässe legen überdies verbindlich fest, dass alle Anträge auf Ausländerbeschäftigungsbewilligungen für Asylwerberinnen und Asylwerber, die nicht auf eine befristete Beschäftigung im Rahmen der Saisonarbeit oder als Erntehelferin abzielen – entgegen dem Wortlaut

des Ausländerbeschäftigungsgesetzes – abgewiesen werden müssen. Diese Abweisungen sollen – so der Erlass vom 12.9.2014 – auf die nicht einhellige Zustimmung des Regionalbeirates und/oder entgegenstehende öffentlich wichtige Interessen (Sicherstellung eines geordneten Asylwesens) gestützt werden. Diese Anträge gelten für jegliche Anträge auf Beschäftigungsbewilligungen für Lehrstellen von Asylwerberinnen und Asylwerber (vgl. Peyrl, Neuregelung der Möglichkeit zur Beendigung einer Lehre von Asylwerber/innen nach negativem Abschluss des Asylverfahrens, DRdA – infas = 2020, 121f). Die in Prüfung gezogenen Erlässe verdrängen die weitere neben befristeten Beschäftigungsbewilligungen nach § 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz bestehende Möglichkeit, Beschäftigungsbewilligungen auch für andere Tätigkeitsbereiche mit Zustimmung des Regionalbeirates zu erteilen (vgl. § 4 Abs. 3 Z 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz). Nach den in Prüfung gezogenen Erlässen ist auch aufgrund der nach § 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz bloß befristet zu erteilenden Beschäftigungsbewilligung – für die eine einhellige Befürwortung des Regionalbeirates nicht erforderlich ist – damit zum Beispiel eine Beschäftigungsbewilligung für eine Lehrstelle nach § 4 Abs. 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz etwa sogar in Mangelberufen trotz Erfüllung aller sonstigen Voraussetzungen und damit auch dann, wenn die Lage auf dem Lehrstellenmarkt dies zulässt und keine wichtigen Gründe hinsichtlich der Lage und Entwicklung des übrigen Arbeitsmarktes entgegenstehen, de facto ausgeschlossen. Mit anderen Worten – wie richtig der Verfassungsgerichtshof in dem Beschluss vom 1.3.2021 festhält – ordnen die Erlässe sehr wohl anstatt der gesetzlich festgelegten alternativen Bewilligungsvoraussetzungen der Befürwortung des Regionalbeirates einerseits und der befristeten Beschäftigung nach § 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz andererseits deren kumulative Erfüllung an.

Im gegenständlichen Fall werden sohin durch die Erlässe als generelle Formulierungen verbindliche Anordnungen getroffen, die teilweise mit dem Ausländerbeschäftigungsgesetz an sich im Widerspruch stehen, unter anderem vor allem die Anspruchsvoraussetzungen für betroffene Arbeitgeber entgegen den gesetzlichen Vorgaben des § 4 Abs 1-7 Ausländerbeschäftigungsgesetz einschränken (vgl. Deutsch/Nowotny/Seitz, a.a.O., Rz 2 zu § 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz, Kind, a.a.O., Rz 1 zu § 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz, Peyrl, Zuwanderung und Zugang zum Arbeitsmarkt von Drittstaatsangehörigen, 2018, Seite 305, Pöschl, Migration und Mobilität 19. ÖJt, Bd. I / 1 Seite 145ff, u.a.).

Diese Erlässe werden durch die Verwaltungsbehörden, insbesondere den Regionalstellen des Arbeitsmarktservice (AMS), teilweise von Gerichten angewendet, sind allgemein durch Publizierung der Kammern für gewerbliche Wirtschaft für die Arbeitgeber/innen, aber auch die Kammern für Arbeiter und Angestellten weit verbreitet, finden auch in der wissenschaftlichen Lehre Niederschlag. Diesbezüglich wird allerdings in der wissenschaftlichen Lehre ausgeführt, dass diese Erlässe, insbesondere der “Bartenstein-Erlass“ vom 11.5.2014, GZ 435.006/6–II/7/2004, nicht nur gesetzwidrig, gleichheitswidrig nicht gehörig bzw. gesetzmäßig kundge-

macht, sondern überdies auch unionsrechtswidrig sind (vgl. Pöschl, Migration und Mobilität, 19. ÖJt, Band I / 1, Seite 145ff, u.a.).

Die in Prüfung gezogenen Erlässe der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018 sowie des (ehemaligen) Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft vom 11.5.2014 stellen sohin Rechtsverordnungen dar, die deshalb im Bundesgesetzblatt II zu verlautbaren gewesen wären. Da sie allerdings nicht im Bundesgesetzblatt II gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BGBIG kundgemacht wurden, sind sie sohin im Sinne des Art. 139 Abs. 3 Z 3 B-VG nur in gesetzwidriger Weise kundgemacht (vgl. VfSlg 20.182/2017), sodass sie gemäß Art. 139 Abs. 3 Z 3 B-VG zur Gänze durch den Verfassungsgerichtshof aufzuheben sind.

Darüber hinaus darf noch folgendes ausgeführt werden:

Mit der Gesetzwidrigkeit einer Verordnung ist im Zusammenhang mit einem Verordnungsprüfungsverfahren Gesetzwidrigkeit im materiellen Sinn zu verstehen. Eine Verordnung ist auch dann gesetzwidrig im Sinne des Art. 139 Abs 1 B-VG, wenn sie verfassungs- oder verordnungswidrig ist. Prüfungsmaßstab ist bei einer Durchführungsverordnung, ob sie in einem formellen Gesetz eine entsprechende Grundlage findet (Art. 18 Abs 2 B-VG), gelegentlich kann auch eine Vereinbarkeit mit höherrangigen Verordnungen relevant sein. Der Verfassungsgerichtshof nimmt – im Einklang mit der herrschenden Lehre – an, dass im Verordnungsprüfungsverfahren nur höherrangiges innerstaatliches Recht als Prüfungsmaßstab in Betracht kommt und lehnt es ab, im Verordnungsprüfungsverfahren Verordnungen auf die Vereinbarkeit mit Unionsrecht zu prüfen (vgl. VfSlg 14.886, 20.080, Muzak, a.a.O., Rzz 4–6 zu Art. 139 B-VG, Grabenwarter/Frank, a.a.O., Rzz 9–10 zu Art. 139 B-VG u.a.).

Wie bereits oben dargelegt, schränken diese Erlässe als Rechtsverordnungen die Rechte von Arbeitgeber/innen auf Erteilung einer Ausländerbeschäftigungsbewilligungen in Ansehung von Asylwerbern und Asylwerberinnen entgegen dem Wortlaut des Ausländerbeschäftigungsgesetzes deutlich ein, stehen sohin mehrfach mit der höherrangigen Norm des Ausländerbeschäftigungsgesetzes in Widerspruch. Dazu kommt noch, dass für die im gegenständlichen Fall in Prüfung gezogenen Erlässe, insbesondere die in Prüfung gezogenen Teile der Erlässe, es im Ausländerbeschäftigungsgesetz keinerlei Ermächtigung zur Erlassung von Verordnungen für den zuständigen Bundesminister/zuständige Bundesministerin gibt. Die in Prüfung gezogenen Teile der gegenständlichen Erlässe sind sohin im Sinne des Art. 139 B-VG gesetzwidrig, weil sie materielle Anordnungen treffen, die gegen die gesetzlichen Bestimmungen im Ausländerbeschäftigungsgesetz abändern und sohin im Widerspruch stehen. Sie schränken teilweise die Rechte der Arbeitgeber/innen auf Erhalt von Ausländerbeschäftigungsbewilligungen für Asylwerberinnen und Asylwerber ein, eine Verordnungsermächtigung in diesem Sinne liegt im Ausländerbeschäftigungsgesetz nicht vor.

Im gegenständlichen Fall ist ferner festzuhalten, dass im Rahmen einer Verordnungsprüfung auch zu überprüfen ist, ob die Verordnung österreichischen Verfassungsrecht widerspricht. Wie teilweise in der Lehre vertreten (vgl. Pöschl, a.a.O., Seite 146) widersprechen vor allem die in Prüfung gezogenen Teile der gegenständlichen Erlässe dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitsgrundsatz im Sinne des Artikel 2 StGG 1867 und Art. 7 B-VG, der subjektive Rechte österreichischen Staatsbürgern und inländischen juristischen Personen gewährt (vgl. VfSlg 6240, 9541, 14.010, Muzak, a.a.O., Rz 2 zu Artikel 2 StGG 1867, Grabenwarter/Frank, a.a.O., Rzz 3ff zu Artikel 7 B-VG). Der Gleichheitsgrundsatz bindet den Gesetzgeber und die gesamte staatliche Vollziehung. Wie bereits ausgeführt verstößt eine Verordnung gegen den Gleichheitssatz, wenn sie auf einem gleichheitswidrigen Gesetz beruht oder entgegen dem Gesetz Differenzierungen schafft, die sachlich nicht begründbar sind (vgl. VfSlg 7522/1975, Grabenwarter/Frank, a.a.O., Rz 9 zu Artikel 7 B-VG, Muzak, a.a.O., Rzz 18ff zu Artikel 2 StGG, u.a.). Der Gleichheitssatz verlangt im Bereich der generellen Normen eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung, an gleiche Tatbestände müssen gleiche Rechtsfolgen geknüpft werden, wesentlich ungleiche Tatbestände müssen zu unterschiedlichen Regelungen führen (VfSlg 11.641, 14.529, 19.590, Muzak, a.a.O., Rz 21 zu Art. 2 StGG 1867, Grabenwarter/Frank, a.a.O., Rzz 16ff zu Art. 7 B-VG).

Im gegenständlichen Fall ist nun festzuhalten, dass diese Erlässe, insbesondere der Erlass des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11.5.2004 (sogenannter „Bartenstein-Erlass“), gleichheitswidrig ist (vgl. Pöschl, a.a.O., Seite 146). Im gegenständlichen Fall ergibt sich nämlich aus diesen beiden Erlässen, dass der Erlass als Rechtsverordnung u.a. Ausländerbeschäftigungsbewilligungen für Asylwerberinnen und Asylwerber auf Ernte- und Saisonarbeit einschränkt, obwohl nach § 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz auch Beschäftigungsbewilligungen in anderen darüber hinausgehenden Tätigkeitsbereichen erteilt werden können, im Übrigen für Asylwerber und Asylwerberinnen anstatt der gesetzlich festgelegten alternativen Bewilligungsvoraussetzungen in § 4 Ausländerbeschäftigungsgesetz der Befürwortung des Regionalbeirates einerseits und der befristeten Beschäftigungsbewilligungen § 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz andererseits die kumulative Erfüllung anordnen. Dadurch werden allerdings beispielsweise Arbeitgeber/innen, die nicht im Bereich Ernte- und Saisonarbeit gemäß § 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz tätig sind, aber auch generell Arbeitgeber/innen in Ansehung der Beschäftigung von Asylwerbern und Asylwerberinnen ungleich behandelt gegenüber Arbeitgebern/innen im Bereich der Ernte- und Saisonarbeit bzw. teilweise generell in anderen Bereichen (mit Kumulierung der Anspruchsvoraussetzungen). Sachliche Begründungen fehlen. Eine Begründung für Einschränkungen nur betreffend Asylwesen ist sicherlich nicht im Bereich der Einschränkung der Beschäftigungsbewilligungen auf Ernte- und Saisonarbeit sachlich gerechtfertigt und sachlich differenziert. Die gegenständlichen Erlässe als Verordnungen greifen daher auch in die Verfassungssphäre von betroffenen Arbeitgebern/innen ein, insoweit in Ansehung derer der verfassungsgesetzlich gewährleistete Gleichheitsgrundsatz verletzt wird.

Wenngleich nach der derzeitigen Rechtsprechung im Verordnungsprüfungsverfahren die Frage der Unionswidrigkeit von Verordnungen nicht zu prüfen ist, darf lediglich darauf hingewiesen werden, dass diese Verordnungen auch nicht mit der sogenannten Aufnahmerichtlinie (Richtlinie 2013/33/EU) in Einklang zu bringen sind.

Aus all diesen Ausführungen ergibt sich sohin, dass die in Prüfung gezogenen Erlässe der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018 und des (ehemaligen) Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft vom 11.5.2014 Rechtsverordnungen sind, nicht in gesetzmäßiger Weise kundgemacht wurden, überdies gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz sowie den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Gleichheitssatz verstoßen, daher als gesetzwidrig zur Gänze gemäß Art. 139 B-VG aufzuheben sind.

3. Aus all diesen Gründen stellen wir, [REDACTED], an den Verfassungsgerichtshof den

Antrag

die in Prüfung gezogenen Erlässe der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12.9.2018, GZ BMASGK–435.006/0013–VI/B/7/2018 und des (ehemaligen) Bundesministers für Arbeit und Wirtschaft vom 11.5.2014, GZ 435.006/6-II/7/2004, gemäß Art. 139 B-VG zur Gänze aufzuheben.

[REDACTED]