OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-700177/5/MZ/CHÖ

Datum:
Linz, 23. Jänner 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde des A H, vertreten durch RA Dr. H B, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, vom 13.07.2016, GZ: VStV/915300706695/2015, wegen einer Übertretung des Fremdenpolizeigesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 100,00 zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 13.07.2016, GZ. VStV/915300706695/2015, zugestellt am 15.07.2016, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 120 Abs. 1a iVm § 31 Abs. 1 des Fremdenpolizeigesetzes (FPG) eine Geldstrafe in der Höhe von € 500,00 und eine Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen verhängt, da am 10.04.2015 von Beamten der Fremdenpolizei festgestellt wurde, dass sich der Bf von 23.03.2015 bis 15.04.2015 nicht rechtmäßig in Österreich aufgehalten hat.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:

„Wie von den Beamten der Fremdenpolizei der Landespolizeidirektion Oberösterreich am 10.04.2015 anlässlich einer mit Ihnen aufgenommenen niederschriftlichen Einvernahme festgestellt wurde, sind Sie Fremder gem. § 2 Abs. 4 Z. 1 des Fremdenpolizeigesetzes und hielten sich zu diesem Zeitpunkt, bzw. vom 23.03.2015 bis 15.04.2015 (lt. ZMR) unrechtmäßig in Österreich auf, dafür den rechtmäßigen Aufenthalt eine rechtmäßige Einreise Voraussetzung ist und während des Aufenthaltes im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarung, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten werden dürfen. Sie waren auch nicht aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechts nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt. Sie sind zwar Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels, wonach Sie sich gem. Artikel 21 SDÜ zu touristischen Zwecken bis zu 90 Tage innerhalb von 180 Tagen in Österreich aufhalten dürfen. Sie gingen aber während Ihres Aufenthaltes im Bundesgebiet einer unerlaubten – selbständigen – Erwerbstätigkeit nach, weshalb Ihr Aufenthalt im Bundesgebiet nicht rechtmäßig war (§ 31 Abs. 1 Z. 3 FPG). Es bestand auch kein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen. Sie hatten keine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeit bis zu sechs Monaten, keine Entsendebewilligung, keine EU-Entsendebestätigung, keine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG und keine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeit bis zu sechs Monaten inne, und ein rechtmäßiger Aufenthalt ergibt sich auch nicht aus den anderen bundesgesetzlichen Vorschriften.
Sie verfügen über einen gültigen kosovarischen Reisepass und über einen gültigen slowenischen, somit von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitel. Sie verrichteten zum angeführten Zeitpunkt bzw. Zeitraum (23.03 – 15.04.2015) in Österreich selbständige Arbeiten (Abdichtung, Spachteln. Abbruch und Montagearbeiten vorgefertigter Bauelemente) – Sie dürften sich jedoch nur zu touristischen Zwecken bis zu 90 Tage innerhalb von 180 Tagen in Österreich aufhalten, weshalb Ihr Aufenthalt nicht rechtmäßig war, da Sie somit während Ihres Aufenthaltes in Österreich im Bundesgebiet einer unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgingen.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 120 Abs. 1 a Fremdenpolizeigesetz – FPG 2005idgF iVm. § 31 Abs. 1 Fremdenpolizeigesetz – FPG 2005 idgF.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie eine Geldstrafe von € 500,00 verhängt, falls diese uneinbringlich ist, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen gemäß § 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz BGBl. I Nr. 144/2013 idgF.“

Begründend führt die belangte Behörde wie folgt aus:
„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung eines Beamten der Landespolizeidirektion Oberösterreich, sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.

Mit Aufforderung vom 15.01.2016 wurden Sie zur Rechtfertigung innerhalb von 2 Wochen nach Zustellung aufgefordert. Gleichzeitig wurden Sie aufgefordert, die Ihrer Verteidigung dienlichen Beweismittel bekannt zu geben. Für den Fall des Ausbleibens einer Stellungnahme wurde gemäß § 42 Abs. 1 VStG angedroht, dass das Strafverfahren ohne Ihre Anhörung durchgeführt wird.“

Die Aufforderung wurde von der Rechtsanwaltskanzlei am 27.01.2016 übernommen und mit Eingabe vom 10.02.2016 folgende Rechtfertigung abgegeben:

„Ich verweise auf das bereits im bisher geführten Verfahren erstattete Vorbringen und darf nochmals festhalten, dass ein unrechtmäßiger Aufenthalt nicht vorliegt, da auch die Erwerbstätigkeit nicht unerlaubt war. Wie auch in dem von Ihnen zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof Ra 2015/21/0103 ausgeführt wird, ist Maßstab für die in Rede Erwerbstätigkeit die Frage, ob die Ausübung am Maßstab des Unionsrechts und des nationalen Rechts in Österreich erlaubt ist. Ich darf neuerlich darauf hinweisen, dass Herr H über einen slowenischen Daueraufenthaltstitel verfügt und Geschäftsführer einer in Slowenien eingetragenen GmbH ist. (Identifikationsnummer x Steuernummer x)
Im Rahmen der durch die EU Bestimmungen gewährten Dienstleistungsfreiheit ist die GmbH berechtigt auch in Österreich Leistungen durchzuführen dadieser eigenständige Rechtspersönlichkeit zukommt. Sowohl Herr J S, für den Herr H als Subunternehmer in Österreich tätig war, als auch Herr H haben sich vor Ausübung der Tätigkeit beim Wirtschaftsministerium erkundigt und wurde mitgeteilt, dass zur Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen eine Anzeige nicht erforderlich ist. Auch nach Auskunft der Wirtschaftskammer kann eine grenzüberschreitende Dienstleistung sofern es sich um ein freies Gewerbe handelt, ohne vorherige Behördenschritte erbracht werden. Es wird auch auf die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts OÖ vom 23.07.2014, LVwG-300343/10/KLi/KB(sic!), verwiesen, in dem das Landesverwaltungsgericht den gegenständlichen Sachverhalt bereits unter dem Gesichtspunkt der Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu beurteilen hatte. Auch in diesem Erkenntnis kam das Landesverwaltungsgericht zum Schluss, dass eine erlaubte selbständige Tätigkeit vorliegt. Vor diesem Hintergrund liegt wie bereits erwähnt

kein unrechtmäßiger Aufenthalt vor und beantrage ich daher das Strafverfahren einzustellen. Auf die im Verfahren bereits vorgelegten Beweismittel darf nochmals verwiesen werden. Ich bitte um Berücksichtigung bei der Entscheidungsfindung und verbleibe mit freundlichen Grüßen."

[Nach Wiedergabe der einschlägigen Rechtsvorschriften setzt die belangte Behörde fort:]

Unzweifelhaft steht fest, dass Sie Fremder im Sinne des Fremdengesetzes sind, da Sie nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen. Für die Behörde besteht kein Zweifel, dass Sie sich vom 23.03.2015 bis 15.04.2015 nicht rechtmäßig im Bundesgebiet der Republik Österreich aufgehalten haben. Sie verfügen zwar über einen unbefristeten slowenischen Aufenthaltstitel, dieser berechtigt Sie jedoch nur zu einem Aufenthalt zu touristischen Zwecken bis zu 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen.

Sie gaben aber in einer Niederschrift bei der LPD OÖ, EGFA FB 04 vom 10.04.2015 an, dass Sie in Slowenien eine Firma betreiben und immer wieder für 4 - 6 Wochen nach Österreich kommen würden und hier selbständig Arbeiten verrichten würden. (Abdichtung, Spachteln, Abbruch und Montagearbeiten vorgefertigter Bauelemente). Ihre Aufträge würden Sie von J S, welcher ebenfalls selbständig ist, erhalten. Für Ihn seien Sie quasi als Subunternehmer tätig. Wenn die Arbeit in Österreich erledigt sei, fahren Sie wieder nach Slowenien und arbeiten dort in Ihrem Unternehmen, dort hätten Sie auch einen Angestellten. Ihr Lebensmittelpunkt sei in Slowenien.

Die Aufnahme einer selbständigen oder unselbständigen - vorübergehenden oder dauernden -Erwerbstätigkeit in Österreich bedarf in der Regel eines Visums gem. § 24 FPG, eines beschäftigungsrechtlichen Tatbestandes gem. § 31 Abs. 1 Z 6 FPG oder eines Aufenthaltstitels nach dem NAG. Das - gem. Art. 21 SDÜ 1990 gegebene - Aufenthalts- und Bewegungsrecht im Schengen-Raum soll auf private und touristische Zwecke eingeschränkt sein. Bei unerlaubter Erwerbstätigkeit liegt ein unrechtmäßiger Aufenthalt vor.

Der § 24 Abs. 1 Z.1 FPG hält ausdrücklich fest, dass die Aufnahme einer bloß vorübergehenden selbständigen Tätigkeit - § 2 Abs. 4 Z. 16 FPG definiert diese - nur nach Erteilung eines entsprechenden Visums möglich ist - hier ist jedoch Voraussetzung eine bloß vorübergehende Erwerbstätigkeit; eine solche, die innerhalb von zwölf Monaten nicht länger als sechs Monate ausgeübt wird, bei der ein Wohnsitz im Drittstaat aufrecht erhalten wird, der weiterhin den Mittelpunkt der Lebensinteressen bildet, und bei der es sich um keinen Fall der Pflichtversicherung des § 2 des Gewerblichen Sozialversicherungsgesetzes (GSVG), BGBl. Nr. 560/1978, handelt.

Obwohl sie keinen Wohnsitz im Drittstaat (hier Kosovo), welcher weiterhin den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen bildet, innehaben, kommt § 24 FPG für Sie zur Anwendung - Erklärung siehe weiter unten.
Sie erfüllen keine der in § 31 FPG genannten Voraussetzungen für einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet.

Nach ha. Ansicht kann somit die Frage des unrechtmäßigen Aufenthaltes im konkreten Fall nur über § 31 Abs. 1 Z 3 FPG geklärt werden- für andere Überlegungen ist kein

Raum, wenn ein von einem Vertragsstaat ausgestellter Aufenthaltstitel vorliegt. Es ist somit lediglich die Frage zu klären, ob eine unerlaubte Erwerbstätigkeit vorliegt.

Bei Fremden, welche Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, ist somit nach ha. Ansicht die Frage der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts lediglich zu prüfen, ob diese während ihres Aufenthaltes im Bundesgebiet einer unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen (§ 31 Abs. 1 Z 3 FPG idgF), bzw. ob die Voraussetzungen des Art. 5 SGK bzw. Art. 21 SDÜ vorliegen. Im konkreten Fall ist davon auszugehen, dass hier tatsächlich eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt (wurde auch bereits zurückliegend vom LVWG OÖ festgestellt).

Die Frage der Definition der unerlaubten Erwerbstätigkeit lässt sich nach ha. Ansicht jedoch nur aus der Regierungsvorlage zu BGBl 1122/2009 (Zi 15 zu § 31 Abs. 1 Z 3 FPG) ersehen.

Die Ergänzung in Z 3 soll klarstellen, dass ein Aufenthalt von Fremden, die über einen AT eines anderen Schengen - Staates verfügen, in Österreich nur dann rechtmäßig ist, wenn sie während ihres Aufenthaltes in Österreich keiner, nicht von diesem AT umfassten Erwerbstätigkeit, also einer in diesem Sinne unerlaubten Erwerbstätigkeit, nachgehen.

Hier wird auf ein grundlegendes Erkenntnis des VwGH vom 12.11.2015 , GZ: Ra 2015/21/0103 verwiesen.
Unter Bezugnahme auf die in den Gesetzesmaterialien zu § 31 Abs.1 Z 3 FPG 2005 i.d.F.des FrÄG 2009 (ErläutRV 330 BlgNR 24.GP 29) zum Ausdruck gebrachte Absicht, stellte der VwGH schon im Vorerkenntnis vom 24.03.2015 , Ra 2014/21/9958, klar, dass es entsprechend dem letzten Halbsatz des § 31 Abs.1 Z 3 FPG 2005 nach seinem Telos darauf ankommt, ob der Fremde während seines Aufenthaltes in Österreich einer Erwerbstätigkeit nachgeht, die von dem ihm erteilten Aufenthaltstitel eines anderen Schengen -Staates umfasst ist.
Zur Beurteilung dieser Frage kommt es freilich nicht darauf an ,ob die in Rede stehende Erwerbstätigkeit in jenem Staat, der den Aufenthaltstitel erteilt hat, erlaubt wäre , sondern ob deren Ausübung am Maßstab des Unionsrechts und des nationalen Rechts in Österreich erlaubt ist (Hinweis E 18.04.2013, 2012/21/0019 , wo darauf abgestellt wurde , dass der Fremde nach den Feststellungen der belangten Behörde in einem bestimmten Zeitraum einer nach österreichischem Recht unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgegangen war).
Weiters stellte der VwGH im genannten Erkenntnis fest, dass die in § 32 NAG 2005 („selbständige Erwerbstätigkeit") angesprene Bestimmung des § 2 Abs.1 Z 7 NAG 2005 sich auf eine „bloß vorübergehende selbständige Erwerbstätigkeit bezieht und dass sie diesen Begriff inhaltsgleich wie § 2 Abs. 4 Z 16 FPG 2005 definiert.
Die Auslegung , eine selbständige Erwerbstätigkeit werde davon nicht erfasst, weil der Wohnsitz und Lebensmittelpunkt nicht - wie in dieser Bestimmung normiert - in einem Drittstaat aufrechterhalten werde , sondern in einem Mitgliedsstaat des EWR - Abkommens , weswegen § 24 Abs.1 Zi 1 FPG 2005 betreffend die Visumspflicht bei Ausübung einer vorübergehenden selbständigen Erwerbstätigkeit nicht anzuwenden sei , hätte die Konsequenz , dass Drittstaatsangehörige , die während ihrer vorübergehenden selbständigen Erwerbstätigkeit den Wohnsitz und Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen nicht in einem Drittstaat, sondern in einem Mitgliedstaat des EWR - Abkommens (oder in der Schweiz) aufrecht erhalten , von der Ausnahmeregelung des § 32 NAG 2005 nicht erfasst wären und sie daher für diese Art der Tätigkeit in Österreich (sogar) einen Aufenthaltstitel mit entsprechendem Zweckumfang benötigten.

Das führte aber zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung im Sinne einer Schlechterstellung der Angehörigen der genannten Personengruppe.
Es gilt daher auch für sie, dass sie für die Ausübung einer vorübergehenden selbständigen Erwerbstätigkeit (nur) ein Visum und keinen Aufenthaltstitel benötigen.
Schon der klare Wortlaut des Art.21 Abs.1 SDÜ (arg.:"frei... bewegen") - dessen „Geltung" nunmehr im Zusammenhang mit § 31 Abs.1 Z 3 FPG ausdrücklich angeordnet wurde und somit bei der Auslegung der Bestimmung einzubeziehen ist - läßt erkennen , dass danach der von einem anderen Mitgliedsstaat ausgestellte Aufenthaltstitel nur zum vorübergehenden Aufenthalt (drei Monate in einem Zeitraum von sechs Monaten) berechtigt , jedoch auf Grund des SDÜ keine Erlaubnis zu einer Erwerbstätigkeit eingeräumt wird.
Aufgrund Vorgesagtem und dass Sie lediglich Inhaber eines zum vorübergehenden touristischen Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigenden slowenischen Aufenthaltstitels sind, steht für die erkennende Behörde fest, dass Sie sich tatsächlich im angeführten Zeitraum unrechtmäßig im Bundesgebiet von Österreich aufgehalten haben und somit gegen die angeführten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.
Es ist unbestritten, dass Sie nicht im Besitz einer Berechtigung im Sinn des § 31 FPG gewesen sind. Der illegale Aufenthalt stellt eine Verwaltungsübertretung im Sinne des § 120 Abs. 1 a iVm § 31 Abs. 1 FPG dar, für die Sie sich zu verantworten haben. Aufgrund der Aktenlage geht die Behörde davon aus, dass Sie die angelastete Verwaltungsübertretung zumindest in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen haben.

Das FPG enthält keine Regelung hinsichtlich des Verschuldens, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. (Ungehorsamsdelikt).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat ein Beschuldigter initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch geeignetes Tatsachenvorbringen und durch Beibringung von Beweismitteln oder Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Erkenntnissen ausgesprochen hat, besteht ein hohes Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften an der Einhaltung der die Einreise und den Aufenthalt von Fremden regelnden Vorschriften durch die Normadressaten im Hinblick auf den Schutz der öffentlichen Ordnung.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Im ordentlichen Verfahren sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe,

soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Insbesondere unter Berücksichtigung der Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, ist die verhängte Strafe als angemessen zu bezeichnen. Ein geordnetes Fremdenwesen ist für Österreich von eminentem Interesse. Dies umso mehr in einer Zeit, in der ein anhaltend hoher Migrations- und Zuwanderungsdruck zu verzeichnen ist. Den für die Einreise und den Aufenthalt von Fremden getroffenen Regelungen und deren Befolgung durch die Normadressaten kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung ein sehr hoher Stellenwert zu.

Zur Strafhöhe ist außerdem zu bemerken, dass die Höchststrafe für Übertretungen nach § 120 Abs. 1a FPG 2.500 Euro beträgt, die verhängte Geldstrafe von 500 Euro ist die vom Gesetz vorgesehene Mindeststrafe. Somit wurde der Strafrahmen mit nur 20 % ausgeschöpft. Die verhängte Strafe erscheint schuld- und tatangemessen. Im Hinblick auf die Tatumstände und die Rechtfertigung des Beschuldigten, kann mit der Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe von 500 Euro das Auslangen gefunden werden.
Der Milderungsgrund der verwaltungsrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen zugute.
Bei der Strafbemessung wurde davon ausgegangen, dass Sie kein relevantes Vermögen besitzen, nicht sorgepflichtig sind und über ein monatliches Einkommen von etwa € 500,00 verfügen.
Angaben dazu wurden von Ihnen trotz Aufforderung zur Bekanntgabe nicht gemacht.
Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet.

[Hervorhebungen nicht übernommen]“

II. Mit Schreiben vom 10.08.2016 erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde und führte darin wie folgt aus:
„Gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion OÖ vom 13.07.2016, zugestellt am 15.07.2016, GZ: VStV/915300706695/2015, erhebe ich durch meinen ausgewiesenen Rechtsvertreter innerhalb offener Frist Beschwerde und stelle die Anträge, das Verwaltungsgericht möge:

a) eine mündliche Beschwerdeverhandlung anberaumen und durchführen; sowie
b) das hier angefochtene Straferkenntnis vom 13.07.2016, GZ: VStV/915300706695/2015 ersatzlos beheben; in eventu
c) das hier angefochtene Straferkenntnis aufheben und der Erstbehörde die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auftragen; in eventu
d) die Strafe angemessen herabsetzen“

Die gegenständliche Beschwerde wird begründet wie folgt:
Zunächst verweist der Bf auf sämtliches im bisherigen Verfahren, sowohl im ersten als auch im zweiten Verfahrensgang, getätigtes Vorbringen und hätte bei richtiger rechtlicher Würdigung eine Strafe nicht ausgesprochen werden dürfen.

Er verweist neuerlich darauf, dass er Geschäftsführer der im Firmenbuch Sloweniens eingetragenen H GmbH (Identifikationsnummer x registrierte Steuernummer x) ist. Somit ist er Geschäftsführer einer in der europäischen Union registrierten Firma, der eigenständige Rechtspersönlichkeit zukommt und daher auch im Rahmen der durch EU Recht gewährten Dienstleistungsfreiheit berechtigt ist in Österreich Dienstleistungen durch ihre Organe durchzuführen. Unternehmer der 28 Mitgliedstaaten der EU; die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befugt ausüben, die nach österreichischem Recht unter die Gewerbeordnung fällt, dürfen diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben. Handelt es sich bei der grenzüberschreitenden Dienstleistung um ein freies Gewerbe, dann kann die Dienstleistung auch ohne vorherige Behördenschritte erbracht werden. Eine Anzeige der Dienstleistungserbringung ist nicht erforderlich.

Sowohl der Bf als auch Herr J S, für den der Bf als Subunternehmer tätig war, haben sich vor Ausübung der Tätigkeit erkundigt und wurde die Auskunft von Seiten des Wirtschaftsministeriums Herrn Dr. R erteilt, dass im Hinblick darauf es sich bei den ausgeübten Tätigkeiten um ein freies Gewerbe handelt eine Anzeige nicht erforderlich ist. Es liegt daher keine unerlaubte Tätigkeit vor, wie dies auch bereits in der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts OÖ vom 23.07.2014, LVwG-300343/10/KLi/BD festgehalten wurde, in dem das Landesverwaltungsgericht den gegenständlichen Sachverhalt bereits unter dem Gesichtspunkt der Übertretung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zu beurteilen hatte.

Vor diesem Hintergrund kann ein unrechtmäßiger Aufenthalt nicht vorliegen und wird daher ersucht, das gegenständliche Strafverfahren einzustellen.

Sollte dennoch davon ausgegangen werden, dass ein unrechtmäßiger Aufenthalt vorliegen würde, verweist der Bf darauf, dass er sich vor Ausübung der Tätigkeit über die Rechtmäßigkeit dieser Ausübung erkundigt habe und von Seiten des Wirtschaftsministeriums und auch der Wirtschaftskammer die Mitteilung erhielt, dass im Hinblick auf die Dienstleistungsfreiheit die Ausübung der Tätigkeit zulässig ist.

Der Bf führt abschließend aus, dass ihn an einer allfälligen Übertretung, wobei er nach wie vor davon ausgehe, dass eine derartige Übertretung gar nicht vorliegt, keinerlei Verschulden, sodass auch aus diesem Grund ersucht wird gegenständliches Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. (…)

III.a) Die belangte Behörde hat die Beschwerde unter Anschluss des bezughabenden Verwaltungsaktes, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu

erlassen, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art 130 Abs 1 Z 1 iVm 131 Abs 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art 135 Abs 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

b) Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12.12.2016.

c) Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Der Bf ist kosovarischer Staatsbürger und verfügt über einen Aufenthaltstitel (Daueraufenthalt-EU) in Slowenien, der bis 3.7.2024 gültig ist. Im Besitz einer Rot-Weiß-Rot Karte nach dem NAG ist der Bf jedoch nicht.

In Slowenien betreibt der Bf ein Dienstleistungsunternehmen, die „H d.o.o.“; dieses Unternehmen ist im Wesentlichen mit einer österreichischen GmbH zu vergleichen. Die Firma bietet Baudienstleistungen, wie etwa Spachtelarbeiten und Abdichtungsarbeiten, an. Das in Rede stehende Unternehmen wird vom Bf als Geschäftsführer geleitet, andere Geschäftsführer gibt es nicht.

Die Firma des Bf erbringt Dienstleistungen in etwa in gleichem Ausmaß in Slowenien sowie in Österreich. Im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit hält sich der Bf in etwa für vier bis sechs Wochen am Stück in Österreich auf, wobei er in diesem Zeitraum als Subunternehmer für österreichische Baufirmen mehrere Aufträge durchführt. Ein derartiger Auftrag nimmt ca eine Woche in Anspruch.
Dies war auch im Zeitraum von 23.3.2015 bis zum 15.4.2015 der Fall.

Nach Abschluss der Arbeiten kehrt der Bf immer nach Slowenien zurück, wo sich auch sein Lebensmittelpunkt und seine Familie befinden.

Bei der Tätigkeit des Bf als Subunternehmer für die österreichischen Baufirmen handelt es sich um eine selbständig ausgeübte Erwerbstätigkeit. Der Bf ist nicht an Weisungen seiner Auftraggeber gebunden und es erfolgt auch keine Kontrolle des Arbeitsfortschrittes. Die Ausstattung der Arbeitsmittel obliegt allerdings dem Auftraggeber, das bedeutet, dass die vom Bf verbauten Baumaterialien vom Auftraggeber gestellt werden. Die Entlohnung für die vom Bf durchgeführten Aufträge beträgt 25 € pro Stunde (Regiearbeit).

Für den genannten Zeitraum war der Bf im Besitz einer A1 Entsendebestätigung. Für den in Rede stehenden Zeitraum hat der Bf zudem eine Anzeige über die

Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen in Österreich gemäß § 373a Abs. 4 Gewerbeordnung gemacht.

d) Der unter Punkt I. dargestellte Verfahrensgang und Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Akt sowie der mündlichen Verhandlung vom 12.12.2016.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

a) Die Bestimmungen des § 56 des Vertrages über die Arbeitsweise der europäischen Union (AEUV), BGBl. III Nr. 86/1999, in der Fassung BGBl. III Nr. 314/2013, normieren, dass die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten sind.
Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren beschließen, dass dieses Kapitel auch auf Erbringer von Dienstleistungen Anwendung findet, welche die Staatsangehörigkeit eines dritten Landes besitzen und innerhalb der Union ansässig sind.

Das Schengener Übereinkommen (SDÜ), BGBl. III Nr. 90/1997, normiert, dass sich Drittausländer, die Inhaber eines gültigen, von einer der Vertragsparteien ausgestellten Aufenthaltstitels sind, sich auf Grund dieses Dokuments und eines gültigen Reisedokuments höchstens bis zu drei Monaten frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen können, soweit sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a, c und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen und nicht auf der nationalen Ausschreibungsliste der betroffenen Vertragspartei stehen.

Im dritten Hauptstück des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung BGBl. I Nr. 122/2015 wird die Niederlassung von langfristig aufenthaltsberechtigten oder hochqualifizierten Drittstaatsangehörigen aus anderen Mitgliedstaaten und ihren Familienangehörigen, geregelt. Nach § 49 Abs. 4 NAG kann Drittstaatsangehörigen, die einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EU“ eines anderen Mitgliedstaates besitzen, für die Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit eine „Niederlassungsbewilligung“ erteilt werden, wenn

1. sie die Voraussetzungen des 1. Teiles erfüllen und
2. ein Quotenplatz vorhanden ist.

Nach der Regelung des § 3 Abs. 5 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung BGBl. I Nr. 113/2015, bedürfen Ausländer, die a) ausschließlich zum Zwecke der Erweiterung und Anwendung von Kenntnissen zum Erwerb von Fertigkeiten für die Praxis ohne Arbeitspflicht und

ohne Entgeltanspruch (Volontäre) bis zu drei Monaten im Kalenderjahr oder b) als Ferial- oder Berufspraktikantenbeschäftigt werden, keiner Beschäftigungsbewilligung. Verrichten Ausländer Hilfsarbeiten, einfache angelernte Tätigkeiten oder Arbeiten auf Baustellen, liegt kein Volontariat im Sinne dieses Bundesgesetzes vor. [...]

Nach § 18 Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung BGBl. I Nr. 113/2015, bedürfen Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, 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. Die Bestimmung des § 18 Abs. 2 normiert, dass 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, eine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung nicht erforderlich ist. Gemäß § 18 Abs. 3 ist 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 entsandt werden, keine Entsendebewilligung oder Beschäftigungsbewilligung erforderlich. [...] Nach § 18 Abs 11 kann eine Entsendebewilligung 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 Ö erbracht werden, nicht erteilt werden. Gemäß § 18 Abs. 12 für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einem anderen Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden ist keine Beschäftigungsbewilligung oder Entsendebewilligung erforderlich, wenn sie ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes über die Dauer der Entsendung nach Österreich hinaus zugelassen und beim entsendenden Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sind und die österreichischen Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäß § 7b Abs. 1 Z 1 bis 3 und Abs. 2 des Arbeitsvertragsrechts Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993, sowie die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden.

Gemäß § 24 Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung BGBl. I Nr. 121/2015, ist die die Aufnahme 1. einer bloß vorübergehenden selbständigen Erwerbstätigkeit (§ 2 Abs. 4 Z 16); 2. einer bloß vorübergehenden unselbständigen Tätigkeit (§ 2 Abs. 4 Z 17) oder 3. einer Tätigkeit, zu deren Ausübung eine Beschäftigungsbewilligung nach § 5 AuslBG Voraussetzung ist, im Bundesgebiet ist nur nach Erteilung eines Visums möglich. In diesem Fall ist dem Fremden, abhängig von der beabsichtigten Tätigkeitsdauer, ein Visum C oder ein Visum D zu erteilen, wenn im Fall der Anwendbarkeit des Ausländerbeschäftigungsgesetzes eine arbeitsmarktbehördliche Bewilligung oder Bescheinigung vorliegt und kein Visumversagungsgrund gegeben ist. Nach § 24 Abs. 2 findet Abs. 1 auf Fremde, die zur visumfreien Einreise berechtigt sind, zur Aufnahme einer Tätigkeit gemäß Abs. 1 Z 3 keine Anwendung. Nach § 24 Abs. 3 findet Abs. 1 auf Fremde während des Aufenthaltes zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG keine Anwendung, wenn sie die Voraussetzungen des Art. 21 SDÜ und die des § 18 Abs. 12 AuslBG erfüllen.

Gemäß § 31 Abs. 1 Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung BGBl. I Nr. 121/2015 halten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf,

1. wenn sie rechtmäßig eingereist sind und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder die durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmte Aufenthaltsdauer nicht überschritten haben;
2. wenn sie aufgrund einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt oder aufgrund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt sind;
3. wenn sie Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, sofern sie während ihres Aufenthalts im Bundesgebiet keiner unerlaubten Erwerbstätigkeit nachgehen;
4. solange ihnen ein Aufenthaltsrecht nach asylrechtlichen Bestimmungen zukommt;
5. (aufgehoben durch BGBl. I Nr. 122/2009)
6. wenn sie eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehaben oder
7. soweit sich dies aus anderen bundesgesetzlichen Vorschriften ergibt.

Gemäß § 120 Abs. 1a Fremdenpolizeigesetz 2005 (FPG), BGBl. I Nr. 100/2005, in der Fassung BGBl. I Nr. 121/2015, begeht eine Verwaltungsübertretung und

ist mit Geldstrafe von 500 Euro bis zu 2.500 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Wochen zu bestrafen, wer sich als Fremder nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Wer wegen einer solchen Tat bereits einmal rechtskräftig bestraft wurde, ist mit Geldstrafe von 2.500 Euro bis zu 7.500 Euro oder mit Freiheitsstrafe bis zu vier Wochen zu bestrafen. Als Tatort gilt der Ort der Betretung oder des letzten bekannten Aufenthaltsortes; bei Betretung in einem öffentlichen Beförderungsmittel die nächstgelegene Ausstiegsstelle, an der das Verlassen des öffentlichen Beförderungsmittels gemäß dem Fahrplan des Beförderungsunternehmers möglich ist.

Gemäß § 2 Abs. 4 Z 1 FPG ist Fremder, wer die österreichische Staatsbürgerschaft nicht besitzt.

b) Der Bf ist kosovarischer Staatsbürger und verfügt über einen Aufenthaltstitel (Daueraufenthalt-EU) in Slowenien, der bis 03.07.2024 gültig ist. Damit ist der Bf Fremder im Sinne der Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 4 Z 1 Fremdenpolizeigesetzes.

Der Bf hält sich vier bis sechs Wochen in Österreich auf, um hier als Subunternehmer für selbständige Arbeiten (Abdichtung, Spachteln, Abbruch und Montagearbeiten vorgefertigter Bauelemente) durchzuführen. Handelt es sich um einen Aufenthalt, welcher maximal auf sechs Monate bemessen ist, so finden sich die zentralen Bestimmungen zum Aufenthaltsrecht im Fremdenpolizeigesetz. Die Bestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes wären im Fall eines längeren als sechs Monate dauernden Aufenthalt anzuwenden. Da sich der Bf nur für einen Zeitraum von maximal sechs Wochen in Österreich aufhält und nach Abschluss der Arbeiten immer wieder nach Slowenien zurückkehrt, wo sich auch sein Lebensmittelpunkt befindet, kommen im vorliegenden Fall die Bestimmungen des FPG 2005 zur Anwendung.

Der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet wird in § 31 FPG geregelt.

§ 31 Abs. 1 FPG kommt für den Bf nicht zur Anwendung, da er zwar rechtmäßig nach Österreich eingereist ist, jedoch weder ein visumsfreier Aufenthalt gegeben, noch seine Aufenthaltsdauer durch zwischenstaatliche Vereinbarungen, Bundesgesetz oder Verordnung bestimmt ist.
Der Begriff des Einreisetitels der genannten Bestimmung umfasst nur die Visa und ist von dem in Art 1 SDÜ definierten Aufenthaltstitel abzugrenzen. Der Bf ist im Besitz eines von Slowenien ausgestellten Daueraufenthaltstitels, welcher sich nach dem SDÜ definiert und nicht unter die in Abs. 1 genannten Einreisetitel zu zählen ist (*Szymanski* in Schrefler-König/Szymanski, Fremdenpolizei- und Asylrecht § 2 FPG 2005, Anmerkungen Z 1).

Auch die Ziffer 2 des § 31 Abs. 1 FPG ist auf den Bf nicht anzuwenden, da er weder im Besitz einer Aufenthaltsberechtigung oder einer Dokumentation des Aufenthaltsrechtes nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz zur Niederlassung oder zum Aufenthalt ist oder auf Grund einer Verordnung für Vertriebene zum Aufenthalt berechtigt ist.

Der Aufenthalt im Bundesgebiet kann aber für Fremde, welche Inhaber eines von einem Vertragsstaat ausgestellten Aufenthaltstitels sind, gemäß § 31 Abs. 3 FPG rechtmäßig sein. Der Begriff des Aufenthaltstitels definiert sich, wie bereits erwähnt, nach den Begriffsbestimmungen des Art. 1 SDÜ. Es handelt sich dabei um eine *von einer Vertragspartei ausgestellte Erlaubnis gleich welcher Art, die zum Aufenthalt in deren Hoheitsgebiet berechtigt*. Davon ausgenommen sind jedoch die befristete Zulassung zum Aufenthalt im Hoheitsgebiet einer der Vertragsparteien im Hinblick auf die Behandlung eines Asylbegehrens oder eines Antrags auf eine Aufenthaltserlaubnis. Dem Bf wurde durch den Vertragsstaat Slowenien ein Daueraufenthaltstitel ausgestellt, welcher ihn auch zur Aufnahme und Durchführung wirtschaftlicher Tätigkeiten im genannten Mitgliedstaat berechtigt. Von dieser Berechtigung hat der Bf Gebrauch gemacht und ein Unternehmen (die „H d.o.o“ [welche der österreichischen Rechtsform der GmbH gleichzuhalten ist]) gegründet. Im Rahmen dieses Unternehmens bietet er Baudienstleistungen (Abdichtung, Spachteln, Abbruch und Montagearbeiten vorgefertigter Bauelemente) an. Seine Dienstleistung erbringt er vorwiegend in Slowenien, er wird jedoch auch für einige Wochen im Jahr als Unternehmer für österreichische Baufirmen tätig. Für diesen Zeitraum hält sich der Bf im Bundesstaat Österreich auf. Der von Slowenien ausgestellte Aufenthaltstitel berechtigt den Inhaber zwar zu einem Kurzaufenthalt (90 Tage im Halbjahr), jedoch nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Um einer selbständigen oder unselbständigen, vorübergehenden oder dauernden Erwerbstätigkeit in Österreich nachzugehen, bedarf es eines Visums gemäß § 24, eines beschäftigungsrechtlichen Tatbestandes nach § 31 Abs. 1 Z 6 oder eines Aufenthaltstitels nach dem NAG. Das Aufenthalts- und Bewegungsrecht innerhalb der Vertragsstaaten, welches durch einen, von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten, Aufenthaltstitel eingeräumt wird, bestimmt sich nach Art. 21 SDÜ und soll auf private oder touristische Zwecke eingeschränkt sein. Wird die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit von vornherein beabsichtigt oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgenommen, liegt ein unrechtmäßiger Aufenthalt vor *(Szymanski* in Schrefler-König/Szymanski, Fremdenpolizei- und Asylrecht § 31 FPG 2005, Anmerkungen Z 3).

Ein Visum nach § 24 FPG, welches zum Aufenthalt im Bundesgebiet zur Ausübung einer bloß vorübergehenden selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt, kann der Bf ebenfalls nicht vorweisen. Zu prüfen ist, ob der Bf unter die Ausnahmebestimmung des § 24 Abs. 3 FPG fällt, wonach die genannte Bestimmung keine Anwendung auf Fremde findet, die sich bloß zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung gemäß § 18 Abs. 12 AuslBG im Bundesgebiet aufhalten und die Voraussetzungen des Art. 21 SDÜ und des § 18

Abs. 12 AuslBG erfüllen. Ganz grundsätzlich schreibt die Bestimmung des § 18 Abs. 1 AuslBG vor, dass Ausländer, die von einem ausländischen Arbeitgeber ohne einen im Bundesgebiet vorhandenen Betriebssitz im Inland beschäftigt werden, einer Beschäftigungsbewilligung bedürfen. Wenn sie nicht länger als sechs Monate im Bundesgebiet arbeiten, bedarf es lediglich einer Entsendebewilligung die längstens für die Dauer von vier Monaten erteilt werden darf. Von dieser Vorschrift macht § 18 Abs. 12 eine Ausnahme. Für Ausländer, die von einem Unternehmen mit Betriebssitz in einen anderen Mitgliedstaat der EU zur Erbringung einer vorübergehenden Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, ist keine vorhergehend genannte Bewilligung erforderlich. Dazu müssen die in Rede stehenden Ausländer ordnungsgemäß zu einer Beschäftigung im Staat des Betriebssitzes zugelassen sein und beim Unternehmen rechtmäßig beschäftigt sein. Zudem müssen sowohl die österreichischen Lohn-und Arbeitsbedingungen als auch sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen eingehalten werden. Würden die Voraussetzungen des § 18 Abs 12 iVm Art 21 SDÜ vorliegen, so wäre der Bf von der Visumspflicht bzw auch der Beschäftigungs- und Entsendebewilligungspflicht befreit und wäre berechtigt einer vorübergehenden, selbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen, zumindest für die nach dem SDÜ normierte Aufenthaltsdauer von 90 Tagen (welche innerhalb von 180 Tagen nicht überschritten werden darf). Geht der Aufenthalt darüber hinaus bedarf es eines Visums oder, je nach Sachverhaltskonstellation, einer der genannten Bewilligungen. Die Bestimmungen über eine grenzüberschreitende Entsendung sind vorrangig europarechtlich determiniert. Die nachstehend noch vorzunehmende Prüfung der Entsendebestimmungen wird jedoch zeigen, dass der Bf nicht von der Ausnahmevorschrift des § 18 Abs. 12 erfasst ist und diese damit für ihn nicht zur Anwendung gelangen kann.

Auch ein Tatbestand der Z 6 trifft im vorliegenden Fall auf den Bf nicht zu, da er weder eine Beschäftigungsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, eine Entsendebewilligung, eine EU-Entsendebestätigung, eine Anzeigebestätigung gemäß § 3 Abs. 5 AuslBG oder eine Anzeigebestätigung gemäß § 18 Abs. 3 AuslBG mit einer Gültigkeitsdauer bis zu sechs Monaten, innehat.

Mit einem Aufenthaltstitel eines anderen Vertragsstaates ist ein Kurzaufenthalt (90 Tage im Halbjahr) möglich, welcher gemäß Art. 21 SDÜ auf private oder touristische Zwecke eingeschränkt sein soll (vgl *Szymanski* in Schrefler-König/Szymanski, Fremdenpolizei- und Asylrecht § 31 FPG 2005, Anmerkungen Z 3). Wird von vornherein eine Erwerbstätigkeit beabsichtigt oder später aufgenommen, so liegt ein unrechtmäßiger Aufenthalt iSd Bestimmung vor. Auch der Verwaltungsgerichtshof führt in seiner Entscheidung vom 12.11.2015, Ra 2015/21/0103, aus, dass sich aus dem klaren Wortlaut der Bestimmung des Art. 21 Abs. 1 SDÜ erkennen lässt (arg „frei bewegen“), dass ein von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellter Aufenthaltstitel nur zum vorübergehenden Aufenthalt

in einem anderen Mitgliedstaat berechtigt und keine Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit eingeräumt wird.
Hierzu ist anzumerken, dass der Bf seit 2011 in regelmäßigen Abständen zur Ausübung der von seinem Unternehmen angebotenen Dienstleistungen nach Österreich kommt. Nach eigenen Angaben bleibt er jeweils für vier bis sechs Wochen und kehrt nach Fertigstellung der einzelnen Aufträge wieder nach Slowenien zurück, wo er auch seinen Lebensmittelpunkt hat. Auch wenn zur Erfüllung seiner Leistung die Aufenthaltsdauer von 90 Tagen im Halbjahr nicht überschritten wird, so hält sich der Bf nicht bloß zu privaten oder touristischen Zwecken im Bundesstaat Österreich auf. Da er bereits seit mehreren Jahren wiederholt Dienstleistungen für österreichische Auftraggeber erbringt, kann davon ausgegangen werden, dass von vornherein die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in Österreich beabsichtigt ist. Daher liegt ein unrechtmäßiger Aufenthalt nach § 31 Abs. 3 FPG 2005 vor.

c.1) Dem Bf kommt daher aufgrund der nationalen Bestimmungen des FPG 2005 kein Aufenthaltsrecht in Österreich zu, es ist jedoch zu beachten, dass es sich im vorliegenden Fall um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt und daher neben den Bestimmungen nationaler Normen auch europarechtliche Vorgaben zu beachten sind.

In der vom Bf verfassten Beschwerde stützt sich dieser in seiner Argumentation unter anderem auf die Dienstleistungsfreiheit. Er legt dar, dass er Geschäftsführer eines im Firmenbuch Sloweniens eingetragenen Dienstleistungsunternehmens ist und es ihm nach Unionsrecht daher erlaubt sein muss, vorübergehend seine Tätigkeiten unter den gleichen Bedingungen wie Inländer in Österreich ausüben zu dürfen. Würde eine, wie vom Bf behauptete, Verletzung der Grundfreiheit vorliegen, würde diese Anwendungsvorrang vor einer allfälligen unionsrechtswidrigen nationalen Bestimmung entfalten.

c.2.1) Würde die Tätigkeit des Bf der Dienstleistungsfreiheit unterfallen, so käme ihm das Recht zu, seine Dienstleistung in Österreich zu erbringen und sich zu diesem Zweck auch in Österreich aufzuhalten. Die ihm zur Last gelegten Bestimmungen des Fremdenpolizeigesetz 2005 würden in einem solchem Fall der Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs entgegenstehen; der Grundfreiheit käme Anwendungsvorrang zu. Es ist daher zu prüfen, ob der Anwendungsbereich der Grundfreiheit eröffnet und damit die vom Bf behauptete Grundfreiheit im vorliegenden Fall tatsächlich einschlägig ist.

Die unmittelbar anwendbare Dienstleistungsfreiheit erfasst gemäß den Bestimmungen des Art. 56 ff AEUV den grenzüberschreitenden Austausch von Dienstleistungen. Die Grundfreiheit räumt dem Dienstleistungserbringer das Recht ein, eine Dienstleistung über die mitgliedstaatlichen Grenzen hinweg zu erbringen, ohne dort über eine dauerhafte Niederlassung zu verfügen (*Harratsch/Koenig/Pechtstein*, Europarecht[9] [2014] Rz 988 ff). Diesem Recht ist als notwendige Ergänzung auch ein Bewegungs- und Aufenthaltsrecht des

Dienstleistenden immanent, wobei zu beachten ist, dass die Ausgestaltung dieses Rechts weitestgehend in der Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG normiert ist *(Harratsch/Koenig/Pechtstein*, Europarecht[9] [2014] Rz 1000).

Eine Dienstleistung im Sinne des Art. 56 ff. AEUV liegt vor, wenn es sich um eine selbständige Leistung nicht-körperlicher Art handelt, die gegen Entgelt erbracht und nur vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat erbracht wird. Der Bf ist nach eigenen Angaben Geschäftsführer einer slowenischen Firma. Seine Dienstleistungen erbringt er nicht nur in Slowenien, sondern er kommt für vier bis sechs Wochen immer wieder nach Österreich, um hier selbstständige Arbeiten zu verrichten (Abdichtung, Spachteln, Abbruch und Montagearbeiten vorgefertigter Bauelemente). Nach Abschluss der Arbeiten kehrt er jedoch wieder zurück nach Slowenien, wo sich auch sein Lebensmittelpunkt befindet. Im Erkenntnis des LVwG - 300343/10/KLi/BD, welches im Rahmen eines Verfahrens erging in welchem der Beschwerdeführer als Zeuge involviert war, wurde bereits vom Landesverwaltungsgericht festgestellt, dass es sich bei der Tätigkeit des Bf um eine selbständig ausgeführte Erwerbstätigkeit handelt. Der Bf ist nicht an die Weisungen seines Auftraggebers gebunden, sondern hatte seine Tätigkeiten selbständig und ohne Kontrolle über den Arbeitsfortschritt zu verrichten. Für die Erbringung seiner Tätigkeit ist es ihm gestattet eigene Dienstnehmer zu beauftragen. Der Bf hält sich nicht dauerhaft im Mitgliedstaat Österreich auf, sondern kehrt nach Abschluss seiner Arbeiten wieder nach Slowenien zurück. Da der Bf selbständig gegen Entgelt gelegentlich in Österreich tätig wird, kann vom Vorliegen einer Dienstleistung iSd Art. 56 ff AEUV ausgegangen werden (*Harratsch/Koenig/Pechtstein*, Europarecht[9] [2014] Rz 996).

Unproblematisch stellt sich die Erfüllung des räumlichen Anwendungsbereichs dar, welcher einen grenzüberschreitenden Sachverhalt erfordert. Dieses grenzüberschreitende Moment ist in jedem Fall gegeben, da ein Kosovare mit einem slowenischen Aufenthaltstitel (der es ihm erlaubt ein slowenisches Unternehmen zu gründen) seine Dienstleistungen in Österreich erbringt – der räumliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit ist damit eröffnet.

Art. 62 AEUV iVm Art. 51 Abs. 1 AEUV normiert eine Bereichsausnahme für die Dienstleistungsfreiheit, wonach für Tätigkeiten, welche im Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt stehen, nicht am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit geprüft werden können (*Harratsch/Koenig/Pechtstein*, Europarecht[9] [2014] Rz 1001). Die Tätigkeiten des Bf – Abdichtung, Spachteln, Abbruch und Montagearbeiten vorgefertigter Bauelemente – stehen in keinem Zusammenhang mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt, womit die Bereichsausnahme in diesem Fall nicht gegeben ist.

Liegt eine abschließende Harmonisierung durch einen Sekundärrechtsakt vor, so ist die Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit ebenfalls ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall könnten einige sekundärrechtliche Normen einschlägig sein, bei deren Anwendung die Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit ausgeschlossen

wäre. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die RL 2003/109/EG betreffend die Rechtstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen. Kapitel III der genannten sekundärrechtlichen Bestimmungen enthält Normen zum Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen in anderen Mitgliedstaaten. Artikel 14 Abs. 5 lit b nimmt jedoch langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, welche Erbringer einer Dienstleistung sind, von diesen Bestimmungen aus. Der Bf ist damit nicht von der RL erfasst. Auch die Freizügigkeitsrichtlinie RL 2004/38/EG findet beim vorliegenden Sachverhalt keine Anwendung. In Bezug auf die Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie sind deren Bestimmungen in Art. 3 Abs. 1 zu beachten, welche das Verhältnis von Sekundärrechtsakten untereinander regelt. Wenn Bestimmungen dieser Richtlinie einer Bestimmung eines anderen Gemeinschaftsrechtsaktes, *der spezifische Aspekte der Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit in bestimmten Bereichen oder bestimmten Berufen regelt, so hat die Bestimmung des anderen Gemeinschaftsrechtsaktes Vorrang und findet auf die betreffenden Bereiche oder Berufe Anwendung*. Dies gilt insbesondere für die in Art. 3 Abs. 1 lit a genannte Richtlinie 96/71/EG zur Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Dienstleistungserbringung, welche möglicherweise, wie später noch zu zeigen sein wird, bei einer allumfassenden rechtlichen Prüfung des Sachverhalts (im Bereich der entsenderechtlichen Bestimmungen), ebenso Beachtung finden muss.
Da weder eine abschließende Harmonisierung vorliegt, noch die Bereichsausnahme zur Anwendung gelangt, ist auch der sachliche Anwendungsbereich der Grundfreiheit eröffnet.

c.2.2) Vom persönlichen Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit sind sowohl alle natürlichen Personen und juristischen Personen unter Erfüllung der dafür notwendigen Voraussetzungen erfasst. Alle natürlichen Personen, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen, können sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Der Bf ist Kosovare und besitzt für Slowenien lediglich einen Aufenthaltstitel. Er ist damit Drittstaatsangehöriger mit einer kosovarischen Staatsbürgerschaft. Da das Kriterium der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates das Kriterium für natürliche Personen darstellt, um der Dienstleistungsfreiheit zu unterfallen, reicht auch ein von einem Mitgliedstaat ausgestellter Aufenthaltstitel nicht aus, um sich auf die Grundfreiheit berufen zu können. Der Bf als natürliche Person kann sich somit nicht auf die Dienstleistungsfreiheit berufen.

c.2.3) Art. 62 iVm Art. 54 AEUV normiert die Voraussetzungen, welche eine juristische Person erfüllen muss, damit sie den natürlichen, von der Dienstleistungsfreiheit erfassten, Personen, welche die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Union inne haben, gleichgestellt wird. Das Unternehmen des Bf wurde nach slowenischen Rechtsvorschriften gegründet und hat dort laut der Angaben des Firmenbuchauszugs seinen satzungsmäßigen Sitz. Daher sind die Voraussetzungen, wonach eine juristische Person den natürlichen Personen gleichgestellt wird, vom Unternehmen des Bf erfüllt. Das Unternehmen des Bf

könnte sich damit auf die Grundfreiheit berufen, da es vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst ist. Beruft sich das Unternehmen auf die Grundfreiheit, kommt es auf die Staatsangehörigkeit des Geschäftsführers nicht an (*Harratsch/Koenig/Pechtstein*, Europarecht[9] [2014] Rz 1004f).

Die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit an sich wird der juristischen Person in casu nicht verwehrt, da die Rechtmäßigkeit oder etwaige fehlende Voraussetzungen für eine rechtmäßige Dienstleistungserbringung im Mitgliedstaat Österreich von der LPD OÖ in ihrem Straferkenntnis nicht in Frage gestellt werden. Genau genommen wird im vorliegenden Fall dem Geschäftsführer der "H d.o.o" ein unrechtmäßiger Aufenthalt in Österreich vorgeworfen. Kann sich der Bf jedoch nicht in Österreich aufhalten, ist die Ausübung der von seinem Unternehmen angebotenen Dienstleistung de facto nicht mehr möglich.

In diesem Zusammenhang ist auf eine Sonderkonstellation im Hinblick mit dem persönlichen Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit hinzuweisen. Vor allem bei gewerblichen oder handwerklichen Tätigkeiten werden grenzüberschreitende Tätigkeiten nicht vom Unternehmen selbst, sondern von den Beschäftigten erbracht. Eine solche Konstellation fällt unter die Entsendebestimmungen, welche von der Dienstleistungsfreiheit erfasst sind und zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit der wirtschaftlich tätigen Person. Daher können in einem solchen Fall auch Angehörige von Drittstaaten der Dienstleistungsfreiheit unterfallen. Auf die Grundfreiheit kann sich aber wiederum nur der mitgliedstaatliche Unternehmer bzw. das mitgliedstaatliche Unternehmen berufen (*Harratsch/Koenig/Pechtstein*, Europarecht[9] [2014] Rz 1005). Ein Drittstaatsangehöriger könnte damit als Arbeitnehmer von der Dienstleistungsfreiheit einer juristischen Person begünstigt sein (*Holoubek* in Schwarze, Art. 57 AEUV, Rz 51). Art. 56 f AEUV normiert die Zulässigkeit für den Erbringer einer Dienstleistung mit seinem gesamten Personal in einen anderen Mitgliedsstaat einzureisen. Somit steht es ihm zu, Personal mit Drittstaatsangehörigkeit für die Erbringung der vom Unternehmen angebotenen Dienstleistungen einzusetzen. Drittstaatsangehörige können sich jedoch in solchen Konstellationen nicht aufgrund eigener Rechte auf die Dienstleistungsfreiheit berufen. Nur abgeleitet aus dem Entsenderecht des Unternehmens kommt dem Personal ein Bewegungs- und Aufenthaltsrecht, zur Erbringung der Dienstleistung, zu (*Streinz* in Streinz, Art. 56, Rz 58).

Aus der Zusammenschau der Ausführungen ergibt sich, dass der Dienstleistungsfreiheit Begleitrechte immanent sind (*Streinz* in Streinz, Art. 56, Rz 125 f.). Unabhängig von einer staatlichen Erlaubnis stehen das Einreise und Aufenthaltsrecht in einem anderen Mitgliedsstaat zu, da ansonsten das Erbringen der Dienstleistung faktisch unmöglich wäre (EuGH, Rs 48/ 75 Royer [im vorliegenden Fall bezieht sich das Recht auf Aufenthalt und Einreise jedoch auf eine natürliche Person]).

Auch das Entsenderecht eines Unternehmens kann als Begleitrecht der Dienstleistungsfreiheit angesehen werden - aus diesem können Arbeitnehmer ein Einreiserecht aus der Dienstleistungsfreiheit des Unternehmens ableiten (*Streinz* in Streinz, Art. 56, Rz 125 f). Nach *Lenz/Borchardt* erfasst der persönliche Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit die Gesamtheit der juristischen Personen, welche die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch nehmen. Mit Verweis auf die Urteile Kommission/Österreich in der Rs C-168/04 und Kommission/Deutschland in der Rs C-490/04 wird in den Kommentierungen ausgeführt, dass sich in solchen Konstellationen die Dienstleistungsfreiheit der juristischen Person in ein Freizügigkeitsrecht der Arbeitnehmer „wandelt", unabhängig von deren Nationalität (*Lenz* in Lenz/Borchardt, Art. 56/57 AEUV, Rz 3).

Die juristische Person ist Trägerin der Dienstleistungsfreiheit und dadurch dazu berechtigt, ihr Stammpersonal in andere Mitgliedsstaaten zu entsenden. Auf das damit verbundene Recht auf erlaubnisfreien Aufenthalt können sich ordnungsgemäß beschäftigte Arbeitnehmer berufen (EuGH Rs C-49/98, Finalarte). Diese Ansicht manifestiert sich auch in der Rechtsprechung des EuGH in seinem Urteil Rush Portuguesa. Im genannten Urteil wurden Arbeitnehmer in einen anderen Mitgliedstaat zur Durchführung von Bauarbeiten im Hoch- und Tiefbau bestellt. Der EuGH sprach aus, dass sich im Rahmen einer Erbringung von Dienstleistungen durch den Arbeitgeber ergibt, dass eine Verletzung der (ex) Art. 49 EG und 50 EG vorliegt, wenn das Unternehmen daran gehindert wird, sich mit seinem gesamten Personal frei im Gebiet desjenigen Staates in dem die Dienstleistung erbracht wird, zu bewegen, oder die Überstellung des betroffenen Personals von restriktiveren Bedingungen abhängig zu machen. Durch die Auferlegung solcher Bedingungen wird, nach Auffassung des EuGH, der Leistungserbringer aus einem anderen Mitgliedstaat gegenüber seinen im Aufnahmestaat ansässigen Konkurrenten, die sich ihres eigenen Personals ungehindert bedienen können, diskriminiert und überdies seine Fähigkeit, die Leistung zu erbringen, beeinträchtigt (EuGH Rs C-113/89, Rush Portuguesa).

Fraglich ist allerdings, ob die Bestimmungen zur Entsendung auf den Bf zutreffen. Nach eigenen Angaben ist er Geschäftsführer eines nach slowenischem Recht, in Form einer d.o.o, gegründeten Unternehmens. Die Rechtsform der d.o.o kann in Österreich mit jener der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) gleichgestellt werden. Es ist daher zu prüfen, ob der Geschäftsführer einer GmbH den Entsendebestimmungen im arbeitsrechtlichen Sinn unterfällt und ihm damit ein Aufenthaltsrecht zur Erfüllung seiner Arbeitsaufträge, abgeleitet aus der seinem Unternehmen zukommenden Dienstleistungsfreiheit, zukommt.

Einleitend ist dabei anzumerken, dass das Unionsrecht von einer Zweiteilung der Erwerbstätigkeit ausgeht. Ein Erwerbstätiger ist damit entweder Arbeitnehmer (iSd Art. 45 AEUV) oder, je nach Sachverhaltsdarstellung, Selbständiger iSd der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 bzw. Art. 56 AEUV). Der

Arbeitnehmerbegriff stellt einen autonomen Rechtsbegriff dar und wurde dabei maßgeblich durch die Rechtsprechung des EuGH geprägt. Der national definierte Arbeitnehmerbegriff der Mitgliedstaaten ist nur dann zur Auslegung heranzuziehen, wenn das Unionsrecht selbst auf den Begriff des Mitgliedstaats verweist. Der Arbeitnehmerbegriff iSd des Unionsrechts ist weit auszulegen (*Preis*, BGB § 611, Rz 103 a): Im Rahmen der Rs Lawrie Blum entschied der Gerichtshof, dass das wesentliche Merkmal für das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses, die Weisungsgebundenheit einer natürlichen Person darstellt (EuGH Rs C-66/85, Lawrie Blum). Damit hat der EuGH die organisatorische Unterordnung iSv. Tätigkeitsanforderungen und –umfang und Freiheit von Wahl, Zeit, Ort und Inhalt der Arbeit hervorgehoben (EuGH Rs C-256/01, Allonby). Der Arbeitnehmerbegriff wurde in der Rs Danosa (EuGH Rs C-232/09 Danosa) dahingehend erweitert, dass auch der Organwalter einer lettischen Kapitalgesellschaft ein Arbeitnehmer im Sinne dieser Definition sein könne. Der erste Teil des Urteils in der Rs Balkaya (EuGH Rs C 229/14 Balkaya) bestätigt dies nun erstmals für den Fremdgeschäftsführer einer deutschen GmbH (*Forst*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 664). Ausdrücklich offen lässt der EuGH, wie sich eine allfällige Beteiligung des Gesellschafters an der Gesellschaft auf die Arbeitnehmereigenschaft auswirkt. Grundsätzlich unterliegen Gesellschafter-Geschäftsführer denselben Regeln wie GmbH-Fremdgeschäftsführer. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer, der eine Mehrheitsbeteiligung an der GmbH hat, hat in der Regel von der Gesellschafterversammlung keine Weisung zu erwarten, die er nicht selber unterstützt. Deshalb hat der EuGH entschieden, dass jedenfalls der Alleingesellschafter-Geschäftsführer kein Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 AEUV ist (*Forst*, GmbH-Fremdgeschäftsführer als Arbeitnehmer im Sinne des Unionsrechts, EuZW 2015, 666). Im vorliegenden Fall ist der Bf nach eigenen Angaben in der Ausführung seiner Tätigkeiten an keine Weisung gebunden. Er gibt an, dass er im Rahmen seiner Tätigkeiten wiederum eigene Dienstnehmer beauftragen kann. Dem Bf obliegt ebenso die Weisungsbefugnis über seine Angestellten in Slowenien. Nach eigenen Angaben ist er alleiniger Geschäftsführer seines slowenischen Unternehmens. Der Bf ist damit als Alleingesellschafter–Geschäftsführer zu qualifizieren und damit kein Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinn.

Auch nach der sekundärrechtlichen Ausgestaltung der Entsendungsbestimmungen durch die RL 96/71/EG und den nationalen Bestimmungen des österreichischen Arbeitsverfassungsrecht, kann der Bf nicht als Arbeitnehmer qualifiziert werden, auf den die Bestimmungen zur Entsendungen zur Anwendung kommen. Vom Anwendungsbereich der Bestimmung nach Artikel 1 Abs. 1 sind Unternehmen erfasst, die im Rahmen einer länderübergreifenden Erbringung von Dienstleistung Arbeitnehmer gemäß Abs. 3 lit a in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates entsenden.

Das Unternehmen des Bf wäre im Sinne dieser Bestimmung vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst. Die Begriffsbestimmungen des

Artikel 2 definieren den Arbeitnehmerbegriff im Sinne dieser Richtlinie und führen dazu aus, dass es sich um eine Person handelt, die während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates als demjenigen erbringt, in dessen Hoheitsgebiet er normalerweise arbeitet. Diese Voraussetzung ist in casu grundsätzlich gegeben, da der Bf seine Leistungen im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates Österreich vorübergehend erbringt. Artikel 2 Abs. 2 der Richtlinie normiert jedoch, dass für die Zwecke dieser Richtlinie der Begriff des Arbeitnehmers im dem Sinne verwendet wird, wie dieser in dem Recht des Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet der Arbeitnehmer entsandt wird, gebräuchlich ist.
Damit ist die Bestimmung des § 36 ArbVG heranzuziehen, welche den Arbeitnehmerbegriff nach österreichischem Recht definiert. Gemäß des § 36 Abs. 1 gilt als Arbeitnehmer, wer in einem Betrieb beschäftigt ist; Absatz 2 der genannten Bestimmungen nimmt juristische Personen als auch die Mitglieder eines Organs, die zur gesetzlichen Vertretung einer juristischen Person berufen sind, vom Arbeitnehmerbegriff aus. Geschäftsführer einer GmbH sind somit von dieser Bestimmung ausgenommen, auch wenn sie vertragsrechtlich als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind (*Windisch-Graetz* in Neumayr/Reissner[2], § 36 ArbVG, Rz 12).

c.3) Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der Bf als natürliche Person nicht vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit erfasst ist, wodurch ihm ein Bewegungs- und Aufenthaltsrecht iSe Begleitrechts der Grundfreiheit in Österreich zukommen würde.

Hinsichtlich dem Vorbringen des Bf, dass er sowohl eine A1 Entsendemeldung nachweisen kann und sein Gewerbe, wie von § 373a GewO gefordert gemeldet hat, ist auszuführen:

Die Richtlinie über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (RL 884/2004) enthält hinsichtlich der Entsendung im sozialversicherungsrechtlichen Sinn in seinem Artikel 12 Abs. 2 eine Ausnahme des Beschäftigungslandprinzips, welches im Bereich der Sozialversicherung gilt. Die Bestimmung normiert, dass eine Person, die gewöhnlich in einem Mitgliedstaat eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt und eine ähnliche Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat ausübt, weiterhin den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats unterliegt, sofern die voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit 24 Monate nicht überschreitet. Die vom Bf vorgebrachte A1 Entsendbestätigung für den Zeitraum 03.03.2015 – 15.12.2015 dient dem Nachweis darüber, dass er in jenem Mitgliedstaat Versicherungsbeiträge abführt, in dem er eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt und er durch das kurzfristige Erbringen dieser Tätigkeit im Rahmen seiner Dienstleistung nicht einer weiteren Versicherungspflicht im Beschäftigungsland unterfällt, in dem er nur für einen kurzen Zeitraum tätig ist. Der Nachweis der A1 Entsendebestimmung kann zum Nachweis sozialversicherungsrechtlicher Angelegenheiten herangezogen werden, vermag

jedoch keinen rechtmäßigen Aufenthalt iSd Dienstleistungsfreiheit an sich zu begründen.

Die Anzeige der Ausübung einer Dienstleistung vor Aufnahme der erstmaligen Dienstleistung nach § 373a GewO ist als Voraussetzung dafür zu sehen, dass EU-Dienstleister vorübergehend und gelegentlich in Österreich Dienstleistungen nach der GewO erbringen können, ohne dass sie hierfür eine österreichische Gewerbeberechtigung erlangen oder einen inländischen Gewerbestandort begründen müssten. Dies betrifft somit nur die Erlaubnis der Dienstleistungserbringung an sich, welche im vorliegenden Fall von der Behörde nicht in Frage gestellt wird.

c.4) Der objektive Tatbestand der dem Bf angelasteten Übertretung ist somit erfüllt.

d) Die Bestrafung einer Verwaltungsübertretung setzt – neben der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes einer Verbotsnorm – Verschulden voraus. Für das in Rede stehende Delikt ist keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens normiert, weshalb § 5 Abs. 1 VStG zur Anwendung kommt, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. "Ungehorsamsdelikt").

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 1.10.1997, 96/09/0007).

Seitens des Bf wurde kein Vorbringen erstattet, dass Zweifel hinsichtlich seines Verschuldens am Zustandekommen der gegenständlichen Verwaltungsübertretung aufkommen lässt.

Nach § 5 Abs. 2 VstG entschuldigt die Unkenntnis der Strafnorm den Täter nur dann, wenn er sie unverschuldet nicht kannte und das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen zu vermochte. Ein solcher unverschuldeter Verbotsirrtum liegt nur dann vor, wenn dem Betroffenen die Norm, trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt, unbekannt geblieben ist (VwGH 24.2.2006, 2005/09/0021). Der Bf stützt sich vor allem darauf, dass er sich sowohl bei der Wirtschaftskammer als auch beim Wissenschaftsministerium und bei der Fremdenpolizei entsprechend erkundigt hat. Falsche Rechtsauskünfte exkulpieren den Täter allerdings nur, wenn sie von der zuständigen Behörde stammen (VwGH 13.12.2007, 2004/09/0063). Die Auskunft bei der Wirtschaftskammer (Scan vom 12.05.2014), als auch die

Erkundigung beim Wirtschaftsministerium (E-Mail vom 25.05.2014) beziehen sich lediglich auf gewerberechtliche Aspekte. Der Nachweis über eine Nachfrage bei der Fremdenpolizei hinsichtlich aufenthaltsrechtlicher Bestimmungen konnte nicht erbracht werden. Der Bf hat sich somit nur um gewerberechtliche Angelegenheiten gekümmert, jedoch entsprechende Veranlassungen im Bereich des Aufenthaltsrechts unterlassen.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

e) Die Bemessung der Strafe durch die belangte Behörde ist nachvollziehbar begründet, wobei die belangte Behörde ohnedies nur die Mindeststrafe verhängt hat. Für eine weitere Herabsetzung der Geldstrafe im Sinne des § 20 VStG waren keine Gründe ersichtlich, nachdem für diesen Fall die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen müssten. Die Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe erscheint dem Gericht daher als jedenfalls tat- und schuldangemessen.

f) Es war somit im Ergebnis die Beschwerde gemäß § 50 VwGVG als unbegründet abzuweisen, der angefochtene Bescheid zu bestätigen und spruchgemäß zu entscheiden.

g) Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG ist in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten hat. § 52 Abs. 2 VwGVG normiert, dass dieser Beitrag mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro, zu bemessen ist.

Es war dem Bf daher ein Verfahrenskostenbeitrag iHv € 100,00,- vorzuschreiben.

V. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, weil im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Frage, ob der Geschäftsführer eines in der Rechtsform einer "d.o.o" geführtem, nach slowenischem Recht gegründeten Unternehmens, aus der seinem Unternehmen zukommenden Dienstleistungsfreiheit ein Bewegungs-und Aufenthaltsrecht zur Ausübung seiner grenzüberschreitenden Tätigkeit ableiten kann, fehlt und der Beantwortung dieser Frage über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw Revision ist eine Eingabegebühr von je 240,-- Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Zeinhofer