



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Thienel sowie die Hofräte Dr. Doblinger, Dr. Hofbauer, Mag. Feiel und die Hofrätin Mag. Schindler als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Dr. Hotz, in der Sache der außerordentlichen Revision des Bundesministers für Finanzen in Wien, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 6. Oktober 2020, LVwG-302743/13/KLe/HK, betreffend Bestrafung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Linz-Land; mitbeteiligte Partei: A B in C, vertreten durch die Hasch & Partner Anwaltsgesellschaft mbH in 4020 Linz, Landstraße 47), den

B e s c h l u s s

gefasst:

Gemäß Art. 89 Abs. 2 und Art. 140 Abs. 1 B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof der Antrag gestellt,

die Wortfolge „für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer“ in § 28 Abs. 1 Z 1 dritter Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung BGBl. I Nr. 98/2020,

in eventu die Wortfolge „von 2 000 Euro“ in § 28 Abs. 1 Z 1 dritter Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung BGBl. I Nr. 98/2020,

in eventu § 28 Abs. 1 Z 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung BGBl. I Nr. 98/2020, zur Gänze,

als verfassungswidrig aufzuheben.

Begründung:

- 1 Mit dem beim Verwaltungsgerichtshof zu Ra 2020/09/0077 in Revision gezogenen, im Beschwerdeverfahren ergangenen Erkenntnis vom 6. Oktober 2020 erkannte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich den Mitbeteiligten als handelsrechtlichen Geschäftsführer und damit als nach § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ einer in





Österreich ansässigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung schuldig, dass diese als Beschäftigterin neun von einem ebenfalls in Österreich ansässigen Unternehmen überlassene Ausländer (nordmazedonische bzw. kosovarische Staatsangehörige) zumindest am 6. August 2019 beschäftigt habe, obwohl für diese keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen erteilt oder Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Für die dadurch begangenen Verwaltungsübertretungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a in Verbindung mit § 3 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG) verhängte das Verwaltungsgericht über ihn eine Gesamtstrafe von 7.000 Euro sowie für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 117 Stunden. Die Kosten des Strafverfahrens erster Instanz setzte es mit 700 Euro fest. Die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte es für nicht zulässig.

- 2 Die Verhängung einer einzigen Gesamtgeldstrafe begründete das Verwaltungsgericht im Wesentlichen unter Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 12. September 2019, *Maksimovic*, C-64/18, u.a., sowie das daraufhin ergangene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2019, Ra 2019/11/0033, 0034.
- 3 Gegen dieses Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich richtet sich die außerordentliche Revision des Bundesministers für Finanzen wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts.
- 4 Der revisionswerbende Bundesminister führt zur Zulässigkeit seiner Revision und in der Sache zusammengefasst aus, dass für die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Verhängung einer einzigen Geldstrafe beim Vorliegen von neun Übertretungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 3 Abs. 1 AuslBG eine gesetzliche Grundlage fehle und das Verwaltungsgericht insoweit von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen sei, wonach für jeden unerlaubt beschäftigten Ausländer eine Strafe zu verhängen sei (Hinweis auf VwGH 2.7.2020, Ra 2020/09/0025). Das im Zusammenhang mit der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinn des Art. 56 AEUV in der Rechtssache *Maksimovic* ergangene Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union sei auf reine Inlandssachverhalte nicht anwendbar.



- 5 Der Mitbeteiligte erstattete in dem vom Verwaltungsgerichtshof durchgeführten Vorverfahren eine Revisionsbeantwortung. In dieser bringt er unter anderem vor, dass es bei einer allfälligen Nichtanwendbarkeit des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union in der Rechtssache *Maksimovic* auf seinen Fall zu einer unzulässigen Inländerdiskriminierung käme.
- 6 Die Bestimmung des § 28 Abs. 1 Z 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung BGBl. I Nr. 98/2020, lautet (die im Hauptantrag angefochtene Wortfolge ist unterstrichen):

„Strafbestimmungen

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

1. wer

- a) entgegen § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung erteilt noch eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder der keine für diese Beschäftigung gültige ‚Rot-Weiß-Rot - Karte‘, ‚Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (‚ICT‘), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer (‚mobile ICT‘), Aufenthaltsbewilligung ‚Familiengemeinschaft‘ mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§ 20f Abs. 4) oder ‚Niederlassungsbewilligung - Künstler‘ oder keine ‚Rot-Weiß-Rot - Karte plus‘, keine ‚Aufenthaltsberechtigung plus‘, keinen Befreiungsschein (§ 4c) oder keinen Aufenthaltstitel ‚Familienangehöriger‘ oder ‚Daueraufenthalt - EU‘ besitzt, oder
- b) entgegen § 18 die Arbeitsleistungen eines Ausländers, der von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebsitz im Inland beschäftigt wird, in Anspruch nimmt, ohne dass für den Ausländer eine Beschäftigungsbewilligung oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde,

bei unberechtigter Beschäftigung von höchstens drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 000 Euro bis 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit



Geldstrafe von 2 000 Euro bis 20 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 4 000 Euro bis 50 000 Euro;“

- 7 Der Verwaltungsgerichtshof geht davon aus, dass die vorliegende außerordentliche Revision entgegen dem ihn nicht bindenden Ausspruch des Verwaltungsgerichts (§ 34 Abs. 1a VwGG) gemäß Art. 133 Abs. 4 und Abs. 8 B-VG in Verbindung mit § 28a Abs. 1 AuslBG zulässig ist.
- 8 Das Landesverwaltungsgericht hatte bei seiner Entscheidung in der Sache (§ 50 Abs. 1 VwGVG) angesichts der Bestrafung wegen neun unerlaubt beschäftigter Ausländer den dritten Strafsatz des § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG anzuwenden. Die Entscheidung über die Revision hängt daher von der angefochtenen Norm § 28 Abs. 1 Z 1 dritter Strafsatz AuslBG in der angefochtenen Fassung ab.
- 9 Der Verwaltungsgerichtshof hegt aus den folgenden Erwägungen im Hinblick auf das aus dem Gleichheitsgrundsatz ableitbare Sachlichkeitsgebot Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der im Spruch angeführten Wortfolge des § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG:
- 10 § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG stellt seit der Novelle BGBl. Nr. 231/1988 für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine eigene Strafdrohung auf (siehe dazu etwa VwGH 13.12.1990, 90/09/0170).
- 11 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil vom 12. September 2019, *Maksimovic*, C-64/18, u.a., in Fällen von Bestrafungen nach § 7i Abs. 4 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) und § 28 Abs. 1 Z 1 lit. a AuslBG infolge grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung entschieden, dass der die Dienstleistungsfreiheit gewährleistende Art. 56 AEUV nationalen Regelungen wie den genannten, die für den Fall der Nichteinhaltung arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in Bezug auf die Bereithaltung von Lohnunterlagen und auf die Einholung verwaltungsbehördlicher Genehmigungen die Verhängung von Geldstrafen vorsehen, die einen im Vorhinein festgelegten Betrag nicht unterschreiten dürfen, die für jeden betreffenden Arbeitnehmer kumulativ und ohne Beschränkung verhängt werden, zu denen im Fall der Abweisung einer gegen



den Strafbescheid erhobenen Beschwerde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 20 % der verhängten Strafe hinzutritt und die im Fall der Uneinbringlichkeit in Ersatzfreiheitsstrafen umgewandelt werden, entgegensteht.

- 12 Diese Rechtsprechung wurde vom Gerichtshof der Europäischen Union seitdem auch auf das Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) übertragen (EuGH 19.12.2019, *NE/Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld*, C-645/18; 19.12.2019, *EX*, C-140/19, u.a.), und in diesem Zusammenhang einen Verstoß gegen Art. 20 der Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“) konstatiert.
- 13 Der Verwaltungsgerichtshof judiziert dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 12. September 2019, *Maksimovic*, C-64/18, u.a., folgend in Fällen grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung seither, dass die Wortfolge „für jede/n Arbeitnehmer/in“ in § 7i Abs. 4 AVRAG unangewendet zu bleiben hat (VwGH 15.10.2019, Ra 2019/11/0033, 0034), und Entsprechendes für § 28 LSD-BG (VwGH 18.2.2020, Ra 2019/11/0195). Einen Anwendungsvorrang des Unionsrechts sieht auch der Verfassungsgerichtshof in seiner dazu ergangenen Rechtsprechung (VfGH 27.11.2019, E 2047-2049/2019; E 2893-2896/2019; E 3530-3531/2019; 26.6.2020, E 4329/2019).
- 14 Liegt ein rein innerstaatlicher Sachverhalt vor, kommt es zu keiner Verdrängung nationalen Rechts durch das Unionsrecht. Dies ist in Fällen, in welchen einer nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unzulässigen Beschäftigung keine Dienstleistung in Form einer Zurverfügungstellung der unerlaubt beschäftigten Arbeitnehmer zugrunde liegt, schon mangels Vorliegens eines vergleichbaren Sachverhalts nicht weiter problematisch (siehe etwa VwGH 13.11.2020, Ra 2020/09/0039; 2.7.2020, Ra 2020/09/0025).



- 15 Im vorliegenden Fall legte das Landesverwaltungsgericht seiner Entscheidung jedoch als unstrittigen Sachverhalt zugrunde, dass die neun nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unerlaubt von dem vom Mitbeteiligten vertretenen Unternehmen beschäftigten Ausländer diesem von einer ebenfalls in Österreich ansässigen Gesellschaft überlassen wurden. Abgesehen davon, dass ein reiner Inlandssachverhalt gegeben ist, liegt im Übrigen - insbesondere im Hinblick auf die Dienstleistung der Zurverfügungstellung der Arbeitnehmer durch ein anderes Unternehmen - ein Sachverhalt vor, der jenem gleicht, den der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 12. September 2019, *Maksimovic*, C-64/18, u.a., zu entscheiden hatte.
- 16 Mit anderen Worten: Wären die Arbeitnehmer der vom Mitbeteiligten vertretenen Gesellschaft von einem Unternehmen in einem anderen Mitgliedsstaat überlassen worden, käme es nach der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu vergleichbaren Bestimmungen zu einer Verdrängung der nationalen Regelung in § 28 Abs. 1 Z 1 dritter Strafsatz AuslBG, dass für jeden Ausländer eine Strafe zu verhängen ist. Ohne diesen Anwendungsvorrang des Unionsrechts ist jedoch diese Bestimmung anzuwenden und bei mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine Geldstrafe von 2.000 Euro bis 20.000 Euro zu verhängen.
- 17 Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist eine Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger im Verhältnis zu Ausländern am Gleichheitssatz zu messen und bedarf daher einer sachlichen Rechtfertigung. Diesen Gedanken hat der Verfassungsgerichtshof - unter Hinweis auf die „doppelte Bindung“ des Gesetzgebers bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht - auch auf die so genannte „Inländerdiskriminierung“ übertragen. Wenn es dabei auch nicht um Diskriminierungen nach dem Kriterium der Staatsbürgerschaft geht, sondern um die Benachteiligung rein innerstaatlicher Sachverhalte im Verhältnis zu Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug, so sind inländische Staatsbürger davon doch meist besonders betroffen. Dies gilt für Fälle, in denen bereits die österreichischen Normen zwischen rein innerstaatlichen Sachverhalten und solchen mit



Gemeinschaftsbezug differenzieren, wie für Fälle, wenn sich eine solche Differenzierung erst aus dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts ergibt (vgl. zum Ganzen VfGH 8.6.2005, G 159/04, u.a., VfSlg. 17.554).

- 18 Aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofes besteht bei Vorliegen eines vergleichbaren Sachverhalts keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass der Beschäftigte ihm überlassener unberechtigt beschäftigter Ausländer sich einer unterschiedlich hohen Strafdrohung gegenüber sieht, je nachdem ob der Überlasser der Arbeitskräfte seinen Sitz im Inland oder in einem anderen Mitgliedsstaat hat. Im ersten Fall ist für jeden Ausländer - ohne Begrenzung der Gesamtstrafen - eine Geldstrafe zu verhängen, im anderen Fall nur eine in ihrer Höhe begrenzte Gesamtstrafe. Durch Aufhebung der angefochtenen Bestimmung könnten auch diese innerstaatlichen Sachverhalte so behandelt werden, wie es für Fälle mit Unionsbezug unionsrechtlich geboten ist.
- 19 Mit der Aufhebung der im Hauptantrag angeführten Wortfolge würde die Verfassungswidrigkeit der Regelung im dargelegten Sinn beseitigt, ohne dass der verbleibende Rest der gesetzlichen Bestimmung unverständlich oder unanwendbar oder eine Veränderung seiner Bedeutung erfahren würde. Es würde aber auch nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden, als Voraussetzung für den Anlassfall ist.
- 20 Der erste Eventualantrag wird für den Fall gestellt, dass der Verfassungsgerichtshof zum Ergebnis gelangt, dass der Entfall der Untergrenze (siehe die Erwägungen in EuGH 12.9.2019, *Maksimovic*, C-64/18, u.a., Rn 41, 43) bei Beibehaltung einer Strafdrohung für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer ausreichend und besser geeignet ist, die Verfassungswidrigkeit zu beseitigen.



- 21 Sofern der Verfassungsgerichtshof jedoch der Ansicht sein sollte, dass die Sanktionsnorm des § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG insgesamt den europarechtlichen Vorgaben widerspricht und daher zur Beseitigung einer Inländerdiskriminierung die gesamte Bestimmung zu entfernen ist, wird der zweite Eventualantrag gestellt.

W i e n , am 11. März 2021

