



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38610
Telefax: (43 01) 4000 99 38610
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-151/023/10546/2016-2
M. K.

Wien, 27.02.2017
SZI

Geschäftsabteilung: VGW-C

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Fischer über die Beschwerde des Herrn M. K., geb.: 1984, STA: Türkei, vertreten durch Rechtsanwalt, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien, Magistratsabteilung 35 - Einwanderung, Staatsbürgerschaft - Einwanderung der Bezirke 16, 17, 18, 19, vom 15.07.2016, Zahl MA35-9/2797861-14, mit welchem der Antrag vom 19.11.2015 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "Rot-Weiß-Rot-Karte plus" gemäß § 41a iVm Art 6 ARB 1/80 abgewiesen wurde,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 28 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben und der Spruch des angefochtenen Bescheides dahingehend abgeändert, dass dieser lautet wie folgt:

„Ihrem Zweckänderungsantrag vom 19. November 2015 wird stattgegeben und Ihnen in Anwendung des § 24 Abs. 4 NAG nach den Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes ein Aufenthaltstitel "Rot-Weiß-Rot – Karte plus" (§ 8 Abs. 1 Z 2 NAG) für die Dauer von 12 Monaten erteilt.“

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 15. Juli 2016 wurde zur Zahl MA 35-9/2797861-01 der Antrag des nunmehrigen Beschwerdeführers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ nach § 41a NAG abgewiesen.

Begründend führte die Behörde zusammengefasst sinngemäß aus, der nunmehrige Beschwerdeführer sei Inhaber eines Titels „Familieneigenschaft mit Studierender“ und habe bereits ein Masterstudium in Österreich abgeschlossen, wobei er in Hinkunft einer Vollzeitbeschäftigung nachgehen wolle. Er sei seit 1. Dezember 2014 ununterbrochen bei der Firma D. GmbH im Ausmaß von 20 Stunden wöchentlich beschäftigt und im Besitz einer gültigen Beschäftigungsbewilligung. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes könne diese Tätigkeit nicht als untergeordnet und unwesentlich qualifiziert werden. Somit könne der Beschwerdeführer zwar Rechte nach Art 6 Abs. 1 erster Gedankenstrich des ARB Nr. 1/80 ableiten, allerdings verfüge er bereits über einen Aufenthaltstitel, welcher ihm die Fortsetzung seiner angestrebten Tätigkeit ermögliche. Auch sehe das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz keine Zweckänderung von der Aufenthaltsbewilligung „Familieneigenschaft mit Studierendem“ auf einen Aufenthaltstitel „Rot Weiß Rot – Karte plus“ vor.

In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde führte der nunmehrige Rechtsmittelwerber auszugsweise Nachstehendes aus:

„1. Festzuhalten ist, dass sich die Erstbehörde in rechtsirriger Weise nicht mit den europarechtlichen Bestimmungen auseinandergesetzt hat, obwohl sich der Beschwerdeführer im bisherigen Verfahren ausdrücklich darauf berufen hat.

Der Beschwerdeführer ist türkischer Staatsangehöriger und verfügt über einen Aufenthaltstitel. Weiters ging der Beschwerdeführer seit mehr als einem Jahr beim selben Unternehmen einer Beschäftigung nach. Dies im Rahmen einer aufrechten Beschäftigungsbewilligung im Ausmaß von 20 Stunden.

Beweis:

- bereits vorgelegte Unterlagen

Der Beschwerdeführer ist sohin seit mehr als einem Jahr durchgehend rechtmäßig unselbständig beschäftigt, sodass er aufgrund des Assoziationsabkommens EU-Türkei de facto freien Zugang zum Arbeitsmarkt und ein entsprechendes Aufenthaltsrecht hat.

2. Der EuGH hat mit Urteil vom 24. Januar 2008 in der Rechtssache C 294/06 (Payir) entschieden, dass auch Studenten und Au-pair-Kräfte als Arbeitnehmer ordnungsgemäß beschäftigt sein können und daher in der Lage sind, eine Rechtsstellung nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 zu erlangen.

Dem zitierten Urteil lag ein gleichgelagerter Sachverhalt zugrunde und führte der EuGH Nachfolgend aus:

Der Umstand, dass einem türkischen Staatsangehörigen gestattet worden ist, als Au-pair-Kraft oder als Student in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats einzureisen, kann ihm nicht die Eigenschaft als „Arbeitnehmer“ nehmen und ihn nicht von der Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt im Sinne von Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation ausschließen. Dieser Umstand hindert den betreffenden Staatsangehörigen daher nicht daran, sich auf diese Vorschrift zu berufen, um eine Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis zu erhalten und in den Genuss eines dementsprechenden Aufenthaltsrechts zu kommen.

3. Soweit die Erstbehörde in der bekämpften Entscheidung davon ausgeht, dass der Beschwerdeführer ohnedies arbeiten könne, ist festzuhalten, dass der EuGH weiters ausführte:

Unter diesen Umständen kann dem Vorbringen der Mitgliedstaaten, die Erklärungen eingereicht haben, dass ein Student oder eine Au-pair-Kraft die Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats umgehen könne, um schrittweise einen Anspruch auf unbeschränkten Zugang zu dessen Arbeitsmarkt zu erlangen, nicht gefolgt werden. Denn eine Umgehung dieser Rechtsvorschriften kann nicht vorliegen, wenn die Betroffenen nur ein Recht ausüben, das im Beschluss Nr. 1/80 ausdrücklich vorgesehen ist.

4. Bei richtiger rechtlicher Betrachtung hätte sich die Erstbehörde - wie aufgezeigt - mit den entsprechenden europarechtlichen Bestimmungen auseinander setzen müssen. Der bloße Verweis lediglich auf das nationale Recht - nämlich darauf dass das NAG keinen Umstieg kenne - greift in diesem Fall zu kurz.

Unter Berücksichtigung der einschlägigen europarechtlichen Vorschriften hätte die Erstbehörde zudem zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Voraussetzungen hinsichtlich Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels gegeben sind.

Die Argumentation der Erstbehörde in dem bekämpften Bescheid erweist sich als grob rechtswidrig, diese ist nicht nachvollziehbar begründet und wird nicht einmal der Versuch unternommen, sich mit den anzuwendenden Rechtsvorschriften auseinander zu setzen.

Einer Behörde kann auch dann, wenn sie unrichtig entschieden hat, nicht Willkür zur Last gelegt werden, sofern sie nur bemüht war, richtig zu entscheiden, indem sie Gründe und Gegengründe gegeneinander abgewogen hat. Dies bedeutet, dass es idR nicht ausreichen wird, wenn die Behörde nur die für die Abweisung eines Anspruches maßgeblichen Gründe aufzählt, es jedoch unterlässt, sich mit den Gründen auseinanderzusetzen, die für die Bejahung der Anspruchsberechtigung zu sprechen scheinen, sodass sie gar nicht in die Lage kommen kann. Gründe und Gegengründe einander gegenüberzustellen und dem größeren Gewicht der Argumente den Ausschlag geben zu lassen (vgl. beispielsweise VfSlg. 8674/1979, 9665/1983, 12.477/1990).

Zudem ist ja auch bekannt, dass nach Ansicht der EU-Kommission Österreich mit der Umsetzung des Assoziationsabkommens EU-Türkei und des Beschlusses 1/80 und der dazu ergangenen Judikatur säumig ist und deshalb auch schon die entsprechenden Verfahren laufen.

Es ist somit offensichtlich, dass die aktuelle Gesetzeslage hinsichtlich türkischer Staatsbürger in Österreich auch in Hinblick auf die Möglichkeit der Beantragung einer Rot-Weiß-Rot Karte Plus für in den Arbeitsmarkt integrierte Studenten nicht dem Assoziationsabkommen und der dazu ergangenen Judikatur entspricht.

In direkter Anwendung des EU-Rechtes hat somit der Beschwerdeführer Anspruch auf Verlängerung seines Arbeits- und Aufenthaltsrechtes, dies aber ohne jegliche Beschränkungen, sodass letztlich dem Beschwerdeführer nur eine Rot-Weiß-Rot Karte Plus ausgestellt werden kann.

Es ist schon richtig, dass auch bei Verlängerung seines bisherigen Aufenthaltstitels der Beschwerdeführer die Möglichkeit hat weiter seine Beschäftigung auszuüben, dies jedoch nur im Ausmaß von 20 Stunden und ebenfalls nur bei Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung nach einem entsprechenden Antrag.

Tatsächlich hat aber der Beschwerdeführer Anspruch auf Verlängerung seines Arbeits- und Aufenthaltsrechtes und das nicht nur eingeschränkt.

Dazu kommt, dass die österreichische Rechtslage grundsätzlich zwischen einer Niederlassungsbewilligung und einer Aufenthaltswilligung unterscheidet, auch diese Unterscheidung ist dem Assoziationsabkommen und dem Beschluss 1/80 vollkommen fremd.

Letztlich geht es eben darum, dass türkische Arbeitnehmer die eben 1 Jahr rechtmäßig als Arbeitnehmer beschäftigt waren Anspruch auf Verlängerung ihres Aufenthalts und Arbeitsrechtes haben. Nach der österreichischen „Terminologie“ kann das aber nur eine Rot-Weiß- Rot Karte Plus sein.

Im Übrigen sei noch darauf hingewiesen, dass in der Vergangenheit selbstverständlich, entsprechend der Judikatur des EUGH, auch türkische Studenten nach einem Jahr Beschäftigung eine Rot Weiss Rot Karte plus erhalten haben, nunmehr dies aber regelmäßig verweigert wird, obwohl sich die Rechtsprechung nicht geändert hat.

Unstrittig hat die Erstbehörde festgestellt, dass der Einschreiter aufgrund seiner bisherigen Erwerbstätigkeit in Österreich selbstverständlich sämtliche

Voraussetzungen nachdem „Assoziationsabkommen EU-Türkei“ und dem ARB 1/80 erfüllt.

Trotzdem ist die MA 35 der Ansicht, dass eine Rot-Weiß-Rot Karte Plus nicht zu erteilen ist. In diesem Zusammenhang sei auf die Entscheidung VGW-151-084/2985/2015 des Verwaltungsgerichtes Wien vom 08.06.2015 verwiesen.

In diesem Verfahren wurde der Antrag des damaligen Antragstellers auf Erteilung einer RWR Karte+ mit der Inhaltsgleichen Begründung abgewiesen.

Hinzu führt das Landesverwaltungsgericht aus, dass „der Rechtsansicht der belangten Behörde, dass der Beschwerdeführer nicht an der Ausübung seiner Berufstätigkeit gehindert sei, da er über eine Aufenthaltsbewilligung „Studierender“ verfüge, nicht zu folgen ist. Durch die Bestimmung des §64 Abs 2 NAG darf die Erwerbstätigkeit eines Studierenden das Erfordernis des Studiums als ausschließlichen Aufenthaltszweck nicht beeinträchtigen.

Der Beschwerdeführer hat aber gerade vor seinen Aufenthaltszweck zu ändern und weiterhin in Österreich erwerbstätig zu sein.

Da er seit über einem Jahr dem regulären österreichischen Arbeitsmarkt beim gleichen Arbeitgeber angehört, ist Artikel 6 Abs 1 ARB 1/80 auf den Beschwerdeführer anwendbar und ihm ein Aufenthaltstitel zu erteilen, der ihm die Möglichkeit verschafft diese Beschäftigung ohne Einschränkungen (und die Verpflichtung Studienerfolgsnachweise zu erbringen wäre eine solche Einschränkung) fortzusetzen.

Der vom Beschwerdeführer beantragte Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot Karte Plus“ verschafft dem Beschwerdeführer dass im Assoziationsabkommen festgeschriebene Aufenthaltsrecht und den Zugang zum Arbeitsmarkt gem Art 6 Abs 1 erster Spiegelstrich.“

Dem ist nichts mehr hinzuzufügen, sodass auch im vorliegenden Fall dem Einschreiter der beantragte Aufenthaltstitel Rot-Weiß-Rot Karte Plus zu erteilen ist.

Siehe auch VGW 1451/080/31606/2014.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeführer selbstverständlich beabsichtigt auch nach Erteilung der Rot-Weiß-Rot Karte Plus weiter erwerbstätig zu sein und allenfalls auch die Stundenanzahl bis zu einer Vollzeitbeschäftigung zu erhöhen. Die erwähnte Rechtsprechung findet natürlich auch im vorliegenden Fall Anwendung, auch wenn der Beschwerdeführer über einen AT als „Familienangehöriger Studierende“ verfügt, da es ja letztlich auf die Zugehörigkeit zum Arbeitsmarkt ankommt und der Beschwerdeführer ja unstrittig ordnungsgemäß beschäftigt ist und über die erforderlichen Bewilligungen verfügt.“

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde weder durch den anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer noch durch die belangte Behörde beantragt. Da sich der entscheidungsrelevante Sachverhalt weiters vollumfänglich der Aktenlage entnehmen lässt und sich lediglich die Beurteilung

einer Rechtsfrage als verfahrensgegenständlich darstellt, konnte die Entscheidung ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergehen.

Es ergibt sich folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt, der als erwiesen angenommen wird:

Der am ...1984 geborene Rechtsmittelwerber ist türkischer Staatsangehöriger und verfügt seit 27. April 2007 durchgehend über Hauptmeldeanschriften im Bundesgebiet. Aktuell ist er an der Anschrift Wien, T.-straße, hauptgemeldet.

Mit Zweckänderungsantrag vom 19. November 2015, beim Amt der Wiener Landesregierung an diesem Tage persönlich durch den nunmehrigen Beschwerdeführer eingebracht, beantragte dieser die Erteilung eines Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“. Im Zuge der Einbringung dieses Antrages führte der Einschreiter zusammengefasst sinngemäß aus, er wolle nicht mehr studieren, sondern sei er bereits seit knapp einem Jahr unselbständig beim selben Arbeitgeber beschäftigt, wobei er dort eine Vollzeitbeschäftigung anstrebe.

Mit im Wege der Österreichischen Botschaft in Ankara eingebrachtem Erstantrag vom 21. März 2007 suchte der Einschreiter um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung „Studierende“ an, welche ihm befristet bis 4. April 2008 erteilt wurde. Nachfolgenden Anträgen auf Verlängerung des so erteilten Aufenthaltstitels wurden mit der Erteilung befristeter korrespondierender Aufenthaltsbewilligungen entsprochen. Mit Eingabe vom 17. November 2014 beantragte der Einschreiter die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung „Familieneigenschaft“ gemäß § 69 NAG, wobei er sich auf seine ein Studium absolvierende Gattin berief. Auch diese Aufenthaltsbewilligung wurde ihm befristet bis 20. November 2015 erteilt.

Der Beschwerdeführer war seit 5. Juli 2012 fallweise mit Unterbrechungen bei verschiedenen Arbeitgebern als Arbeiter bzw. als geringfügig beschäftigter Arbeiter unselbständig erwerbstätig. Im Zeitraum zwischen 18. Juli 2014 und 24. September 2014 war er bei der H. GmbH als Arbeiter beschäftigt.

Seit 1. Dezember 2014 ist er durchgehend bei der D. GmbH als Arbeiter unselbständig erwerbstätig. Für diese Erwerbstätigkeit wurde ihm mit Bescheid vom 27. November 2014 eine Beschäftigungsbewilligung für die berufliche Tätigkeit als Taxichauffeur für die Zeit vom 27. November 2014 bis 26. November 2015 erteilt. Diese Beschäftigungsbewilligung wurde mit Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien vom 11. Dezember 2015 für die Zeit vom 27. November 2015 bis 26. November 2016 sowie zuletzt mit Bescheid vom 17. November 2016 für den Zeitraum zwischen 27. November 2016 und 26. November 2017 beim selben Arbeitgeber für die weitere berufliche Tätigkeit als Taxichauffeur verlängert.

Der Beschwerdeführer ist in der Türkei unbescholten, auch in Österreich scheinen keine gerichtlichen Verurteilungen des Einschreiters auf. Die Festsetzung aufenthaltsbeendender Maßnahmen gegen den Beschwerdeführer ist nicht aktenkundig. Er ist verheiratet, verfügt über eine abgeschlossene Ausbildung als Historiker und trägt den akademischen Grad Bachelor of Arts (BA). Er verfügt über ein regelmäßiges Einkommen aus seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit.

Zu diesen Feststellungen gelangte das Gericht auf Grund nachstehender Beweiswürdigung:

Die getätigten Feststellungen gründen sich auf den insoweit unbestritten gebliebenen und unbedenklichen Akteninhalt.

Rechtlich folgt daraus:

Gemäß § 8 Abs. 1 Z 2 NAG berechtigt der Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG.

Gemäß § 24 Abs. 1 NAG sind Verlängerungsanträge (§ 2 Abs. 1 Z 11) vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels, frühestens jedoch drei Monate vor diesem Zeitpunkt, bei der örtlich zuständigen Behörde im Inland einzubringen; § 23 gilt. Danach gelten Anträge als Erstanträge. Nach Stellung eines Verlängerungsantrages ist der Antragsteller, unbeschadet der Bestimmungen nach dem FPG, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig. Über die rechtzeitige Antragstellung kann dem Fremden auf begründeten Antrag eine einmalige Bestätigung im Reisedokument angebracht werden, die keine längere Gültigkeitsdauer als drei

Monate aufweisen darf. Diese Bestätigung berechtigt zur visumfreien Einreise in das Bundesgebiet. Der Bundesminister für Inneres ist ermächtigt, Form und Inhalt der Bestätigung durch Verordnung zu regeln.

Gemäß § 24 Abs. 4 NAG kann mit einem Verlängerungsantrag bis zur Erlassung des Bescheides ein Antrag auf Änderung des Aufenthaltszwecks des bisher innegehabten Aufenthaltstitels oder auf Änderung des Aufenthaltstitels verbunden werden. Sind die Voraussetzungen für den beantragten anderen Aufenthaltszweck oder Aufenthaltstitel nicht erfüllt, ist darüber gesondert mit Bescheid abzusprechen und der bisherige Aufenthaltstitel mit dem gleichen Aufenthaltszweck zu verlängern, soweit die Voraussetzungen dafür weiterhin vorliegen.

Gemäß § 3 Abs. 2 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes darf ein Ausländer, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige „Rot-Weiß-Rot – Karte“, „Blaue Karte EU“ oder „Aufenthaltsbewilligung – Künstler“ oder eine „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, eine „Aufenthaltsberechtigung plus“, einen Befreiungsschein (§ 4c) oder einen Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ oder „Daueraufenthalt – EU“ besitzt.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation (ARB 1/80) hat ein türkischer Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehört, in diesem Mitgliedstaat

- nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung Anspruch auf Erneuerung seiner Arbeitserlaubnis bei dem gleichen Arbeitgeber, wenn er über einen Arbeitsplatz verfügt;
- nach drei Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung - vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft einzuräumenden Vorrangs - das Recht, sich für den gleichen Beruf bei einem Arbeitgeber seiner Wahl auf ein unter normalen Bedingungen unterbreitetes und bei den Arbeitsämtern dieses Mitgliedsstaates eingetragenes anderes Stellenangebot zu bewerben;
- nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis.

Gemäß Art. 6 Abs. 2 des ARB 1/80 werden der Jahresurlaub und die Abwesenheit wegen Mutterschaft, Arbeitsunfall oder kurzer Krankheit den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt. Die Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit, die von den zuständigen Behörden ordnungsgemäß festgestellt worden sind, sowie die Abwesenheit wegen langer Krankheit werden zwar nicht den Zeiten ordnungsgemäßer Beschäftigung gleichgestellt, berühren jedoch nicht die aufgrund der vorherigen Beschäftigungszeiten erworbenen Ansprüche.

Die Behörde stützte die Abweisung des gegenständlichen Ansuchens auf den Umstand, dass der Beschwerdeführer auf Grund der ihm befristet bis 20. November 2015 erteilten Aufenthaltsbewilligung ohnehin über ein

Aufenthaltsrecht verfüge, welches ihm die Ausübung seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit ermögliche. Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass der Einschreiter nach Absolvierung eines Hochschulstudiums, für dessen Dauer er über eine korrespondierende Aufenthaltsbewilligung verfügte, nunmehr über ein von einer dritten Person, nämlich seiner Gattin, abgeleitetes Aufenthaltsrecht verfügt. Zu untersuchen ist im gegebenen Zusammenhang somit, ob dem Beschwerdeführer eine Rechtsposition nach dem ARB 1/80 zukommt, somit ob er ad personam eine Berechtigung nach dem Art. 6 Abs. 1 und 2 dieses Beschlusses erworben hat.

Im Hinblick auf die oben getätigten unstrittigen Sachverhaltsfeststellungen war somit zu prüfen, ob der Beschwerdeführer Rechte aus dem zitierten ARB 1/80 und damit ein aus dem Unionsrecht ableitbares, unmittelbare Wirkung entfaltendes Recht auf Zugang zur Beschäftigung im Aufnahmemitgliedstaat erworben hat. Die praktische Wirksamkeit dieses Rechts setzt zwangsläufig die Existenz eines entsprechenden Aufenthaltsrechts voraus, das ebenfalls auf dem Gemeinschaftsrecht beruht und vom Fortbestehen der Voraussetzungen für den Zugang zu diesen Rechten unabhängig ist. Denn das in Art. 7 Satz 1 zweiter Gedankenstrich des Beschlusses Nr. 1/80 vorgesehene, durch keine Voraussetzungen - nicht einmal durch einen Vorrang der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten - eingeschränkte Recht des Betroffenen, eine frei von ihm gewählte Beschäftigung aufzunehmen, würde ausgehöhlt, wenn die zuständigen nationalen Behörden die Möglichkeit hätten, die Ausübung der dem türkischen Migranten unmittelbar durch den Beschluss Nr. 1/80 verliehenen, genau bestimmten Rechte an Bedingungen zu knüpfen oder in irgendeiner Weise einzuschränken (vgl. VwGH vom 8. November 2001, ZI. 97/21/0111 mit Hinweisen auf die Judikatur des EuGH).

Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 regelt nunmehr die Voraussetzungen unter denen ein türkischer Arbeitnehmer, der rechtmäßig in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats eingereist ist und dort die Erlaubnis erhalten hat, eine Beschäftigung auszuüben, seine Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat ausüben kann. Danach darf der türkische Arbeitnehmer nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung weiterhin bei demselben Arbeitgeber arbeiten (erster Spiegelstrich) und nach drei Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung

kann er sich - vorbehaltlich des den Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten einzuräumenden Vorrangs - für den gleichen Beruf auf ein Stellenangebot eines anderen Arbeitgebers bewerben (zweiter Spiegelstrich). Im Gegensatz dazu verleiht Abs. 1 dritter Spiegelstrich nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung dem türkischen Arbeitnehmer nicht nur das Recht, sich auf ein vorliegendes Stellenangebot zu bewerben, sondern auch uneingeschränkter Zugang zu jeder von ihm frei gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis (vgl. EuGH Urteil vom 7. Juli 2005, Rs C-383/03, Dogan; EuGH Urteil vom 10. Jänner 2006, Rs C-230/03, Sedef).

Des Weiteren kommt türkischen Staatsangehörigen, die dem Anwendungsbereich des Assoziationsabkommens unterliegen, nach der Rechtsprechung ein unmittelbar aus dem Assoziationsrecht herrührendes Aufenthaltsrecht zu, zumal aus der unmittelbaren Wirkung des Art. 6 ARB 1/80 nicht nur folgt, dass der Betroffene hinsichtlich der Beschäftigung ein individuelles Recht unmittelbar daraus herleiten kann, sondern dass die praktische Wirksamkeit dieses Rechts außerdem zwangsläufig die Existenz eines entsprechenden Aufenthaltsrechts voraussetzt (vgl. etwa VwGH vom 15. März 2012, ZI. 2009/01/0036 mwN und unter Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH vom 7. Juli 2005, Rs C-383/03, Dogan, vom 29. Oktober 2006, Rs-4/05, Güzeli und vom 29. September 2011, Rs C-187/10, Unal). Im Fall des Bestehens einer aus Art. 6 ARB 1/80 erfließenden Rechtsposition kommt einer Aufenthaltsberechtigung bloß deklaratorische Bedeutung zu.

Voraussetzung für die Zugehörigkeit zum Arbeitsmarkt ist dabei die Ausübung einer tatsächlichen und echten Tätigkeit in der Eigenschaft als Arbeitnehmer, wobei solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die wegen ihres geringen Umfanges völlig untergeordnet und unwesentlich sind. Dabei besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (EuGH vom 24. Jänner 2008, Rs C-294/06, Payir et. al, EuGH vom 19. November 2002, Rs C-188/00, Bülent Kurz, geb. Yüce).

Eine Berechtigung nach Art. 6 ARB 1/80 kommt somit nur solchen türkischen Arbeitnehmern zu, die während bestimmter Zeiträume eine gesicherte und nicht nur eine vorläufige Position auf dem Arbeitsmarkt innehaben. Während dieser Zeiträume muss sowohl die Beschäftigung des betroffenen türkischen Arbeitnehmers im Einklang mit den arbeitsrechtlichen, als auch sein Aufenthalt mit den nicht nur eine vorübergehende Position sichernden aufenthaltsrechtlichen Vorschriften des jeweiligen Mitgliedstaates gestanden sein (VwGH vom 24. Februar 2009, ZI 2008/22/0410 mwN, EuGH vom 19. November 2002, Rs C-188/00, Bülent Kurz, geb. Yüce).

Aus der soeben wiedergegebenen Judikatur folgt somit, dass nicht jeder Student, der türkischer Staatsangehöriger ist und während seines Studiums einer Erwerbstätigkeit nachgeht, sich auf Art. 6 Abs 1 ARB 1/80 berufen kann. Vielmehr müssen die in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen in einer Form erfüllt sein, wie sie vom Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 24. Jänner 2008, C 294/06 (Rs. Payir ua), in den Rz 27 ff näher dargestellt wurden (vgl. VwGH vom 18. Juni 2009, ZI. 2008/22/0796). Danach wird die Zugehörigkeit zum „regulären Arbeitsmarkt“ aufgrund einer „gesicherten“ und nicht nur „vorläufigen Position“ sowie die Ausübung einer „tatsächlichen und echten“ und nicht nur „wegen ihres geringen Umfanges völlig untergeordneten und unwesentlichen Tätigkeit“ im erforderlichen zeitlichen Ausmaß gefordert (vgl. auch VwGH vom 25. Februar 2010, ZI. 2007/21/0429).

Der Beschwerdeführer, ein türkischer Staatsangehöriger, ist rechtmäßig nach Österreich eingereist und hält sich auf Grund des rechtzeitig vor Ablauf des letzten Aufenthaltstitels „Familiengemeinschaft“ gültig bis 20. November 2015, eingebrachten Verlängerungsantrages verbunden mit einem Zweckänderungsantrag gemäß § 24 Abs. 4 NAG rechtmäßig im Bundesgebiet auf. Er geht aufgrund einer ihm erteilten Beschäftigungsbewilligung einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nach und beabsichtigt auch weiterhin einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Er kann sich somit auf Art. 13 ARB 1/80 berufen.

Aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 ergibt sich wie dargestellt, dass türkische Staatsangehörige nach einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung

weiterhin bei demselben Arbeitgeber arbeiten dürfen (erster Spiegelstrich). Da der Beschwerdeführer seit 1. Dezember 2014, somit mehr als zwei Jahre durchgehend, einer nicht bloß untergeordneten unselbstständigen Erwerbstätigkeit als Taxichauffeur im Ausmaß von zwanzig Wochenstunden beim selben Arbeitgeber D. GmbH nachgeht und auch weiterhin beabsichtigt, dieser Beschäftigung als Taxichauffeur beim selben Arbeitgeber nachzugehen, erfüllt er seit Ablauf des 30. November 2015 die Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 1 erster Spiegelstrich ARB 1/80 und hat demnach Anspruch auf die Verlängerung seiner arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung und auf ein entsprechendes Aufenthaltsrecht zwecks Durchsetzung seiner beschäftigungsrechtlichen Position. Dementsprechend wurde die Beschäftigungsbewilligung vom Arbeitsmarktservice Wien bereits verlängert. Darüber hinaus hat der Beschwerdeführer jedoch noch keine weiteren Rechte, insbesondere nicht das Recht auf unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt im Sinne des Art 6 Abs. 1 dritter Spiegelstrich nach Art 6 ARB 1/80 erworben, da er noch nicht drei Jahre beim selben Arbeitgeber beschäftigt gewesen ist (vgl. EuGH Urteil 10. Jänner 2006, Rs C-230/03, Sedef).

Dem Wortlaut des ARB 1/80 sind nach der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes keine expliziten aufenthaltsrechtlichen Vergünstigungen zu entnehmen (vgl. *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWG-Türkei, 124). Allerdings impliziert ein Recht auf Beschäftigung notwendigerweise ein Aufenthaltsrecht. Dieses Aufenthaltsrecht als Folge des Rechts auf Zugang zum Arbeitsmarkt und auf die tatsächliche Ausübung einer Beschäftigung ist ab diesem Zeitpunkt unmittelbar aus dem ARB 1/80 herzuleiten und wird nicht erst durch die Erteilung einer entsprechenden nationalen Erlaubnis begründet. Deshalb hat eine Aufenthaltserlaubnis für die Anerkennung des Aufenthaltsrechtes nur eine deklaratorische Bedeutung und Beweisfunktion (vgl. auch dazu *Akyürek*, a.a.O., 124f, sowie das hg. Erkenntnis vom 10.11.2009, 2008/22/0687).

Als Aufenthaltstitel, die zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit berechtigen, kennt das NAG die „Rot-Weiß-Rot – Karte“, die Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, die „Blaue Karte EU“ gemäß §§ 41 und 42 NAG, Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“, Aufenthaltstitel „Angehöriger“ sowie der Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“. Die Voraussetzungen für sämtliche genannten

Aufenthaltstitel sind beim Beschwerdeführer nicht gegeben. Er ist weder Schlüsselkraft, übt keine hochqualifizierte Tätigkeit aus und ist auch nicht Familienangehöriger oder Angehöriger im Sinne des NAG. Auch erfüllt er die gesetzlichen Voraussetzungen zur Erteilung des Aufenthaltstitels „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ nach § 41a NAG nicht.

Das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz kennt allerdings keinen gesonderten Aufenthaltstitel für türkische Staatsangehörige, welche Ansprüche aus Art 6 oder 7 ARB 1/80 ableiten können und einen diesen Normen entsprechenden Berechtigungsumfang normieren.

Der somit in Betracht kommende, die aktuellen aus den Assoziierungsabkommen und den dazu ergangenen Zusatzprotokollen ableitbaren Berechtigungen des Beschwerdeführers abdeckende Aufenthaltstitel mit dem geringsten Berechtigungsumfang stellt der Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot - Karte plus“ dar, welcher den Beschwerdeführer zu einem befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet und zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit berechtigt. Allerdings umfasst dieser Aufenthaltstitel einen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt, was wiederum durch die bislang durch den Beschwerdeführer erworbene Rechtsposition nach Art. 6 ARB 1/80, nämlich das Recht der Weiterbeschäftigung beim selben Arbeitgeber, nicht vermittelt wird. Das Verwaltungsgericht Wien verkennt somit nicht, dass der Beschwerdeführer nach Art 6 ARB 1/80 noch keinen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt erworben hat.

Soweit die belangte Behörde im gegebenen Zusammenhang darauf hinweist, dass der Beschwerdeführer einen Aufenthaltstitel „Familieneigenschaft“ innehat, welcher ihn ohnehin zur Erwerbsausübung berechtigt, ist festzuhalten, dass dieser Aufenthaltstitel bereits mit 20. November 2015 abgelaufen ist und dass dieses Aufenthaltsrecht weiters ein abgeleitetes ist, welches jedoch die Ansprüche des türkischen Staatsangehörigen, welche sich unmittelbar aus dem ARB 1/80 ergeben, nur unzureichend garantiert, würde der Einschreiter doch etwa im Falle des Wegfalles des Aufenthaltsrechtes seiner Gattin als Studentin – man denke etwa an eine unterbleibende Verlängerung dieser Aufenthaltsberechtigung mangels Studienerfolges oder Beendigung des Studiums durch die Zusammenführende – eines entsprechenden Aufenthaltsrechtes

verlustig gehen, obwohl er zur Entfaltung seiner unselbständigen Erwerbstätigkeit auf Grund des ARB 1/80 weiterhin berechtigt wäre.

Für den Beschwerdeführer, welcher nunmehr aufgrund der erworbenen Ansprüche nach Art 6 ARB auch niedergelassen ist (vgl. das zitierte Erkenntnis des VwGH vom 10.11.2009), kommt entsprechend dem beantragten Aufenthaltswitzweck, nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Wien kein anderer Aufenthaltstitel als „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“ in Betracht, ungeachtet dessen, dass dem erteilten Aufenthaltstitel selbst nur deklarative Wirkung zukommt. Eine letztendlich befriedigende Lösung dahingehend, dass dem türkischen Staatsangehörigen durch die Erteilung eines Aufenthaltstitels keine über das ARB 1/80 hinausgehenden Befugnisse insbesondere im Hinblick auf den so vermittelten unbeschränkten Zugang zu Arbeitsmarkt, zukommen, wäre nach Ansicht des hier erkennenden Mitglieds des Verwaltungsgerichtes Wien lediglich durch die Normierung entsprechender Aufenthaltstitel mit entsprechendem Berechtigungsumfang für türkische Staatsangehörige zu gewährleisten.

Die ordentliche Revision ist zulässig, da eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, zumal es an einer Rechtsprechung dahingehend fehlt, welcher Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz einem aufenthaltsberechtigten türkischen Staatsangehörigen, welcher Ansprüche nach Art. 6 erster Spiegelstrich des ARB 1/80 bereits erworben hat, weiters über einen Aufenthaltstitel nach § 69 NAG verfügte und auf Grund der rechtzeitigen Einbringung eines Verlängerungsantrages weiterhin zum Aufenthalt berechtigt ist und beabsichtigt, weiter einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, zu erteilen ist.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin

abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung des Erkenntnisses dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung des Erkenntnisses dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Fischer