



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38680
Telefax: (43 01) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-151/082/6508/2016-4
Ay. A.

Wien, 13.9.2016

Geschäftsabteilung: VGW-K

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Trefil über die Beschwerde des Ay. A., zuletzt vertreten durch Dipl.-Ing. M., MBA, vom 2.5.2016 gegen den Bescheid des Landeshauptmanns von Wien, MA 35 - Einwanderung und Staatsbürgerschaft, vom 30.3.2016, ZI. MA35-9/2839938-09, mit dem der Zweckänderungsantrag vom 4.2.2016 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für den Zweck "Rot-Weiß-Rot - Karte (plus)" gemäß § 26 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes - NAG, BGBl. I Nr. 100/2005, in Verbindung mit Art. 6 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates vom 19.9.1980 - ARB 1/80, abgewiesen wurde, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 5.9.2016,

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs. 1 und 2 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 25a VwGG ist gegen dieses Erkenntnis eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Das Verwaltungsgericht Wien sieht folgenden Sachverhalt als erwiesen an:

Der am ... 1990 geborene Beschwerdeführer ist türkischer Staatsangehöriger. Sein am 24.9.2012 in Wien ausgestellter Reisepass ist bis 23.9.2022 gültig. Der Beschwerdeführer hält sich seit dem Jahr 2009 rechtmäßig zu Studienzwecken in Österreich auf. Die ihm dafür zuletzt erteilte Aufenthaltsbewilligung hat eine Gültigkeitsdauer vom 21.10.2015 bis 21.10.2016 (Kartenummer ...).

Am 4.2.2016 brachte der Beschwerdeführer persönlich den vorliegenden Zweckänderungsantrag für die Erteilung eines Aufenthaltstitels für den Zweck "Rot-Weiß-Rot - Karte plus" ein. In seiner beigelegten schriftlichen Antragsbegründung stützte er sich auf seine "Rechte aus dem ARB 1/80".

Neben seinem Studium hat der Beschwerdeführer im Unternehmen des M. S. mit der eingetragenen Firma "G." (Sitz in Wien, Handelsgericht Wien, FN ...) rechtmäßig unselbständig mit Unterbrechungen, in denen das Arbeitsverhältnis mangels Arbeitserlaubnis beendet und im Anschluss neu begründet wurde, in einer Teilzeitbeschäftigung und zuletzt in Vollzeit wie folgt gearbeitet:

Erstmals begann der Beschwerdeführer eine Erwerbstätigkeit vom 2.3.2013 bis 18.10.2013 für 7 Monate und 16 Tage.

Nach einer Unterbrechung von 27 Tagen arbeitete er vom 14.11.2013 bis 17.10.2014 für 11 Monate und 3 Tage.

Nach einer weiteren Unterbrechung von 24 Tagen wurde er vom 10.11.2014 bis 8.11.2015 für 11 Monate und 29 Tage wieder eingestellt.

Nach einer Unterbrechung von 33 Tagen begann er erneut ab dem 11.12.2015 in Teilzeit zu arbeiten und ist nach einem Wechsel in ein Vollzeitarbeitsverhältnis (unmittelbar anknüpfend) mit 1.2.2016 bis heute insgesamt etwa 9 Monate (Teilzeit und Vollzeit) beschäftigt.

Den jeweiligen Antrag beim Arbeitsmarktservice (AMS) auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung für den Beschwerdeführer wurde erstmals am

25.2.2013 gestellt und mit Bescheid des AMS vom 26.2.2013 für die Zeit vom 27.2.2013 bis 18.10.2013 für eine geringfügige Beschäftigung im Ausmaß von 5 Stunden pro Woche positiv entschieden. Alle weiteren Anträge an das AMS für eine Teilzeitbeschäftigung des Beschwerdeführers (dann jeweils 10 Stunden pro Woche) wurden stets nach Ablauf der jeweils vorangehenden Bewilligungsdauer gestellt, also in den oben genannten Unterbrechungszeiträumen ohne aufrechtes Beschäftigungsverhältnis (konkret am 31.10.2013, 5.11.2014, 10.11.2015). Nur die Änderung zur Vollzeitbeschäftigung wurde am 16.12.2015 beantragt, etwa nach einem Monat nach der zuletzt am 10.11.2015 beantragten Teilzeitbeschäftigung. Die Anträge an das AMS hat der Beschwerdeführer gemeinsam mit seinem Dienstgeber vorbereitet und ausgefüllt. Auch beruhte die Beantragung der Beschäftigungsbewilligung für eine Vollzeitbeschäftigung mit dem zuletzt gestellten Antrag vom 16.12.2015 auf ihre gemeinsame Initiative.

Der Beschwerdeführer bezeichnet die jeweilige Beantragung einer weiteren arbeitsmarktrechtlichen Bewilligung jeweils erst nach Ablauf der vorangehenden Frist und die daraus resultierenden Unterbrechungen in seiner Beschäftigung als "administratives Versehen", das seine Rechtsposition nicht berühre, und verweist dazu auf Rechtsprechung der EuGH (schriftliche Antragsbegründung zum Zweckänderungsantrag vom 4.2.2016, Seite 10). Die arbeitsfreien Zeiträume hat der Beschwerdeführer für sein Studium genutzt und verblieb in dieser Zeit im Inland.

II. Das Verwaltungsgericht Wien hat sich bei der Beweiswürdigung von folgenden Erwägungen leiten lassen:

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf den in der mündlichen Verhandlung beim Verwaltungsgericht Wien am 5.9.2016 erörterten Akteninhalt. Die Zeiträume der Beschäftigung des Beschwerdeführers im Unternehmen des M. S. mit der Firma "G.", die Unterbrechungen dieser Beschäftigung und die erteilten - anhand der Bewilligungsbescheide des AMS betreffend Antragszeitpunkt und genehmigter Beschäftigungsdauer dokumentierten - Beschäftigungsbewilligungen wurden weder im verwaltungsbehördlichen noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestritten (Verhandlungsprotokoll vom 5.9.2016, Seite 2 f).

Ob die einzelnen Dienstverhältnisse von Anfang an nur befristet abgeschlossen oder im Hinblick auf die befristeten Beschäftigungsbewilligungen jeweils (einvernehmlich) zeitgerecht beendet wurden, konnte nicht in Erfahrung gebracht werden (Verhandlungsprotokoll vom 5.9.2016, Seite 3, letzter Absatz vor dem Ende der Beweisaufnahme).

Die Feststellungen betreffend Ausfüllen und Stellen der Anträge auf Erteilung der jeweiligen Beschäftigungsbewilligungen beruhen auf den Angaben des Beschwerdeführers (Verhandlungsprotokoll vom 5.9.2016, Seite 3, erster Absatz).

III. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

III.1. Rechtlicher Rahmen

Art. 6 des Beschlusses Nr. 1/80 des - durch das am 12.9.1963 in Ankara von der Republik Türkei einerseits und den Mitgliedstaaten der EWG und der Gemeinschaft andererseits unterzeichnete und durch den Beschluss 64/732/EWG vom 23.12.1963, ABl. Nr. 217/1964, S. 3685, im Namen der Gemeinschaft geschlossene, gebilligte und bestätigte Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei errichteten - Assoziationsrats über die Entwicklung der Assoziation vom 19.9.1980 (wie bisher und nachfolgend: ARB 1/80) lautet:

"Artikel 6

(1) Vorbehaltlich der Bestimmungen in Artikel 7 über den freien Zugang der Familienangehörigen zur Beschäftigung hat der türkische Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats 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 Mitgliedstaats eingetragenes anderes Stellenangebot zu bewerben;
- nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis.

(2) Der Jahresurlaub und die Abwesenheit wegen Mutterschaft, Arbeitsunfall oder kurzer Krankheit werden 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 Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche.

(3) Die Einzelheiten der Durchführung der Absätze 1 und 2 werden durch einzelstaatliche Vorschriften festgelegt."

III.2. Rechtliche Beurteilung (Spruchpunkt I)

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt kann der Beschwerdeführer bisher noch kein volles Jahr einer ununterbrochenen bzw. durchgehenden Beschäftigung vorweisen. Der längste zusammenhängende Beschäftigungszeitraum war vom 10.11.2014 bis 8.11.2015 mit einer Dauer von 11 Monaten und 29 Tagen. Zwar bestand das Dienstverhältnis des Beschwerdeführers jeweils zum gleichen Arbeitgeber, allerdings war es nicht kontinuierlich sondern mehrmals für 27, 24 und 33 Tage unterbrochen, wurde dann stets neu begründet und hat in keinem Fall ein Jahr gedauert. Insoweit sind die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 nicht erfüllt, insbesondere hat der Beschwerdeführer die sogenannte erste Verfestigungstufe nach dem ersten Gedankenstrich dieser Bestimmung nicht erreicht. Bei dieser Sachlage hat er demnach noch kein Recht zur Niederlassung (unmittelbar) aus Art. 6 ARB 1/80 erworben.

Eine andere Sichtweise könnte nur dann Platz greifen, wenn eine Zusammenzählung der Beschäftigungszeiten des Beschwerdeführers aufgrund der diesfalls gegebenen Arbeitgeberidentität zu erfolgen hätte oder das Fehlen von 2 Tagen auf ein ganzes Beschäftigungsjahr als unschädliche, weil nur ganz kurzfristige Unterschreitung der geforderten zeitlichen Voraussetzung anzusehen wäre.

Zum erstgenannten Aspekt ist der Rechtsansicht der belangten Behörde beizupflichten, dass eine Zusammenzählung der nicht durchgehenden Beschäftigungszeiten (im Zeitpunkt der Bescheiderlassung von "2,7 Jahren", nunmehr im September 2016 etwa drei Jahre und dreieinhalb Monate) aufgrund der jeweiligen Unterbrechungen nicht in Betracht kommt. Die hier vorliegenden Lücken ohne ein Beschäftigungsverhältnis von jeweils dreieinhalb bis viereinhalb Wochen können nicht als unschädliche Zeiträume wie Jahresurlaub, Abwesenheit

wegen Arbeitsunfall oder kurzer Krankheit angesehen werden (vgl. Art. 6 Abs. 2 erster Satz ARB 1/80). Der Beschwerdeführer scheint offenbar auch Art. 6 Abs. 2 zweiter Satz ARB 1/80 als relevante Rechtsgrundlage für die Zusammenrechnung aller Beschäftigungszeiten heranziehen zu wollen, wie sich aus seinem Verweis auf die Urteile des EuGH vom 23.1.1997, Rs. C-171/95, *Tetik*, und vom 10.1.2006, Rs. C-230/03, *Sedef*, ergibt. Diese Rechtsauffassung ist jedoch nicht zutreffend und auch von der ins Treffen geführten Rechtsprechung des EuGH nicht gedeckt.

Der EuGH hat die Zusammenrechnung bei unterbrochener Erwerbstätigkeit vor Erreichen der ersten Verfestigungstufe gemäß Art. 6 Abs. 1 erster Gedankenstrich ARB 1/80, also bei Fehlen eines ununterbrochenen vollen Beschäftigungsjahres, wie folgt verneint (vgl. das - auch von der belangten Behörde bereits zitierte - Urteil des EuGH vom 26.10.2006, Rs. C-4/05, *Güzeli*, Rz. 43 und 45, Hervorhebungen durch das Verwaltungsgericht Wien):

"43 Aus der Begründung des Vorlagebeschlusses ergibt sich, dass das vorliegende Gericht bei seinen Überlegungen davon ausgeht, dass nur die vorherigen Beschäftigungszeiten, die die in den drei Gedankenstrichen von Artikel 6 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 aufgestellte Voraussetzung bezüglich der Dauer der Beschäftigung erfüllen, nicht von den in Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 dieses Beschlusses genannten Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit berührt werden. Der Analyse des nationalen Gerichts liegt der Gedanke zugrunde, dass Herr Güzeli mindestens ein Jahr lang (die in Artikel 6 Absatz 1 erster Gedankenstrich des Beschlusses Nr. 1/80 vorgesehene Dauer) hätte beschäftigt sein müssen, damit ihm ein 'erworbener Anspruch' im Sinne von Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 dieser Entscheidung zuerkannt werden kann, der von einer vorübergehenden Unterbrechung nicht berührt wird.

44 Eine solche Auslegung ist mit dem Zweck von Artikel 6 Absatz 2 Satz 2 des Beschlusses Nr. 1/80 vereinbar, der die Aufrechterhaltung und den Fortbestand der Ansprüche gewährleisten soll, die ein türkischer Arbeitnehmer aufgrund vorher zurückgelegter Beschäftigungszeiten bereits erworben hat. Der dort verwendete Begriff 'Ansprüche' beinhaltet, dass es sich nicht um Zeiten von beliebiger - gegebenenfalls äußerst kurzer - Dauer handelt, sondern um vorherige Beschäftigungszeiten, die ausreichend lang sind, um einen Anspruch auf die Beschäftigung zu begründen, der nach der Logik dieser Vorschrift - unbeschadet der vorübergehenden Unterbrechung der Erwerbstätigkeit aus Gründen, die dem türkischen Arbeitnehmer nicht angelastet werden können - fortbestehen soll.

45 Im vorliegenden Fall hatte Herr Güzeli zum Zeitpunkt der Unterbrechung seiner Beschäftigung bei Lambertz aber noch keinen solchen 'Anspruch' erworben, da er nur acht Monate lang (vom 10. April bis 14. Dezember 2000), also nicht ausreichend lange gearbeitet hatte, um einen Anspruch nach Artikel 6 Absatz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 zu begründen."

Der EuGH schließt aus dem verwendeten Begriff "Ansprüche" in Art. 6 Abs. 2 zweiter Satz ARB 1/80, dass bei der Unterbrechung einer Beschäftigung assoziationsrechtliche Ansprüche bereits bestehen bzw. entstanden sein müssen und bei einer Unterbrechung vor Erreichen der ersten Verfestigungstufe Art. 6 Abs. 2 zweiter Satz ARB 1/80 keine Anwendung findet (anderer Ansicht noch *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWT-Türkei (2005), 76 und 77 (insbesondere bei Fußnote 274), der neben dem Fortbestand einmal erworbener Rechte auch "Anwartschaften" vor Erreichen der ersten Integrationsstufe unter Schutzzweckgesichtspunkten tendenziell mitumfasst sieht, wobei ihm das zitierte Urteil des EuGH vom 26.10.2006 bei Drucklegung 2005 noch nicht vorliegen konnte).

Die beiden vom Beschwerdeführer zitierten Urteile des EuGH sind unter diesem Aspekt auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar: In beiden Fällen hatte der dort klagende türkischen Staatsangehörigen die erste Integrationsstufe im Sinne des Art. 6 Abs. 1 erster Gedankenstrich ARB 1/80 bereits erreicht (vgl. Rz. 25 des Urteils des EuGH vom 23.1.1997, Rs. C-171/95, *Tetik*; und Rz. 17 zweiter Gedankenstrich des Urteils des EuGH vom 10.1.2006, Rs. C-230/03, *Sedef*).

Auch die weitere Rechtsprechung des EuGH im Kontext des ARB 1/80 zu einem kurzfristigen unrechtmäßigen Aufenthalt bei einer von den Behörden - ungeachtet dessen dennoch - verlängerten Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Wien mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar und kann daher auf diesen Beschwerdefall nicht herangezogen werden (vgl. die Urteile des EuGH vom 30.9.1997, Rs. C-98/96, *Ertanir*; und 16.3.2000, Rs. C-329/97, *Ergat*).

Schließlich rechtfertigt die lediglich um 2 Tage erfolgte Unterschreitung der geforderten Einjahresfrist keine andere rechtliche Beurteilung, mögen die Unterbrechungen offenbar auf die gesetzlich gebotene Einhaltung der zeitlichen Vorgaben in den Beschäftigungsbewilligungen bzw. des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AusIBG, BGBl. Nr. 218/1975, zurückzuführen sein. Bei einem wenn

auch sehr knappen Unterschreiten (nicht als willkürlich anzusehender) geltender Grenzwerte kommt ohne eine dies ermöglichende Rechtsgrundlage eine andere rechtliche Beurteilung nicht in Frage (grundsätzlich ist eine solche zur Abfederung von Härten vorgesehene Ausnahmebestimmung mit Art. 6 Abs. 2 ARB 1/80 auch vorhanden, im vorliegenden Fall jedoch nicht anwendbar). Ganz generell steht es den Normadressaten nicht entgegen bzw. sind sie angehalten, ihr Verhalten - soweit möglich - an normative Zeitvorgaben und fixe Stichtagsregelungen auszurichten. In diesem Fall kam das auch durchaus in Betracht (vgl. insbesondere § 19 sowie § 20a und § 20b AuslBG). Dass der Arbeitgeber über das aufenthaltsrechtliche Schicksal des Arbeitnehmers (gar missbräuchlich) disponieren könnte (vgl. die nicht von der Hand zu weisenden Bedenken bei *Akyürek*, Das Assoziationsabkommen EWT-Türkei (2005), 77 (insbesondere bei FN 274)), war beim festgestellten Sachverhalt im vorliegenden Beschwerdefall gerade nicht anzunehmen.

Die Beschwerde (gegen die Abweisung des Zweckänderungsantrags) ist daher abzuweisen.

III.3. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision (Spruchpunkt II)

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil ausgehend von der hier relevanten, unionsrechtlich geklärten Rechtsfrage der Voraussetzungen für die Zusammenrechnung von Beschäftigungszeiten im Anwendungsbereich des Art. 6 ARB 1/80 keine weitere über den Einzelfall hinausgehende - nach nationalen Recht zu beurteilende - Rechtsfragen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beantworten war, der über diesen Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis kann Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder eine außerordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde bzw. Revision ist durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem, die Revision an den Verwaltungsgerichtshof jedoch beim Verwaltungsgericht Wien

innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung einzubringen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von jeweils 240 Euro beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Der entsprechende Einzahlungsbeleg ist der Beschwerde bzw. Revision im Original anzuschließen.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Trefil

Richter