

# TE Vwgh Erkenntnis 2003/5/21 2000/09/0105

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.05.2003

## Index

E000 EU- Recht allgemein;

E1E;

40/01 Verwaltungsverfahren;

59/04 EU - EWR;

60/04 Arbeitsrecht allgemein;

62 Arbeitsmarktverwaltung;

## Norm

11997E049 EG Art49;

11997E050 EG Art50;

AusIBG §19 Abs3;

AusIBG §2 Abs3;

AusIBG §28 Abs1 Z1 lita;

AusIBG §3 Abs1;

AVG §66 Abs4;

EURallg;

VStG §44a Z1;

VStG §44a;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Germ und die Hofräte Dr. Händschke und Dr. Rosenmayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Dr. Hanslik, über die Beschwerde des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 30. März 2000, Zl. VwSen-250788/8/Kon/Pr, betreffend Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens wegen Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (mitbeteiligte Partei: 1. R in B, Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch Puttinger, Vogl & Partner, Rechtsanwälte in 4910 Ried im Innkreis, Rainerstraße 6, und 2. Bundesminister für Finanzen), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer (Bund) hat der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 908,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 9. März 1999 wurde der Erstmitbeteiligte als persönlich haftender Gesellschafter und somit zur Vertretung nach außen berufenes Organ der K.R. GenB.R. (Anonymisierung durch den Verwaltungsgerichtshof) mit Sitz in D-28219 B, bestraft, weil diese GenB.R. am 2. September 1997 auf dem Gelände der R. Messe beim Fahrgeschäft der angeführten GenB.R. fünf namentlich angeführte polnische Staatsangehörige "als Schaustellergehilfen beschäftigt (habe), ohne dass ihr für diese eine Entsendebewilligung erteilt wurde". Der Erstmitbeteiligte habe dadurch die § 3 Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, zuletzt geändert durch das BundesgesetzBGBl. Nr. 78/1997, verletzt. Über den Erstmitbeteiligten wurden wegen dieser Verwaltungsübertretung gemäß § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG jeweils fünf Geldstrafen in der Höhe von je S 20.000,--, falls diese uneinbringlich seien, Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils einer Woche, verhängt, und ihm die Kosten des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahrens auferlegt.

Dagegen er hob der Erstmitbeteiligte Berufung, in der er im Wesentlichen ausführte, dass die ausländischen Arbeitnehmer lediglich kurzfristige Arbeitsleistungen für eine ausländische Firma, die als Aussteller auf einer Messeveranstaltung tätig gewesen sei, erbracht hätten. Das Straferkenntnis verstößt gegen das Gemeinschaftsrecht, insbesondere den darin festgelegten Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit. Auch habe sich der Erstmitbeteiligte in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden und sei das Ausmaß der Strafe jedenfalls überhöht.

Mit dem angefochtenen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 30. März 2000 wurde der Berufung des Erstmitbeteiligten Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis gemäß § 66 Abs. 4 AVG i.V.m. § 24 VStG und § 45 Abs. 1 Z. 1 zweiter Fall VStG aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

Der angefochtene Bescheid wurde im Wesentlichen damit begründet, dass schon die Subsumtion des Sachverhaltes unter die Bestimmungen der §§ 3 Abs. 1 und 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG durch die erstinstanzliche Behörde verfehlt sei, weil sie der gemeinschaftsrechtlichen Situation nicht Rechnung trage. Aus § 28 Abs. 1 Z. 5 lit. a AuslBG sei zu entnehmen, dass ein ausländischer Arbeitgeber im Sinne des § 18 Abs. 12 leg. cit., also ein ausländischer Arbeitgeber mit Betriebssitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, für die Beschäftigung eines Drittstaatsangehörigen im Inland einer EU-Entsendebestätigung bedürfe und nicht eine Entsendebewilligung. Die dem Erstmitbeteiligten angelastete Tat, nämlich die Beschäftigung der im Spruch angeführten ausländischen Arbeitnehmer, ohne dass für diese eine Entsendebewilligung erteilt worden sei, stelle für ihn keine Verwaltungsübertretung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz dar.

Sollte die erstinstanzliche Behörde irrtümlich anstatt des Terminus "Entsendebestätigung" im Tatvorwurf den der "Entsendebewilligung" verwendet haben, so wäre eine Berichtigung nach § 62 Abs. 4 AVG i.V.m. § 24 VStG nicht möglich, weil sich damit eine unzulässige Tatuswechselung zu Lasten des Erstmitbeteiligten verbände. § 28 Abs. 1 Z. 5 lit. a AuslBG sehe auch einen wesentlich geringeren Strafrahmen vor als § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a leg. cit. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit beantragt wird. Der beschwerdeführende Bundesminister hält den angefochtenen Bescheid deswegen für rechtswidrig, weil die Abs. 12 bis 16 des § 18 AuslBG i. d.F. des BundesgesetzesBGBl. I Nr. 78/1997 erst am 1. Jänner 1998 in Kraft getreten seien und schon aus diesem Grunde auf den vorliegenden Sachverhalt mit Tatzeitpunkt 2. September 1997, nicht angewendet werden könnten. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Freiheit des freien Dienstleistungsverkehr, insbesondere im Urteil Vander Elst, sei die ordnungsgemäße und dauerhafte Beschäftigung des betroffenen Ausländer für die Frage der Zulässigkeit der Bestrafung wesentlich gewesen. Dem Akteninhalt könne entnommen werden, dass die Arbeitsverträge befristet gewesen seien und in zwei Fällen zum Tatzeitpunkt gar keine gültige deutsche Arbeitsbewilligung vorgelegen sei. Der Erstmitbeteiligte habe sich im vorliegenden Fall daher hinsichtlich der Entsendung der von seinen Unternehmen im Ausland beschäftigten drittstaatsangehörigen Arbeitskräfte nach Österreich nicht auf die diesen gemeinschaftsrechtlich gewährleistete Dienstleistungsfreiheit im Sinne des angeführten Urteiles berufen können, und es hätte eine Bestrafung erfolgen müssen.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor, erstattete eine Gegenschrift und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Der Erstmitbeteiligte erstattete ebenfalls eine Gegenschrift und stellte denselben Antrag.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes - AuslBG,BGBI. Nr. 218/1975, in der Fassung der NovelleBGBI. Nr. 201/1996, lauten:

#### "Begriffsbestimmungen

§ 2. (1) Als Ausländer im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt, wer nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

(2) Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern

die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger

Vorschriften ausgeübt wird,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der

Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,

d)

nach den Bestimmungen des § 18 oder

e)

überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes,BGBI. Nr. 196/1988.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

a) in den Fällen des Abs. 2 lit. b die inländischen Vertragspartner jener Personen, für deren Verwendung eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich ist,

b) in den Fällen des Abs. 2 lit. c und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, oder der Veranstalter, und

c) in den Fällen des Abs. 2 lit. e auch der Beschäftiger im Sinne des § 3 Abs. 3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes.

...

#### Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3. (1) Ein Arbeitgeber darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, einen Ausländer nur beschäftigen, wenn ihm für diesen eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

(2) Ein Ausländer darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt.

...

#### Betriebsentsandte Ausländer

#### Voraussetzungen für die Beschäftigung; Entsendebewilligung

§ 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.

(2) Für Ausländer nach Abs. 1, die ausschließlich im Zusammenhang mit kurzfristigen Arbeitsleistungen, für die ihrer Art nach inländische Arbeitskräfte nicht herangezogen werden, wie geschäftliche Besprechungen, Besuche von Messeveranstaltungen und Kongressen und dergleichen, beschäftigt werden, ist eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung nicht erforderlich.

...

(4) Dauert die im Abs. 1 genannte Beschäftigung länger als vier Monate, so ist eine Beschäftigungsbewilligung erforderlich. Der Antrag auf Erteilung der Beschäftigungsbewilligung ist jedenfalls noch vor Ablauf des vierten Monates nach Aufnahme der Arbeitsleistung vom Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, bei der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen.

...

#### Antragseinbringung

§ 19. (1) Der Antrag auf Ausstellung einer Sicherungsbescheinigung bzw. Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung ist unbeschadet der Abs. 2 und 3 und des § 18 vom Arbeitgeber bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen, in deren 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 Abs. 1 für den Fall, dass eine Person im Sinne des § 2 Abs. 3 vorhanden ist, von dieser, in allen anderen Fällen vom Ausländer zu beantragen. Der Antrag ist bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen, in deren Sprengel die Arbeitsleistungen bzw. Beschäftigungen erbracht werden.

#### Strafbestimmungen

§ 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 dem § 3 einen Ausländer beschäftigt, für den weder eine Beschäftigungsbewilligung (§ 4) erteilt noch eine Anzeigebestätigung (§ 3 Abs. 5) oder eine Arbeitserlaubnis (§ 14a) oder ein Befreiungsschein (§ 15) 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 Geldstrafen von 10 000 S bis zu 60 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 20 000 S bis zu 120 000 S, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 20 000 S bis zu 120 000 S, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 40 000 S bis zu 240 000 S;

..."

Der beschwerdeführende Bundesminister weist zutreffend darauf hin, dass das Rechtsinstitut der EU-Entsendebestätigung erst mit der Novelle zum Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl. I Nr. 78/1997 mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 1998 in das Ausländerbeschäftigungsgesetz eingeführt wurde. Er zeigt auch zutreffend auf, dass die Tatsache allein, dass die fünf polnischen Arbeitskräfte von einem Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat nach Österreich entsandt wurden, noch nicht dazu führt, dass diese auf Grund der gemeinschaftsrechtlich gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit ohne Bewilligung in Österreich hätten arbeiten dürfen. Dies wäre nämlich nur hinsichtlich solcher Arbeitnehmer der Fall gewesen, die von diesem Unternehmen ordnungsgemäß und dauerhaft beschäftigt werden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Mai 1999, Zl. 97/09/0262, m.w.N.).

Auch kann sich die belangte Behörde ungeachtet der vorstehenden Erwägungen nicht etwa darauf berufen, die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens wäre deswegen geboten gewesen, weil der im Verwaltungsstrafverfahren

vor der Behörde erster Instanz gegen den Erstmitbeteiligten erhobene Vorwurf innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist gemäß § 31 Abs. 2 VStG bloß dahingehend gelautet habe, die fünf ausländischen Arbeitskräfte wären entgegen § 3 Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG beschäftigt worden, ohne dass dem Arbeitgeber "eine Entsendebewilligung erteilt" worden sei, weshalb eine Bestrafung wegen Beschäftigung ohne einer anderen in § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG angeführte Genehmigung oder Bestätigung nicht mehr zulässig gewesen wäre.

Es ist nämlich die Beschäftigung ohne das Vorliegen einer Entsendebewilligung in § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG nicht unter Strafe gestellt. Auch wurde dem Beschwerdeführer nach der Aktenlage die Beschäftigung der fünf polnischen Ausländer ohne das Vorliegen einer Beschäftigungsbewilligung, einer Anzeigebestätigung oder einer Arbeitserlaubnis oder eines Befreiungsscheines innerhalb der gemäß § 28 Abs. 2 AuslBG mit einem Jahr bemessenen Verjährungsfrist gemäß § 31 Abs. 2 VStG nicht ausdrücklich vorgeworfen.

Mit dem Vorwurf, die Ausländer ohne Entsendebewilligung beschäftigt zu haben, war aber der Vorwurf der Beschäftigung ohne die für die Beschäftigung eines Ausländer notwendigen Papiere in ausreichender Weise erhoben, und es war für die Unterbrechung der Verfolgungsverjährungsfrist nicht erforderlich, bei der Umschreibung der Tat alle in § 3 Abs. 1 oder § 28 Abs. 1 Z. 1 lit. a AuslBG aufgezählten arbeitsmarktbehördlichen Voraussetzungen anzuführen, zumal der Erstmitbeteiligte gar nicht behauptet hat, dass die Beschäftigung der Ausländer etwa infolge des Vorliegens solcher Papiere rechtmäßig gewesen wäre (vgl. das hg. Erkenntnis vom 7. Juli 1999, Zl. 97/09/0334, m.w.N.).

So ist es unter dem Gesichtspunkt des § 44a Z. 1 VStG auch nicht erforderlich, dass die Behörde bei der Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat im Spruch eines Strafbescheides Feststellungen über das Nichtvorliegen von sachverhaltsmäßigen Voraussetzungen aller nur denkbarer Rechtfertigungs- und Strafausschließungsgründe aufnimmt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 3. September 2002, Zl. 99/09/0015).

Die belangte Behörde wäre daher nicht daran gehindert gewesen, allenfalls den Schulterspruch durch Aufnahme der fehlenden arbeitsmarktbehördlichen Papiere zu ergänzen, und sie hätte dadurch auch nicht die Grenzen der durch den Bescheid der Behörde erster Instanz bestimmten Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinne des § 66 Abs. 4 überschritten. Rechte des Erstmitbeteiligten - und nur dessen Verfolgungs- bzw. Verteidigungsschutz dient das Gebot der Konkretisierung des Spruches im Sinne des § 44a VStG - wären dadurch nicht verletzt worden (vgl. das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 1998, Zl. 96/09/0299, und ebenfalls das hg. Erkenntnis vom 7. Juli 1999, Zl. 97/09/0334).

Dennoch ist der Beschwerde kein Erfolg beschieden:

Unbestritten hat jenes Unternehmen, als dessen Vertretungsbefugter der Erstmitbeteiligte im vorliegenden Fall bestraft wurde, seinen Sitz nämlich im Ausland. Auch ein Betriebssitz im Inland wurde weder festgestellt noch behauptet. Da es auch einer einem Arbeitgeber im Sinne des AuslBG gleichzuhaltenden Person im Sinne des § 2 Abs. 3 AuslBG erlangte, war ein Arbeitgeber im Inland sohin nicht vorhanden. Ein Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung oder einer anderen für den Arbeitgeber erforderlichen Genehmigung oder Bestätigung wäre daher gemäß § 19 Abs. 3 AuslBG von den Ausländern selbst, nicht aber von der vom Erstmitbeteiligten vertretenen K.R. GenbR. mit Sitz im Ausland und ohne Betriebssitz im Bundesgebiet zu stellen gewesen.

Gemäß § 3 Abs. 1 AuslBG darf ein Arbeitgeber einen Ausländer nur beschäftigen, wenn "ihm für diesen" eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn der Ausländer eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein besitzt. Der K.R. GenbR. mit Sitz im Ausland und ohne Betriebssitz im Bundesgebiet hätte eine solche Bewilligung angesichts des § 19 Abs. 3 AuslBG aber gar nicht erteilt werden können. Daher konnte dem Erstmitbeteiligten aber auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, er hätte als vertretungsbefugtes Organ der K.R. GenbR. mit Sitz im Ausland und ohne Betriebssitz im Bundesgebiet für die Einholung von arbeitsmarktbehördlichen Papieren für die Ausländer keine Sorge getragen, weshalb die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 47 ff VwGG i.V.m. der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2001, BGBl. II Nr. 501.

Wien, am 21. Mai 2003

## **Schlagworte**

Beschränkungen der Abänderungsbefugnis Beschränkung durch die Sache Besondere Rechtsprobleme  
Verwaltungsstrafrecht Spruch der Berufungsbehörde (siehe auch AVG § 66 Abs 4 Besondere verfahrensrechtliche

Aufgaben der Berufungsbehörde Spruch des Berufungsbescheides) Gemeinschaftsrecht Auslegung des Mitgliedstaatenrechtes EURallg2 "Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Umfang der Konkretisierung (siehe auch Tatbild)

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2003:2000090105.X00

**Im RIS seit**

26.06.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

08.09.2015

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)