

# TE Vfgh Erkenntnis 2008/6/27 G240/07 ua

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 27.06.2008

## Index

62 Arbeitsmarktverwaltung

62/01 Arbeitsmarktverwaltung

## Norm

B-VG Art18 Abs1

EMRK Art7

AuslBG §18, §28 Abs1 Z1 litb, §32a

## Leitsatz

Kein Verstoß der Bestimmungen über die Strafbarkeit illegaler Ausländerbeschäftigung im Fall von betriebsentsandten Ausländern im Ausländerbeschäftigungsgesetz gegen das Bestimmtheitsgebot bzw das Klarheitsgebot iSd EMRK

## Spruch

Die Anträge werden teils zurückgewiesen, teils abgewiesen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Beim Verwaltungsgerichtshof ist eine zu 2006/09/0139

protokolierte Beschwerde gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Burgenland anhängig; im zugrunde liegenden Verwaltungsstrafverfahren wurden über die mitbeteiligten Parteien zunächst Geldstrafen gemäß dem dritten Strafsatz des §28 Abs1 Z1 litb iVm §18 Abs1 AuslBG verhängt. Mit dem vor dem Verwaltungsgerichtshof vom Bundesminister für Finanzen angefochtenen Bescheid wurde den von den mitbeteiligten Parteien erhobenen Berufungen Folge gegeben. Die Verwaltungsstrafverfahren wurden eingestellt.

Aus Anlass dieses Verfahrens stellte der Verwaltungsgerichtshof gemäß Art140 B-VG den Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge

"§28 Abs1 Z. 1 litb des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 126/2002, als verfassungswidrig aufheben."

Dieser Antrag des Verwaltungsgerichtshofes ist hg. zu G240/07 protokolliert.

2. Die angefochtenen Bestimmungen stehen in folgendem rechtlichen Zusammenhang:

Ein Arbeitgeber darf einen Ausländer u.a. nur dann beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung ausgestellt wurde (§3 Abs1 AuslBG).

Die Voraussetzungen für die Beschäftigung von betriebsentsandten Ausländern sind in den §§18 und 19 AuslBG geregelt:

"§18. (1) Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, bedürfen, soweit im folgenden nicht anderes bestimmt ist, einer Beschäftigungsbewilligung. Dauern diese Arbeiten nicht länger als sechs Monate, bedürfen Ausländer einer Entsendebewilligung, welche längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf.

...

(11) Für Arbeiten, die im Bundesgebiet üblicherweise von Betrieben der Wirtschaftsklassen Hoch- und Tiefbau, Bauinstallation, sonstiges Baugewerbe und Vermietung von Baumaschinen und Baugeräten mit Bedienungspersonal gemäß der Systematik der ÖNACE erbracht werden, kann eine Entsendebewilligung nicht erteilt werden.

...

Antragseinbringung

§19. (1) Der Antrag auf Ausstellung einer Sicherungsbescheinigung bzw. Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung ist unbeschadet der Abs2 und 3 und des §18 vom Arbeitgeber bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen, in dessen Sprengel der in Aussicht genommene Beschäftigungsort liegt, bei wechselndem Beschäftigungsort bei der nach dem Sitz des Betriebes zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice.

...

(3) Ist kein Arbeitgeber im Bundesgebiet vorhanden, ist der Antrag nach Abs1 für den Fall, daß eine Person im Sinne des §2 Abs3 vorhanden ist, von dieser, in allen anderen Fällen vom Ausländer zu beantragen. Der Antrag ist bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen, in dessen Sprengel die Arbeitsleistungen bzw. Beschäftigungen erbracht werden."

Die Strafbestimmung des §28 Abs1 Z1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. 218/1975, idF BGBl. I 126/2002, lautet (die angefochtenen Teile sind hervorgehoben):

"§28. (1) Sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde zu bestrafen

1. wer,

a) entgegen §3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§§4 und 4c) oder Zulassung als Schlüsselkraft (§12) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§3 Abs5) oder eine Arbeitserlaubnis (§14a) oder ein Befreiungsschein (§§15 und 4c) oder Niederlassungsnachweis (§24 FrG) ausgestellt wurde, oder

b) entgegen dem §18 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung oder Anzeigebestätigung erteilt wurde, oder

c) entgegen der Untersagung der Beschäftigung eines Inhabers einer Arbeitserlaubnis (§14g) diesen beschäftigt,

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis zu 5 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 2 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis zu 25 000 Euro;

..."

3. Der Verwaltungsgerichtshof legt die Bedenken gegen die angefochtene Bestimmung wie folgt dar:

"Die Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes richten sich gegen die Strafbestimmung des §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG insgesamt, die dem danach verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen - unter Strafsanktion - unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes unzumutbare Verhaltenspflichten auferlegen dürfte.

Die Strafdrohung des §28 Abs1 Z. 1 AuslBG enthält keine Differenzierung dahingehend, ob der Bestrafte den Ausländer

selbst beschäftigt (lita) oder die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland beschäftigt wird, nur 'in Anspruch nimmt' (litb); die Strafdrohung enthält weiters auch keine Differenzierung dahingehend, ob es nach dem AuslBG Sache des Bestraften oder des Ausländers gewesen wäre, für die Erteilung einer Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung zu sorgen.

...

Derjenige nimmt die Arbeitsleistung eines 'betriebsentsandten Ausländers' im Sinne des §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG 'in Anspruch', zur Erfüllung dessen Werkes oder Auftrages die Arbeitsleistungen der vom ausländischen Arbeitgeber beschäftigten Ausländer dienen. Dies ist dann der Fall, wenn der Einsatz 'betriebsentsandter Ausländer' als Erfüllungsgehilfen eines ausländischen Arbeitgebers erfolgt, um dessen Verpflichtungen aus einem Werkvertrag (oder Werklieferungsvertrag) gegenüber einem inländischen Besteller (oder dessen Auftragnehmer) zu erfüllen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Jänner 2002, Zl. 2000/09/0088). Streng zu unterscheiden ist der Fall des 'in Anspruch' Nehmens einer ausländischen Arbeitskraft jedenfalls vom Fall der Verwendung einer überlassenen Arbeitskraft; letztere ist gemäß §2 Abs2 lite AuslBG als Beschäftigung zu qualifizieren und daher - wenn dies ohne die erforderliche Bewilligung erfolgt - nach §28 Abs1 Z. 1 lita AuslBG zu ahnden.

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu §18 AuslBG wird in dieser Hinsicht ausgeführt, es sei für die von dieser Bestimmung erfassten 'betriebsentsandten Ausländer' charakteristisch, dass es sich um solche Ausländer handelt, deren Arbeitgeber im Bundesgebiet keinen Betriebssitz und auch sonst keinen inländischen Anknüpfungspunkt aufzuweisen vermag und dass im Regelfall kein direktes rechtliches Verhältnis mit der im Bundesgebiet befindlichen Person besteht. Eine Unterstellung dieser Ausländer unter die Bewilligungspflicht nach dem AuslBG sei 'vom arbeitsmarktpolitischen Standpunkt aus unumgänglich, damit einerseits ein unkontrolliertes Einströmen solcher Ausländer auf den inländischen Arbeitsmarkt auf der Basis von zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen abgeschlossenen Werkverträgen oder sonstigen privatrechtlichen Vereinbarungen verhindert und andererseits eine Benachteiligung inländischer Arbeitskräfte vermieden werden kann' (1451 BlgNR 13. GP, S 31).

Dem Bewilligungsregime und den Strafbestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes liegt die Zielsetzung zu Grunde sicherzustellen, dass im Bundesgebiet Arbeitsleistungen nur von in den österreichischen Arbeitsmarkt integrierten und hier zugelassenen Arbeitskräften erbracht werden. Es geht dem Gesetzgeber - wie dargelegt - einerseits um die Verhinderung eines 'unkontrolliertes Einströmens' von Arbeitskräften auf den inländischen Arbeitsmarkt auch wenn dies auf der Basis von zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen abgeschlossenen Werkverträgen oder sonstigen privatrechtlichen Vereinbarungen erfolgt und andererseits um die Hintanhaltung einer Benachteiligung inländischer Arbeitskräfte. Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch die Bedenken, dass der Gesetzgeber mit der Strafbestimmung des §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG dieses rechtspolitische Ziel auf überschießende Weise verfolgt haben dürfte und das Sachlichkeitsgebot auch dadurch verletzt hat, dass für die Straftat der lita und der litb des §28 Abs1 Z. 1 AuslBG dieselbe Strafdrohung festgelegt wurde.

Das in den in §28 Abs1 Z. 1 lita AuslBG einerseits und in §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG andererseits verpönte Verhalten dürfte sich hinsichtlich des damit jeweils typischerweise verbundenen Grades des Verschuldens nämlich erheblich unterscheiden, worauf bei der Festlegung der Untergrenze des angefochtenen Strafrahmens auf eine gleichheitsrechtlich bedenkliche Weise keine Rücksicht genommen worden ist.

Für die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit nach §28 Abs1 Z. 1 lita AuslBG macht es zwar keinen Unterschied, ob der Ausländer in einem Arbeitsverhältnis zum Beschäftigten steht (§2 Abs2 lita AuslBG), ob es sich zwischen dem Bestraften und der ausländischen Arbeitskraft um ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis handelt (§2 Abs2 litb AuslBG), ob der Ausländer in einem Ausbildungsverhältnis zum Bestraften steht (§2 Abs2 litc leg. cit.), oder aber, ob der Ausländer von dem nach §28 Abs1 Z. 1 lita AuslBG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlichen als von einem anderen Arbeitgeber überlassene Arbeitskraft verwendet wird (§2 Abs1 lite AuslBG).

Das mit lita leg. cit. unter Strafe gestellte Verhalten setzt aber jedenfalls das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen dem Bestraften und der ausländischen Arbeitskraft dergestalt voraus, dass auf Grund der gemäß §2 Abs4 AuslBG gebotenen Betrachtung des wahren wirtschaftlichen Gehalts und nicht der äußeren Erscheinungsform dieses Verhältnisses ein Mindestmaß an wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit der Arbeitskraft vom Bestraften bestehen muss (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2006, Zl. 2005/09/0153, m.w.N.). Nur in diesem Fall besteht eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschäftigten.

In allen diesen Fällen besitzt der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche eine Anordnungs- und Aufsichtsbefugnis sowie eine Fürsorgepflicht gegenüber der von ihm verwendeten - und mit ihm in der Fällen der §2 Abs2 lit a bis c leg. cit. auch in einem Rechtsverhältnis stehenden - ausländischen Arbeitskraft (vgl. zur Stellung einer überlassenen Arbeitskraft insb. §6 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes). Aufgrund dieser Befugnis und Fürsorgepflicht ist der Beschäftigte in der Lage, die Zulassung der Arbeitskraft zum österreichischen Arbeitsmarkt einer Kontrolle zu unterziehen und sie - wenn erforderlich - auch an der weiteren Ausübung einer allenfalls unerlaubten Tätigkeit zu hindern, wenn sich herausstellen sollte, dass die Arbeitskraft nicht über die nach dem AuslBG erforderlichen Papiere verfügt.

Gerade dies ist nicht der Fall, wenn die Arbeitsleistung einer von einem im Ausland befindlichen Arbeitgeber in das Bundesgebiet entsandten Arbeitskraft gemäß §28 Abs1 Z. 1 lit b AuslBG bloß 'in Anspruch' genommen wird. Beim Arbeitgeber und Entsender kann es sich um einen Unternehmer handeln, der mit demjenigen, der die der Arbeitsleistungen 'in Anspruch' nimmt, in einem Vertragsverhältnis steht, wobei ein Werkvertrag, allenfalls auch ein Werklieferungsvertrag vorliegen kann. §28 Abs1 Z. 1 lit b AuslBG erfasst aber auch jene Fälle, in denen dies nicht der Fall ist, etwa dann, wenn es sich beim Entsender um einen Subauftragnehmer des Vertragspartners desjenigen handelt, der Arbeitsleistungen im Sinne dieser Bestimmung 'in Anspruch' nimmt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2005, Zl. 2004/09/0064).

Für jeden Anwendungsfall des §28 Abs1 Z. 1 lit b AuslBG ist es charakteristisch, dass der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche in keiner Rechtsbeziehung zur ausländischen Arbeitskraft selbst steht und dieser gegenüber auch typischerweise keine Anordnungs- oder Aufsichtsbefugnis besitzt. Sein Verschulden im Hinblick auf eine bewilligungslose Tätigkeit von Ausländern im Bundesgebiet muss daher im Vergleich zu demjenigen, der Ausländer ohne die erforderlichen Papiere selbst beschäftigt, insgesamt typischerweise als geringer angesehen werden.

Der Verfassungsgerichtshof ist in seinem Erkenntnis Slg. Nr. 15.785/2000 davon ausgegangen, dass, selbst wenn aus Gründen der General- und Spezialprävention vom Gesetzgeber strenge Strafen intendiert sind, auch in diesen Fällen die Strafe in einem angemessenen Verhältnis zum Grad des Verschuldens und zur Höhe des durch das Vergehen bewirkten Schadens stehen muss (vgl. VfSlg. 9901/1983 und 11.587/1987).

Aus dem ist zu ersehen, dass sich die Straftatbestände des §28 Abs1 Z. 1 lit a AuslBG einerseits und des §28 Abs1 Z. 1 lit b AuslBG andererseits im Hinblick auf den Grad des damit verbundenen Verschuldens als derart unterschiedlich erweisen, dass dies von Verfassungs wegen auch bei der Festlegung der damit verbundenen Strafdrohung zum Ausdruck zu bringen gewesen wäre. Es ist auch bei Anerkennung aller general- und spezialpräventiven Motive des Gesetzgebers nicht adäquat, in beiden Fällen dieselbe Strafdrohung vorzusehen, auch insofern ist die mit der unter I. angefochtenen Gesetzesstelle festgelegte Mindeststrafdrohung selbst unter Anwendung des §20 VStG für denjenigen, der Arbeitsleistungen gemäß §28 Abs1 Z. 1 lit b AuslBG bloß 'in Anspruch' nimmt, als überschießend bedenklich (vgl. vor allem VfSlg. 15.785/2000).

Das Gesetz unterscheidet im Fall einer Beschäftigung gemäß §18 AuslBG zwei Fälle, wer jeweils für die Erteilung der erforderlichen Bewilligungen zu sorgen hat: Ist der Ausländer in einem Betrieb im Bundesgebiet tätig, so hat gemäß §19 Abs3 i.V.m. §2 Abs3 lit b AuslBG 'der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird' (§2 Abs3 lit b AuslBG) den Antrag auf Erteilung von Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung zu stellen. Diese Person ist nach dem Einleitungssatz des §2 Abs3 AuslBG '(d)en Arbeitgebern gleichzuhalten'. Ist keine dem Arbeitgeber in diesem Sinne gleichzuhaltende Person im Bundesgebiet vorhanden, so hat der vom Ausland in das Bundesgebiet entsandte Ausländer gemäß §19 Abs3 AuslBG selbst einen Antrag auf Erteilung einer Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung zu stellen, in welchem Fall er im diesbezüglichen Verfahren im Grunde des §21 AuslBG sogar ausnahmsweise uneingeschränkt Parteistellung im Verfahren genießt.

Das Gesetz enthält in den angefochtenen Gesetzesstellen auch in dieser Hinsicht keine Differenzierung. In beiden Fällen ist gemäß §28 Abs1 Z. 1 AuslBG eine am selben Strafrahmen bemessene Strafe zu verhängen, ungeachtet des Umstandes, ob der Bestrafte - angesichts der Erbringung von Arbeitsleistungen des Ausländers in seinem Betrieb - selbst für die Erteilung von Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung hätte sorgen müssen oder ob dies - weil vom Ausländer keine Arbeitsleistungen in einem Betrieb geleistet wurden - Sache des entsandten Ausländers selbst gewesen wäre.

Auch in dieser Hinsicht dürften sich die beiden Verhaltensweisen hinsichtlich des damit jeweils typischerweise

verbundenen Grades des Verschuldens erheblich unterscheiden, worauf bei der Festlegung der Untergrenze des angefochtenen Strafrahmens auf eine gleichheitsrechtlich bedenkliche Weise ebenfalls keine Rücksicht genommen worden ist.

Der im Ausland befindliche Arbeitgeber trifft die Entscheidung über die Entsendung der ausländischen Arbeitskraft in das Bundesgebiet, die hier in seinem Auftrag, unter seiner Aufsicht und für seine Zwecke Arbeitsleistungen erbringen soll. Nach dem angefochtenen §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG muss der nach dieser Bestimmung verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche die Folgen dieser Entscheidung in Form einer Strafe gegen sich gelten lassen, wenn für den entsandten Ausländer eine Entsendebewilligung oder Beschäftigungsbewilligung nicht erteilt ist. Dies trifft sogar dann zu, wenn der verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche - mangels eines Betriebes, in dem die Arbeitsleistungen erbracht werden - auch von Gesetzes wegen für die Beantragung dieser Bewilligungen gar nicht selbst sorgen kann, sondern dies vielmehr Sache des entsandten Ausländers selbst gewesen wäre.

Dies trifft darüber hinaus auch dann zu, wenn der zu Bestrafende mit dem Arbeitgeber des entsandten Ausländers in keinem Rechtsverhältnis steht, etwa dann, wenn es sich beim Entsender um einen Subauftragnehmer des Vertragspartners desjenigen handelt, der Arbeitsleistungen im Sinne dieser Bestimmung 'in Anspruch' nimmt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2005, Zl. 2004/09/0064).

Zwar steht der gemäß §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG verwaltungsstrafrechtlich Verantwortliche mit einem betriebsentsandten Ausländer regelmäßig in keiner Rechtsbeziehung und besitzt diesem gegenüber daher auch keine Aufsichtsbefugnisse. Auch räumt das Gesetz demjenigen, der Arbeitsleistungen im Sinne des §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG 'in Anspruch nimmt', gegenüber den vom Ausland entsandten Arbeitnehmern keine Befugnis zur Ausübung einer Kontrolle dahingehend ein, ob diese im Besitz der von §18 AuslBG geforderten Papiere sind. Dennoch verlangt §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG - in Verbindung mit §5 Abs1 VStG (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2005, Zl. 2004/09/0051, und das hg. Erkenntnis vom 19. Oktober 2005, Zl.2004/09/0064) von ihm unter Strafsanktion, derartige Kontrollen durchzuführen und von dem im Ausland sitzenden Arbeitgeber entsandte bewilligungslose Ausländer an der Ausübung ihrer bewilligungslosen Tätigkeit zu hindern und damit Leistungsstörungen hinsichtlich des von ihm in Auftrag gegebenen Werks oder hinsichtlich der Erfüllung des von ihm in Auftrag gegebenen Werklieferungsvertrags in Kauf zu nehmen. Dies ist typischerweise der Fall, wenn der entsandte Ausländer in keinem Betrieb des 'in Anspruch' Nehmers tätig ist.

§28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG dürfte letztlich jedermann in die verwaltungsstrafrechtlich sanktionierte Pflicht nehmen, zu garantieren, dass zur Erfüllung eines von ihm an einen Dritten erteilten Auftrages kein von einem im Ausland sitzenden Arbeitgeber entsandter Ausländer ohne die nach dem AuslBG erforderliche Bewilligung verwendet wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat nunmehr das Bedenken, dass dies dem gemäß §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG Verantwortlichen unter Berücksichtigung des Sachlichkeitsgebotes nicht zugemutet werden darf.

Mit §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG dürfte eine ähnliche rechtliche Konstellation vorliegen, wie sie der Verfassungsgerichtshof in seinen insofern vergleichbaren Erkenntnissen VfSlg. 15.200/1998 und 16.662/2002 als gleichheitswidrig erachtet hat: In den angeführten Erkenntnissen hat der Verfassungsgerichtshof die Auffassung vertreten, dass eine mit Strafe bedrohte Verhaltenspflicht nur dann als dem Sachlichkeitsgebot entsprechend erachtet werden kann, wenn sie als dem Verpflichteten zumutbar angesehen werden kann, und dass eine nicht weiter eingeschränkte, strafbewehrte Belastung von Privaten mit Kontrollaufgaben, die in erster Linie den Behörden obliegen, als unzumutbar erachtet werden muss (vgl. VfSlg. 16.662/2002).

Ähnlich wie in diesem Fall dürfte es auch im vorliegenden Fall dem den Gesetzgeber bindenden Sachlichkeitsgebot widersprechen, demjenigen, der Arbeitsleistungen im Sinne des §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG 'in Anspruch nimmt', in all diesen Fällen, in denen er auf die Entscheidung der Entsendung keinen Einfluss hat und auch dann, wenn weder er selbst für die notwendigen Papiere der Ausländer zu sorgen hat noch mit deren Arbeitgeber in einem Rechtsverhältnis steht, mit einer Verwaltungsstrafe zu bedrohen und bei Verwirklichung des Tatbestandes auch zu bestrafen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat gegen §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG letztlich auch im Hinblick auf das in Art18 Abs1 B-VG festgelegte Legalitätsprinzip, das in Art7 EMRK für Strafbestimmungen verfassungsrechtlich besonders hervorgehoben und bekräftigt ist, verfassungsrechtliche Bedenken. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass das in diesen Verfassungsbestimmungen normierte Bestimmtheitsgebot selbst angesichts des Umstandes, dass es sich hier um wirtschaftliche Sachverhalte handelt, weder als differenziert, noch als gelockert angesehen werden kann. Vielmehr

muss, so glaubt der Verwaltungsgerichtshof die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu verstehen, das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot in diesem Zusammenhang als streng angesehen werden.

Der Verfassungsgerichtshof hat in diesem Zusammenhang seine diesbezügliche Rechtsprechung in seinem Erkenntnis VfSlg. 14.606/1996 wie folgt zusammengefasst:

'Der Verfassungsgerichtshof hat wiederholt, so etwa im Erkenntnis VfSlg. 3207/1957, zum Ausdruck gebracht, dass es im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip unbedingt erforderlich ist, dass der Gesetzgeber klar und unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen hat, wo er strafen will, und dass die Rechtsordnung dem einzelnen die Möglichkeit geben muss, sich dem Recht gemäß zu verhalten (s. auch VfSlg. 4037/1961, 9187/1981). In seiner neueren Rechtsprechung hat der Verfassungsgerichtshof des Weiteren unter ausdrücklicher Berufung auf Entscheidungen der EKMR ausgesprochen, dass Art7 EMRK unter anderem das Gebot in sich schließt, Strafvorschriften so klar zu gestalten, dass es dem einzelnen möglich ist, sein Verhalten am Gesetz zu orientieren (VfSlg. 11776/1988 mit einer Darstellung der Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Judikatur zu dem in Art7 EMRK enthaltenen 'Klarheitsgebot').'

Diesen Anforderungen dürfte die angefochtene Strafbestimmung des §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG nicht entsprechen. Insbesondere dürfte darin der strafbare Tatbestand des 'in Anspruch' Nehmens einer ausländischen Arbeitskraft, der weder im AuslBG definiert, noch sonst in der Rechtsordnung verwendet wird, nicht mit der für Strafbestimmungen erforderlichen Klarheit umschrieben sein. Schon die Gesetzesmaterialien, in denen - wie dargelegt - davon die Rede ist, dass der Ausländer in diesen Fällen mit dem Bestraften gerade in keinem Rechtsverhältnis steht, dürften mit dem Begriff des 'in Anspruch' Nehmens, in Widerspruch stehen. Zwar ist zuzugestehen, dass der Verwaltungsgerichtshof die angefochtene Strafbestimmung in seiner Rechtsprechung durchaus angewendet, keine diesbezüglichen Bedenken gepflogen und versucht hat, den näheren Anwendungsbereich der angefochtenen Vorschrift in seiner Rechtsprechung zu präzisieren. Dies vermag an der Unklarheit des Gesetzeswortlauts allerdings nichts zu ändern, sodass sich der Verwaltungsgerichtshof veranlasst sieht, auch seine diesbezüglichen Bedenken geltend zu machen.

Darüber hinaus hegt der Verwaltungsgerichtshof auch im Hinblick auf das Rechtsstaatlichkeitsgebot des Art18 B-VG Bedenken gegen die angefochtene Norm, weil der in §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG zitierte §18 leg. cit. in seinem Abs11 auf die ÖNACE verweist und es durchaus subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben bedürfte um zu verstehen, welche konkreten Anordnungen im konkreten Fall getroffen werden sollten.

Der Verwaltungsgerichtshof stellt daher den im Spruch enthaltenen Antrag."

4. Die Bundesregierung äußert sich zu den Bedenken wie folgt:

"1. Zu den Bedenken im Hinblick auf Art18 B-VG:

1.1 Der Verwaltungsgerichtshof hegt das Bedenken, dass §18 AuslBG, auf den die angefochtene Bestimmung verweist, insofern gegen das aus Art18 B-VG abzuleitende Bestimmtheitsgebot verstoße, als in seinem Abs11 auf die 'ÖNACE' (österreichische Version der europäischen Wirtschaftstätigkeitenklassifikation - 'Nomenclature generale des activites economiques dans les communautes europeennes', die nach der Verordnung (EG) Nr. 29/2002 seit 1. Jänner 2003 für alle Mitgliedstaaten verbindlich anzuwenden ist) verwiesen werde und es durchaus subtiler Sachkenntnisse, außerordentlicher methodischer Fähigkeiten und einer gewissen Lust am Lösen von Denksportaufgaben bedürfe, um zu verstehen, welche Anordnungen im konkreten Fall getroffen werden sollten.

Dazu ist auf den Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 6. Juni 2005, B691/04-9, zu verweisen, mit dem dieser die Behandlung einer Bescheidbeschwerde abgelehnt hat, in der ebenfalls eine Verletzung des Art18 B-VG durch den Verweis auf die ÖNACE in §18 Abs11 AuslBG gerügt wurde. Der Verfassungsgerichtshof führte in seinem Beschluss aus, dass die Umschreibung der nur nach ihrer Art maßgeblichen Betriebe ungeachtet des Hinweises auf die ÖNACE ausreichend bestimmt sei. Die Beschwerde wurde an den Verwaltungsgerichtshof abgetreten, der sie mit Erkenntnis vom 22. März 2007, Zl. 2005/09/0104, als unbegründet abgewiesen hat.

Im Übrigen ist Art18 Abs11 AuslBG zwar formal von der Verweisung in §28 Abs1 Z1 litb AuslBG ('entgegen §18') erfasst, tatsächlich kommt die Anwendung dieser Bestimmung bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach §28 Abs1 Z1 litb AuslBG nicht in Betracht, weil sie lediglich die Voraussetzungen enthält, unter denen die Behörde eine Entsendebewilligung nicht erteilen darf, während es für die Strafbarkeit darauf ankommt, ob eine Entsendebewilligung tatsächlich erteilt wurde.

1.2 Den weiteren Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes im Hinblick auf das Legalitätsprinzip ist - wie schon im Verfahren G159/07 - entgegen zu halten, dass allein der Umstand, dass der Begriff des 'in Anspruch' Nehmens im AuslBG sonst nicht vorkommt, noch nicht bedeutet, dass er nicht hinreichend bestimmt ist. Der Gesetzgeber hat hier bewusst einen offenen Begriff gewählt, um zu gewährleisten, dass jede - und nicht etwa nur die auf einem Vertragsverhältnis oder einer sonstigen Rechtsbeziehung beruhende - Inanspruchnahme der Arbeitsleistung von Ausländern ohne die erforderliche Genehmigung unter Strafe steht. Ähnlich weit ist §2 Abs2 AuslBG formuliert, der unter dem Begriff 'Beschäftigung' im Wesentlichen alle Formen der Verwendung eines Ausländers erfasst.

2. Zu den Bedenken im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz:

Der Verwaltungsgerichtshof bringt dazu im Wesentlichen vor, dass das nach §28 Abs1 Z1 lit a AuslBG einerseits und das nach §28 Abs1 Z1 lit b AuslBG andererseits verpönte Verhalten sich hinsichtlich des damit jeweils typischerweise verbundenen Grades des Verschuldens erheblich unterschieden, worauf bei der Festlegung der Untergrenze des angefochtenen Strafrahmens auf eine gleichheitsrechtlich bedenkliche Weise keine Rücksicht genommen worden sei. Außerdem sei §28 Abs1 Z1 lit b AuslBG insgesamt unsachlich, weil - auf das Wesentlichste zusammengefasst - die 'Inanspruchnahme' von Arbeitsleistungen auch in Fällen unter Strafe gestellt werden, in denen der 'Inanspruchnehmende' weder Kontrollbefugnisse gegenüber dem Ausländer noch Einfluss auf die Entscheidung der rechtswidrigen Entsendung habe.

Dem ist aus der Sicht der Bundesregierung - wie schon im Verfahren G159/07 - Folgendes entgegenzuhalten:

2.1 Zunächst sei abermals betont, dass - wie auch der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung festhält - die illegale Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften auf gesamtwirtschaftlicher Ebene zu volkswirtschaftlichen Schäden durch den Entfall von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung und zu einer Wettbewerbsverzerrung führt (vgl. zB die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 30. August 1991, Zl. 91/09/0022 und Zl. 91/09/0134).

§18 AuslBG soll die unter der Bezeichnung 'betriebsentsandte Ausländer' zusammengefasste Sonderform der Beschäftigung von Ausländern im Bundesgebiet regeln. Wie in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (1451 BlgNR 13. GP) ausgeführt, ist für diese Art der Beschäftigung charakteristisch, dass es sich um solche Ausländer handelt, deren Arbeitgeber im Bundesgebiet keinen Betriebsitz und auch sonst keinen inländischen Anknüpfungspunkt aufzuweisen vermag. Es besteht im Regelfall kein direktes rechtliches Verhältnis zwischen dem im Bundesgebiet beschäftigten Ausländer und jener Person, die den Ausländer verwendet. Eine Unterstellung dieser Ausländer im Falle einer Verwendung im Bundesgebiet unter die Bewilligungspflicht, sofern nicht für bestimmte Arten von Arbeiten oder für besondere Personengruppen Ausnahmen vorgesehen sind, ist vom arbeitsmarktpolitischen Standpunkt unumgänglich, damit einerseits ein unkontrolliertes Einströmen solcher Ausländer auf den inländischen Arbeitsmarkt auf der Basis von zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen abgeschlossenen Werkverträgen oder sonstigen privatrechtlichen Vereinbarungen verhindert und andererseits eine Benachteiligung inländischer Arbeitskräfte vermieden werden kann (siehe dazu auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 31. Oktober 1991, Zl. 91/09/0111).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in zahlreichen weiteren Erkenntnissen bestätigt, soll mit dem AuslBG sichergestellt werden, dass Arbeitsleistungen im Bundesgebiet vorrangig von inländischen und am österreichischen Arbeitsmarkt bereits integrierten ausländischen Arbeitskräften erbracht werden. Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn auch für die Zulassung von Arbeitskräften, die zur Erbringung von Arbeitsleistungen vom Ausland aus entsandt werden, effiziente und durchsetzbare Kontrollmechanismen bestehen.

2.2 Wie sich nun aus der Konzeption der Straftatbestände und den Erläuterungen eindeutig ergibt, wollte der Gesetzgeber hinsichtlich der verwaltungsstrafrechtlichen Relevanz des ungenehmigten Einsatzes von Ausländern bewusst keine Unterscheidung dahingehend treffen, ob der illegal beschäftigte Ausländer in einer direkten Rechtsbeziehung zum Beschäftiger steht, oder ob dieser die Arbeitsleistungen eines (betriebsentsandten) Ausländers lediglich in Anspruch nimmt. In beiden Fällen soll mit dem verpönten Einsatz von Ausländern ohne die nach dem Gesetz erforderlichen Genehmigungen der unzulässigerweise erzielte wirtschaftliche Nutzen getroffen werden. Konsequenterweise liegt dem AuslBG auch ein sehr weiter Beschäftigungsbegriff zu Grunde, der über den sozialversicherungs- und arbeitsvertragsrechtlichen weit hinausgeht und im Wesentlichen - unabhängig vom zu

Grunde liegenden Rechtsverhältnis - alle Varianten, unter denen Ausländer im Bundesgebiet verwendet werden können, erfasst und in umfassender Weise in die Bewilligungspflicht einbezieht. In den Strafbestimmungen wird diese Zielsetzung konsequent weiter verfolgt: Auch für Arbeitsleistungen, die von betriebsentsandten Ausländern ohne Genehmigung erbracht werden, wird derjenige in die Verantwortung genommen, der sie in Anspruch nimmt. Wie die Praxis nur allzu oft bestätigt, ist gerade der Einsatz von Ausländern, die von Arbeitgebern ohne inländischen Betriebsitz in das Bundesgebiet entsandt werden - mehr noch als die Beschäftigung von Ausländern in einem Arbeitsverhältnis oder einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis - geeignet, geltende Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie sozialversicherungsrechtliche Vorschriften um des wirtschaftlichen Vorteils willen gröblich zu missachten. Aufträge an Unternehmen mit Betriebsitz im Ausland werden in der Regel von vornherein in der Absicht vergeben, ein Werk oder eine Dienstleistung wegen der deutlich niedrigeren Lohnkosten weitaus günstiger zu erhalten als bei einschlägigen Unternehmen im Inland. Auch wenn der Auftraggeber in keiner direkten Rechtsbeziehung zu den entsandten Arbeitskräften steht, zieht er doch den wirtschaftlichen Nutzen aus der Beschäftigung dieser Arbeitskräfte. Angesichts der auch vom Verwaltungsgerichtshof nicht beanstandeten rechtspolitischen Zielsetzung, das öffentliche Interesse an der Entrichtung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung durchzusetzen, einen geordneten Arbeitsmarkt sicherzustellen, sowie ausländische Arbeitnehmer vor ausbeuterischen Lohn- und Arbeitsbedingungen und nicht zuletzt - gerade im Zusammenhang mit §28 Abs1 Z1 litb AuslBG - inländische Unternehmen vor unlauterem Wettbewerb zu schützen, wäre es - im Wissen um die Missbrauchsträchtigkeit der Betriebsentsendung - geradezu verfehlt, für die Inanspruchnahme betriebsentsandter Ausländer eine mindere oder überhaupt keine Strafe vorzusehen.

Vom wettbewerbpolitischen Standpunkt aus erscheint es vielmehr geboten, für inländische und ausländische Unternehmen, die zur Erfüllung von Aufträgen ausländische Arbeitskräfte gleichermaßen heranziehen, auch gleiche Bedingungen vorzusehen. Jeder Arbeitgeber mit Sitz im Bundesgebiet hat entsprechende Bewilligungen einzuholen oder sich zu vergewissern, dass seine Arbeitskraft (sein Erfüllungsgehilfe) eine solche besitzt. Unterlässt er dies, steht er wegen illegaler Beschäftigung unter der Strafsanktion des §28 Abs1 Z1 lita AuslBG. Der Arbeitgeber ohne Sitz in Österreich, der seine Arbeitskräfte zur Erfüllung von Aufträgen in das Bundesgebiet entsendet, soll nicht besser gestellt sein als sein österreichischer Konkurrent, zumal er - wie dargelegt - seine Leistungen zu wesentlich günstigeren Bedingungen anbieten könnte als das österreichische Unternehmen. Gäbe es nun keine oder eine mildere Strafandrohung für den, der einen ausländischen Unternehmer beauftragt, um die Leistung eines Betriebsentsandten entgegenzunehmen, könnte er ungehindert ausländische Unternehmer beauftragen, die Personen einsetzen, für die ein österreichischer Arbeitgeber eine Bewilligung braucht und im Fall von Verstößen unter Strafandrohung steht.

Um eine kontrollierte Zulassung von Arbeitskräften, die zu Erbringung von Dienstleistungen - sei es an private Auftraggeber oder an Unternehmen - nach Österreich entsandt werden, weiterhin sicherzustellen, haben Österreich und Deutschland im Zusammenhang mit der EU-Erweiterung sogar ein Übergangsarrangement auf dem Gebiet der Dienstleistungsfreiheit ausbedungen: In beiden Staaten ist die freie Entsendung von Arbeitskräften, die auf Grund ihrer Staatsbürgerschaft dem Übergangsarrangement zur Freizügigkeit unterliegen, in bestimmten Sektoren vorläufig suspendiert. Maßgeblich dafür war insbesondere die Überlegung, dass die Beschränkungen des Übergangsarrangements inhaltsleer wären, könnten sich österreichische Auftraggeber unbeschränkt und vor allem unsanktioniert unmittelbar eines Vertragspartners bedienen, der Erfüllungsgehilfen ohne Bewilligung einsetzt und so gegenüber österreichischen Arbeitgebern privilegiert ist.

Aus den dargestellten Erwägungen wäre daher eine geringere Strafandrohung im §28 Abs1 Z1 litb AuslBG oder deren Entfall geradezu eine Aufforderung an Auftraggeber, in personalintensiven Sektoren nur mehr ausländische Vertragspartner heranzuziehen. Dass dies - zum Nachteil der inländischen Anbieter - sehr lukrativ sein kann, zeigt auch der zunehmende Versuch österreichischer Unternehmer, im Ausland Zweigstellen, Tochterunternehmen etc. zu gründen, die keine andere Absicht verfolgen, als Arbeitskräfte nach dem Recht und zu den Bedingungen des Sitzstaates zu beschäftigen und nach Österreich zu entsenden.

Aus den vom Verwaltungsgerichtshof zitierten Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 9901/1983, 11.587/1987 und 15.785/2000 ergibt sich zwar, dass die Höhe der Strafe in einem angemessenen Verhältnis zum Grad des Verschuldens und zur Höhe des bewirkten Schadens (bzw. - im Fall der Finanzstrafen, die Gegenstand der



Erkenntnisse VfSlg. 9901/1983 und 11.587/1987 waren - zur Höhe der Verkürzung) stehen muss. Gerade diese Voraussetzungen sind aber nach Auffassung der Bundesregierung bei den Strafsätzen nach §28 Abs1 Z1 AuslBG aus den dargelegten Gründen gegeben.

Im Übrigen gilt auch im Hinblick auf §28 Abs1 litb AuslBG, dass der Strafraum - im vorliegenden Fall zwischen 2 000 und 10 000 Euro - einen hinreichend großen Spielraum für die Berücksichtigung des Verschuldensgrades im Einzelfall offen lässt.

2.3 Abgesehen von den Bedenken gegen die Höhe der Mindeststrafe hält der Verwaltungsgerichtshof §28 Abs1 Z1 litb AuslBG insgesamt für unsachlich, weil es nicht zumutbar sei, dass derjenige, der die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers nur 'in Anspruch' nehme, für dessen legale Beschäftigung verantwortlich sei.

Auch zu diesen Bedenken hat die Bundesregierung schon im Verfahren G159/07 Stellung genommen:

Nach Auffassung der Bundesregierung ist es demjenigen, der die Arbeitsleistungen von Ausländern, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne Betriebsitz im Inland beschäftigt werden, in Anspruch nimmt, sehr wohl zumutbar, sich - in den Fällen, in denen er nicht ohnedies selbst den Antrag auf Erteilung einer Entsende- oder Beschäftigungsbewilligung zu stellen hat - bei seinem Vertragspartner oder allenfalls auch unmittelbar bei den in Anspruch genommenen Arbeitnehmern zu versichern, ob die erforderlichen Bewilligungen vorliegen. Derartige 'Kontrollpflichten' sind im AuslBG auch keineswegs einzigartig: So darf gemäß §3 Abs1 AuslBG ein Arbeitgeber Ausländer, die bereits über persönliche Arbeitsberechtigungen (Arbeitserlaubnis, Befreiungsschein oder Aufenthaltstitel mit unbeschränktem Arbeitsmarktzugang) verfügen, auch nur dann beschäftigen, wenn er sich von der Gültigkeit dieser Berechtigungen überzeugt hat. Auch in diesen Fällen wird er für das Nichtvorliegen einer gültigen Berechtigung (die nicht er selbst zu beantragen hat) bestraft.

Mit den Straftatbeständen, die Gegenstand der im Antrag zitierten Erkenntnisse VfSlg. 15.200/1998 und VfSlg. 16.662/2002 waren (§28 Abs6 AuslBG idF des Antimißbrauchsgesetzes, BGBl. Nr. 895/1995, bzw. §28 Abs6 Z1 und 2 AuslBG idF BGBl. I Nr. 78/1997), ist die nun angefochtene Bestimmung schon deswegen nicht vergleichbar, weil die Strafdrohung des §28 Abs1 Z1 litb AuslBG an eigenes Verhalten des Täters, nämlich die Inanspruchnahme der Arbeitsleistung von nicht zur Ausübung einer Beschäftigung befugten Ausländern entgegen §18 AuslBG, und nicht an die Verwirklichung eines Tatbildes durch einen Dritten anknüpft. Von den Anforderungen an die Sachlichkeit von Straftatbeständen, die der Verfassungsgerichtshof in den Begründungen der genannten Erkenntnisse aufgestellt hat, sind daher jene, nach der nur eigenes Verhalten unter Strafe gestellt werden darf, und jene, wonach die unter Strafe gestellten Verhaltenspflichten geeignet sein müssen, den Eintritt des (durch einen Dritten verwirklichten) tatbildlichen Erfolgs zu verhindern, im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Zur Frage der Zumutbarkeit hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg. 16.662/2002 ausgeführt, dass eine nicht weiter eingeschränkte, strafbewehrte Belastung von Privaten mit Kontrollaufgaben, die in erster Linie den Behörden obliegen, nicht zumutbar wäre. Davon kann aber im vorliegenden Fall nach Auffassung der Bundesregierung keine Rede sein. Stellt man dem eminenten öffentlichen Interesse an einer kontrollierten Zulassung betriebsentsandter Ausländer die Kontrollverpflichtung desjenigen gegenüber, der - zumeist wohl, um Kostenvorteile zu lukrieren - die Arbeitsleistung ausländischer Arbeitnehmer eines Arbeitgebers ohne Betriebsitz im Inland in Anspruch nimmt, so erscheint diese Verpflichtung weder unzumutbar noch unverhältnismäßig (zur Bedeutung des öffentlichen Interesses bei der Beurteilung der Zumutbarkeit vgl. ebenfalls das Erkenntnis VfSlg. 16.662/2002).

Abschließend darf noch darauf hingewiesen werden, dass die Strafbestimmung für die illegale Inanspruchnahme betriebsentsandter Ausländer schon in der Stammfassung des §28 AuslBG enthalten war, somit seit 1976 gilt, im Rahmen weiterer Novellen lediglich ergänzt und erweitert, von den Strafbehörden in tausenden Fällen angewendet und von den Höchstgerichten bisher nie beanstandet wurde.

3. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass aus Sicht der Bundesregierung eine Verfassungswidrigkeit des §28 Abs1 Z1 litb des Ausländerbeschäftigungsgesetzes idF BGBl. I Nr. 126/2002 nicht gegeben ist."

5. Der im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof beteiligte Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit sowie die im Verwaltungsstrafverfahren beteiligten Parteien haben sich im verfassungsgerichtlichen Verfahren nicht geäußert.

6. Des Weiteren sind die beim Verfassungsgerichtshof zu G41/07, G158/07 und G159/07 protokollierten Anträge des Verwaltungsgerichtshofes noch insoweit anhängig, als Bedenken gegen §28 Abs1 Z1 litb AuslBG im Hinblick auf das in

Art18 B-VG festgelegte Legalitätsprinzip bestehen (über die darüber hinausgehenden Bedenken wurde mit hg. Erkenntnis vom 11. Oktober 2007, G41/07 ua. abgesprochen).

II. In dem zu G240/07 protokollierten Antrag werden vom Verwaltungsgerichtshof zunächst auf Basis derselben Rechtslage dieselben Bedenken gegen §28 Abs1 Z1 litb AuslBG erhoben wie in den vom Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 27. September 2007, G24/07 ua. (siehe Pkt. V.3. dieses Erkenntnisses) abgewiesenen Anträgen. Hat der Verfassungsgerichtshof über die ihm vorgetragene Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen entschieden, kann über dieselben Bedenken keine weitere Entscheidung gefällt werden (vgl. VfSlg. 13.085/1992, 16.803/2003). Es wurde darüber vielmehr bereits entschieden, sodass der Antrag insoweit wegen entschiedener Sache als unzulässig zurückzuweisen war.

III. Der Verfassungsgerichtshof hat über die im Übrigen zulässigen Anträge erwogen:

1. Der Verfassungsgerichtshof hält zunächst fest, dass er sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken hat (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003). Dem Verfassungsgerichtshof ist es sohin verwehrt, das Gesetz unter dem Blickwinkel anderer als der vom antragstellenden Gericht erhobenen Bedenken auf seine Verfassungsmäßigkeit zu prüfen; aus demselben Grund ist es ihm auch nicht möglich, auf im Antrag nicht enthaltene und insoweit über diese hinausgehende Bedenken der beteiligten Parteien einzugehen.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hegt nunmehr das Bedenken, dass §28 Abs1 Z1 litb AuslBG gegen das aus dem Legalitätsprinzip erfließende Bestimmtheitsgebot verstoße.

Der Verfassungsgerichtshof hat wiederholt im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip ausgesprochen, dass der Gesetzgeber klar und unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen hat, wo er strafen will, und dass die Rechtsordnung dem Einzelnen die Möglichkeit geben muss, sich dem Recht gemäß zu verhalten (VfSlg. 12.947/1991 mwN). Auch Art7 EMRK schließt das Gebot in sich, Strafvorschriften so klar zu gestalten, dass es dem Einzelnen möglich ist, sein Verhalten am Gesetz zu orientieren (VfSlg. 11.776/1988 mwH). Angesichts der unterschiedlichen Lebensgebiete, Sachverhalte und Rechtsfolgen, die Gegenstand und Inhalt gesetzlicher Regelungen sein können, ist ganz allgemein - und zwar auch im Zusammenhang mit Verwaltungsstraftatbeständen - davon auszugehen, dass Art18 B-VG einen dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad verlangt (VfSlg. 13.785/1994, 16.993/2003).

2.1. Einen Verstoß gegen dieses verfassungsrechtliche Gebot sieht der Verwaltungsgerichtshof zum einen darin, dass der Begriff des "in Anspruch" Nehmens einer ausländischen Arbeitskraft nicht mit hinreichender Klarheit umschrieben werde.

Der Verfassungsgerichtshof teilt dieses Bedenken nicht. Mit dem Begriff des "in Anspruch" Nehmens in §28 Abs1 Z1 litb AuslBG wird ein zusätzlicher Straftatbestand geschaffen, mit dem Betriebsentsendungen im Sinne des IV. Abschnittes des AuslBG erfasst werden sollen. Damit wird jede Inanspruchnahme der Arbeitsleistung von Ausländern ohne erforderliche Genehmigung unabhängig davon unter Strafe gestellt, ob sie auf einem Vertragsverhältnis oder einer sonstigen Rechtsbeziehung beruht. Der Tatbestand ist einer Auslegung ohne weiteres in einer Weise zugänglich, die es einem Normunterworfenen, der Leistungen eines ausländischen Arbeitnehmers empfängt, ermöglicht, sein Verhalten an den einschlägigen Geboten des AuslBG auszurichten. Dies zeigt gerade die umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zur Abgrenzung zwischen Arbeitskräfteüberlassung und Betriebsentsendung (zB VwGH 4.9.2006, 2005/09/0068), in der - wie der Verwaltungsgerichtshof einräumt - bisher keine Bedenken gegen die Bestimmtheit des §28 Abs1 Z1 litb AuslBG erhoben wurden. Auch der Umstand, dass das AuslBG keine Legaldefinition des Begriffs des "in Anspruch" Nehmens enthält und dieser auch in der übrigen Rechtsordnung nicht verwendet wird, führt nicht zu einer verfassungswidrigen Unbestimmtheit der Regelung.

2.2. Zum anderen sieht der Verwaltungsgerichtshof einen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot für Gesetze darin, dass der in §28 Abs1 Z1 litb AuslBG zitierte §18 leg.cit. "auf die ÖNACE" verweise, da es subtiler Sachkenntnis, außerordentlicher methodischer Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksportaufgaben bedürfte, um die Anordnungen im konkreten Fall zu verstehen.

Mit dem Hinweis auf die Verweisung in §18 Abs11 AuslBG vermag der Verwaltungsgerichtshof schon allein deshalb keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des §28 Abs1 Z1 litb AuslBG zu begründen, da für den Verfassungsgerichtshof nicht erkennbar ist, inwieweit §18 Abs11 AuslBG, der eine Vorschrift über die Zulässigkeit der Erteilung von Entsendebewilligungen für bestimmte Arbeiten enthält, bei der Prüfung des Vorliegens eines tatbestandmäßigen Verhaltens nach §28 Abs1 Z1 litb anwendbar sein könnte. Gegen jene Verweisungen, die zur Beurteilung der Strafbarkeit nach §28 Abs1 Z1 litb AuslBG im Fall von betriebsentsandten Ausländern aus einem mittel- und osteuropäischen Beitrittsstaat maßgeblich sind (vgl. §32a AuslBG), hat der Verwaltungsgerichtshof aber keine Bedenken erhoben.

2.3. Die vom Verwaltungsgerichtshof vorgetragene Bedenken gegen §28 Abs1 Z1 litb AuslBG vermögen daher auch keine Verfassungswidrigkeit aus dem Grund der mangelnden Bestimmtheit der Vorschrift zu begründen.

3. Diese Entscheidung konnte gemäß §19 Abs4 erster Satz bzw. Abs3 Z2 litd VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden.

#### **Schlagworte**

Ausländerbeschäftigung, Verwaltungsstrafrecht, Strafe, Determinierungsgebot, Rechtsbegriffe unbestimmte, Verweisung, VfGH /Bedenken

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VFGH:2008:G240.2007

#### **Zuletzt aktualisiert am**

18.08.2010

**Quelle:** Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)