

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

E 2420/2020-17

25. Juni 2021

## BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des Präsidenten  
DDr. Christoph GRABENWARTER,

in Anwesenheit der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

Dr. Andreas HAUER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Michael RAMI,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes

MMag. Dr. Barbara LEITL-STAUDINGER

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin  
Katharina RIEDLER, LL.M.

als Schriftführerin,

in der Beschwerdesache der \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, vertreten durch Rechtsanwältin Mag. Michaela Krömer, LL.M., Riemerplatz 1, 3100 St. Pölten, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes vom 18. Juni 2020, Z W209 2226041-1/8E, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung beschlossen:

- I. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. b B-VG wird die Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, idF BGBl. Nr. I 56/2018 von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

## **Begründung**

### **I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren**

1. Den von einem pakistanischen Staatsangehörigen gestellten Antrag auf internationalen Schutz vom 2. August 2016 wies das Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl mit Bescheid vom 10. Jänner 2018 ab. Die dagegen erhobene Beschwerde war zum Zeitpunkt der hier zugrunde liegenden Entscheidung noch beim Bundesverwaltungsgericht anhängig. Für diesen Asylwerber stellte die Beschwerdeführerin am 4. September 2019 einen Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für die berufliche Tätigkeit (Lehrling) als Spengler. 1
2. Mit Bescheid vom 25. September 2019 wies das Arbeitsmarktservice (im Folgenden: AMS) Oberwart diesen Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung mit der Begründung ab, dass "[g]emäß Erlass v. 12.09.2018 des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz [...] Anträge auf Beschäftigungsbewilligung für AsylwerberInnen gem. § 4 Abs. 1 bzw. Abs. 2 – aufgrund Sicherstellung eines geordneten Asylwesens bzw. gem. § 4 Abs. 3 Ziffer 1 – keine einhellige Befürwortung durch den Regionalbeirat, abzulehnen [sind]." Der Beirat der regionalen Geschäftsstelle habe dem Antrag nicht einhellig zugestimmt. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung seien daher nicht gegeben gewesen. 2

3. Im Rahmen der Beschwerdevorlage an das Bundesverwaltungsgericht führt das AMS Oberwart aus, dass die Beschäftigungsbewilligung nicht erteilt worden sei, weil im Regionalbeirat keine einhellige Zustimmung nach § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG zustande gekommen sei. Die Anhörung des Regionalbeirates sei vor Ort in der regionalen Geschäftsstelle erfolgt. Die Nichteinhelligkeit stütze sich auf den Erlass der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12. September 2018, BMASGK-435.006/0013-VI/B/7/2018, demzufolge alle bereits anhängigen und neu eingebrachten Anträge für Asylwerberinnen und Asylwerber ausschließlich nach Maßgabe des Erlasses des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11. Mai 2004, 435.006/6-II/7/04, zu prüfen und zu erledigen seien. In Hinblick auf die Sicherstellung eines geordneten Asylwesens könnten Anträge, die sich nicht auf eine Beschäftigung im Rahmen eines Kontingentes gemäß § 5 AuslBG beziehen würden, entsprechend diesem Erlass nicht positiv erledigt werden. Das AMS Oberwart habe ein umfangreiches Vermittlungsverfahren eingeleitet, ein Lehrverhältnis sei jedoch aus Gründen, die der Betrieb nicht vertreten habe, nicht zustande gekommen.

3

4. Die gegen den Bescheid des AMS Oberwart erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 18. Juni 2020 als unbegründet ab.

4

4.1. Der Regionalbeirat des AMS Oberwart habe die Befürwortung der Erteilung der Beschäftigungsbewilligung mit Beschluss vom 16. September 2019 abgelehnt und seine Entscheidung auf den Erlass der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12. September 2018 gestützt, demzufolge alle bereits anhängigen und neu eingebrachten Anträge auf Beschäftigungsbewilligung für Asylwerberinnen und Asylwerber ausschließlich nach Maßgabe des Erlasses vom 11. Mai 2004 zu prüfen und zu erledigen seien. Die Gründe für die nicht einhellige Befürwortung der Erteilung der Beschäftigungsbewilligung durch den Regionalbeirat würden aus der Stellungnahme des AMS Oberwart hervorgehen, die es anlässlich der Beschwerdevorlage abgegeben habe. Der Ausländer, für den die Beschäftigungsbewilligung beantragt werde, verfüge auf Grund des derzeit beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Beschwerdeverfahrens betreffend seinen Antrag auf internationalen Schutz über ein (vorläufiges) Aufenthaltsrecht und erfülle somit die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 Z 1 AuslBG.

5

4.2. Da im vorliegenden Fall die Erfüllung der Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 Z 5 bis 14 AuslBG weder behauptet worden, noch auf Grund der Aktenlage evident sei, käme die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung nur in Betracht, wenn der Regionalbeirat die Erteilung einhellig befürwortet hätte (§ 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG). Der Regionalbeirat habe die Befürwortung der Erteilung der Beschäftigungsbewilligung mit Beschluss vom 16. September 2019 abgelehnt und seine Entscheidung auf den Erlass der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12. September 2018, BMASGK-435.006/0013-VI/B/7/2018 gestützt, demzufolge alle bereits anhängigen und neu eingebrachten Anträge auf Beschäftigungsbewilligung für Asylwerberinnen und Asylwerber ausschließlich nach Maßgabe des Erlasses vom 11. Mai 2004, 435.006/6-II/7/04, zu prüfen und zu erledigen seien. Der Erlass vom 11. Mai 2004 ordne wiederum an, dass im Hinblick auf die derzeitige Arbeitsmarktsituation und auf Grund der künftig wesentlich rascher abgeschlossenen Asylverfahren Beschäftigungsbewilligungen für Asylwerberinnen und Asylwerber nur im Rahmen von Kontingenten gemäß § 5 AuslBG zu erteilen (und somit entsprechende Anträge von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des AMS im Regionalbeirat nicht zu befürworten) seien.

6

4.3. Das Bundesverwaltungsgericht habe zu prüfen, ob die Verweigerung der Befürwortung des Regionalbeirates rechtmäßig erfolgt sei (vgl. VfGH 22.9.2017, E 503/2016). Der Regionalbeirat habe das ihm eingeräumte Ermessen im Sinne des Gesetzes – ob die Beschäftigung aus arbeitsmarkt- oder integrationspolitischen Gründen geboten sei – auszuüben. Dabei habe er davon ausgehen können, dass an der Beschäftigung des Ausländers weder integrationspolitische Interessen (auf Grund der ungesicherten aufenthaltsrechtlichen Position und der daher nicht fortgeschrittenen Integration iSd § 1 Z 1 Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung [BHZÜV], BGBl. 278/1995, idF BGBl. II 206/2011) bestanden hätten, noch arbeitsmarktpolitische Gründe (auf Grund der bereits negativen erstinstanzlichen Asylentscheidung und der daher nicht zu erwartenden längerfristigen Abdeckung der offenen Lehrstelle) ersichtlich seien, die die Beschäftigungserteilung als geboten erscheinen hätten lassen. Die auf das Nichtvorliegen einereinhelligen Befürwortung durch den Regionalbeirat gestützte Abweisung des Antrags auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung sei somit zu Recht erfolgt.

7

5. Gegen diese Entscheidung richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung in näher bezeichneten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten sowie in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses, in eventu die Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, beantragt wird. 8
6. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Verwaltungs- und Gerichtsakten vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift aber Abstand genommen. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst hat eine Stellungnahme erstattet. 9

## II. Rechtslage

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG), BGBl. 218/1975, idF BGBl. I 54/2021 lauten wie folgt (der in Prüfung gezogene Absatz ist hervorgehoben): 10

### "Abschnitt II Beschäftigungsbewilligung Voraussetzungen

§ 4. (1) Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen Ausländer zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen und

1. der Ausländer über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG oder dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100, verfügt, das die Ausübung einer Beschäftigung nicht ausschließt, oder seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen ist und über einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht gemäß den §§ 12 oder 13 AsylG 2005 verfügt oder über ein Aufenthaltsrecht gemäß § 54 Abs. 1 Z 2 oder 3 AsylG 2005 verfügt oder gemäß § 46a FPG geduldet ist und zuletzt gemäß § 1 Abs. 2 lit. a vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen war,

2. die Gewähr gegeben erscheint, dass der Arbeitgeber die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält,

3. keine wichtigen Gründe in der Person des Ausländers vorliegen, wie wiederholte Verstöße infolge Ausübung einer Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung während der letzten zwölf Monate,

4. die Beschäftigung, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat,

5. der Arbeitgeber während der letzten zwölf Monate vor der Antrags- einbringung nicht wiederholt Ausländer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes beschäftigt hat,

6. die Vereinbarung über die beabsichtigte Beschäftigung (§ 2 Abs. 2) nicht aufgrund einer gemäß dem Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl. Nr. 31/1969, unerlaubten Arbeitsvermittlung zustande gekommen ist und der Arbeitgeber dies wusste oder hätte wissen müssen,

7. der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz seines Betriebes beschäftigen wird, wobei eine Zurverfügungstellung des Ausländers an Dritte unbeschadet des § 6 Abs. 2 nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb gilt,

8. die Erklärung über die Verständigung des Betriebsrates oder der Personalvertretung von der beabsichtigten Einstellung des Ausländers vorliegt,

9. der Arbeitgeber nicht hinsichtlich des antragsgegenständlichen oder eines vergleichbaren Arbeitsplatzes innerhalb von sechs Monaten vor oder im Zuge der Antragstellung

a) einen Arbeitnehmer, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, gekündigt hat oder

b) die Einstellung eines für den konkreten Arbeitsplatz geeigneten Arbeitnehmers, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, abgelehnt hat, es sei denn, er macht glaubhaft, dass die Kündigung oder die Ablehnung der Einstellung nicht aufgrund des Alters des Arbeitnehmers erfolgt ist,

10. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 5 während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländern eine nicht ortsübliche Unterkunft zur Verfügung gestellt hat und

11. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländers gemäß § 5 bestätigt, dass dem Ausländer für die beabsichtigte Dauer der Beschäftigung eine ortsübliche Unterkunft zur Verfügung stehen wird und, sofern die Unterkunft vom oder über den Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird, die Miete nicht automatisch vom Lohn abgezogen wird.

(2) Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen ausländischen Lehrling zu erteilen, wenn die Lage auf dem Lehrstellenmarkt dies zulässt (Arbeitsmarktprüfung), keine wichtigen Gründe hinsichtlich der Lage und Entwicklung des übrigen Arbeitsmarktes entgegenstehen und die Voraussetzungen des Abs. 1 Z 1 bis 9 vorliegen.

(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

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

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 (AIVG), 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.

(4) Der Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz kann durch Verordnung festlegen, dass für weitere Personengruppen, an deren Beschäftigung öffentliche oder gesamtwirtschaftliche Interessen bestehen, Beschäftigungsbewilligungen erteilt werden dürfen. Die Verordnung kann eine bestimmte Geltungsdauer der Beschäftigungsbewilligungen, einen Höchststrahmen für einzelne Gruppen und – sofern es die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes zulässt – den Entfall der Arbeitsmarktprüfung im Einzelfall vorsehen.

(5) Bei Vorliegen einer Bewilligung zur grenzüberschreitenden Überlassung gemäß § 16 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes oder gemäß § 40a Abs. 2 des Landarbeitsgesetzes 1984 entfallen die Arbeitsmarktprüfung nach Abs. 1 und die Anhörung des Regionalbeirates.

(6) Bei der Beschäftigung eines Gesellschafters gemäß § 2 Abs. 4 gilt Abs. 1 Z 2 nur dann als erfüllt, wenn die Beschäftigung die Lohn- und Arbeitsbedingungen inländischer Arbeitnehmer nicht gefährdet. Eine Gefährdung ist anzunehmen, wenn die Einkünfte des Gesellschafters, beginnend mit der Aufnahme seiner Tätigkeit, unter dem ortsüblichen Entgelt inländischer Arbeitnehmer liegen, die eine vergleichbare Tätigkeit ausüben.

(7) Die Arbeitsmarktprüfung gemäß Abs. 1 und 2 entfällt bei

2. Schülern und Studenten (Abs. 3 Z 6) für eine Beschäftigung, die 20 Wochenstunden nicht überschreitet,

3. Studienabsolventen (§ 12b Z 2),

4. Fachkräften hinsichtlich einer Beschäftigung in einem in der Fachkräfteverordnung (§ 13) festgelegten Mangelberuf,

5. Ausländern, die besonderen Schutz genießen (Abs. 3 Z 9) und

6. registrierten befristet beschäftigten Ausländern (§ 5 Abs. 7).

### Prüfung der Arbeitsmarktlage

§ 4b. (1) Die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes (§ 4 Abs. 1) lässt die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zu, wenn für die vom beantragten Ausländer zu besetzende offene Stelle weder ein Inländer noch ein am Arbeitsmarkt verfügbarer Ausländer zur Verfügung steht, der bereit und fähig ist, die beantragte Beschäftigung zu den gesetzlich zulässigen Bedingungen auszuüben. Unter den verfügbaren Ausländern sind jene mit Anspruch auf Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, EWR-Bürger, Schweizer, türkische Assoziationsarbeitnehmer (§ 4c) und Ausländer mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang (§ 17) zu bevorzugen. Der Prüfung ist das im Antrag auf Beschäftigungsbewilligung angegebene Anforderungsprofil, das in den betrieblichen Notwendigkeiten eine Deckung finden muss, zu Grunde zu legen. Den Nachweis über die zur Ausübung der Beschäftigung erforderliche Ausbildung oder sonstige besondere Qualifikationen hat der Arbeitgeber zu erbringen.

(2) Die Prüfung gemäß Abs. 1 entfällt, wenn dem Arbeitgeber eine Sicherheitsbescheinigung für den beantragten Ausländer ausgestellt wurde.

(3) Bei der Zulassung von Ehegatten und minderjährigen Kindern von Ausländern gemäß § 18a zu einer Beschäftigung ist die Prüfung gemäß Abs. 1 auf die Verfügbarkeit von Inländern und EWR-Bürgern zu beschränken.

### Abschnitt V

#### Verfahren

#### Anträge nach Abschnitt II und IV

§ 19. (1) Der Antrag auf Ausstellung einer Sicherheitsbescheinigung oder Anzeigebestätigung bzw. Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung ist unbeschadet der Abs. 2 und 3 und des § 18 vom Arbeitgeber bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen, in deren Sprengel der in Aussicht genommene Beschäftigungsort liegt, bei wechselndem Beschäftigungsort bei der nach dem Sitz des Betriebes, im Falle der Entsendung bei der für den ersten Arbeitseinsatz örtlich oder fachlich zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice.

(2) Wird der Ausländer über den im § 6 Abs. 2 genannten Zeitraum hinaus im Betrieb eines anderen Arbeitgebers beschäftigt, ist die Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung von diesem Arbeitgeber zu beantragen.

(3) Ist kein Arbeitgeber im Bundesgebiet vorhanden, ist der Antrag nach Abs. 1 für den Fall, daß eine Person im Sinne des § 2 Abs. 3 vorhanden ist, von dieser, in allen anderen Fällen vom Ausländer zu beantragen. Der Antrag ist bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen, in deren Sprengel die Arbeitsleistungen bzw. Beschäftigungen erbracht werden.

(4) Der Antrag auf Ausstellung eines Befreiungsscheines ist vom Ausländer bei der nach seinem Wohnsitz, in Ermangelung eines solchen bei der nach seinem gewöhnlichen Aufenthalt zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen.

(5) Der Antrag auf Ausstellung einer Sicherheitsbescheinigung ist vor der Einreise des Ausländers, der Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung vor Aufnahme der Beschäftigung einzubringen. Der Antrag

auf Verlängerung einer Beschäftigungsbewilligung oder eines Befreiungsscheines ist vor Ablauf der jeweiligen Geltungsdauer einzubringen.

(6) Wurde eine Sicherungsbescheinigung ausgestellt, sind die für die Erteilung der Beschäftigungsbewilligung erforderlichen Voraussetzungen bereits vor Einbringung des Antrages auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung zu prüfen.

(7) Bei einer Vermittlung durch die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice ist bei Vorliegen der Voraussetzungen von Amts wegen die Beschäftigungsbewilligung zu erteilen oder der Befreiungsschein auszustellen.

(8) Bei Anträgen, die auf geringfügige Änderungen des Inhaltes oder die Verlängerung einer Sicherungsbescheinigung, einer Beschäftigungsbewilligung oder eines Befreiungsscheines gerichtet sind, kann sich die Prüfung der Voraussetzungen auf jene beschränken, die sich ändern.

(9) Anträge gemäß Abs. 1, 2, 3, 4, 5 und 8 sind unter Verwendung der bei den Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice aufliegenden Antragsformulare schriftlich einzubringen.

(10) Die fachliche Zuständigkeit der Geschäftsstellen des Arbeitsmarktservice richtet sich nach der Arbeitsmarktsprengelverordnung, BGBl. Nr. 928/1994, in der jeweils geltenden Fassung.

#### Entscheidung

§ 20. (1) Über Anträge gemäß § 19, über den Widerruf einer Sicherungsbescheinigung, Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder eines Befreiungsscheines und über die Untersagung der Beschäftigung gemäß § 18 Abs. 12 entscheidet die nach § 19 Abs. 1, 3 und 4 zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice.

(2) Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, ist vor Entscheidungen und vor der Ausstellung von Bestätigungen gemäß § 18 Abs. 12 und 13 der Regionalbeirat anzuhören. Eine allfällige Äußerung im Rahmen der Anhörung ist binnen einer Woche abzugeben. Der Regionalbeirat kann festlegen, dass die Ausstellung von Sicherungsbescheinigungen und von Bestätigungen gemäß § 18 Abs. 12 und 13 sowie die Erteilung von Beschäftigungsbewilligungen und Entsendebewilligungen insbesondere bei Vorliegen einer bestimmten Arbeitsmarktlage oder bestimmter persönlicher Umstände der Ausländer als befürwortet gelten. Eine derartige Festlegung ist nur zulässig, wenn sie von einem Mitglied des Regionalbeirates oder des Landesdirektoriums angeregt wird und arbeitsmarktpolitischen Interessen nicht entgegensteht.

(3) Eine Bescheidausfertigung über die Beschäftigungsbewilligung bzw. über den Widerruf einer solchen ist auch dem Ausländer unabhängig von seiner Stellung im Verfahren (§ 21) zuzustellen. Gleiches gilt für die Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 und für die Entsendebewilligung nach § 18. Die Ausfertigung der Beschäftigungsbewilligung für den Ausländer hat Angaben über die in Aussicht gestellte Entlohnung zu enthalten.

(4) Die Ausfertigungen der nach diesem Bundesgesetz vorgesehenen Bescheide und Bescheinigungen, die im Wege elektronischer Datenverarbeitungsanlagen oder in einem ähnlichen Verfahren hergestellt werden, bedürfen weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung.

#### Verfahrensdauer

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

2. §§ 1, 3, 20, 21 und 58 des Bundesgesetzes über das Arbeitsmarktservice (Arbeitsmarktservicegesetz – AMSG), BGBl. 313/1994, § 24 AMSG, BGBl. 313/1994, idF BGBl. I 71/2013 und § 59 AMSG, BGBl. 313/1994, idF BGBl. I 139/1997 lauten:

11

#### "1. TEIL

##### Organisation

##### 1. HAUPTSTÜCK

##### Allgemeines

##### Arbeitsmarktservice

§ 1. (1) Die Durchführung der Arbeitsmarktpolitik des Bundes obliegt dem 'Arbeitsmarktservice'. Das Arbeitsmarktservice ist ein Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit.

(2) Das Arbeitsmarktservice ist in eine Bundesorganisation, in Landesorganisationen für jedes Bundesland und innerhalb der Bundesländer in regionale Organisationen gegliedert.

(3) Die Bundesorganisation führt die Bezeichnung 'Arbeitsmarktservice Österreich'.

(4) Die Landesorganisationen führen die Bezeichnung 'Arbeitsmarktservice' unter Hinzufügung des Namens des jeweiligen Bundeslandes.

(5) Die regionalen Organisationen führen die Bezeichnung 'Arbeitsmarktservice' unter Hinzufügung des Namens der Gemeinde (erforderlichenfalls mit einem der Unterscheidbarkeit dienendem Zusatz), in der sie eingerichtet sind.

#### Organe

§ 3. (1) Die Organe des Arbeitsmarktservice im Bereich der Bundesorganisation des Arbeitsmarktservice sind

1. der Verwaltungsrat,
2. der Vorstand.

(2) Die Organe des Arbeitsmarktservice im Bereich der Landesorganisationen des Arbeitsmarktservice sind

1. das Landesdirektorium,
2. der Landesgeschäftsführer.

(3) Die Organe des Arbeitsmarktservice im Bereich der regionalen Organisationen sind

1. der Regionalbeirat,
2. der Leiter der regionalen Geschäftsstelle.

## 2. ABSCHNITT Regionalbeirat

### Zusammensetzung und Mitgliedschaft

§ 20. (1) Bei jeder regionalen Organisation ist ein Beirat einzurichten (Regionalbeirat).

(2) Der Beirat besteht aus dem Leiter der regionalen Geschäftsstelle als Vorsitzendem und vier weiteren Mitgliedern. Diese weiteren Mitglieder bestellt das Landesdirektorium auf Vorschlag der Kammer der gewerblichen Wirtschaft des jeweiligen Bundeslandes, der Vereinigung österreichischer Industrieller, der Kammer für Arbeiter und Angestellte des jeweiligen Bundeslandes und des österreichischen Gewerkschaftsbundes. Für jedes Mitglied ist ein Stellvertreter zu bestellen, der das Mitglied zu vertreten hat, wenn es an der Ausübung seiner Funktion verhindert ist.

(3) Die Funktionsperiode der vier weiteren Mitglieder (stellvertretenden Mitglieder) des Beirates beträgt sechs Jahre; die Wiederbestellung ist zulässig.

(4) Die weiteren Mitglieder (stellvertretenden Mitglieder) können jederzeit gegenüber dem Landesdirektorium den Rücktritt erklären. Der Rücktritt wird mit der schriftlichen Erklärung gegenüber dem Landesdirektorium wirksam. Die Mitgliedschaft (stellvertretende Mitgliedschaft) erlischt, wenn das Mitglied (stellvertretende Mitglied) Mitglied des Vorstandes, Landesgeschäftsführer (Stellvertreter des Landesgeschäftsführers), Mitglied des Verwaltungsrates oder eines Landesdirektoriums oder das weitere Mitglied (stellvertretende Mitglied) Bediensteter des Arbeitsmarktservice wird.

(5) Das Landesdirektorium hat die Bestellung eines von ihm bestellten Mitgliedes (stellvertretenden Mitgliedes) des Beirates zu widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere bei grober Pflichtverletzung oder dauernder Unfähigkeit zur Ausübung der Funktion vor.

(6) Scheidet ein Mitglied (stellvertretendes Mitglied) vor Ablauf der Zeit, für die es bestellt ist, aus, so ist für den Rest der Funktionsperiode ein neues Mitglied (stellvertretendes Mitglied) zu bestellen.

### Aufgaben und Verfahren

§ 21. (1) Der Beirat hat in Umsetzung der Richtlinien der Bundes- und der Landesorganisation die Grundsätze der Arbeitsmarktpolitik für den Bereich der regionalen Geschäftsstelle festzulegen. In seinen Aufgabenbereich fallen folgende Angelegenheiten:

1. Vorschlag zur Gestaltung der Arbeitsmarktpolitik auf regionaler Ebene gegenüber der Landesorganisation,
2. Anhörung vor der Bestellung des Leiters der regionalen Geschäftsstelle,
3. Beschluß über Berichte zur Arbeitsmarktpolitik der regionalen Organisation,
4. Genehmigung der regionalen Präliminarien,
5. Genehmigung kurz- und mittelfristiger Arbeitsprogramme und
6. Mitwirkung in sonstigen Angelegenheiten, in denen dies gesetzlich vorgesehen ist.

(2) Der Beirat wird von seinem Vorsitzenden (Stellvertreter) einberufen. Er ist jedenfalls unverzüglich einzuberufen, wenn dies der Landesgeschäftsführer, das

Landesdirektorium oder mindestens zwei Mitglieder des Beirates unter Angabe von Gründen verlangen.

(3) Der Beirat ist bei Anwesenheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder beschlußfähig. Die Geschäftsordnung kann für die Beschlußfassung in wichtigen Angelegenheiten ein höheres Anwesenheitsquorum vorsehen.

(4) Der Beirat faßt, sofern in diesem Bundesgesetz oder in der Geschäftsordnung nicht anderes bestimmt ist, seine Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit. Bei Stimmgleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

(5) Der Beirat kann insbesondere zur Vorbereitung seiner Verhandlungen und Beschlüsse sowie zur Überwachung der ordnungsgemäßen Erfüllung der dem Arbeitsmarktservice im Bereich der regionalen Organisation obliegenden Aufgaben Ausschüsse einsetzen. Einem Ausschuß können auch Personen angehören, die nicht Mitglieder (stellvertretende Mitglieder) des Beirates sind.

(6) Der Beirat oder ein Mitglied des Beirates kann vom Leiter der regionalen Geschäftsstelle Auskünfte und Berichte zu allen Fragen der Tätigkeit des Arbeitsmarktservice der Regionalorganisation verlangen.

(7) Die weiteren Mitglieder (stellvertretenden Mitglieder) des Beirates (§ 20 Abs. 2) und seiner Ausschüsse haben, sofern auf Grund sonstiger gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen nicht anderes bestimmt ist, für die Teilnahme an den Sitzungen des Beirates und seiner Ausschüsse Anspruch auf Ersatz der Reise- und Aufenthaltskosten sowie auf Entschädigung für Zeitversäumnis entsprechend den für Schöffen geltenden Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes 1975 und auf ein angemessenes Sitzungsgeld, das vom Bundesminister für Arbeit und Soziales im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen festgesetzt wird.

(8) Die weiteren Mitglieder (stellvertretenden Mitglieder) des Beirates und die Ausschußmitglieder sind zur gewissenhaften und unparteiischen Ausübung ihres Amtes verpflichtet. Sie haften, unbeschadet der Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes, für jeden Schaden, der dem Arbeitsmarktservice oder dem Bund aus der Vernachlässigung ihrer Pflichten erwächst.

## 5. HAUPTSTÜCK

### Gemeinsame Vorschriften

#### Behördliche Aufgaben

§ 24. (1) Für die Besorgung behördlicher Aufgaben des Arbeitsmarktservice hat der Bundesminister für Arbeit und Soziales durch Verordnung Zuständigkeitsprengel festzulegen.

(2) Soweit der regionalen Geschäftsstelle behördliche Funktion zukommt, obliegt diese dem Leiter der regionalen Geschäftsstelle.

(3) Soweit der Landesgeschäftsstelle behördliche Funktion zukommt, obliegt diese dem Landesgeschäftsführer.

## 6. TEIL

### Aufsicht

#### 1. HAUPTSTÜCK

##### Aufgaben des Bundesministers für Arbeit und Soziales

##### Aufgaben im behördlichen Verfahren

§ 58. (1) Soweit das Arbeitsmarktservice behördliche Aufgaben zu erfüllen hat, unterliegt es dem Weisungsrecht des Bundesministers für Arbeit und Soziales.

(2) Weisungen des Bundesministers für Arbeit und Soziales im behördlichen Verfahren ergehen an den Vorstand, von diesem an den Landesgeschäftsführer und von diesem an den Leiter der regionalen Geschäftsstelle.

##### Aufgaben im nichtbehördlichen Bereich

§ 59. (1) Soweit das Arbeitsmarktservice nichtbehördliche Aufgaben erfüllt, untersteht es der Aufsicht des Bundesministers für Arbeit und Soziales.

(2) Der Bundesminister für Arbeit und Soziales hat dem Arbeitsmarktservice für die Durchführung der Arbeitsmarktpolitik allgemeine Zielvorgaben zu geben. Soweit darin Grundsätze über den Einsatz finanzieller Leistungen gemäß dem 2. Teil, 3. Hauptstück enthalten sind, bedürfen diese des Einvernehmens mit dem Bundesminister für Finanzen. Der Bundesminister für Arbeit, Gesundheit und Soziales hat für die erforderlichen Grundlagen und Voraussetzungen für die Festlegung allgemeiner Zielvorgaben der Arbeitsmarktpolitik sowie für die Bekanntmachung der Schwerpunkte der allgemeinen Zielvorgaben in der Öffentlichkeit zu sorgen.

(3) Bei Ausübung der Aufsicht ist die Gesetzmäßigkeit und die Einhaltung der nach diesem Gesetz ergangenen Vorschriften (Zielvorgaben, Verordnungen, Richtlinien) einschließlich der Ausrichtung der Tätigkeiten und Leistungen des Arbeitsmarktservice auf die im Rahmen der Vollbeschäftigungspolitik der Bundesregierung zu verfolgende aktive Arbeitsmarktpolitik (§ 29) zu prüfen.

(4) Zur Prüfung gemäß Abs. 3 gehört auch die Beobachtung und Bewertung der Tätigkeiten und Leistungen des Arbeitsmarktservice hinsichtlich ihrer arbeitsmarktpolitischen Effizienz.

(5) In Ausübung der Aufsicht hat der Bundesminister für Arbeit und Soziales bei Beschlüssen der Organe des Arbeitsmarktservice (§ 3), die im Widerspruch zur gesetzmäßigen Führung der Geschäfte stehen, den Verwaltungsrat unter Setzung einer angemessenen Frist aufzufordern, unverzüglich auf eine gesetzeskonforme Vorgangsweise hinzuwirken. Nach Ablauf dieser Frist geht die Kompetenz zur Vollziehung der entsprechenden Angelegenheit, ungeachtet der sich sonst aus dem Gesetz ergebenden Zuständigkeiten, auf den Verwaltungsrat über. Der Vollzug der Beschlüsse ist während dieser Frist ausgesetzt. Wenn während dieser Frist keine gesetzeskonforme Maßnahme durch das Arbeitsmarktservice gesetzt wird, hat der Bundesminister für Arbeit und Soziales die gesetzwidrigen Beschlüsse aufzuheben.

(6) Nehmen Organe des Arbeitsmarktservice oder Mitglieder dieser Organe ihre in diesem Bundesgesetz festgelegten Pflichten nicht wahr, hat der Bundesminister für Arbeit und Soziales den Verwaltungsrat aufzufordern, innerhalb einer kurzen, angemessenen Frist für die Setzung der unterlassenen Handlungen zu sorgen. Kommt der Verwaltungsrat diesem Verlangen innerhalb dieser Frist nicht

nach, so hat der Bundesminister für Arbeit und Soziales die unterlassenen Handlungen durchzuführen. Die Setzung der Nachfrist kann bei Gefahr im Verzug entfallen.

(7) Das Arbeitsmarktservice ist verpflichtet, dem Bundesminister für Arbeit und Soziales auf Verlangen alle für die Wahrnehmung der Aufsicht erforderlichen Auskünfte zu geben und die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen.

(8) Der Bundesminister für Arbeit und Soziales kann sich bei Ausübung der Aufsicht erforderlichenfalls geeigneter externer Einrichtungen bedienen. Er hat auf Anregungen des Bundesministers für Finanzen betreffend die Aufsichtsführung Bedacht zu nehmen. Dadurch dürfen schutzwürdige Interessen Dritter im Sinne des § 1 Abs. 1 des Datenschutzgesetzes nicht verletzt werden."

### **III. Bedenken des Verfassungsgerichtshofes**

1. Aus Anlass des vorliegenden Beschwerdeverfahrens hat der Verfassungsgerichtshof am 1. März 2021 die Prüfung näher bezeichneter Absätze der Erlässe der (ehemaligen) Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz vom 12. September 2018, BMASGK-435.006/0013-VI/B/7/2018, sowie des (ehemaligen) Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 11. Mai 2004, 435.006/6-II/7/04, beschlossen. Mit Erkenntnis vom 23. Juni 2021, V 95/2021 ua,. hat der Verfassungsgerichtshof die in Prüfung gezogenen Verordnungen als gesetzwidrig aufgehoben. 12
2. Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof nun auch Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG entstanden. Vor dem Hintergrund der Bedenken ist vorläufig davon auszugehen, dass die in § 4 Abs. 3 AuslBG abschließend aufgezählten Alternativen in einem Zusammenhang stehen und daher der gesamte Absatz 3 des § 4 AuslBG, BGBl. 218/1975, idF BGBl. I 56/2018 in Prüfung zu ziehen ist. 13
3. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist, dass das Bundesverwaltungsgericht bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung die in Prüfung gezogene Bestimmung zumindest denkmöglich angewendet hat und dass auch der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmung bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte. 14
4. Die Rechtslage stellt sich wie folgt dar: 15

- 4.1. Nach § 4 Abs. 1 AuslBG ist einem Arbeitgeber für einen zu beschäftigenden Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung zu erteilen, sofern eine Arbeitsmarktprüfung (=Ersatzkraftverfahren) durchgeführt wurde und wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen der Beschäftigung nicht entgegenstehen sowie die weiteren Voraussetzungen (Z 1 bis 11) erfüllt sind. Für die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für einen ausländischen Lehrling regelt Abs. 2 leg.cit. die Zulassungskriterien (eine die Lage auf dem Lehrstellenmarkt berücksichtigende Arbeitsmarktprüfung, keine der Lage und Entwicklung des übrigen Arbeitsmarktes entgegenstehenden wichtigen Gründe, Erfüllung der weiteren Voraussetzungen des Abs. 1 Z 1 bis 9). Zusätzlich zu den in Abs. 1 oder Abs. 2 leg.cit. festgelegten Voraussetzungen ist die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung gemäß § 4 Abs. 3 AuslBG entweder von der einhelligen Befürwortung des Regionalbeirates (Z 1) oder vom Vorliegen besonderer Sachverhalte oder der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Personengruppe (Z 5 bis 14) abhängig (vgl. VwGH 19.5.2014, Ro 2014/09/0016; zB Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung als Schüler oder Student, Aufenthaltsberechtigter aus Gründen des besonderen Schutzes nach § 57 AsylG, Betriebsentsandter iSd § 18 AuslBG, Anspruchsberechtigter auf Arbeitslosenversicherungsleistungen, befristete Beschäftigung als Saisonarbeiter, Erntehelfer oder Künstler). 16
- 4.2. Über Beschäftigungsbewilligungen entscheidet die örtlich zuständige regionale Geschäftsstelle des AMS mit Bescheid (§ 20 Abs. 1 iVm § 19 und § 20 Abs. 3 AuslBG). 17
- 4.3. Das AMS ist ein Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit (§ 1 Abs. 1 AMSG). Das AMS gliedert sich in eine Bundesorganisation, neun Landesorganisationen und innerhalb der Bundesländer in regionale Organisationen. Im Bereich der regionalen Organisation sind gemäß § 3 Abs. 3 AMSG die Organe des AMS der Regionalbeirat und der Leiter der regionalen Geschäftsstelle. Der Leiter der regionalen Geschäftsstelle wird vom Landesdirektorium bestellt und ist Bediensteter des AMS oder eines Amtes des AMS. Er hat die Geschäfte des AMS auf regionaler Ebene zu leiten und nach außen zu verantworten sowie über alle Leistungen des AMS seines Zuständigkeitsbereiches zu entscheiden, sofern nicht anderes bestimmt ist (§ 22 Abs. 2 AMSG). 18

- 4.4. Als Hilfsapparat der Organe der regionalen Organisationen werden regionale Geschäftsstellen eingerichtet. Eine Übertragung der Befugnisse durch den Leiter der regionalen Geschäftsstelle ist möglich, wobei dieser die Verantwortung behält und das Weisungsrecht der vorgesetzten Organe dadurch nicht berührt wird (§ 23 AMSG). 19
- 4.5. Soweit der regionalen Geschäftsstelle behördliche Funktion zukommt, obliegt diese nach § 24 Abs. 2 AMSG dem Leiter der regionalen Geschäftsstelle. Im Rahmen der behördlichen Aufgabenerfüllung kommt dem Bundesminister für Arbeit ein Weisungsrecht zu: Die Weisungen ergehen vom Bundesminister an den Vorstand der Bundesorganisation, von diesem an den Landesgeschäftsführer und von diesem an den Leiter der regionalen Geschäftsstelle (§ 58 AMSG). Bei der Erfüllung von nichtbehördlichen Aufgaben untersteht das AMS der Aufsicht des Bundesministers für Arbeit (§ 59 AMSG). Nach § 60 AMSG unterliegt das AMS einer Kontrolle durch den Rechnungshof sowie die Volksanwaltschaft. 20
- 4.6. Bei jeder regionalen Organisation ist zudem ein Regionalbeirat einzurichten. Dieses Gremium besteht aus dem Leiter der regionalen Geschäftsstelle als Vorsitzendem und vier weiteren Mitgliedern, die das Landesdirektorium auf Vorschlag der Kammer der gewerblichen Wirtschaft des jeweiligen Bundeslandes, der Vereinigung österreichischer Industrieller, der Kammer für Arbeiter und Angestellte des jeweiligen Bundeslandes und des österreichischen Gewerkschaftsbundes bestellt. Die Funktionsperiode der vier weiteren Mitglieder beträgt sechs Jahre, wobei eine Wiederbestellung zulässig ist (§ 20 AMSG). Diese weiteren Mitglieder sind zur gewissenhaften und unparteiischen Ausübung ihres Amtes verpflichtet (§ 21 Abs. 8 AMSG). Zudem trifft alle Organe des AMS eine Verschwiegenheitspflicht (§ 27 AMSG). Einberufen wird der Beirat von seinem Vorsitzenden und er ist grundsätzlich bei Anwesenheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder beschlussfähig. Sofern nicht anderes bestimmt ist, werden die Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst (vgl. § 21 AMSG). 21
5. Nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes scheint § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG gegen das Rechtsstaatsprinzip vor dem Hintergrund des Systems der Bundesverfassung zu verstoßen: 22

5.1. Beschäftigungsbewilligungen nach § 4 AuslBG dürften vom Leiter der regionalen Geschäftsstelle mit Bescheid erlassen werden (vgl. § 24 Abs. 2 AMSG und § 20 Abs. 1 und 3 AuslBG); der Verfassungsgerichtshof geht daher vorläufig davon aus, dass der Leiter der regionalen Geschäftsstelle zuständige Behörde ist. Beantragt ein Arbeitgeber die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung nach § 4 AuslBG, dürfte der Leiter der regionalen Geschäftsstelle zunächst die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes sowie wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen, die einer Beschäftigungserteilung entgegen stehen können, zu beurteilen haben. Zusätzlich dürfte dieser die weiteren Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 Z 1 bis 11 (bzw. Z 1 bis 9 im Falle eines Lehrlings) AuslBG sowie das Vorliegen einer der taxativ aufgezählten Voraussetzungen nach § 4 Abs. 3 Z 1 bis 14 AuslBG zu prüfen haben. Weiters geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass der Regionalbeirat keine eigenständige Behörde ist.

23

Bei Beschäftigungsbewilligungen nach § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG dürfte aber auch der Regionalbeirat die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und die einer beantragten Beschäftigung entgegenstehenden öffentlichen und gesamtwirtschaftlichen Interessen zu beurteilen haben (vgl. VfSlg. 12.506/1990). Unter Zugrundelegung dieser Auffassung geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass von beiden Organen (Leiter der regionalen Geschäftsstelle und Regionalbeirat, vgl. § 3 Abs. 3 AMSG) dieselben allgemeinen Kriterien nach § 4 Abs. 1 bzw. 2 AuslBG geprüft werden. Im Unterschied zur Rechtslage, die der Entscheidung VfSlg. 12.506/1990 zugrunde lag, dürfte nun in § 4 Abs. 3 AuslBG eine taxative Aufzählung von Zuerkennungsmöglichkeiten vorgesehen sein, die abgesehen von der einhelligen Befürwortung des Regionalbeirates ausschließlich einzelne besondere Sachverhalte und bestimmte Personengruppen umfasst (vgl. VwGH 19.5.2014, Ro 2014/09/0016). In jenen Fällen, in denen kein unter § 4 Abs. 3 Z 5 bis 14 AuslBG subsumierbarer Sachverhalt vorliegt, scheint dem Leiter der regionalen Geschäftsstelle auf Grund der abschließenden Aufzählung in § 4 Abs. 3 AuslBG keine Möglichkeit zu verbleiben, eine Bewilligung zu erteilen, wenn der Regionalbeirat nicht einhellig zustimmt (vgl. zum qualifizierten Zustimmungsgesetz im Unterschied zum Anhörungsrecht des Regionalbeirates nach § 20 Abs. 2 AuslBG: *Kind*, *Ausländerbeschäftigungsgesetz*, 2018, § 20 Rz 4 f.; *Deutsch/Nowotny/Seitz*, *Ausländerbeschäftigungsgesetz*<sup>2</sup>, 2018, § 20 Rz 5).

24

5.2. Dieses Zustimmungserfordernis scheint den Leiter der regionalen Geschäftsstelle im Falle der Nichtzustimmung des Regionalbeirates an dessen negative Beurteilung zu binden, ihm auf diese Weise die Verantwortung für eine eigenständige Tatsachenfeststellung und damit das Recht zur Entscheidung über den Antrag zu entziehen (vgl. VfSlg. 19.804/2013): Wenn also der Leiter der regionalen Geschäftsstelle im Sinne des Antrags die Arbeitsmarktlage positiv beurteilt sowie nach seiner Beurteilung keine wichtigen öffentlichen und gesamtwirtschaftlichen Interessen der beantragten Beschäftigungsbewilligung entgegenstehen, die weiteren Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 AuslBG vorliegen und dementsprechend nach seiner rechtlichen Beurteilung eine Bewilligung zu erteilen wäre, scheint ihm dies verwehrt zu sein, wenn der Regionalbeirat seine Zustimmung nicht einhellig erteilt. Damit dürfte in diesen Konstellationen die tatsächliche Entscheidungsgewalt im Ergebnis dem Regionalbeirat übertragen sein (vgl. *Lachmayer*, *Beiräte in der Bundesverwaltung*, 2003, 80 und 255 f.). In diesen Fällen dürfte daher dem Leiter der regionalen Geschäftsstelle nicht mehr das Recht zur selbständigen Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen zukommen, obwohl dieser als Behörde zur Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 bzw. 2 und 3 AuslBG berufen sein dürfte (vgl. auch § 20 AuslBG sowie § 24 Abs. 2 AMSG).

25

5.3. Der Verfassungsgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Einbeziehung des Sachverständigen von – insbesondere auch mit Sozialpartnern besetzten – Beiräten zur Vorbereitung von Entscheidungsgrundlagen verfassungsrechtlich zulässig sowie bei entsprechender gesetzlicher Verankerung auch geboten ist (vgl. VfSlg. 10.313/1984, 10.823/1986). Im vorliegenden Fall dürfte dem Regionalbeirat entgegen seiner sonstigen Konzeption (vgl. § 21 Abs. 1 AMSG) nicht nur eine beratende Funktion, sondern die Befugnis eingeräumt sein, über das Nichtvorliegen der in § 4 Abs. 1 bzw. 2 AuslBG statuierten Voraussetzungen in einer für den Leiter der regionalen Geschäftsstelle bindenden Weise zu entscheiden. Insofern dürfte sich die vorliegend in Prüfung gezogene Regelung von den der bisherigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zugrunde liegenden Regelungen zur Beiziehung von paritätisch besetzten, beratenden Gremien bei der Erlassung von Verordnungen unterscheiden (vgl. VfSlg. 9582/1982, 10.313/1984, 10.595/1985, 10.604/1985, 10.823/1986, 13.881/1994).

26

5.4. Die Regelung scheint dem Rechtsstaatsprinzip vor dem Hintergrund des Systems der Bundesverfassung zu widersprechen, weil die Behörde vom Regionalbeirat nicht bloß beraten werden dürfte, sondern in bestimmten Konstellationen der Behörde vielmehr die Entscheidungsbefugnis entzogen sein dürfte und die Behörde an das Abstimmungsergebnis des Regionalbeirates gebunden sein dürfte (vgl. VfSlg. 10.823/1986). Damit dürfte dem Leiter der regionalen Geschäftsstelle in den genannten Konstellationen die Möglichkeit entzogen sein, das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen selbst zu beurteilen (vgl. VfSlg. 16.049/2000). Im Gesetzesprüfungsverfahren wird der Verfassungsgerichtshof zu prüfen haben, ob die in § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG als Voraussetzung geregelte einhellige Befürwortung durch den Regionalbeirat allenfalls verfassungskonform als bloße – nicht bindende – Einbindung eines sachverständigen Meinungsbildes angesehen werden könnte.

27

5.5. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass der Regionalbeirat und der Leiter der regionalen Geschäftsstelle dieselben Voraussetzungen für die Entscheidung über die Erteilung einer Bewilligung nach § 4 Abs. 1 bzw. 2 AuslBG zu beurteilen bzw. zu prüfen haben; im Übrigen dürfte die Zustimmung des Regionalbeirates nicht eine reine Tatbestandsvoraussetzung darstellen (vgl. VfGH 22.9.2017, E 503/2016):

28

Das Zustimmungserfordernis des Regionalbeirates nach § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG scheint auf das verwaltungsbehördliche Verfahren beschränkt zu sein und nicht auch für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu gelten; das Bundesverwaltungsgericht dürfte somit nicht nur die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Leiters der regionalen Geschäftsstelle, sondern auch (je nach Lage des Falles) die Rechtmäßigkeit der Äußerung (Verweigerung der Befürwortung) des Regionalbeirates zu prüfen haben (vgl. VfGH 22.9.2017, E 503/2016 mwN; 24.11.2017, E 2936/2016; vgl. zum Anhörungsrecht auch VwGH 17.12.2015, Ro 2015/08/0026; 9.3.2016, Ra 2016/08/0045). Demzufolge dürfte das Bundesverwaltungsgericht umfassend prüfen müssen, ob die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), ob der Bewilligungserteilung wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen entgegenstehen sowie ob die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, und zwar auch dann, wenn sich der vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochtene Bescheid des Leiters der regionalen Geschäftsstelle ausschließlich auf die fehlende Zu-

29

stimmung des Regionalbeirates stützt und der Leiter der regionalen Geschäftsstelle nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes insoweit keine eigene Beurteilung vornehmen konnte.

Das – an die Beurteilung des Regionalbeirates offenbar nicht gebundene – Bundesverwaltungsgericht dürfte sodann die der (Nicht-)Zustimmung des Regionalbeirates zugrunde liegende Beurteilung nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 bzw. 2 AuslBG inhaltlich überprüfen müssen (vgl. VfSlg. 12.506/1990; VfGH 22.9.2017, E 503/2016). Im Falle der Nichterteilung der Zustimmung durch den Regionalbeirat dürfte die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Behördenentscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis als eigenständige – erstmals umfassend getroffene – Beurteilung der Arbeitsmarktlage und der wichtigen öffentlichen und gesamtwirtschaftlichen Interessen nach § 4 Abs. 1 bzw. 2 AuslBG anzusehen sein. Auf Grund der Bindung an die einhellige Befürwortung des Regionalbeirates dürfte der Leiter der regionalen Geschäftsstelle hingegen nicht die Möglichkeit haben, die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung nach § 4 Abs. 1 bzw. 2 AuslBG (Arbeitsmarktlage, öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen, Voraussetzungen nach Abs. 1 Z 1 bis 11) nach eigenständiger Prüfung dem Bescheid zugrunde zu legen und von der Beurteilung des Regionalbeirates abzuweichen.

30

6. Es dürfte mit dem in Art. 130 B-VG festgelegten System der Verwaltungsgerichtsbarkeit unvereinbar sein, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem Bescheidbeschwerdeverfahren nach Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG über Rechtsfragen erstmals umfassend entscheidet, welche zu entscheiden der belangten Behörde auf Grund des (nur) von ihr anzuwendenden § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG verwehrt sein dürfte. Vor dem Hintergrund der Bedenken ist davon auszugehen, dass der gesamte Absatz 3 des § 4 AuslBG zu prüfen ist. Vorläufig betrachtet könnte im Falle der Verfassungswidrigkeit des § 4 Abs. 3 Z 1 AuslBG auf Grund der taxativen Aufzählung in § 4 Abs. 3 AuslBG mit einer Aufhebung bloß dieser Ziffer die Verfassungswidrigkeit nicht beseitigt werden, da (abgesehen von den einzeln aufgezählten Sachverhalten und Personengruppen) selbst bei Vorliegen einer entsprechenden Arbeitsmarktsituation keine Möglichkeit bestehen dürfte, eine Beschäftigungsbewilligung zu erteilen. Ob die Ziffern in Absatz 3 in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, wird schließlich im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären sein.

31

#### **IV. Ergebnis**

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, § 4 Abs. 3 AuslBG, BGBl. 218/1975, idF BGBl. I 56/2018 von Amts wegen auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. 32
2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären sein. 33
3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden. 34

Wien, am 25. Juni 2021

Der Präsident:

DDr. GRABENWARTER

Schriftführerin:  
RIEDLER, LL.M.