

TE Vfgh Erkenntnis 2007/9/27 G24/07 ua

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 27.09.2007

Index

62 Arbeitsmarktverwaltung
62/01 Arbeitsmarktverwaltung

Norm

B-VG Art7 Abs1 / Gesetz
AuslBG §18, §28 Abs1 Z1
VStG §20, §21, §22

Leitsatz

Keine Verletzung des Gleichheitsgebotes durch Festsetzung einer Mindeststrafe für illegale Ausländerbeschäftigung im Ausländerbeschäftigungsgesetz; kein rechtspolitischer Exzessangesichts des Nutzens und der oft mehrfachen und lang fortgesetzten Verwaltungsübertretung; öffentliches Interesse am Schutz des inländischen Arbeitsmarktes bzw. des Wettbewerbs vor billigen Arbeitskräften aus dem Ausland

Spruch

Die Anträge werden abgewiesen.

Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1. Beim Verwaltungsgerichtshof sind folgende drei Beschwerden gegen Bescheide anhängig, mit denen jeweils Verwaltungsstrafen gemäß §28 Abs1 Z1 AuslBG wegen Beschäftigung von ausländischen Staatsbürgern ohne erforderliche arbeitsmarktrechtliche Papiere verhängt wurden:

1.1. In dem der zu 2005/09/0164 protokollierten Beschwerde gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich (kurz: UVS OÖ) zugrunde liegenden Verwaltungsstrafverfahren wurde über eine bislang verwaltungsstrafrechtlich unbescholtene Pensionistin mit einem Monatseinkommen von knapp 600 €, die drei von Haus zu Haus gehende und sich zu diversen Reparaturarbeiten erbötiig machende polnische Staatsbürger beschäftigt hatte, (unter Anwendung des §20 VStG) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 2.250 € verhängt.

1.2. In dem der zu 2006/09/0009 protokollierten Beschwerde gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien (kurz: UVS Wien) zugrunde liegenden Verwaltungsstrafverfahren wurde über die handelsrechtliche Geschäftsführerin (Erstbeschwerdeführerin) der Zweitbeschwerdeführerin wegen Beschäftigung eines polnischen Staatsbürgers ohne arbeitsmarktbehördliche Bewilligung in ihrem Gastgewerbebetrieb eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 1.000 €

verhängt.

1.3. In der zu 2006/09/0228 protokollierten Beschwerde gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol (kurz: UVS Tirol) wurde über den Obmann eines Vereines wegen Beschäftigung eines ausländischen Staatsangehörigen eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 1.000 € verhängt.

1.4. Aus Anlass dieser Verfahren stellte der Verwaltungsgerichtshof gemäß Art140 Abs1 B-VG drei gleich lautende Anträge, der Verfassungsgerichtshof möge

"1. in Verbindung mit Art140 Abs4 und Art89 Abs3 B-VG aussprechen, dass in §28 Abs1 Z. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung des Konjunkturbelebungsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 68, die Wortfolge '1 000 Euro' verfassungswidrig war, in eventu

2. in §28 Abs1 Z. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung des Konjunkturbelebungsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 68, die Wortfolge '1 000 Euro' als verfassungswidrig aufheben."

II. 1. Beim Verwaltungsgerichtshof ist eine weitere zu 2006/09/0191 protokollierte Beschwerde gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol anhängig, mit dem über den Beschwerdeführer wegen Beschäftigung von drei ausländischen Staatsangehörigen Geldstrafen nach dem ersten Strafsatz des §28 Abs1 Z1 litb iVm §18 Abs1 AuslBG verhängt wurden.

Aus Anlass dieses Verfahrens stellte der Verwaltungsgerichtshof gemäß Art140 Abs1 B-VG den Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge

"I.

1. in Verbindung mit Art140 Abs4 und Art89 Abs3 B-VG aussprechen, dass in §28 Abs1 Z. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung des Konjunkturbelebungsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 68, die Wortfolge '1 000 Euro' verfassungswidrig war, in eventu

2. in §28 Abs1 Z. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung des Konjunkturbelebungsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 68, die Wortfolge '1 000 Euro' als verfassungswidrig aufheben;

II.

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

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.

...

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 Beschäftigungsstandort liegt, bei wechselndem Beschäftigungsstandort 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 einzu bringen, in dessen Sprengel die Arbeitsleistungen bzw. Beschäftigungen erbracht werden."

Die Strafbestimmung des §28 Abs1 Z1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. 218/1975, idF. des Konjunkturbelebungsgesetzes 2002, BGBl. I 68, 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) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§3 Abs5) oder eine Arbeitserlaubnis (§14a) oder ein Befreiungsschein (§§15 und 4c) ausgestellt wurde, oder

b) entgegen dem §18 die Arbeitsleistungen eines Ausländer, 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 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;

..."

3.1. In den Verfahren zu G24/07, G101/07 und G103/07 legt der Verwaltungsgerichtshof die Bedenken gegen die angefochtene Bestimmung wie folgt dar:

"Das Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes richtet sich gegen die fehlende Differenzierung der Mindeststrafdrohung, je nachdem, ob das Delikt von einem Unternehmer im Zusammenhang mit der Führung eines Betriebes begangen wird oder ob ein Privater im Rahmen seines Haushaltes verbotenerweise Ausländer beschäftigt.

1. Der Verfassungsgerichtshof hat in Erkenntnissen der letzten Jahre wiederholt ausgesprochen, dass bei Delikten, die sowohl von Unternehmern als auch von Privaten begangen werden können, bei der Mindeststrafdrohung zwischen diesen beiden Gruppen von Adressaten aufgrund der bestehenden sachlichen Unterschiede differenziert werden müsse (vgl. VfSlg. 16819/2003, 16407/2001, 15785/2000) Es werde nämlich mit der gewählten Rechtsetzungstechnik einheitlicher Mindeststrafen weder auf das Gewicht und die Zielrichtung der im Einzelfall verletzten Vorschrift Bedacht genommen, noch auf die konkreten Umstände, unter denen die Verwaltungsübertretung begangen wurde, noch schließlich auf die persönlichen Verhältnisse desjenigen, der die Verwaltungsübertretung begangen habe (VfSlg. 16407/2001).

Im Erkenntnis VfSlg. 13.790/1994 hat der Verfassungsgerichtshof (zu den Strafsätzen nach §28 Absl Z. 1 AuslBG für die unerlaubte Beschäftigung von Ausländern) festgehalten, dass der Gesetzgeber bei Festsetzung der Strafandrohung für Verwaltungsübertretungen insbesondere für Fälle lang dauernder Fortsetzung oder wiederholter Begehung der Tat den vom Täter aus dem verpönten Verhalten erzielbaren wirtschaftlichen Nutzen in Betracht ziehen darf, weil andernfalls der Strafbetrag als Preis für den erzielten Vorteil eingerechnet und die Strafandrohung ihren Zweck verfehlt würde. In diesem Sinne hat der VfGH im Erkenntnis VfSlg. 15.785/2000 auch zum Abfallwirtschaftsgesetz die Auffassung vertreten, dass es im Anwendungsbereich des AWG

'ungeachtet des ... Umstandes, dass die Ausschöpfung der normierten Höchststrafe für die Verwirklichung der durch die Verwaltungsstrafandrohung angestrebten Ziele prinzipiell ausreicht, besondere Situationen für erwerbsmäßige Abfallsammler und Abfallbehandler geben kann, in welchen etwa im Hinblick auf das Gefährdungspotential und das mögliche Einkalkulieren des Strafausmaßes bei Begehung einer tatbestandsmäßigen Handlung die angefochtene Mindestgeldstrafe für einen eingeschränkten Personenkreis gerechtfertigt sein kann'.

Selbst wenn aber aus Gründen der General- und Spezialprävention vom Gesetzgeber strenge Strafen intendiert sind,

muss auch in diesen Fällen die Strafe in einem angemessenen Verhältnis zum Grad des Verschuldens und zur Höhe des durch das Vergehen bewirkten Schadens stehen (vgl VfSlg. 9901/1983 und VfSlg. 11587/1987).

Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis VfSlg. 15785/2000 der die Mindeststrafdrohung des Abfallwirtschaftsgesetzes verteidigenden Bundesregierung eingeräumt, dass Umweltverstöße durch Unternehmer wirksam nur durch ein 'besonderes, nicht mehr wirtschaftlich einkalkulierbares Strafausmaß hintangehalten werden', können, sowie, dass die Sicherung der Einhaltung der Vorschriften des AWG 1990 und damit der Verwirklichung von dessen Zielen nur dann erreicht werden kann, wenn die für den Fall des rechtswidrigen Verhaltens vorgesehene Strafe derart empfindlich ist, dass ein in der Regel normgemäßes Verhalten durchgesetzt werden kann (Hinweis auch auf VfSlg. 7967/1976). Die Formulierung der Strafbestimmungen der Ziffern 1 und 2 des §39 Abs1 lit a AWG 1990 lasse jedoch aufgrund ihres unklaren Wortlautes eine einschränkende Anwendung nur auf gewerbliche Abfallsammler und -behandler, also auf gewerbsmäßig im Bereich der Abfallwirtschaft tätige Unternehmer nicht zu.

2. Daraus lässt sich als gemeinsamer Nenner zumindest ableiten, dass dann, wenn eine Strafandrohung sowohl gewerbsmäßig tätige Unternehmer im Betrieb ihres Unternehmens als auch Private trifft, durch ihre Ausgestaltung zwischen diesen Gruppen unterschieden werden muss, und zwar wegen der Unterschiedlichkeit des durch die Tat erzielbaren Nutzens, sowie der unterschiedlichen Situation in general- und spezialpräventiver Hinsicht, aber auch wegen des aus dem Gleichheitssatz abzuleitenden Gebotes der Beachtung der konkreten Umstände, unter denen die Verwaltungsübertretung begangen wurde, und schließlich der persönlichen Verhältnisse desjenigen, der die Verwaltungsübertretung begangen hat.

Eine solche Differenzierung ist hier umso mehr geboten, als der Gesetzgeber im Ausländerbeschäftigungsgesetz durch die hohen Strafandrohungen den wirtschaftlichen Nutzen der Beschäftigung von Ausländern treffen will. Der Verfassungsgerichtshof verkennt nicht, dass auch bei der Beschäftigung von Ausländern durch Private, sei es etwa im Haushalt oder in der Pflege, der damit erzielbare wirtschaftliche Nutzen (niedrigere Kosten der Dienstleistungen) in aller Regel der Motor des Handelns ist. Dieser Nutzen ist aber - auch in seinem monetären Wert - ein ganz unterschiedlicher, je nachdem ob er - wie bei Privaten - nur in einem Kostenvorteil besteht, oder ob damit - wie bei einem Unternehmen - typischerweise auch regelmäßig wiederkehrende Gewinnchancen eröffnet werden. Dementsprechend unterschiedlich sind auch die aus der Sicht der Spezialprävention bezogen auf die Strafhöhe anzustellenden Erwägungen. Eine solche Differenzierung muss das Gesetz unter Gleichheitsgesichtspunkten zulassen. Dem steht aber hier die nicht differenzierende Mindeststrafandrohung entgegen, welche durch die Anordnung, dass zumindest die Mindeststrafe pro beschäftigtem Ausländer zu verhängen ist, schon bei einer Beschäftigung von drei Personen - wie im Beschwerdefall - de facto Euro 3.000,- beträgt.

Da es bei der nach Auffassung des Verfassungsgerichtshofes erforderlichen Differenzierung um Unterschiede in der Sozialschädlichkeit des Verhaltens geht, kann auch die Anwendung des §20 VStG die aufgezeigte Verfassungswidrigkeit der einheitlichen Mindeststrafe nicht beseitigen, weil sie einerseits voraussetzt, dass die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe erheblich überwiegen, der bloße Umstand, dass ein Täter Privater ist, aber noch keinen Milderungsgrund darstellt. Überdies müssen die §§20 oder 21 VStG bei Vorliegen der Voraussetzungen durchaus auch bei einem Unternehmen angewendet werden (vgl. dazu etwa jüngst das Erkenntnis vom 4. September 2006, Zl. 2005/09/0073).

Dies alles leistet die hier angefochtene Strafandrohung nicht:

es ist auch bei Anerkennung aller general- und spezialpräventiven Motive des Gesetzgebers nicht adäquat, dieselbe Strafandrohung gegen gewerblich tätige Unternehmer und Private anzuwenden, die Unternehmen und Private typischerweise unterschiedlich stark treffen. (...)"

3.2. Zu G121/07 führt der Verfassungsgerichtshof weiters aus:

"(...) 3. Die mit der unter I. des Spruches des vorliegenden Beschlusses angefochtene Wortfolge enthält keine Differenzierung dahingehend, ob der Bestrafte den Ausländer selbst beschäftigt (lita) oder die Arbeitsleistungen eines Ausländer, der von einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland beschäftigt wird, nur 'in Anspruch nimmt' (litb); die Strafandrohung enthält weiters auch keine Differenzierung dahingehend, ob es nach dem AuslBG Sache des Bestraften oder des Ausländer gewesen wäre, für die Erteilung einer Beschäftigungs- oder Entsendebewilligung zu sorgen. (...)"

Derjenige nimmt die Arbeitsleistung eines 'betriebsentsandten Ausländer' 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. 2000/9/0088). 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 litc 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 anderseits 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 'unkontrollierten 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 anderseits 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 Sachlichkeitssgebot 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 anderseits 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 gleichheitsrechtliche 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 Beschäftiger steht (§2 Abs2 lita AuslBG), ob es sich zwischen dem Bestrafen und der ausländischen Arbeitskraft um ein arbeitnehmerähnliches Verhältnis handelt (§2 Abs2 litb AuslBG), ob der Ausländer in einem Ausbildungsverhältnis zum Bestrafen 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 Bestrafen 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 Bestrafen bestehen muss (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 18. Dezember 2006, Zl. 2005/09/0153, m.w.N.) und dieser über die ausländische Arbeitskraft daher nach eigenen Plänen disponieren kann. Nur in diesem Fall besteht eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Beschäftigers.

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 lita bis c leg. cit. auch in einem Rechtsverhältnis stehenden - ausländischen Arbeitskraft (vgl. zur Stellung einer überlassenen Arbeitskraft insb. §6 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes). Auf Grund dieser Befugnis und Fürsorgepflicht ist der Beschäftiger 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.

All 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 litb AuslBG bloß 'in Anspruch' genommen wird. Beim Arbeitgeber und Entsender kann es sich um einen Unternehmer handeln, der mit demjenigen, der die Arbeitsleistungen 'in Anspruch' nimmt, in einem Vertragsverhältnis steht, wobei ein Werkvertrag, allenfalls auch ein Werklieferungsvertrag vorliegen kann. §28 Abs1 Z. 1 litb 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 litb 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 lita AuslBG einerseits und des §28 Abs1 Z. 1 litb AuslBG anderseits 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 litb AuslBG bloß 'in Anspruch' nimmt, als überschießend bedenklich (vgl. vor allem VfSlg. 15.785/2000).

4. 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 litb AuslBG 'der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird' §2 Abs3 litb 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 Arbeitleistungen des Ausländer 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 Ausländer 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.

5. 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 oder Anzeigebestätigung nicht erteilt oder ausgestellt 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 Ausländer selbst gewesen wäre. Dies trifft darüber hinaus auch dann zu, wenn der zu Bestrafende mit dem Arbeitgeber des entsandten Ausländer 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 jedoch 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."

4.1. Die Bundesregierung äußert sich in allen Verfahren wie folgt zu den vorgebrachten Bedenken:

"1. Die Bedenken des Verwaltungsgerichtshofs richten sich gegen die fehlende Differenzierung der Mindeststrafdrohung, je nachdem, ob das Delikt von einem Unternehmer im Zusammenhang mit der Führung eines Betriebes oder von einem Privaten im Rahmen seines Haushaltes begangen wird. Der Verwaltungsgerichtshof beruft sich dabei auf Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs

(VfSlg. 16819/2003, 16407/2003, 15785/2000), wonach eine Strafandrohung, die sowohl gewerbsmäßig tätige Unternehmer als auch Private betrifft, durch ihre Ausgestaltung zwischen diesen Gruppen unterscheiden müsse, da der durch die Tat erzielbare Nutzen und die Situation in general- und spezialpräventiver Hinsicht unterschiedlich seien, sowie die konkreten Umstände der Begehung der Verwaltungsübertretung und die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten im Hinblick auf den Gleichheitssatz zu beachten seien. Eine solche Differenzierung sei im

gegenständlichen Fall umso mehr geboten, als der Gesetzgeber durch die hohen Strafdrohungen den wirtschaftlichen Nutzen der Beschäftigung von Ausländern treffen wolle. Im privaten Bereich sei der monetäre Wert des Nutzens aber nur ein Kostenvorteil, bei Unternehmen eröffne dieser typischerweise wiederkehrende Gewinnchancen. Dementsprechend unterschiedlich seien auch die aus Sicht der Spezialprävention bezogen auf die Strafhöhe anzustellenden Erwägungen. Das Gesetz müsse unter Gleichheitsgesichtspunkten eine Differenzierung zulassen; dem stehe die nicht differenzierende Mindeststrafe entgegen. Es sei auch bei Anerkennung aller general- und spezialpräventiven Motive des Gesetzgebers nicht adäquat, dieselbe Strafdrohung gegen gewerblich tätige Unternehmer und Private anzuwenden, die diese typischerweise unterschiedlich stark treffen.

2. Die Mindeststrafdrohungen im §28 Abs1 Z1 AuslBG wurden zuletzt mit dem Konjunkturbelebungsgesetz 2002, BGBI. I Nr. 68, angehoben. Im Bericht des Wirtschaftsausschusses (1039 BlgNR 21. GP) wird dies mit spezial- und generalpräventiven Anforderungen einer effizienteren Strafverfolgung begründet.

Dass dabei zwischen der illegalen Beschäftigung durch Unternehmer einerseits und durch Private andererseits differenziert wird, ist aus Sicht der Bundesregierung nicht nur nicht notwendig, sondern wäre aus folgenden Erwägungen auch nicht sachgerecht:

Wie auch der Verwaltungsgerichtshof in seiner ständigen Rechtsprechung immer wieder festhält, führt 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 (vgl. zB die Erkenntnisse vom 30. August 1991, Zl. 91/09/0022 und Zl. 91/09/0134).

Der Zweck der Strafnorm des §28 Abs1 Z1 AuslBG besteht nun zweifelsfrei darin, das öffentliche Interesse an der Entrichtung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung bei der Beschäftigung von Ausländern durchzusetzen, einen geordneten Arbeitsmarkt sicherzustellen, die legalen Beschäftigungschancen inländischer und integrierter ausländischer Arbeitnehmer zu wahren (Arbeitsmarktprüfung, Ersatzkraftstellung), ausländische Arbeitnehmer vor ausbeuterischen Lohn- und Arbeitsbedingungen und Arbeitgeber vor unlauterem Wettbewerb durch Pfuscher und Dumping durch in- und ausländische Unternehmen zu schützen.

Dieser Schutzzweck ist bei illegaler Beschäftigung im privaten und im gewerblichen Bereich gleichermaßen zu verfolgen. Der objektive Unrechtsgehalt ist bei der illegalen Beschäftigung im privaten Bereich um nichts geringer als im gewerblichen. Während Unternehmer Ausländer trotz Nichtvorliegens einer arbeitsmarktbehördlichen Genehmigung gelegentlich zumindest zur Sozialversicherung anmelden oder nach einer Kontrolle die Beiträge nachträglich entrichten, die ungenehmigt beschäftigten Ausländer erfahrungsgemäß auch wesentlich angemessener entlohen und auch eher bereit bzw. in der Lage sind, arbeitsschutzrechtliche Vorschriften einzuhalten, ist die illegale Beschäftigung durch private Arbeitgeber in der Regel durch völlige Außerachtlassung sozialversicherungsrechtlicher sowie lohn- und arbeitsrechtlicher Vorschriften gekennzeichnet.

Wenn man zutreffend davon ausgeht, dass der Gesetzgeber bei der Festsetzung der Höhe der Mindeststrafen primär general- und spezialpräventive Erwägungen, und zwar gerade auch in Bezug auf Privatpersonen, im Auge hatte, dann würde eine Differenzierung im Sinne einer Begünstigung privater Arbeitgeber genau den gegenteiligen Effekt erzielen und die Begehung der Verwaltungsübertretung durch Private könnte gleichsam als Kavaliersdelikt erscheinen.

Gegen eine geringere (oder fehlende) Mindeststrafdrohung für private Arbeitgeber ist daher vor allem einzuwenden, dass damit ein Beitrag zu einem zusätzlichen Anreiz geschaffen würde, im privaten Bereich Arbeitsleistungen durch so genannte 'Pfuscherpartien' und unter Außerachtlassung lohn- und arbeitsrechtlicher Vorschriften erbringen zu lassen, statt dazu befugte Unternehmen zu beauftragen. Dies würde somit den Schutzzwecken der Strafnorm (Sicherstellung der Entrichtung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung sowie eines geordneten Arbeitsmarktes und Schutz vor unlauterem Wettbewerb) in erheblichem Maß zuwiderlaufen.

3. Was den vom Verwaltungsgerichtshof angesprochenen erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil betrifft, so kann dieser auch bei Privaten durchaus beträchtlich sein. Legt man etwa die Differenz zwischen dem im Anlassfall bezahlten Stundenlohn (8 €) und den Kosten für eine Arbeitsstunde im Bauhauptgewerbe bei Beauftragung eines Unternehmens (ausgehend vom KV-Stundenlohn sind das - entsprechend einer Kalkulation der Wirtschaftskammer Österreich, Geschäftsstelle Bau - rund 40 €) zugrunde, so liegt der erzielte finanzielle Vorteil pro Arbeiter an einem (einzigsten) 10-Stunden-Tag bereits bei ca. 320 €.

Dass aber die Strafdrohungen Private und Unternehmer (aber auch einkommensmäßig bzw. wirtschaftlich verschieden starke Personen innerhalb der einen und der anderen Gruppe) unterschiedlich stark treffen können, ist in erster Linie eine Folge des Umstands, dass Verwaltungsstrafen nicht in Tagessätzen zu bemessen sind. Einen gewissen Ausgleich dafür schafft die Verpflichtung zur Bedachtnahme auf die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse bei der Strafbemessung gemäß §19 Abs2 letzter Satz VStG. Mindeststrafen begrenzen naturgemäß die Möglichkeit, in diesem Sinne die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten zu berücksichtigen; gerade das kann aber etwa in Fällen geboten sein, in denen es aus general- und spezialpräventiven Gründen gilt, einen durch die Verwaltungsübertretung typischerweise erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil auszugleichen, fehlt doch im Verwaltungsstrafrecht das Institut der Abschöpfung der Bereicherung.

4. Die Erwägungen aus den vom Verwaltungsgerichtshof zitierten Erkenntnissen des Verfassungsgerichtshofes lassen sich nach Auffassung der Bundesregierung nicht auf den vorliegenden Fall übertragen:

Die Erkenntnisse VfSlg. 16.407/2003 und 16.819/2003 hatten eine Bestimmung des Güterbeförderungsgesetzes zum Gegenstand, die eine Mindeststrafe von 20 000 Schilling für (in der Regel angestellte) LKW-Fahrer (nicht aber für Transportunternehmer) enthielt. Zu dieser Regelung hielt der Verfassungsgerichtshof fest, dass ein angestellter LKW-Fahrer aus der Begehung der Verwaltungsübertretung keinesfalls einen unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen ziehen könne, dass sich die Strafdrohung somit gegen einen Personenkreis richte, der an der Begehung der Straftat in der Regel kein eigenes wirtschaftliches Interesse habe, vielmehr diesbezüglich nicht selten unter dem Druck eines Arbeitgebers stehe, und der überdies im Hinblick auf die Komplexität der verwiesenen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens meist nur in eingeschränktem Maß erkennen bzw. die für die Einhaltung dieser Vorschriften erforderlichen Vorkehrungen oft gar nicht im eigenen Verantwortungsbereich treffen könne. Keiner der genannten Punkte - Fehlen eines unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteils, Druck des Arbeitgebers (bzw. von Dritten), schwere Verständlichkeit des Straftatbestandes, mangelnde Möglichkeit zum rechtskonformen Verhalten - gilt für Private, die den Straftatbestand des §28 Abs1 Z1 AuslBG verwirklichen. Eine allgemeine Aussage des Inhalts, dass der Gesetzgeber bei der Normierung von Mindeststrafdrohungen zwischen Unternehmern und Privaten differenzieren müsse, enthalten die Erkenntnisse VfSlg. 16.407/2003 und 16.819/2003 nicht.

Dies gilt auch für das Erkenntnis VfSlg. 15.785/2000 das eine Strafbestimmung des Abfallwirtschaftsgesetzes mit einer Mindeststrafdrohung von 50 000 Schilling zum Gegenstand hatte: In diesem Verfahren hatte die Bundesregierung damit argumentiert, dass die Mindeststrafdrohung nur für gewerbsmäßig im Bereich der Abfallwirtschaft tätige Personen gelte; der Verfassungsgerichtshof konnte diese Einschränkung jedoch wegen des unklar umschriebenen Adressatenkreises nicht erkennen und hob die Mindestgeldstrafe als überschießend auf. Ein wesentlicher Unterschied zu der nunmehr angefochtenen Mindestgeldstrafe nach §28 Abs1 Z1 AuslBG liegt nach Auffassung der Bundesregierung darin, dass Private aus der rechtswidrigen Lagerung von gefährlichen Abfällen - ganz im Gegensatz zu gewerbsmäßig tätigen Abfallsammlern und Abfallbehandlern - in der Regel tatsächlich keinen oder nur einen zu vernachlässigenden wirtschaftlichen Vorteil ziehen; zudem war die Mindeststrafe von 50 000 Schilling deutlich höher als die nunmehr angefochtene Strafdrohung von 1 000 €. Aber auch die mit den Strafbestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes verfolgten general- und spezialpräventiven Zwecke sind mit jenen des AuslBG und den dahinter stehenden öffentlichen und gesamtwirtschaftlichen Interessen, die, wie oben ausgeführt, eine Differenzierung zwischen Gewerbetreibenden und Privaten gerade nicht sachgerecht erscheinen lassen, nicht vergleichbar.

5. Was die Höhe der im Anlassfall verhängten Strafe betrifft, so ist sie eine Folge des Umstandes, dass die Beschäftigung einer Mehrzahl von Ausländern - entsprechend der darin liegenden Vervielfachung des Unrechtsgehalts - nach der angefochtenen Bestimmung zu einer mehrfachen Bestrafung führt; dies ist Ausdruck des für das Verwaltungsstrafverfahren charakteristischen Kumulationsprinzips, das vom Verfassungsgerichtshof bisher in ständiger Rechtsprechung für unbedenklich erachtet wurde (vgl. insb. VfSlg. 13.790/1994 zu §28 Abs1 Z1 AuslBG).

6. Im Übrigen räumen die angefochtenen Strafbestimmungen des AuslBG in Verbindung mit den Bestimmungen des VStG den Strafbehörden einen ausreichenden Spielraum ein, im Sinne der §§19 und 20 VStG insbesondere nach der verursachten Schädigung zu differenzieren und auf das Ausmaß des Verschuldens entsprechend Bedacht zu nehmen; als (besondere) Milderungsgründe, die gemäß §20 VStG im Fall ihres beträchtlichen Überwiegens auch zu einer außerordentlichen Milderung der Strafe (also zur Unterschreitung der Mindeststrafe bis zur Hälfte) führen können, kommen gemäß §19 Abs2 VStG iVm. §34 Abs1 StGB etwa der Widerspruch der Tat zum bisherigen ordentlichen

Lebenswandel (§34 Abs1 Z2 StGB), die Begehung nur aus Unbesonnenheit (§34 Abs1 Z7 StGB), die Nutzung einer besonders verlockenden Gelegenheit (§34 Abs1 Z9 StGB) oder das Bestehen einer drückenden Notlage (§34 Abs1 Z10 StGB) in Betracht. Bei geringfügigem Verschulden und unbedeutenden Folgen der Tat kann gemäß §21 VStG sogar ganz von einer Strafe abgesehen werden.

Nach Ansicht der Bundesregierung ist es also Aufgabe der Strafbehörden, für eine angemessene Differenzierung innerhalb des - im vorliegenden Fall zwischen 1 000 und 5 000 € liegenden - Strafrahmens zu sorgen und allenfalls von der Möglichkeit der außerordentlichen Milderung Gebrauch zu machen.

2. Zusammenfassend wird daher festgehalten, dass aus Sicht der Bundesregierung eine Verfassungswidrigkeit des §28 Abs1 Z1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AusIBG, BGBl. Nr. 218/1975, idF des Konjunkturbelebungsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 68, nicht gegeben ist.

Die Bundesregierung stellt somit den Antrag, der Verfassungsgerichtshof wolle aussprechen, dass die angefochtene Bestimmung nicht verfassungswidrig war, in eventu, dass die angefochtene Bestimmung nicht als verfassungswidrig aufgehoben wird."

4.2. Zu den in G121/07 neu vorgebrachten Bedenken äußert sich die Bundesregierung wie folgt:

"(...) 2. Zu den Bedenken gegen die Wortfolge '1 000 Euro' wegen der mangelnden Differenzierung zwischen Übertretungen nach §28 Abs1 Z1 lita und litb AusIBG sowie gegen §28 Abs1 Z1 litb AusIBG:

Der Verwaltungsgerichtshof bringt dazu im Wesentlichen vor, dass das nach §28 Abs1 Z1 lita AusIBG einerseits und das nach §28 Abs1 Z1 litb AusIBG anderseits 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 litb AusIBG 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 Folgendes entgegen zu halten:

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 AusIBG 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 Betriebssitz 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 anderseits 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 AusIBG 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 AusIBG 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 Betriebssitz 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 Betriebssitz 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 AusIBG - 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 wettbewerbspolitischen 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 litb AusIBG. 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 AusIBG 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.

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at