

# TE Vfgh Erkenntnis 2007/10/11 G88/07 ua

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.10.2007

## 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 Exzess angesichts 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

Der Antrag zu G93/07 auszusprechen, dass in §28 Abs1 Z1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung des Konjunkturbelebungsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 68, die Wortfolge "1 000 Euro" verfassungswidrig war, wird zurückgewiesen.

Im Übrigen werden die Anträge abgewiesen.

## Begründung

Entscheidungsgründe:

I. 1.1. Beim Verwaltungsgerichtshof ist eine zu 2005/09/0029 protokollierte Beschwerde gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien anhängig; im zugrunde liegenden Verwaltungsstrafverfahren wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe gemäß dem ersten Strafsatz des §28 Abs1 Z1 lita AuslBG verhängt.

1.2. Aus Anlass dieses Verfahrens stellte der Verwaltungsgerichtshof (nach Berichtigung) gemäß Art140 Abs1 B-VG den Antrag, der Verfassungsgerichtshof möge

"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 2. Euro-Umstellungsgesetz-Bund, BGBl. I Nr. 136/2001, die Wortfolge '726 €' verfassungswidrig war, in eventu

2. in §28 Abs1 Z. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung des 2. Euro-Umstellungsgesetz-Bund, BGBl. I Nr. 136/2001, die Wortfolge '726 €' als verfassungswidrig aufheben."

2. Die angefochtene Bestimmung steht 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 Strafbestimmung des §28 Abs1 Z1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. 218/1975, idF des 2. Euro-Umstellungsgesetz-Bund, BGBl. I 136/2001 lautet (der angefochtene Teil ist 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 dem §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 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 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 726 € bis 4 360 €, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 1 450 € bis 8 710 €, bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer mit Geldstrafe von 1 450 € bis 8 710 €, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 2 900 € bis 17 430 €;

..."

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

"Die Bedenken des Verwaltungsgerichtshofes richten 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. 16.819/2003, 16.407/2001, 15.785/2000). 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. 16.407/2001).

Im Erkenntnis VfSlg. 13.790/1994 hat der Verfassungsgerichtshof (zu den Strafsätzen nach §28 Abs1 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 verfehlen 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 Verwaltungsstrafdrohung 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. 11.587/1987).

Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis VfSlg. 15.785/2000 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 Absl lita 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 Strafdrohung 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 Strafdrohungen 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 Mindeststrafdrohung entgegen, welche durch die Anordnung, dass zumindest die Mindeststrafe pro beschäftigtem Ausländer zu verhängen ist, sich bei einer Beschäftigung von mehreren Personen vervielfacht.

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 Strafdrohung nicht:

es ist auch bei Anerkennung aller general- und spezialpräventiven Motive des Gesetzgebers nicht adäquat, dieselbe Strafdrohung gegen gewerblich tätige Unternehmer und Private anzuwenden, die Unternehmen und Private typischerweise unterschiedlich stark treffen. Die mit der angefochtenen Gesetzesstelle festgesetzte Mindeststrafdrohung ist selbst unter Anwendung des §20 VStG für die Letzteren als überschießend bedenklich (vgl. vor allem VfSlg. 15.785/2000)."

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

"1. Die Bedenken des Verfassungsgerichtshofs 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 Verfassungsgerichtshof beruft sich dabei auf Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs

(VfSlg. 16.819/2003, 16.407/2003, 15.785/2000), wonach eine Strafdrohung, 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, BGBl. I Nr. 68, aufgehoben. 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 entlohnen 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. So liegen die Kosten für eine Arbeitsstunde im Bauhauptgewerbe bei Beauftragung eines Unternehmens - unter Zugrundelegung des KV-Stundenlohns - bei rund 40 € (Kalkulation der Wirtschaftskammer Österreich, Geschäftsstelle Bau), während eine Arbeitsstunde bei illegaler Beschäftigung von Ausländern in der Regel deutlich günstiger ist (zB 8 € im dem Verfahren G24/07 zugrunde liegenden Anlassfall); bereits an einem einzigen 10-Stunden-Tag lässt sich so - ausgehend von den genannten Beträgen - ein Kostenvorteil von 320 € pro Arbeitnehmer erzielen.

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. Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber den möglicherweise größeren wirtschaftlichen Vorteil - und damit verbunden auch den größeren Unrechtsgehalt - bei einer typischerweise bei Unternehmern anzutreffenden Beschäftigung 'im großen Stil' insofern bereits berücksichtigt, als §28 Abs1 Z1 AuslBG höhere Mindeststrafhöhen für die Beschäftigung von mehr als drei Arbeitnehmern normiert.

5. 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 Abfallbehndlern - 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 726 €. Aber auch die mit den Strafbestimmungen des Abfallwirtschaftsgesetzes verfolgten general- und spezialpräventiven Zwecke sind mit jenen des AuslBG und den dahinter stehenden öffentlichen und gesamt-wirtschaftlichen Interessen, die, wie oben ausgeführt, eine Differenzierung zwischen Gewerbetreibenden und Privaten gerade nicht sachgerecht erscheinen lassen, nicht vergleichbar.

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 Nützung 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 726 und 4 360 € liegenden - Strafraumens 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 - AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975 idF des 2. Euro-Umstellungsgesetzes-Bund, BGBl. I Nr. 136/2001, nicht gegeben ist."

5. Die im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof beteiligten Bundesminister für Finanzen und für Wirtschaft und Arbeit haben sich im verfassungsgerichtlichen Verfahren nicht geäußert.

II. Aus Anlass vier weiterer beim Verwaltungsgerichtshof anhängiger Beschwerden stellte der Verwaltungsgerichtshof vier Anträge, die gleich lauten wie der Antrag zu G88/07 (protokolliert zu G94/07, G133/07, G143/07 und G144/07). Die Bundesregierung und in einigen Fällen auch mitbeteiligte Unabhängige Verwaltungssenate und Parteien im Verwaltungsstrafverfahren erstatteten Äußerungen.

III. 1.1. Beim Verwaltungsgerichtshof ist weiters eine zu 2004/09/0104 protokollierte Beschwerde gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenaes Salzburg anhängig; im zugrunde liegenden Verwaltungsstrafverfahren wurden über den Beschwerdeführer Geldstrafen gemäß dem ersten Strafsatz des §28 Abs1 Z1 lita AuslBG verhängt, da er ab 25. Jänner 2002 vier Wochen und von 6. August 2002 bis 11. September 2002 ausländische Staatsangehörige ohne Beschäftigungsbewilligung beschäftigt hat.

1.2. Aus Anlass dieses Verfahrens stellte der Verwaltungsgerichtshof (nach Berichtigung) 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 2. Euro-Umstellungsgesetz-Bund, BGBl. I Nr. 136/2001, die Wortfolge '726 €' verfassungswidrig war, in eventu

2. in §28 Abs1 Z. 1 des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung des 2. Euro-Umstellungsgesetz-Bund, BGBl. I Nr. 136/2001, die Wortfolge '726 €' als verfassungswidrig aufheben, und

II.

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 Konjunkturbelebungs-gesetzes 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 Konjunkturbelebungs-gesetzes 2002, BGBl. I Nr. 68, die Wortfolge '1 000 Euro' als verfassungswidrig aufheben."

Der Verwaltungsgerichtshof trägt in Punkt II seines Antrages auf Basis derselben Rechtslage dieselben Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes vor, die er in seinen zu G24/07 protokollierten Anträgen an den Verfassungsgerichtshof erhoben hat, die aber mit Erkenntnis vom 27. September 2007, G24/07 ua (s. Pkt. II.3.1.) als unbegründet abgewiesen wurden.

Hat der Verfassungsgerichtshof über die ihm vorgetragenen 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 ist darüber vielmehr bereits entschieden, sodass Punkt II des vorliegenden Antrags zu G93/07 wegen entschiedener Sache als unzulässig zurückzuweisen ist.

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

1. In allen Anträgen werden vom Verwaltungsgerichtshof Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Mindeststrafe wegen Verstoßes gegen das Sachlichkeitsgebot des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes erhoben.

1.1. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes begrenzt das Sachlichkeitsgebot den Spielraum des Gesetzgebers bei der Festlegung von Sanktionen für rechtswidriges Verhalten. Der Verfassungsgerichtshof hat es insbesondere für unzulässig angesehen, wenn eine absolute Strafdrohung unabhängig vom Grad des Verschuldens und unabhängig von der Höhe des durch eine Gesetzesübertretung bewirkten Schadens vorgesehen ist (VfSlg. 9901/1983 zur Strafe des Verfalls), mit der Folge, dass eine Regelung ihrem System nach ein exzessives Missverhältnis zwischen der Höhe der Strafe einerseits und dem Grad des Verschuldens und der Höhe des verursachten Schadens andererseits einschließt (VfSlg. 10.904/1986, ähnlich bereits VfSlg. 10.597/1985).

1.2. In Fortführung dieser Rechtsprechung sprach der Verfassungsgerichtshof aus, dass das Sachlichkeitsgebot auch den Fall verpöne, in dem ein exzessives Missverhältnis zwischen dem unter Strafsanktion gestellten Verhalten und der als primäre Rechtsfolge vorgesehenen Geldstrafe gegeben ist (VfSlg. 12.151/1989). Dagegen sei es nicht unsachlich, wenn sich die Strafhöhe vor allem am Strafzweck orientiere (VfSlg. 7967/1976), welcher nur dann erreicht werden könne, wenn die für den Fall des vorsätzlichen rechtswidrigen Verhaltens vorgesehene Strafe derart empfindlich sei, dass ein in der Regel normgemäßes Verhalten durchgesetzt werden könne. Im Erkenntnis VfSlg. 15.677/1999 hielt der Verfassungsgerichtshof fest, dass diese Strafdrohung noch keine betragsmäßige Höhe erreicht hätte, die mit den hergebrachten, der Rechtsordnung immanenten Zwecken der Verwaltungsstrafe nicht mehr vereinbar wäre.

Im Erkenntnis VfSlg. 15.785/2000 befand der Verfassungsgerichtshof sodann eine Mindestgeldstrafe in der Höhe von S 50.000 in §39 Abs1 lit a AWG 1990 als verfassungswidrig. Er verwies darauf, dass (selbst wenn aus Gründen der General- und Spezialprävention strenge Strafen erforderlich sein sollten) die Strafe in einem angemessenen Verhältnis zum Grad des Verschuldens und zur Höhe des durch das Vergehen bewirkten Schadens stehen müsse. Die Sicherung der Einhaltung der Vorschriften des AWG und damit der Verwirklichung von dessen Zielen könne nur dann erreicht werden, wenn die für den Fall des rechtswidrigen Verhaltens vorgesehene Strafe derart empfindlich sei, dass ein in der Regel normgemäßes Verhalten durchgesetzt werden könne. Ein aus präventiven Erwägungen für erforderlich befundenes Strafausmaß könne aber auch ohne die angefochtene Mindestgeldstrafe erreicht werden, weil die angestrebten general- und spezialpräventiven Ziele auch durch die Normierung einer empfindlichen Höchststrafe (in der Höhe von S 500.000) verwirklicht werden könnten.

Im Erkenntnis VfSlg. 16.407/2001 fand der Verfassungsgerichtshof schließlich eine Mindeststrafe in der Höhe von S 20.000 für Verwaltungsübertretungen gemäß §23 Abs1 Z8 Güterbeförderungsgesetz 1995 für unsachlich, da mit der gewählten Rechtsetzungstechnik weder auf das Gewicht und die Zielrichtung der im Einzelfall verletzten Vorschriften noch auf die konkreten Umstände Bedacht genommen wurde, unter denen die Verwaltungsübertretung begangen wurde, noch auf die persönlichen Verhältnisse desjenigen, der die Verwaltungsübertretung begangen hat. Eine Rechtfertigung im Hinblick auf den durch derartige Straftaten erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil scheide von vornherein deshalb aus, weil keinesfalls davon ausgegangen werden könne, dass der Lenker des LKW aus der Begehung der Verwaltungsübertretung einen unmittelbaren Nutzen ziehe.

1.3. Bereits im Erkenntnis VfSlg. 13.790/1994 hielt der Verfassungsgerichtshof die Strafsätze des §28 Abs1 Z1 AuslBG idF BGBl. 231/1988 von (damals) S 5.000 bis zu S 60.000 für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer sowie im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von S 10.000 bis zu S 120.000 und - bei unberechtigter Beschäftigung von mehr als drei Ausländern - für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer von S 10.000 bis zu S 120.000 für verfassungsrechtlich unbedenklich. Er hielt fest, dass der Gesetzgeber bei der Festsetzung der Strafdrohung für Verwaltungsübertretungen dieser Art, insbesondere für Fälle einer lang andauernden Fortsetzung oder wiederholten Begehung der Straftat, den möglichen wirtschaftlichen Nutzen in Betracht ziehen dürfe, den der Täter durch das verbotene Verhalten erziele. Andernfalls könne es bei ausreichend hohem wirtschaftlichen Interesse dazu kommen, dass der Strafbetrag als bloßer Preis des erwarteten Nutzens kalkuliert werde, und die Strafdrohung ihren Zweck verfehle.

Der Verfassungsgerichtshof konnte nicht erkennen, dass das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Vorschriften über die Kontrolle der Ausländerbeschäftigung Strafen dieser Höhe nicht rechtfertigen würde. Von einem Exzess könne in Ansehung der Strafsätze angesichts des möglichen Nutzens einer länger dauernden Beschäftigung und im Hinblick darauf, dass im einzelnen Strafsatz auch sehr lange Zeit hindurch fortgesetzte Straftaten erfasst werden müssen, nicht die Rede sein.

2. Der Verfassungsgerichtshof sieht keinen Grund, von seiner Rechtsprechung abzugehen. Zwar wurden die Mindeststrafdrohungen in §28 Abs1 Z1 AuslBG gegenüber der Rechtslage, wie sie der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis VfSlg. 13.790/1994 zu beurteilen hatte, angehoben. Diese Anhebung folgte jedoch nicht in einem Ausmaß, dass das Gewicht der Mindeststrafdrohungen nunmehr außer Verhältnis zum Gewicht der damit verfolgten Ziele stünde. Auch vermag der Verfassungsgerichtshof nicht zu erkennen, dass sich die tatsächlichen Umstände in den letzten Jahren derart geändert hätten, dass die mit der Mindeststrafdrohung verfolgten Ziele nicht mehr erreicht werden könnten.

2.1. Der Verwaltungsgerichtshof erblickt die Unsachlichkeit der Regelung des §28 Abs1 Z1 AuslBG unter Hinweis auf die jüngere Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darin, dass sie für Private dieselbe Strafdrohung vorsieht wie für Unternehmer. Soweit sich der Verwaltungsgerichtshof dabei auf das Erkenntnis VfSlg. 16.407/2001 beruft, ist daraus für seinen Standpunkt nichts zu gewinnen. Wie der Verfassungsgerichtshof in diesem Erkenntnis ausdrücklich festhielt, konnte die Mindeststrafsanktion im Güterbeförderungsgesetz nicht durch den mit der Verwaltungsübertretung erzielbaren Vorteil gerechtfertigt werden, da der Lenker des LKW - im Gegensatz zum Privaten, der einen Ausländer beschäftigt - regelmäßig keinen Nutzen aus der Verwaltungsübertretung zieht.

Im Erkenntnis VfSlg. 15.785/2000 sah der Verfassungsgerichtshof zwar die Mindeststrafdrohung im Hinblick auf gewerbsmäßig tätige Abfallsammler u.a. deshalb für gerechtfertigt an, weil sie das Strafausmaß möglicherweise einkalkulieren könnten, eine generelle Mindeststrafe (und damit auch für Private) hielt er für unsachlich. Auch daraus lässt sich für den Verwaltungsgerichtshof nichts für die Unsachlichkeit der angefochtenen Regelung gewinnen, weil hier anders als dort auch der Private regelmäßig einen erheblichen wirtschaftlichen Nutzen aus der Verwaltungsübertretung ziehen kann. Ebenso wenig ist der Hinweis von der Hand zu weisen, dass auch die kumulierte Beschäftigung von Ausländern durch Private der Volkswirtschaft im Allgemeinen und dem österreichischen Arbeitsmarkt im Besonderen einen nicht zu vernachlässigenden Schaden zufügt.

2.2. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Strafdrohung nach der Schädlichkeit dadurch differenziert ist, dass bei gleichzeitiger Beschäftigung von mehr als drei Arbeitnehmern die doppelte Mindeststrafe vorgesehen ist. Wenn der Gesetzgeber bei dieser Differenzierung nicht an die Unternehmereigenschaft anknüpft, sondern höhere Strafen ab einer bestimmten Anzahl beschäftigter Ausländer vorsieht, die im Regelfall eher bei Unternehmen als bei Privaten gegeben ist, kann ihm nicht entgegengetreten werden, weil und insoweit er damit einerseits typischerweise organisierte (und mit qualifizierter Strafhöhe im Wiederholungsfall auch wiederholte) Übertretungen des Gesetzes erfasst und andererseits zahlreiche Situationen vergleichbarer Beschäftigung von Ausländern mit gleicher Schädlichkeit bestehen, die nicht im Rahmen eines Unternehmens erfolgt.

2.3. Auch der Umstand, dass bei gleichzeitiger Beschäftigung von mehreren Ausländern die Mindeststrafe mehrfach droht bedeutet nicht - wie der Verwaltungsgerichtshof meint - , dass sich die Mindeststrafe bei Beschäftigung von mehreren Personen vervielfältigt. Dieses Ergebnis ist nur die Folge des Umstandes, dass die Straftatbestände auf die - gegebenenfalls lange fortgesetzte - Beschäftigung mehrerer Ausländer und die darin liegende Vervielfachung des Unrechtsgehaltes auf eine Weise Bedacht nehmen, die der Häufung von Straftaten und damit dem für das Verwaltungsstrafverfahren charakteristischen Kumulationsprinzip entspricht. Was die Strafsätze betrifft, führt das hier gewählte System nämlich zu einem ähnlichen Ergebnis wie der in §22 VStG niedergelegte Grundsatz, dass die durch mehrere Übertretungen verwirkten Strafen nebeneinander zu verhängen sind (so bereits iZm §28 AuslBG VfSlg. 13.790/1994). Gegen das Kumulationsprinzip aber hat der Verwaltungsgerichtshof keine Bedenken erhoben.

2.4. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in den §§20 und 21 VStG die Möglichkeit eröffnet hat, unter bestimmten Voraussetzungen trotz Mindeststrafe eine geringere als diese oder gar keine Strafe zu verhängen. Dass die §§20 und 21 VStG auch bei Beschuldigten, die für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch Unternehmen verantwortlich sind, zur Anwendung kommen können, ändert entgegen der Auffassung des

Verwaltungsgerichtshofes nichts daran, dass sie im Fall der Mindeststrafen des §28 Abs1 Z1 AuslBG geeignet sind, die Verhängung verfassungswidriger, weil überschießender Strafen gegenüber Privaten abzuwenden (vgl. auch VfGH vom 27.9.2007, G24/07 ua).

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

#### **Schlagworte**

Ausländerbeschäftigung, Mindeststrafe, Kumulationsprinzip, Verwaltungsstrafrecht, Strafe, Strafbemessung, Rechtspolitik, res iudicata, Rechtskraft

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

ECLI:AT:VFGH:2007:G88.2007

#### **Dokumentnummer**

JFT\_09928989\_07G00088\_00

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

© 2026 JUSLINE

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

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