

# TE Vfgh Erkenntnis 2021/12/2 G123/2021

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 02.12.2021

## **Index**

62/01 Arbeitsmarktverwaltung

### **Norm**

B-VG Art7 Abs1 / Gesetz

B-VG Art140 Abs1 Z1 lita

StGG Art2

AuslBG §2, §3, §4, §18, §20f, §28 Abs1 Z1

Lohn- und Sozialdumping-BekämpfungsG §19

AEUV Art56

Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz §7i

ArbeitskräfteüberlassungsG §3, §18

VfGG §7 Abs2

### **Leitsatz**

Keine Verletzung im Gleichheitsrecht durch Inländerdiskriminierung nach einer Bestimmung des AuslBG betreffend die Strafhöhe für einen unberechtigt Beschäftigten im Inland; strenge Voraussetzungen für den innerstaatlichen Zugang Drittstaatsangehöriger zum österreichischen Arbeitsmarkt nicht vergleichbar mit grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung ohne derartigen Anforderungen; rein inländische Arbeitskräfteüberlassungen und jene aus dem Unionsgebiet betreffen unterschiedliche Personenkreise und Sachverhalte, für die unterschiedliche Regelungsregime – auch bei der Strafhöhe – gelten

### **Spruch**

Der Antrag wird abgewiesen.

### **Begründung**

Entscheidungsgründe

I. Antrag

Mit dem vorliegenden, auf Art140 Abs1 Z1 lita B-VG gestützten Antrag begeht der Verwaltungsgerichtshof,

"die Wortfolge 'für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer' in §28 Abs1 Z1 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 Abs1 Z1 dritter Strafsatz Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl Nr 218/1975, in der Fassung BGBl I Nr 98/2020, in eventu §28 Abs1 Z1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, BGBl Nr 218/1975, in der Fassung BGBl I Nr 98/2020, zur Gänze, als verfassungswidrig aufzuheben."

## II. Rechtslage

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), §§2 und 4 AuslBG, BGBI 218/1975, idFBGBI I 56/2018, §§3 und 18 AuslBG, BGBI 218/1975, idFBGBI I 104/2019 und §28 AuslBG, BGBI 218/1975, idFBGBI I 98/2020, lauten auszugsweise wie folgt (die im Hauptantrag angefochtene Wortfolge ist hervorgehoben):

"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,

c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach §3 Abs5,

d) nach den Bestimmungen des §18 oder

e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des §3 Abs1 und 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBI Nr 196/1988, und des §5a Abs1 des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBI Nr 287.

(3) Den Arbeitgebern gleichzuhalten sind

a) in den Fällen eines arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnisses (Abs2 litb) der Vertragspartner,

b) in den Fällen des Abs2 litc und d der Inhaber des Betriebes, in dem der Ausländer beschäftigt wird, sofern nicht litd gilt, oder der Veranstalter,

c) in den Fällen des Abs2 lite auch der Beschäftiger im Sinne des §3 Abs3 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes und des §5a Abs3 des Landarbeitsgesetzes 1984,

d) der ausländische Dienstleistungserbringer, dem eine EU-Entsendebestätigung nach Maßgabe des §18 Abs12 auszustellen ist und

e) der Inhaber der Niederlassung, die einen unternehmensintern transferierten Arbeitnehmer (§2 Abs13) beschäftigt.

[...]

(9) Drittstaaten sind Staaten, die nicht Vertragspartei des EWR-Abkommens sind. Drittstaatsangehörige sind Ausländer, die nicht EWR-Bürger sind.

[...]

(13) Als unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer gelten Ausländer, die von ihrem ausländischen Arbeitgeber mit Sitz außerhalb der Europäischen Union während ihres Arbeitsverhältnisses

1. als Führungskraft, die die aufnehmende Niederlassung oder eine Abteilung oder Unterabteilung dieser Niederlassung leitet und hauptsächlich unter der allgemeinen Aufsicht des Leitungsorgans oder der Anteilseigner oder gleichwertiger Personen des transferierenden Unternehmens, der transferierenden Unternehmensgruppe oder der aufnehmenden Niederlassung steht oder von ihnen allgemeine Weisungen erhält, oder

2. als Spezialist, der über unerlässliche Spezialkenntnisse für die Tätigkeitsbereiche, die Verfahren oder die Verwaltung der aufnehmenden Niederlassung und über ein hohes Qualifikationsniveau für bestimmte Arbeiten oder Tätigkeiten mit spezifischen technischen Kenntnissen, einschließlich einer angemessenen Berufserfahrung, verfügt, oder

3. als Trainee mit einem Hochschulabschluss, der in seiner beruflichen Entwicklung gefördert wird oder sich branchenspezifisch, technisch oder methodisch fortbildet,

in eine oder mehrere Niederlassungen, die zum gleichen Unternehmen oder zur gleichen Unternehmensgruppe gehören und ihren Sitz im Bundesgebiet haben, vorübergehend abgestellt und dort entsprechend tätig werden. Ausländer, die von Arbeitsvermittlern, Arbeitskräfteüberlassern oder sonstigen Unternehmen, die Arbeitnehmer zur Arbeit unter der Aufsicht und Leitung eines anderen Unternehmens zur Verfügung stellen, abgestellt werden, gelten nicht als unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer.

(14) Als Volontäre gelten Ausländer, die ausschließlich zum Zwecke der Erweiterung und Anwendung von Kenntnissen

zum Erwerb von Fertigkeiten für die Praxis ohne Arbeitspflicht und ohne Entgeltanspruch bis zu drei Monaten im Kalenderjahr beschäftigt werden und dabei keine Hilfsarbeiten, einfache angelernte Tätigkeiten oder Arbeiten auf Baustellen verrichten.

(15) Als Ferial- oder Berufspraktikanten gelten Schüler, die eine im Rahmen eines geregelten Lehr- oder Studienganges an einer inländischen Bildungseinrichtung mit Öffentlichkeitsrecht vorgeschriebene Tätigkeit verrichten.

(16) Als Praktikanten im Sinne der Richtlinie (EU) 2016/801 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zu Forschungs- oder Studienzwecken, zur Absolvierung eines Praktikums, zur Teilnahme an einem Freiwilligendienst, Schüleraustauschprogrammen oder Bildungsvorhaben und zur Ausübung einer Au-pair-Tätigkeit (im Folgenden: Forscher- und Studenten-Richtlinie), ABl. Nr L 132 vom 21.05.2016 S. 21 gelten Ausländer, die in einem Drittstaat ein Studium absolvieren, das zu einem Hochschulabschluss führt, oder vor nicht mehr als zwei Jahren einen Hochschulabschluss erlangt haben und im Rahmen einer Vereinbarung eines studienbezogenen Praktikums mit einer aufnehmenden Einrichtung auf entsprechendem Qualifikationsniveau für die Dauer von 91 bis 180 Tagen beschäftigt werden, um sich Wissen, praktische Kenntnisse und Erfahrungen in einem beruflichen Umfeld anzueignen.

(17) Als Forscher im Sinne der Forscher- und Studenten-Richtlinie gelten Ausländer, die über einen Doktorgrad oder einen geeigneten Hochschulabschluss, der diesen den Zugang zu Doktoratsprogrammen ermöglicht, verfügen und im Rahmen einer Forschungseinrichtung eine wissenschaftliche Tätigkeit verrichten, für die normalerweise ein solcher Abschluss erforderlich ist.

#### 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 'Rot-Weiß-Rot - Karte', 'Blaue Karte EU, Aufenthaltsbewilligung als unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer ('ICT'), Aufenthaltsbewilligung als mobiler unternehmensintern transferierter Arbeitnehmer ('mobile ICT'), Aufenthaltsbewilligung 'Familiegemeinschaft' mit Zugang zum Arbeitsmarkt (§20f Abs4)' oder 'Niederlassungsbewilligung – Künstler' oder eine 'Rot-Weiß-Rot – Karte plus', eine 'Aufenthaltsberechtigung plus', einen Befreiungsschein (§4c) oder einen Aufenthaltstitel 'Familienangehöriger' oder 'Daueraufenthalt – EU' besitzt.

[...]

(5) Ausländer, die als Volontäre (§2 Abs14), Ferial- oder Berufspraktikanten (§2 Abs15) oder Praktikanten (§2 Abs16) beschäftigt werden, bedürfen keiner Beschäftigungsbewilligung. Die Beschäftigung ist vom Inhaber des Betriebs, in dem der/die AusländerIn beschäftigt wird, spätestens drei Wochen vor Beginn der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice und der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz des Amtes für Betrugsbekämpfung anzugeben. Die zuständige regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zweier Wochen eine Anzeigebestätigung auszustellen. Nach Ablauf dieser Frist darf die Beschäftigung aber auch vor Ausstellung der Anzeigebestätigung aufgenommen werden. Bei einer allfälligen Ablehnung der Anzeigebestätigung nach Ablauf dieser Frist ist die bereits begonnene Beschäftigung umgehend, spätestens jedoch binnen einer Woche nach Zustellung der Ablehnung, zu beenden. Die Anzeigebestätigung ist nur auszustellen, wenn die Gewähr gegeben ist, dass der wahre wirtschaftliche Gehalt der beabsichtigten Beschäftigung dem eines Volontariates (§2 Abs14) oder eines Praktikums (§2 Abs15 oder 16) entspricht.

(6) Der Arbeitgeber hat die ihm nach diesem Bundesgesetz erteilten Bewilligungen oder Bestätigungen im Betrieb, der Ausländer die ihm nach diesem Bundesgesetz und nach dem NAG erteilten Bewilligungen oder Bestätigungen an seiner Arbeitsstelle zur Einsichtnahme bereitzuhalten.

[...]

#### Beschäftigungsbewilligung

#### Voraussetzungen

§4. (1) Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen Ausländer zu erteilen, wenn die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zulässt (Arbeitsmarktprüfung), wichtige öffentliche und gesamtwirtschaftliche Interessen nicht entgegenstehen und

1. der Ausländer über ein Aufenthaltsrecht nach dem NAG oder dem Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBI I Nr 100, verfügt, das die Ausübung einer Beschäftigung nicht ausschließt, oder seit drei Monaten zum Asylverfahren zugelassen ist und über einen faktischen Abschiebeschutz oder ein Aufenthaltsrecht gemäß den §§12 oder 13 AsylG 2005 verfügt oder über ein Aufenthaltsrecht gemäß §54 Abs1 Z2 oder 3 AsylG 2005 verfügt oder gemäß §46a FPG geduldet ist und zuletzt gemäß §1 Abs2 lita vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen war,
  2. die Gewähr gegeben erscheint, dass der Arbeitgeber die Lohn- und Arbeitsbedingungen einschließlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften einhält,
  3. keine wichtigen Gründe in der Person des Ausländer vorliegen, wie wiederholte Verstöße infolge Ausübung einer Beschäftigung ohne Beschäftigungsbewilligung während der letzten zwölf Monate,
  4. die Beschäftigung, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, nicht bereits begonnen hat,
  5. der Arbeitgeber während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländer entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes beschäftigt hat,
  6. die Vereinbarung über die beabsichtigte Beschäftigung (§2 Abs2) nicht aufgrund einer gemäß dem Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBI Nr 31/1969, unerlaubten Arbeitsvermittlung zustande gekommen ist und der Arbeitgeber dies wusste oder hätte wissen müssen,
  7. der Arbeitgeber den Ausländer auf einem Arbeitsplatz seines Betriebes beschäftigen wird, wobei eine Zurverfügungstellung des Ausländer an Dritte unbeschadet des §6 Abs2 nicht als Beschäftigung im eigenen Betrieb gilt,
  8. die Erklärung über die Verständigung des Betriebsrates oder der Personalvertretung von der beabsichtigten Einstellung des Ausländer vorliegt,
  9. der Arbeitgeber nicht hinsichtlich des antragsgegenständlichen oder eines vergleichbaren Arbeitsplatzes innerhalb von sechs Monaten vor oder im Zuge der Antragstellung
    - a) einen Arbeitnehmer, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, gekündigt hat oder
    - b) die Einstellung eines für den konkreten Arbeitsplatz geeigneten Arbeitnehmers, der das 50. Lebensjahr vollendet hat, abgelehnt hat,es sei denn, er macht glaubhaft, dass die Kündigung oder die Ablehnung der Einstellung nicht aufgrund des Alters des Arbeitnehmers erfolgt ist,
  10. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländer gemäß §5 während der letzten zwölf Monate vor der Antragseinbringung nicht wiederholt Ausländern eine nicht ortsübliche Unterkunft zur Verfügung gestellt hat und
  11. der Arbeitgeber im Fall der Beschäftigung eines Ausländer gemäß §5 bestätigt, dass dem Ausländer für die beabsichtigte Dauer der Beschäftigung eine ortsübliche Unterkunft zur Verfügung stehen wird und, sofern die Unterkunft vom oder über den Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird, die Miete nicht automatisch vom Lohn abgezogen wird.
- (2) Einem Arbeitgeber ist auf Antrag eine Beschäftigungsbewilligung für den im Antrag angegebenen ausländischen Lehrling zu erteilen, wenn die Lage auf dem Lehrstellenmarkt dies zulässt (Arbeitsmarktprüfung), keine wichtigen Gründe hinsichtlich der Lage und Entwicklung des übrigen Arbeitsmarktes entgegenstehen und die Voraussetzungen des Abs1 Z1 bis 9 vorliegen.
- (3) Die Beschäftigungsbewilligung darf dem Arbeitgeber bei Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen gemäß Abs1 und 2 nur erteilt werden, wenn
1. der Regionalbeirat die Erteilung einhellig befürwortet oder
- (Anm: Z2 bis 4 aufgehoben durchBGBI I Nr 72/2013)
5. der Ausländer gemäß §5 befristet beschäftigt werden soll oder

6. der Ausländer über eine Aufenthaltsbewilligung als Schüler (§63 NAG) oder Student (§64 Abs1 und 4 NAG) verfügt oder Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels 'Student' eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union ist und im Rahmen eines Unions- oder multilateralen Programms mit Mobilitätsmaßnahmen oder einer Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Hochschuleinrichtungen einen Teil des Studiums in einer inländischen Hochschuleinrichtung absolviert oder

7. der Ausländer Betriebsentsandter ist (§18) oder

(Anm: Z8 aufgehoben durch Art1 Z8, BGBI I Nr 66/2017)

9. der Ausländer gemäß §57 AsylG 2005 besonderen Schutz genießt oder

10. für den Ausländer eine Bewilligung zur grenzüberschreitenden Überlassung gemäß §16 Abs4 AÜG bzw §40a Abs2 des Landarbeitsgesetzes 1984 vorliegt oder, sofern eine solche Bewilligung gemäß §16a AÜG bzw §40a Abs6 des Landarbeitsgesetzes 1984 nicht erforderlich ist, die Voraussetzungen des §16 Abs4 Z1 bis 3 AÜG bzw §40a Abs2 Z1 bis 3 des Landarbeitsgesetzes 1984 sinngemäß vorliegen oder

11. der Ausländer auf Grund allgemein anerkannter Regeln des Völkerrechts oder zwischenstaatlicher Vereinbarungen zu einer Beschäftigung zuzulassen ist oder

12. der Ausländer Anspruch auf Leistungen nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AVG), BGBI Nr 609, hat oder

13. der Ausländer nicht länger als sechs Monate als Künstler (§14) beschäftigt werden soll oder

14. der Ausländer einer Personengruppe gemäß einer Verordnung nach Abs4 angehört.

[...]

(5) Bei Vorliegen einer Bewilligung zur grenzüberschreitenden Überlassung gemäß §16 Abs4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes oder gemäß §40a Abs2 des Landarbeitsgesetzes 1984 entfallen die Arbeitsmarktprüfung nach Abs1 und die Anhörung des Regionalbeirates.

[...]

#### Betriebsentsendung und grenzüberschreitende Arbeitskräfteüberlassung

§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 Abs1, 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.

(3) Für Ausländer, die

1. von ihrem ausländischen Arbeitgeber im Rahmen eines Joint Venture und auf der Grundlage eines betrieblichen Schulungsprogramms nicht länger als sechs Monate zur betrieblichen Einschulung in einen Betrieb mit Betriebssitz im Bundesgebiet oder

2. im Rahmen eines international tätigen Konzerns auf Basis eines qualifizierten konzerninternen Aus- und Weiterbildungsprogramms von einem ausländischen Konzernunternehmen nicht länger als 50 Wochen in das Headquarter im Bundesgebiet oder

3. von ihrem international tätigen Dienstgeber als der Unternehmensleitung zugeteilte qualifizierte Mitarbeiter, die zur innerbetrieblichen Aus- oder Weiterbildung (Führungskräftenachwuchs) und zu Rotationen im Hinblick auf den Dienstort verpflichtet sind, nicht länger als 24 Monate in eine zum gleichen Unternehmen oder zur gleichen Unternehmensgruppe gehörende Niederlassung im Bundesgebiet

entsandt werden, ist keine Entsendebewilligung oder Beschäftigungsbewilligung erforderlich. Die Schulungs- bzw Aus- und Weiterbildungsmaßnahme ist spätestens zwei Wochen vor Beginn vom Inhaber des inländischen

Schulungsbetriebes (Z1), vom Headquarter (Z2) bzw von der inländischen Niederlassung (Z3) der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice unter Nachweis des Joint Venture-Vertrages und des Schulungsprogramms bzw des Aus- und Weiterbildungsprogramms, in dem Zielsetzungen, Maßnahmen und Dauer der Schulung bzw Ausbildung angegeben sind, anzuzeigen. Die regionale Geschäftsstelle hat binnen zwei Wochen eine Anzeigebestätigung auszustellen. Die Einschulung bzw Aus- und Weiterbildung darf erst nach Vorliegen der Anzeigebestätigung begonnen werden.

(3a) Für Ausländer, die als Vertreter repräsentativer ausländischer Interessenvertretungen im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses in das Bundesgebiet abgestellt werden und deren Arbeitsvertrag Rotationen im Hinblick auf den Dienstort vorsieht, gilt Abs3 mit der Maßgabe, dass die aufnehmende Niederlassung der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice die Beschäftigung unter Nachweis des Arbeitsvertrags und des Abordnungsschreibens anzuzeigen hat.

(4) Dauert die im Abs1 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. Im Falle der Ablehnung der Beschäftigungsbewilligung ist die Beschäftigung spätestens zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung zu beenden.

(5) Für Ausländer nach Abs1, die im Rahmen zwischenstaatlicher Kulturabkommen beschäftigt werden, ist eine Entsendebewilligung nicht erforderlich. Die Beschäftigung ist von der Einrichtung, in der die Arbeitsleistungen erbracht werden, bzw vom Veranstalter spätestens am Tage der Arbeitsaufnahme der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice anzuzeigen.

(6) Für Ausländer nach Abs1, die bei Ensemblegastspielen im Theater beschäftigt werden, ist eine Entsendebewilligung nicht erforderlich, wenn die Beschäftigung nicht länger als eine Woche dauert. Die Beschäftigung ist vom Veranstalter spätestens am Tage der Arbeitsaufnahme der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice anzuzeigen.

(7) Dauert die Beschäftigung nach Abs6 länger als eine Woche, so ist der Antrag auf Erteilung der Entsendebewilligung ab Kenntnis dieses Umstandes, jedenfalls jedoch vor Ablauf einer Woche nach Aufnahme der Beschäftigung, vom Veranstalter bei der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice einzubringen.

(8) Bei Erteilung einer Entsendebewilligung oder einer Beschäftigungsbewilligung für einen betriebsentsandten Ausländer kann für den Fall, daß es sich um Arbeitsleistungen handelt, die von Inländern nicht erbracht werden können, von der Prüfung, ob die Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes die Beschäftigung zuläßt, abgesehen werden.

(9) Die Dauer der Arbeitsleistungen bzw der Beschäftigung ist unabhängig von der Dauer des Einsatzes des einzelnen Ausländer bei diesen Arbeitsleistungen bzw Beschäftigungen festzustellen.

(10) Die Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß §4 Abs1 Z2 und §8 Abs1 sind als erfüllt anzusehen, wenn die Beschäftigung keine Gefährdung der Lohn- und Arbeitsbedingungen der inländischen Arbeitnehmer mit sich bringt.

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

(12) Für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt oder überlassen werden, ist keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich, wenn

1. sie ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung oder Überlassung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind,
2. die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß §3 Abs3 bis 6, §4 Abs2 bis 5 und §5 des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG), BGBl Nr 44/2016, im Fall der Überlassung gemäß §10 AÜG, §3 Abs4, §4 Abs2 und 5 und §6 LSD-BG sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden und

3. im Fall der Überlassung kein Untersagungsgrund gemäß §18 Abs1 AÜG vorliegt.

Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz des Amtes für Betrugsbekämpfung (Zentrale Koordinationsstelle) hat die Meldung über die Beschäftigung betriebsentsandter oder überlassener Ausländer gemäß §19 Abs2 bis 4 LSD-BG unverzüglich der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice zu übermitteln. Die regionale Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice hat binnen zwei Wochen ab Einlangen der Meldung dem Unternehmen und dem Auftraggeber oder Beschäftiger, der die Arbeitsleistungen in Anspruch nimmt, das Vorliegen der Voraussetzungen zu bestätigen (EU-Entsendebestätigung bzw EU-Überlassungsbestätigung) oder bei Nichtvorliegen die Entsendung oder Überlassung zu untersagen. Unbeschadet der Meldepflicht gemäß §19 Abs2 bis 4 LSD-BG sowie sonstiger Pflichten nach dem AÜG, darf die Beschäftigung bei Vorliegen der Voraussetzungen auch ohne EU-Entsendebestätigung bzw EU-Überlassungsbestätigung begonnen werden.

(13) Abs12 gilt sinngemäß für unternehmensintern transferierte Ausländer (§2 Abs13), die bereits einen gültigen Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer mit dem Vermerk 'ICT' eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union innehaben und bis zu 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen in eine oder mehrere Niederlassungen des gleichen Unternehmens oder der gleichen Unternehmensgruppe mit Sitz im Bundesgebiet vorübergehend abgestellt und dort entsprechend tätig werden. Bei Vorliegen der Voraussetzungen ist eine EU-Entsendebestätigung auszustellen. Bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen ist die Entsendung zu untersagen und die zuständige Behörde des Mitgliedstaats, der einen Aufenthaltstitel für unternehmensintern transferierte Arbeitnehmer mit dem Vermerk 'ICT' ausgestellt hat, von der Untersagung zu verständigen.

#### 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 Abs4) 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 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 eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde,

(Anm: lltc aufgehoben durch Art1 Z2,BGBI I Nr 98/2020)

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;

##### 2. wer

a) entgegen §3 Abs4 einen Ausländer beschäftigt, ohne die Beschäftigung der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice anzuzeigen, oder

b) entgegen §18 Abs5 oder 6 die Arbeitsleistungen eines Ausländer in Anspruch nimmt, ohne die Beschäftigung der zuständigen regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice rechtzeitig anzuzeigen, oder

c) seinen Verpflichtungen gemäß §26 Abs1 nicht nachkommt oder

d) entgegen §26 Abs2 den im §26 Abs1 genannten Behörden und Rechtsträgern den Zutritt zu den Betriebsstätten, Betriebsräumen, auswärtigen Arbeitsstellen und Aufenthaltsräumen der Arbeitnehmer oder das Befahren von Privatstraßen nicht gewährt, oder

e) entgegen §26 Abs3 die Durchführung der Amtshandlung beeinträchtigt oder

f) entgegen dem §26 Abs4 oder 4a die Durchführung der Amtshandlungen beeinträchtigt,

mit Geldstrafe von 150 Euro bis 5 000 Euro, im Fall der litc bis f mit Geldstrafe von 2 500 Euro bis 8 000 Euro;

3. wer

a) entgegen §3 Abs6 einen Ausländer beschäftigt, ohne die ihm nach diesem Bundesgesetz erteilten Bewilligungen oder Bestätigungen im Betrieb zur Einsichtnahme bereitzuhalten, oder

b) die im §26 Abs5 vorgesehenen Meldungen nicht erstattet,

mit Geldstrafe bis 2 000 Euro;

4. wer

a) entgegen §18 Abs12 oder 13 als Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes einen Ausländer im Inland beschäftigt oder

b) entgegen §18 Abs12 oder 13 die Arbeitsleistungen eines Ausländer, der von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Arbeitsleistung nach Österreich entsandt, überlassen oder im Rahmen eines unternehmensinternen Transfers vorübergehend abgestellt wird, in Anspruch nimmt,

obwohl §18 Abs12 Z1 oder 2, im Fall der Überlassung zusätzlich Z3, nicht erfüllt ist und – im Fall der litb – auch keine EU-Entsendebestätigung oder EU-Überlassungsbestätigung 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.

(Anm: Z5 aufgehoben durch Art1 Z3,BGBI I Nr 98/2020)

(Anm: Abs2 aufgehoben durchBGBI I Nr 113/2015)

(3) Die Eingänge aus den gemäß Abs1 verhängten Geldstrafen fließen dem Arbeitsmarktservice zu.

(4) Abs1 ist nicht anzuwenden, wenn die Zuwiderhandlung vom Organ einer Gebietskörperschaft begangen worden ist. Besteht bei einer Bezirksverwaltungsbehörde der Verdacht einer Zuwiderhandlung durch ein solches Organ, so hat sie, wenn es sich um ein Organ des Bundes oder eines Landes handelt, eine Anzeige an das oberste Organ, dem das der Zuwiderhandlung verdächtige Organ untersteht (Art20 Abs1 erster Satz B-VG), zu erstatten, in allen anderen Fällen aber an die Aufsichtsbehörde.

(5) Die Bezirksverwaltungsbehörde hat bei Übertretungen nach Abs1 Z1 die unberechtigte Beschäftigung eines Ausländer zu schlechteren Lohn- und Arbeitsbedingungen als sie die jeweils anzuwendenden Normen der kollektiven Rechtsgestaltung vorsehen, bei der Strafbemessung als besonders erschwerend zu berücksichtigen.

(6) Ein Unternehmen, welches die Erbringung einer Leistung an ein anderes Unternehmen ganz oder teilweise weitergibt, ist neben dem beauftragten Unternehmen gemäß Abs1 Z1 zu bestrafen, wenn es

1. die Übertretung des von ihm unmittelbar beauftragten oder – im Fall der Auftragsweitergabe – jedes weiteren beauftragten Unternehmens bei der Auftragserfüllung wissentlich geduldet hat, oder

2. seiner Verpflichtung gemäß §26 Abs6 nicht nachgekommen ist.

(7) Wird ein Ausländer in Betriebsräumen, an Arbeitsplätzen oder auf auswärtigen Arbeitsstellen eines Unternehmens angetroffen, die im allgemeinen Betriebsfremden nicht zugänglich sind, ist das Vorliegen einer nach diesem Bundesgesetz unberechtigten Beschäftigung von der Bezirksverwaltungsbehörde ohne weiteres anzunehmen, wenn der Beschäftiger nicht glaubhaft macht, daß eine unberechtigte Beschäftigung nicht vorliegt.

(8) In den Fällen der Betriebsentsendung, der grenzüberschreitenden Überlassung oder des unternehmensinternen Transfers gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten, überlassenen oder unternehmensintern transferierten Arbeitnehmer liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatz)orten am Ort der Kontrolle."

2. §3 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz (AÜG), BGBI 196/1988, und §18 AÜG, BGBI 196/1988, idFBGBI I 98/2012 lauten wie folgt:

"Begriffsbestimmungen

§3. (1) Überlassung von Arbeitskräften ist die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften zur Arbeitsleistung an Dritte.

(2) Überlasser ist, wer Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung an Dritte vertraglich verpflichtet.

(3) Beschäftiger ist, wer Arbeitskräfte eines Überlassers zur Arbeitsleistung für betriebseigene Aufgaben einsetzt.

(4) Arbeitskräfte sind Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Arbeitnehmerähnlich sind Personen, die, ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter Personen Arbeit leisten und wirtschaftlich unselbstständig sind.

Untersagung

§18. (1) Die Überlassung von Arbeitskräften durch Überlasser, die gemäß §135 Abs2 GewO kein reglementiertes Gewerbe gemäß §94 Z72 GewO ausüben, ist zu untersagen, wenn der Überlasser die ihm auf Grund des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes obliegenden Verpflichtungen, insbesondere gegenüber einer Arbeitskraft, erheblich oder wiederholt verletzt hat und trotz schriftlicher Androhung der Untersagung neuerlich verletzt.

(2) Die Verträge zwischen dem Überlasser und den überlassenen Arbeitskräften werden durch die Untersagung der Überlassung von Arbeitskräften nicht berührt. Die Untersagung bildet jedoch für die überlassenen Arbeitskräfte binnen drei Monaten ab Kenntnis einen wichtigen, vom Überlasser verschuldeten Grund zur vorzeitigen Vertragsauflösung."

3. §19 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG), BGBI I 44/2016, idFBGBI I 64/2017 lautet auszugsweise wie folgt:

"Formale Verpflichtungen bei grenzüberschreitendem Arbeitseinsatz

Meldepflicht bei Entsendung oder Überlassung aus einem EU-Mitgliedstaat oder

EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft

§19. (1) Arbeitgeber und Überlasser mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat oder EWR-Staat oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft haben die Beschäftigung von nach Österreich entsandten Arbeitnehmern und nach Österreich überlassenen Arbeitskräften zu melden. Die Meldung hat für jede Entsendung oder Überlassung gesondert zu erfolgen. Nachträgliche Änderungen bei den Angaben gemäß Abs3 oder Abs4 sind unverzüglich zu melden. Ein Beschäftiger, der einen Arbeitnehmer zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsendet, gilt in Bezug auf die Meldepflichten nach diesem Absatz und den Abs2 und 3 als Arbeitgeber.

(2) Die Entsendung oder Überlassung im Sinne des Abs1 ist vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle zu melden. Im Fall von mobilen Arbeitnehmern im Transportbereich ist die Meldung vor der Einreise in das Bundesgebiet zu erstatten. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. Arbeitgeber haben im Fall einer Entsendung der Ansprechperson nach §23 oder, sofern nur ein Arbeitnehmer entsandt wird, diesem die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen.

[...]

(4) Die Meldung nach Abs1 hat für jede Überlassung gesondert zu erfolgen und hat folgende Angaben zu enthalten; nachträgliche Änderungen bei den Angaben sind unverzüglich zu melden:

1. Name und Anschrift des Überlassers,

2. Name und Anschrift des zur Vertretung nach außen Berufenen des Überlassers,

3. Name und Anschrift des Beschäftigers sowie dessen Umsatzsteueridentifikationsnummer und dessen Gewerbebefugnis oder Unternehmensgegenstand,
4. Name, Anschriften, Geburtsdaten, Sozialversicherungsnummern und Sozialversicherungsträger sowie Staatsangehörigkeit der überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen,
5. Beginn und voraussichtliche Dauer der Beschäftigung der einzelnen überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen beim Beschäftiger,
6. Orte der Beschäftigung, jeweils unter genauer Angabe der Anschrift, in Österreich,
7. in den Fällen des §21 Abs3 Angabe der Person (genaue Anschrift) oder der Zweigniederlassung (genaue Anschrift), bei der die Meldeunterlagen und Lohnunterlagen bereitgehalten werden,
8. Höhe des jedem einzelnen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Person nach den österreichischen Rechtsvorschriften gebührenden Entgelts,
9. Art der Tätigkeit und Verwendung der einzelnen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen unter Berücksichtigung des maßgeblichen österreichischen Kollektivvertrages,
10. sofern für die Beschäftigung der überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen im Sitzstaat des Überlassers eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung,
11. sofern die überlassenen Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlichen Personen im Sitzstaat des Überlassers eine Aufenthaltsgenehmigung benötigen, jeweils die ausstellende Behörde sowie die Geschäftszahl, das Ausstellungsdatum und die Geltungsdauer oder eine Abschrift der Genehmigung.

[...]"

### III. Antragsvorbringen und Vorverfahren

#### 1. Dem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Beim Verwaltungsgerichtshof ist eine Revision gegen ein Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 6. Oktober 2020 anhängig, mit dem der Geschäftsführer einer in Österreich ansässigen Gesellschaft in seiner Eigenschaft als iSd §9 VStG zur Vertretung nach außen Berufener auf Grundlage des §28 Abs1 Z1 lit a in Verbindung mit §3 Abs1 AuslBG bestraft wurde. Ihm wurde zur Last gelegt, die Gesellschaft habe neun von einem ebenfalls in Österreich ansässigen Unternehmen überlassene Drittstaatsangehörige beschäftigt, obwohl für diese keine arbeitsmarktrechtlichen Bewilligungen erteilt oder Bestätigungen ausgestellt gewesen seien. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verhängte eine Gesamtstrafe von € 7.000,-, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 117 Stunden und setzte die Verfahrenskosten mit € 700,- fest. Die Bemessung der Strafe begründete das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Hinweis auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 12. September 2019, Rs. C-64/18 ua, Maksimovic (im Folgenden: Maksimovic) und die in weiterer Folge ergangene Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

In seiner gegen dieses Erkenntnis erhobenen Revision bringt der Bundesminister für Finanzen vor, der Verhängung einer Gesamtstrafe fehle eine gesetzliche Grundlage, die Entscheidung Maksimovic des Gerichtshofes der Europäischen Union sei auf reine Inlandssachverhalte nicht anwendbar. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hätte die Höhe der Strafe anhand der Anzahl der unerlaubt beschäftigten Arbeitnehmer zu berechnen gehabt. Der Beschwerdeführer im verwaltungsgerichtlichen Verfahren und nunmehrige Mitbeteiligte vor dem Verwaltungsgerichtshof macht in seiner Revisionsbeantwortung geltend, dass es im Falle der Nichtanwendung der Entscheidung Maksimovic zu einer unzulässigen Inländerdiskriminierung käme.

#### 2. Der Verwaltungsgerichtshof legt die Bedenken, die ihn zur Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof bestimmt haben, wie folgt dar:

"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 Abs1 Z1 AuslBG:

§28 Abs1 Z1 AuslBG stellt seit der Novelle BGBI Nr 231/1988 für jeden unberechtigt beschäftigten Ausländer eine eigene Strafdrohung auf (siehe dazu etwa VwGH 13.12.1990, 90/09/0170).

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil vom 12. September 2019, Maksimovic, C-64/18, ua, in Fällen von Bestrafungen nach §7i Abs4 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) und §28 Abs1 Z1 lita AuslBG infolge grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung entschieden, dass die Dienstleistungsfreiheit gewährleistende Art56 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.

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, ua), und in diesem Zusammenhang einen Verstoß gegen Art20 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.

Der Verwaltungsgerichtshof judiziert dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 12. September 2019, Maksimovic, C-64/18, ua, folgend in Fällen grenzüberschreitender Arbeitskräfteüberlassung seither, dass die Wortfolge 'für jede/n Arbeitnehmer/in' in §7i Abs4 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, E2047-2049/2019; E2893-2896/2019; E3530-3531/2019; 26.6.2020, E4329/2019).

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).

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, ua, zu entscheiden hatte.

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 Abs1 Z1 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.

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, G159/04, ua, VfSlg 17.554).

Aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofes besteht bei Vorliegen eines vergleichbaren Sachverhalts keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass der Beschäftiger ihm überlassener unberechtigt beschäftigter Ausländer sich einer unterschiedlich hohen Strafandrohung gegenüberseht, 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.[...]" (Zitat ohne die im Original enthaltenen Hervorhebungen)

3. Die Bundesregierung hat eine Äußerung erstattet, in der sie den im Antrag erhobenen Bedenken wie folgt entgegentritt:

#### "2. Zur Zulässigkeit

Für die Bundesregierung sind keine Anhaltspunkte erkennbar, die gegen die Zulässigkeit des Antrages und die Präjudizialität der angefochtenen Bestimmungen sprächen.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die vom antragstellenden Gericht ins Treffen geführte Verdrängungswirkung für den Fall, dass die dem bestraften inländischen Beschäftiger überlassenen Arbeitskräfte von einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat überlassen worden wären (Rz. 16 des Antrages), nicht in §28 Abs1 Z1 dritter Strafsatz AuslBG, sondern allenfalls in §28 Abs1 Z4 dritter Strafsatz AuslBG einträte (vgl dazu die folgenden Ausführungen unter III./4.).

#### III. In der Sache:

1. Die Bundesregierung verweist einleitend auf die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, wonach dieser in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art140 B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen beschränkt ist und ausschließlich beurteilt, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (vgl zB VfSlg 19.160/2010, 19.281/2010, 19.532/2011, 19.653/2012). Die Bundesregierung beschränkt sich daher im Folgenden auf die Erörterung der im Antrag dargelegten Bedenken.

2. Das antragstellende Gericht führt nach Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung seit dem Urteil des EuGH in den verbundenen Rechtssachen Maksimovic ua aus, der dem gegenständlichen Verfahren zu Grunde liegende Sachverhalt gleiche insofern jenem, den der EuGH in diesen Rechtssachen zu entscheiden hatte, als es sich verfahrensgegenständlich ebenfalls um einen Fall von Arbeitskräfteüberlassung handle. Unterschiedlich sei bloß, dass der gegenständliche Sachverhalt keine grenzüberschreitenden Bezüge

**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)