

dem Betroffenen ohnehin ein Verfahren zur Erlassung eines Rechtsgestaltungsbescheides (betreffend Ausstellung der Anzeigebestätigung) offensteht (vgl. BVwG 31. 8. 2015, W151 2109691-1). Liegt eine der in § 1 Z 10 AuslBVO angeführten Voraussetzungen nicht vor, wird die Ausstellung der Anzeigebestätigung durch einen für den Anzeiger verbindlichen Bescheid abgelehnt. Bei Nichterfüllung der Voraussetzungen für die Ausstellung einer Anzeigebestätigung nach § 1 Z 10 AuslBV ist vom AMS mit Abweisung vorzugehen (vgl. VwGH 12. 11. 2013, 2013/09/0102; VwGH 20. 1. 2015, 2014/09/0004).

ME verfassungsrechtlich (Verletzung im Recht auf Gleichbehandlung von Fremden untereinander) fraglich erscheint die durch § 1 Z 15 AuslBVO bestehende Ausnahme für Staatsangehörige der Volksrepublik China, die nachweislich ausgebildete Spezialitätenköche in der gehobenen Gastronomie sind, für eine Beschäftigung als Spezialitätenkoch in der gehobenen Gastronomie über einen Zeitraum von längstens drei Jahren, sofern österreichische Staatsbürger in der Volksrepublik China auf Basis der Gegenseitigkeit unter den gleichen Voraussetzungen eine Beschäftigung aufnehmen dürfen. Sinngemäß gelten die verfassungsrechtlichen Bedenken auch iZm § 1 Z 14 AuslBVO.

81

## Begriffsbestimmungen

**§ 2. (1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.**

**(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung**

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
  - b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis,
  - c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
  - d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
  - e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988, und des § 5a Abs. 1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287.
- (3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind**
- a) in den Fällen eines arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisses (Abs. 2 lit. b) der Vertragspartner,
  - b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht lit. d gilt, oder der Veranstalter,

- c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftigter im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und des § 5a Abs. 3 des Landarbeitsgesetzes 1984,
- d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des § 18 Abs. 12 auszustellen ist und
- e) der Inhaber der Niederlassung, die einen unternehmensintern transferierten Arbeitnehmer (§ 2 Abs. 13) beschäftigt.

(4) Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend. Eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 liegt insbesondere auch dann vor, wenn

1. ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszweckes oder
2. ein Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem Geschäftsanteil von weniger als 25 % Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice stellt auf Antrag binnen drei Monaten fest, daß ein wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hierfür hat der Antragsteller zu erbringen. Nach Ablauf dieser Frist darf die Tätigkeit auch ohne den erforderlichen Feststellungsbescheid aufgenommen werden. Wird der Antrag nach Ablauf der Frist abgewiesen, ist die bereits begonnene Tätigkeit umgehend, spätestens jedoch binnen einer Woche nach Zustellung des Bescheides, zu beenden.

*(Anm.: Abs. 5 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 25/2011)*

(5a) Als besondere Führungskräfte gelten Ausländer, die leitende Positionen auf der Vorstands- oder Geschäftsleitungsebene in international tätigen Konzernen oder Unternehmen innehaben oder international anerkannte Forscher sind und deren Beschäftigung der Erschließung oder dem Ausbau nachhaltiger Wirtschaftsbeziehungen oder der Schaffung oder Sicherung qualifizierter Arbeitsplätze im Bundesgebiet dient und die eine monatliche Bruttoentlohnung von durchwegs mindestens 120 vH der Höchstbeitragsgrundlage gemäß § 108 Abs. 3 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) zuzüglich Sonderzahlungen erhalten.

(6) EWR-Bürger sind Ausländer, die Staatsangehörige einer Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen) sind.

(7) Grenzgänger sind Ausländer, die ihren Wohnsitz in einem Nachbarstaat haben, in den sie täglich zurückkehren, und die sich zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in einem unmittelbar an diesen Staat grenzenden politischen Bezirk in Österreich oder in den Freistädten Eisenstadt oder Rust aufhalten.

*(Anm.: Abs. 8 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 72/2013)*

(9) Drittstaaten sind Staaten, die nicht Vertragspartei des EWR-Abkommens sind. Drittstaatsangehörige sind Ausländer, die nicht EWR-Bürger sind.

*(Anm.: Abs. 10 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 66/2017)*

(11) Für Kinder sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, die jeweiligen Altersgrenzen gemäß § 2 Abs. 1 Z 9 und Abs. 4 NAG und § 52 Abs. 1 Z 2 NAG heranzuziehen.

(12) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, die sich auf Ehegatten beziehen, gelten für eingetragene Partner nach dem Eingetragene Partnerschaft-Gesetz – EPG, BGBl. I Nr. 135/2009, sinngemäß.

(13) Als unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer gelten Ausländer, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber mit Sitz außerhalb der Europäischen Union während ihres Arbeitsverhältnisses

1. als Führungskraft, die die aufnehmende Niederlassung oder eine Abteilung oder Unterabteilung dieser Niederlassung leitet und hauptsächlich unter der allgemeinen Aufsicht des Leitungsorgans oder der Anteilseigner oder gleichwertiger Personen des transferierenden Unternehmens, der transferierenden Unternehmensgruppe oder der aufnehmenden Niederlassung steht oder von ihnen allgemeine Weisungen erhält, oder
2. als Spezialist, der über unerlässliche Spezialkenntnisse für die Tätigkeitsbereiche, die Verfahren oder die Verwaltung der aufnehmenden Niederlassung und über ein hohes Qualifikationsniveau für bestimmte Arbeiten oder Tätigkeiten mit spezifischen technischen Kenntnissen, einschließlich einer angemessenen Berufserfahrung, verfügt, oder
3. als Trainee mit einem Hochschulabschluss, der in seiner beruflichen Entwicklung gefördert wird oder sich branchenspezifisch, technisch oder methodisch fortbildet,

in eine oder mehrere Niederlassungen, die zum gleichen Unternehmen oder zur gleichen Unternehmensgruppe gehören und ihren Sitz im Bundesgebiet haben, vorübergehend abgestellt und dort entsprechend tätig werden. Ausländer, die von Arbeitsvermittlern, Arbeitskräfteüberlassern oder sonstigen Unternehmen, die Arbeitnehmer zur Arbeit unter der Aufsicht und Leitung eines anderen Unternehmens zur Verfügung stellen, abgestellt werden, gelten nicht als unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer.

*(14) Als Volontäre gelten Ausländer, die ausschließlich zum Zwecke der Erweiterung und Anwendung von Kenntnissen zum Erwerb von Fertigkeiten für die Praxis ohne Arbeitspflicht und ohne Entgeltanspruch bis zu drei Monaten im Kalenderjahr beschäftigt werden und dabei keine Hilfsarbeiten, einfache angelernte Tätigkeiten oder Arbeiten auf Baustellen verrichten.*

*(15) Als Ferial- oder Berufspraktikanten gelten Schüler, die eine im Rahmen eines geregelten Lehr- oder Studienganges an einer inländischen Bildungseinrichtung mit Öffentlichkeitsrecht vorgeschriebene Tätigkeit verrichten.*

*(16) Als Praktikanten im Sinne der Richtlinie (EU) 2016/801 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit, ABl. Nr. L 132 vom 21. 5. 2016, S. 21 gelten Ausländer, die in einem Drittstaat ein Studium absolvieren, das zu einem Hochschulabschluss führt, oder vor nicht mehr als zwei Jahren einen Hochschulabschluss erlangt haben und im Rahmen einer Vereinbarung eines studienbezogenen Praktikums mit einer aufnehmenden Einrichtung auf entsprechendem Qualifikationsniveau für die Dauer von 91 bis 180 Tagen beschäftigt werden, um sich Wissen, praktische Kenntnisse und Erfahrungen in einem beruflichen Umfeld anzueignen.*

*(17) Als Forscher im Sinne der Richtlinie (EU) 2016/801 gelten Ausländer, die über einen Doktorgrad oder einen geeigneten Hochschulabschluss, der diesen den Zugang zu Doktoratsprogrammen ermöglicht, verfügen und im Rahmen einer Forschungseinrichtung eine wissenschaftliche Tätigkeit verrichten, für die normalerweise ein solcher Abschluss erforderlich ist.*

[idF BGBl I 2017/66 und BGBl I 2018/XX]

**EB zu BGBl Nr 218/1975**

Zu §§ 1 und 2:

[...]

Dem Zweck der vollständigen Erfassung des eingangs umschriebenen Personenkreises, sofern dieser nicht überhaupt vom Geltungsbereich ausgenommen ist (§ 1 Abs. 2), dient neben der Definition der Ausländer als Nichtösterreicher im § 2 Abs. 1 vor allem die Umschreibung der Beschäftigung im § 2 Abs. 2. Bei der Erfassung der Ausländer kommt es vornehmlich nicht darauf an, in welchem Rechtsverhältnis die Vertragspartner zueinander stehen, sondern auf die Verwendung unter bestimmten Umständen. Diese Verwendung kann in einem Arbeitnehmerverhältnis – wozu auch Lehrverhältnisse zählen –, in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, in einem Ausbildungsverhältnis, aber auch unter Umständen erfolgen, unter denen gar kein rechtliches Verhältnis zwischen dem Ausländer und der Person besteht, die den Ausländer verwendet.

Bei der Beurteilung, ob es sich um arbeitnehmerähnliche Verhältnisse handelt, wird auf die einschlägigen arbeitsrechtlichen Vorschriften, insbesondere § 2 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes, BGBl. Nr. 170/1946, und die dazu ergangene Judikatur Bedacht zu nehmen sein.

Dem in Begutachtungsverfahren geäußerten Verlangen, ausländische Ärzte, die gemäß § 3 Abs. 2 des Ärztegesetzes, BGBl. Nr. 92/1949, in unselbständiger Stellung zu Studienzwecken an Krankenanstalten sowie ausländische pharmazeutische Fachkräfte, die gemäß § 1 Abs. 3 der Pharmazeutischen Fachkräfteverordnung, BGBl. Nr. 40/1930, in inländischen Apotheken beschäftigt sind, vom Geltungsbereich dieses Gesetzesentwurfes auszunehmen, wurde durch Aufnahme der Bestimmung Rechnung getragen, daß eine Tätigkeit, die auf Grund sonstiger Vorschriften ausgeübt wird, nicht als Beschäftigung gilt, sofern sie im Rahmen eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses erfolgt.

Der Fall des § 2 Abs. 2 lit. d ist für Ausländer, die ein im Ausland befindlicher Arbeitgeber zu Arbeitsleistungen im Bundesgebiet verpflichtet, ausdrücklich im § 18 geregelt. Sonstige Fälle der Zurverfügungstellung von Ausländern zu Erwerbszwecken soll es nach diesem Gesetzesentwurf nicht geben.

**EB zu BGBl Nr 314/1994**

Zu Art. 11:

Die Aufgaben der Ausländerbeschäftigung von der Beschäftigungsbewilligung bis zur Erteilung von Befreiungsscheinen werden wegen ihres Zusammenhanges zur Vermittlungstätigkeit des Arbeitsmarktservice auch in Hinkunft durch die Dienststellen des Arbeitsmarktservice wahrgenommen. Gleichzeitig wird Vorsorge getroffen, daß die bisherige Einbeziehung der Interessenvertretungen und der kollektivvertragsfähigen Berufsvereinigungen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Entscheidungen zur Ausländerbeschäftigung unverändert beibehalten wird.

[...]

**EB zu BGBl Nr 895/1995**

Zu Art. I Z 4 [§ 2 Abs 2 lit c]:

Mit dieser Änderung wird klargestellt, daß auch die Beschäftigung von Volutären und Ferialpraktikanten vom AuslBG erfaßt wird.

**EB zu BGBl I Nr 78/1997**

Zu Art. I Z 6 und 7 (§ 2 Abs. 3 lit. b und d):

Diese Änderungen stehen im Zusammenhang mit der Umsetzung des EuGH-Urteils „Vander Elst“ im § 18. Die Dienstleistungsfreiheit der Art. 59 und 60 des EG-Vertrages schließt das Recht des dienstleistenden EU-Unternehmens mit ein, selbst Anträge zu stellen und Partei in diesem Verfahren zu sein. Es wäre daher EU-widrig, die Arbeitgeberstellung dem österreichischen Vertragspartner zu übertragen.

**EB zu BGBl I Nr 126/2002**

Zu Art. 3 Z 5 (§ 2 Abs. 5 bis 9):

Die hier vorgesehene Schlüsselkraftdefinition entspricht den im Ministerratsvortrag vom 13. August 2001 vorgegebenen Kriterien. Danach muss eine ausländische Schlüsselkraft über eine am österreichischen Arbeitsmarkt besonders nachgefragte Ausbildung verfügen. Ist das nicht der Fall, muss sie zumindest spezielle – von den vorhandenen Arbeitskräften nicht angebotene – Kenntnisse oder Fertigkeiten mit entsprechender Berufserfahrung besitzen. Für die Beschäftigung muss ein Bruttomonatslohn in der Höhe von durchwegs mindestens 60 vH der Höchstbeitragsgrundlage gemäß ASVG (derzeit 1962,- € bzw. rund 27000,- S) zuzüglich Sonderzahlungen geboten werden.

Zusätzlich muss noch zumindest eine der in Z 1 bis 5 genannten Voraussetzungen erfüllt sein. Der Transfer von Investitionskapital (Abs. 5 Z 4) muss mindestens 100000 € betragen oder zur Schaffung mindestens eines zusätzlichen Arbeitsplatzes für einen Inländer bzw. einen bereits am Arbeitsmarkt integrierten Ausländer beitragen.

Die neue umfassende Schlüsselkraftdefinition erfasst alle wesentlichen Aspekte, die bei der Besetzung einer Schlüsselkraftposition zu beachten sind und soll eine klare Zuordnung einer Arbeitskraft zum Personenkreis der Schlüsselkräfte sicherstellen. Die geltende Schlüsselkraftdefinition (§ 1 Abs. 3 der Bundeshöchstzahlenüberziehungsverordnung – BHZÜV, BGBl. Nr. 278/1995, in der geltenden Fassung), die primär auf das Erfordernis eines „gesamtwirtschaftlichen Interesses“ abstellt, hat sich in der Praxis als zu undifferenziert erwiesen.

Zum Zulassungsverfahren für Schlüsselkräfte siehe die Erläuterungen zu Z 15.

Die Legaldefinitionen für EWR-Bürger, Grenzgänger, Pendler und Drittstaaten werden aus dem FrG übernommen.

**EB zu BGBl I Nr 133/2003**

Zu § 2 Abs. 5a:

Hier wird die besondere Führungskraft durch eine klare Begriffsdefinition von der „normalen“ Schlüsselkraft abgegrenzt. Sie muss die doppelte Entlohnung

einer normalen Schlüsselkraft erhalten und für die Erschließung und den Ausbau nachhaltiger Wirtschaftsbeziehungen unverzichtbar sein.

### **EB zu BGBl I Nr 101/2005**

Zu Z 5 (§ 2 Abs. 2 lit. b):

Zur Verhinderung von „Scheinselbständigkeit“ wird klargestellt, dass auch der Besitz einer Gewerbe- oder sonstigen Berechtigung bei Verwendung in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis nicht zur Bewilligungsfreiheit nach dem AuslBG führt.

Zu Z 6 (§ 2 Abs. 4):

Die Europäische Kommission kritisiert in einem aktuellen Mahnschreiben an die österreichische Bundesregierung, dass das Erfordernis eines sog. „Feststellungsbescheides“ des Arbeitsmarktservice über den wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung eines Unternehmens die freie selbständige Erwerbstätigkeit von Einzelunternehmern und Arbeitsgesellschaftern im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit unzulässigerweise einschränkt. Insbesondere wird an der geltenden Regelung bemängelt, dass für den Feststellungsbescheid keine Entscheidungsfrist vorgegeben ist. Mit der vorgeschlagenen Regelung soll nunmehr eine Entscheidungsfrist von drei Monaten festgelegt werden. Spricht das Arbeitsmarktservice innerhalb dieser Frist nicht über den Feststellungsantrag ab, soll der Antragsteller zur Ausübung der Tätigkeit vorläufig berechtigt sein. Eine nachträgliche Abweisung des Feststellungsantrages und eine dadurch wirksam werdende Bewilligungspflicht soll jedoch die Untersagung der weiteren Ausübung der Tätigkeit zur Folge haben. Mit dieser Regelung soll die derzeitige Einschränkung der Erwerbsausübung bei langen Prüfverfahren weitestgehend beseitigt und dennoch eine ausreichende Frist zur EU-konformen Prüfung des Vorliegens einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit eingeräumt werden.

Zu Z 7 (§ 2 Abs. 10):

Die bisherige im FrG 1997 enthaltene Definition von Rotationsarbeitskräften wird ins AuslBG transferiert. Rotationsarbeitskräfte erhalten, sofern sie Betriebsentsandte sind, eine Entsende- bzw. Beschäftigungsbewilligung gemäß § 18, und sofern sie in einem Arbeitsverhältnis zum inländischen Arbeitgeber stehen, eine reguläre Beschäftigungsbewilligung.

### **EB zu BGBl I Nr 78/2007**

Zu Art. 1 Z 5 (§§ 2 Abs. 3 lit. d und 13 Abs. 2 AuslBG):

Siehe dazu die Erläuterungen zu Art. 1 Z 16 und 20 [§ 18 Abs 12 und § § 28 Abs 1 Z 5].

Zu Art. 1 Z 6 (§ 2 Abs. 11 AuslBG):

Diese Regelung dient der Klarstellung, dass sich die Altersgrenze für Kinder nach den maßgeblichen Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) richtet, um so einen einheitlichen Vollzug von AuslBG und NAG sicherzustellen. Demnach gilt für unverheiratete minderjährige Kinder von Dritt-

staatsangehörigen und nichtfreizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern und Österreichern die Altersgrenze von 18 Jahren (§ 2 Abs. 1 Z 9 und Abs. 4 Z 1 NAG) und für Kinder von freizügigkeitsberechtigten EWR-Bürgern die Altersgrenze von 21 Jahren und darüber hinaus, sofern ihnen von diesen Unterhalt gewährt wird (§ 52 Z 2 NAG).

### **EB zu BGBl I Nr 135/2009**

Zu den Z 1 und 2 (§ 2 Abs. 12 und § 34 Abs. 36 AuslBG):

Ehegatten von besonderen Führungskräften (§ 1 Abs. 2 lit. f), Wissenschaftern und Forschern (§ 1 Abs. 2 lit. i) sowie von Österreichern (§ 1 Abs. 2 lit. m) und sonstigen EWR-Bürgern (§ 1 Abs. 2 lit. l) sind vom Geltungsbereich des AuslBG ausgenommen und haben freien Arbeitsmarktzugang. Ehegatten von niedergelassenen Drittstaatsangehörigen (§ 4 Abs. 6 Z 4 und 4a und Abs. 8, § 14a Abs. 1 Z 2, § 15 Abs. 1 Z 4) haben einen erleichterten bzw. nach einjähriger Niederlassung in der Regel einen unbeschränkten Arbeitsmarktzugang. Nach den Übergangsbestimmungen zur EU-Erweiterung erhalten außerdem auch die Ehegatten von neuen EU-Bürgern mit Arbeitnehmerfreizügigkeit einen freien Arbeitsmarktzugang (§ 32a Abs. 3).

Im Ausländerbeschäftigungsrecht sollen die Ehegatten betreffenden Vorschriften auch in Bezug auf eingetragene Partner gelten. Die einschlägigen ausländerbeschäftigungsrechtlichen Normen sind daher entsprechend zu adaptieren.

Nach der Richtlinie 2004/38/EG (Unionsbürgerrichtlinie) gelten Lebenspartner, mit denen Unionsbürger auf der Grundlage der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates eine eingetragene Partnerschaft eingegangen sind, als Familienangehörige, denen freier Arbeitsmarktzugang zu gewähren ist, sofern die eingetragene Partnerschaft nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaates der Ehe gleichgestellt ist (Art. 2 und 23). Diese Gleichstellung ist nicht gegeben. Im Ausländerbeschäftigungsrecht sollen die Ehegatten betreffenden Vorschriften auch in Bezug auf eingetragene Partner von Unionsbürgern gelten.

### **EB zu BGBl I Nr 25/2011**

Zu Art. 1 Z 4 (§ 2 Abs. 3 lit. a AuslBG):

Nach der geltenden Regelung ist der inländische Vertragspartner, der Ausländer in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis einsetzt, einem Arbeitgeber gleichzuhalten. Diese Regelung soll ohne inhaltliche Änderung zur Vermeidung bisweilen aufgetretener Interpretationsschwierigkeiten einfacher und präziser formuliert werden.

Zu Art. 1 Z 5 (§ 2 Abs. 5 AuslBG):

Siehe dazu die Erl. zu Z 17 [§§ 12, 12a, 12b, 12c, 12d und 13 AuslBG sowie Anlage A, B und C].



**EB zu BGBl I Nr 98/2011**

Zu Z 1 und 2 (§ 2 Abs. 2 lit. e und Abs. 3 lit. c AuslBG):

Mit diesen Änderungen werden die Begriffe „Beschäftigung“ und „Arbeitgeber“ erweitert. In Anpassung an die Änderungen im Landarbeitsgesetz 1984 soll nunmehr auch die Verwendung überlassener Arbeitskräfte nach dem Landarbeitsgesetz 1984 als Beschäftigung im Sinne des AuslBG gelten und der Beschäftigte dem Arbeitgeber gleichzuhalten sein.

**EB zu BGBl I Nr 72/2013**

Zu Art. 1 Z 1 (§ 2 Abs. 8 AuslBG):

Die im Abs. 8 enthaltene Begriffsbestimmung für Pendler ist entbehrlich, da Pendler – im Gegensatz zu den im Abs. 7 genannten Grenzgängern – die Staatsangehörigkeit eines Nachbarstaates besitzen müssen und dementsprechend (spätestens) seit der Arbeitsmarktöffnung im Mai 2011 als EU-Bürger, die Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen, gemäß § 1 Abs. 2 lit. l nicht mehr dem Geltungsbereich des AuslBG unterliegen.

**EB zu BGBl I Nr 66/2017**

Zu Z 1 (§ 2 Abs. 3):

Um die für die Zulassung von unternehmensintern transferierten Arbeitskräften vorgesehenen Verfahren durchführen und Regelverstöße bei der Beschäftigung solcher Arbeitskräfte auch ahnden zu können, ist es notwendig, den/die InhaberIn der Niederlassung einem/einer ArbeitgeberIn gleichzuhalten.

Zu Z 2, 4, 18 und 19 (§ 2 Abs. 10 und 13, § 18 Abs. 3 und 3a):

Die Definitionen der Führungskräfte, SpezialistInnen und Trainees werden weitestgehend aus der ICT-Richtlinie übernommen und sollen die bisherigen Definitionen der Rotationsarbeitskräfte, soweit sie deckungsgleich sind, ersetzen. Für den Personenkreis, der von den Definitionen der ICT-Richtlinie nicht erfasst ist, wohl aber in den bisherigen Regelungen für die Zulassung von Rotationsarbeitskräften enthalten war, konkret der Führungskräftenachwuchs und VertreterInnen repräsentativer ausländischer Interessenvertretungen, sollen in § 18 Abs. 3 und 3a eigene Regelungen gelten, die eine Zulassung dieser Arbeitskräfte über ein Anzeigeverfahren ermöglichen. Die bestehenden Regelungen für Rotationsarbeitskräfte neben eigenen Regelungen für unternehmensintern transferierte ArbeitnehmerInnen aufrechtzuerhalten wäre nicht zweckmäßig und würde auch dem Harmonisierungsziel der ICT-Richtlinie widersprechen, die verbietet, auf dieselbe Personengruppe zwei verschiedene Regelungen anzuwenden (Art. 2 Abs. 3 ICT-Richtlinie).

Auch ein zweigleisiges Zulassungsverfahren, wie es derzeit für Rotationsarbeitskräfte mit der Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung und eines eigenen Aufenthaltstitels vorgesehen ist, wäre mit der ICT-Richtlinie nicht vereinbar.

Für die Beurteilung der Qualifikationen der unternehmensintern transferierten ArbeitnehmerInnen kann erforderlichenfalls der Europäische Qualifikationsrahmen (EQR) für lebenslanges Lernen herangezogen werden (Erwägungsgrund 14 der ICT-Richtlinie).

Als unternehmensintern gilt der Transfer nach Österreich, wenn er von einem/ einer ArbeitgeberIn mit Sitz in einem Drittstaat an eine/n inländische/n ArbeitgeberIn erfolgt und beide in rechtlicher Sicht ein Unternehmen bilden oder in wirtschaftlicher Sicht unter einer einheitlichen Leitung innerhalb einer Gruppe von Unternehmen stehen.

Zu Z 3 (§ 2 Abs. 11):

Mit der Korrektur des Verweises wird ein Redaktionsversehen beseitigt.

### **EB zu BGBl I Nr XX/2018**

Zu Z 1 bis 3 (§ 1 Abs. 2 lit. h, § 2 Abs. 14 bis 17 und § 3 Abs. 5):

[...]

In Umsetzung der Art. 3 Z 5 und 13 Abs. 1 lit. a der Forscher und Studenten-Richtlinie ist Studentenes oder Absolventenes einer Hochschule in einem Drittstaat die Ausübung eines Praktikums im Rahmen eines Anzeigeverfahrens zu ermöglichen. Diese Personengruppe wird daher im § 2 Abs. 16 entsprechend den Vorgaben der Richtlinie definiert. Die bisher im § 3 Abs. 5 enthaltenen Definitionen der Volontäre und Ferial- und Berufspraktikantes werden aus Gründen der Übersichtlichkeit ohne inhaltliche Änderungen in die Abs. 14 und 15 des § 2 transferiert.

Nach Art. 13 Abs. 2 der Forscher und Studenten-Richtlinie kann ein Mitgliedstaat verlangen, dass das Praktikum den gleichen Bereich wie der jeweilige Hochschulabschluss bzw. das jeweilige Studium betrifft und dem gleichen Qualifikationsniveau entspricht. Zur Vermeidung allfälliger missbräuchlicher Verwendungen von Praktikantes zB. für unqualifizierte Tätigkeiten wird von dieser Möglichkeit der Einschränkung auf einschlägige berufliche Tätigkeiten Gebrauch gemacht.

Voraussetzung für eine Anzeigebestätigung ist neben dem Nachweis, dass der Praktikant in den zwei Jahren vor dem Datum der Antragstellung einen Hochschulabschluss erlangt hat oder ein Studium absolviert, das zu einem Hochschulabschluss führt, die Vorlage einer Vereinbarung mit einer aufnehmenden Einrichtung über die Teilnahme an einem Praktikum, die theoretische und praktische Schulungsmaßnahmen vorsieht. Die Vereinbarung hat zu enthalten: eine Beschreibung des Programms für das Praktikum einschließlich des Bildungsziels oder der Lernkomponenten, die Dauer des Praktikums, die Bedingungen der Tätigkeit und der Betreuung des Praktikantes, die Arbeitszeiten des Praktikantes und das Rechtsverhältnis zwischen dem Praktikantes und der aufnehmenden Einrichtung.

Gemäß Art. 1 lit. a der Forscher und Studenten-Richtlinie sind nur Praktika von ihrem Geltungsbereich umfasst, die mehr als 90 Tage dauern. Neben dieser Mindestdauer ist es gemäß Art. 18 Abs. 6 der Richtlinie zulässig, für das Praktikum auch eine Höchstdauer von 180 Tagen festzusetzen. Die Anzeigebestätigung soll daher grundsätzlich für die Dauer der Praktikumsvereinbarung, jedoch im Rahmen dieser Mindest- und Höchstgrenzen (91 bis 180 Tage) ausgestellt werden.

Nach Ausstellung der Anzeigebestätigung erhalten die Praktikantes ein Visum D (§ 24 Abs. 1 Z 4 FPG).

Inhaltsübersicht	Rz
I. Überblick .....	1–13
II. Novellen .....	14–15
III. Kommentar und Rechtsprechung .....	16–119
A. Abs 1 .....	16
B. Abs 2 .....	17–64
1. Arbeitsverhältnis .....	26–30
2. Arbeitnehmerähnlichkeit .....	31–40
3. Au-Pair .....	41
4. Gefälligkeits- oder Freundschaftsdienste .....	42–50
5. Mitwirkungspflicht .....	51–53
6. Probe- und Vorführarbeit .....	54–56
7. Volontariat .....	57
8. Arbeitskräfteüberlassung .....	58–64
C. Abs 3 .....	65–68
D. Abs 4 .....	69–104
1. Feststellungsverfahren .....	83–90
2. Unselbständigkeit bzw Selbständigkeit .....	91–96
3. Werkvertrag .....	97–104
E. Abs 5a .....	105–108
F. Abs 6 .....	109
G. Abs 7 .....	110–111
H. Abs 9 .....	112
I. Abs 10 .....	113
J. Abs 11 .....	114
K. Abs 12 .....	115–116
L. Abs 13 .....	117–119

## I. Überblick

§ 2 enthält lediglich **Begriffsbestimmungen** und regelt nicht die Frage der Zulässigkeit der darin unter anderem definierten Beschäftigung von Ausländern. Ein im Rahmen von Begriffsbestimmungen festgelegtes Verständnis eines Terminus zwingt aber nicht in jedem Fall dazu, diesen innerhalb eines Gesetzes stets iSd **Legaldefinition** auszulegen (vgl iZm § 2 Abs 1 Z 22 AsylG 2005 VwGH 28.1.2016, Ra 2015/21/0230; iZm § 2 Abs 1 Z 10 NAG 2005 VwGH 26.6.2013, 2011/22/0278 und VwSlg 18.269 A/2011), zumal die Begriffsbestimmungen nicht immer eindeutig sind (vgl § 2 Abs 4 iVm Abs 2 – arg der „*wahre*“ wirtschaftliche Gehalt).

Soweit das AuslBG keine eigenen Begriffsbestimmungen enthält, kann bei der inhaltlichen Bestimmung eines Begriffes – wie zB „*Aufenthalt*“

in den §§ 5, 19 und 25 – auf die Bestimmung des Gesetzes oder der Gesetze zurückgegriffen werden, dessen oder deren Regelungszweck einen **Nahebezug** zu diesem Begriff aufweist bzw aufweisen [dh im Fall des Aufenthaltsbegriffes auf das NAG (und die dazu ergangene Rechtsprechung)]. Geben das AuslBG und die Materialien keine Hinweise zum näheren Begriffsinhalt, wird aber ausdrücklich auf ein anderes Gesetz verwiesen (zB verweist § 2 Abs 2 lit e auf § 3 Abs 1 und 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz), ist aufgrund des damit gegebenen sachlichen Zusammenhangs der beiden Gesetze für die Begriffsbestimmung im AuslBG – (idR) ausschließlich – auf die Festlegung im **verwiesenen Gesetz** zurückzugreifen.

Unbeschadet der Frage eines Rückgriffs auf andere gesetzliche Grundlagen zur Bestimmung eines Begriffes ist aber ein Begriff von der Legaldefinition abzukoppeln und zu erweitern, wenn dies dort aus **verfassungsrechtlichen Gründen** (zB zur Erzielung eines Art 8 EMRK entsprechenden Ergebnisses) erforderlich ist. Und ein im Rahmen von Begriffsbestimmungen festgelegtes Verständnis eines Terminus zwingt nicht in jedem Fall dazu, diesen innerhalb eines Gesetzes stets iSd Legaldefinition auszulegen (VwGH 28. 1. 2016, Ra 2015/21/0230; VwGH 17. 11. 2011, 2010/21/0494).

- 3 Grundsätzlich ist ein kundgemachtes Gesetz aus sich selbst auszulegen. Andere Erkenntnisquellen über die Absicht des Gesetzgebers sind erst dann heranzuziehen, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzgebers zweifelhaft ist (VwGH 4. 11. 1971, 2228/70; VwSlg 8101 A/1971). Ist der **Wortlaut** in diesem Sinn klar, kommt eine **teleologische Interpretation** einer Bestimmung bzw eines Begriffes nicht in Betracht. Im Übrigen gelten die allgemeinen Auslegungsregeln des bürgerlichen Rechts (insb jene des § 6 ABGB), die der **grammatikalischen die logische und teleologische Interpretation** als (zumindest) gleichberechtigt zur Seite stellen, in uneingeschränktem Ausmaß auch für das öffentliche Recht (vgl VwSlg 5212 F/1978). Nach der Rechtsprechung des VwGH sind alle diese Auslegungsmethoden erlaubt; sie schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen einander (VwSlg 6422 F/1989). Ziel der Auslegung ist es, den objektiven Willen einer Vorschrift zu erfassen. Beispielsweise kommt es bei der Rechtsfrage, ob ein dem AuslBG widersprechendes Beschäftigungsverhältnis vorliegt, ausschließlich auf den tatsächlich gelebten wahren wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit an, nicht aber auf den auf eine Selb- oder Unselbständigkeit gerichteten Willen der ver-

tragsschließenden Parteien (vgl VwGH 5. 9. 2013, 2012/09/0114; VwGH 4. 10. 2012, 2012/09/0134).

§ 2 Abs 1 definiert den Begriff Ausländer; vgl dazu auch §§ 2 Z 4 und 3 StbG 1985. § 2 Abs 2 umschreibt den (zentralen) Begriff der Beschäftigung durch eine Aufzählung der darunterfallenden (Rechts-)Verhältnisse [Arbeitsverhältnis, arbeitnehmerähnliches Verhältnis, Ausbildungsverhältnis, Verwendung nach den Bestimmungen des § 18 (betriebsentsandte Ausländer), Überlassung von Arbeitskräften]. § 18 sieht vor, dass Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebsitz im Inland beschäftigt werden – von Ausnahmen abgesehen – einer Beschäftigungsbewilligung bedürfen. § 2 Abs 3 definiert nicht den Arbeitgeber, sondern nur jene Personen, die Arbeitgebern gleichzuhalten sind. **4**

Nach § 2 Abs 4 Satz 1 ist für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung iSd Abs 2 vorliegt, der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts maßgebend. § 2 Abs 4 bestimmt weiter, dass eine Beschäftigung iSd Abs 2 insb auch dann vorliegt, wenn ein Gesellschafter einer Personengesellschaft zur Erreichung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks Arbeitsleistungen für die Gesellschaft erbringt, die typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden, es sei denn, die regionale Geschäftsstelle des AMS stellt auf Antrag fest, dass ein wesentlicher Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft durch den Gesellschafter tatsächlich persönlich ausgeübt wird. Den Nachweis hierfür hat der Antragsteller zu erbringen. **5**

§ 2 Abs 4 will die Umgehung des AuslBG durch Vortäuschen von Gesellschaftsverhältnissen verhindern. Im Zusammenhalt mit dem Gebot, nicht auf die äußere Erscheinungsform des Sachverhalts, sondern auf seinen wahren Gehalt zu sehen, bringt das Erfordernis einer „tatsächlichen“ Ausübung von Gesellschafterbefugnissen nur die Voraussetzung zum Ausdruck, dass die beabsichtigte Tätigkeit nicht nur nach den formellen rechtlichen Gegebenheiten des (vielleicht nur vorgeschobenen) Gesellschaftsvertrags, sondern nach der wahren Absicht der Parteien wirklich als Ausfluss der Gesellschafterstellung iVm der hierfür typischen Einflussmöglichkeit auf die Geschäftsführung ausgeübt werden soll. Bloße Geschäftsführungstätigkeiten fallen nicht unter Arbeitsleistungen, die „*typischerweise in einem Arbeitsverhältnis geleistet werden*“ (VfSlg 15.099/1998).

§ 2 Abs 4 verfolgt einerseits das Ziel, dass die Erbringung der darin näher umschriebenen Arbeitsleistungen dann ohne die Erfüllung

der Voraussetzungen gem § 3 Abs 1 oder 2 zulässig sein soll, wenn der Gesellschafter einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft tatsächlich persönlich ausübt. Andererseits verfolgt § 2 Abs 4 zweiter Satz das ebenso legale Ziel der Hintanhaltung von Missbräuchen (= öffentliches Interesse), indem im Fall der Z 1 und Z 2 das Verbot der Ausübung dieser Tätigkeit ausgesprochen wird. Der VfGH erkannte, dass eine solche Regelung im Hinblick auf den Gleichheitssatz verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist (VfSlg 15.099/1998).

- 6 § 2 Abs 5a (idF BGBl I 2003/133) definiert – angelehnt an den Begriff der Schlüsselkräfte – besondere Führungskräfte; gemeint sind Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer internationaler Firmen sowie renommierte Wissenschaftler. Zusätzlich muss noch eine der genannten Voraussetzungen (Förderung der „Wirtschaftsbeziehungen“ oder Schaffung von „Arbeitsplätzen“) erfüllt sein und für die Beschäftigung muss ein Bruttomonatslohn in der Höhe von durchwegs [derzeit (2017)] mindestens Euro 4.980 monatlich zuzüglich Sonderzahlungen (die im Kalenderjahr bis zu einem Höchstbetrag von Euro 9.960 beitragspflichtig sind) geboten werden.
- 7 § 2 Abs 6 definiert EWR-Bürger und verweist in diesem Zusammenhang auf das EWR-Abkommen (vgl BGBl 1993/909 idF BGBl III 2012/46). Die Art 28 ff des EWR-Abkommens regeln die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (vgl auch Anhang V) und den freien Dienstleistungsverkehr. Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der EG-Mitgliedstaaten und der EFTA-Staaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen; davon ausgenommen ist die Beschäftigung im öffentlichen Dienst.
- 8 Grenzgänger iSd § 2 Abs 7 sind Personen, die in einem Staat wohnen und in einem anderen Staat arbeiten und regelmäßig an ihren Wohnort zurückkehren. Die Rechtsprechung (zum Arbeitslosengeld) differenziert zwischen „echten“ und „unechten“ Grenzgängern: Als „echter Grenzgänger“ gilt, wer täglich oder zumindest regelmäßig einmal wöchentlich in seinen Wohnsitzstaat zurückkehrt. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich um einen „unechten Grenzgänger“. Bei diesem wird geprüft, wo nach Ende der Beschäftigung der Mittelpunkt seiner Lebensinteressen liegt.
- 9 § 2 Abs 8 (idF BGBl I 2002/126 – aufgehoben durch BGBl I 2013/72) definierte den Begriff „Pendler“. Die Gesetzesmaterialien bezogen sich auf das Fremdenrecht und erfassten demnach erkennbar (bloß) „Mehrta-

geseinpendler“. Als Pendler wurden Personen mit der Staatsangehörigkeit eines Nachbarstaates bezeichnet, die einen periodisch wiederkehrenden Wechsel zwischen Wohnort und Arbeits- bzw. Ausbildungsort vornehmen und dabei die Staatsgrenze überschreiten. Aufgrund der Arbeitsmarktöffnung (Mai 2011) gilt nunmehr die Arbeitnehmerfreizügigkeit (vgl. § 1 Abs 2 lit l).

Im Unterschied zu § 2 Abs 6 definiert § 2 Abs 9 sowohl „Drittstaaten“ als auch „Drittstaatsangehörige“. Drittstaatsangehörige sind Personen, die weder EU-Bürger noch sonstige EWR-Bürger (aus Island, Liechtenstein oder Norwegen) noch Schweizer sind. Die Schweiz ist weder EU- noch EWR-Mitglied und damit ein Drittstaat. Da sie jedoch durch eine Reihe von **bilateralen Verträgen** an den EWR angeschlossen ist, sind Schweizer in vielen Bereichen EWR-Bürgern gleichgestellt. 10

Der Begriff des Drittstaatsangehörigen wird negativ definiert, indem sein Umfang durch Ausschlussmerkmale bestimmt wird. Staatsangehörige von Andorra, Monaco, San Marino und Vatikanstadt sind, obwohl diese Länder politisch und wirtschaftlich mit der EU eng verbunden sind, teilweise auch eine Zollunion mit einzelnen Mitgliedstaaten bilden und auf Grenzkontrollen mit den EU-Nachbarstaaten oft verzichten, keine Unionsbürger. Im Allgemeinen sind die Staatsangehörigen dieser Staaten im europarechtlichen Sinn Drittstaatsangehörige.

**Rotationsarbeitskräfte** [§ 2 Abs 10 idF BGBI I 2005/101 (aufgehoben durch BGBI I 2017/66)] waren unselbständig erwerbstätig und hatten einen Arbeitsvertrag mit einem international tätigen Dienstgeber. In Frage kamen etwa leitende Angestellte oder der Unternehmensleitung zugewiesene qualifizierte Mitarbeiter. An Stelle des ersatzlos gestrichen § 2 Abs 10 trat § 2 Abs 13 idF BGBI I 2017/66, der iVm den §§ 18 Abs 3 und 18a Abs 3 die ICT-Richtlinie umsetzt, die den unternehmensinternen Transfer von drittstaatsangehörigen **Schlüsselarbeitskräften** (Manager, Spezialisten, Trainees mit Hochschulabschluss) von in Drittstaaten ansässigen internationalen Unternehmen in deren EU-Niederlassungen (Filialen) und deren erleichterte Zulassung bei einem Einsatz auch in anderen EU-Mitgliedstaaten (Mobilitätsfälle) regelt. Laut den EB zur RV enthält die ICT-Richtlinie „auch Erleichterungen für Aufenthalt und Beschäftigung des Familiennachzugs (Kernfamilie) von unternehmensintern transferierten AusländerInnen („ICT“) im ersten Aufnahmemitgliedstaat und bei langfristiger Mobilität der ICT auch in anderen Mitgliedstaaten.“ 11

*Der von der ICT-Richtlinie erfasste Personenkreis deckt sich weitgehend mit den bisherigen in § 2 Abs. 10 definierten Rotationsarbeitskräften.*