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-301593/2/Kü/JB

Datum:
Linz, 8. Mai 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des M H, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M R, H, F, vom 28.04.2017 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 29.03.2017, GZ: SanRB96-91-2016, wegen Übertretung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfallen sämtliche Verfahrenskostenbeiträge.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 29.03.2017, GZ: SanRB96-91-2016, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 7b Abs. 8 Z 1 1. Fall iVm § 7b Abs. 3 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) zwei Geldstrafen in Höhe von jeweils 500 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt.

Diesem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zu Grunde:

„1) Sie haben in Ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber M s.r.o. in J, J, Tschechische Republik zu verantworten, dass folgende/r Arbeitnehmer beschäftigt wurde/n und die Arbeitsaufnahme dieser Person/en nicht den vorgeschriebenen Stellen gemeldet wurde, obwohl Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder es Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich sowie Arbeitgeber mit Sitz in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (§ 7b Abs. 9 AVRAG), die Beschäftigung von Arbeitnehmer, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden haben.
Arbeitnehmer: K F, geb.: x
Staatsangehörigkeit: Tschechische Republik
Tätigkeit: Trockenbauer
Arbeitsantritt: 18.04.2016
Tatort: Gemeinde Leopoldschlag, Leopoldschlag, Grenzübergang WULLOWITZ.
Kontrollzeit: 18.04.2016, 07:00 Uhr.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 7b Abs. 8 Ziffer 1 erster Fall i.V.m. § 7b Abs. 3 AVRAG

2) Sie haben in Ihrer Eigenschaft als Arbeitgeber M s.r.o. in J, J, Tschechische Republik zu verantworten, dass folgende/r Arbeitnehmer beschäftigt wurde/n und die Arbeitsaufnahme dieser Person/en nicht den vorgeschriebenen Stellen gemeldet wurde, obwohl Arbeitgeber mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder es Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich sowie Arbeitgeber mit Sitz in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (§ 7b Abs. 9 AVRAG), die Beschäftigung von Arbeitnehmer, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden haben.
Arbeitnehmer: P F, geb.: x
Staatsangehörigkeit: Tschechische Republik
Tätigkeit: Trockenbauer
Arbeitsantritt: 18.04.2016
Tatort: Gemeinde Leopoldschlag, Leopoldschlag, Grenzübergang WULLOWITZ

Kontrollzeit: 18.04.2016, 07:00 Uhr.
Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 7b Abs. 8 Ziffer 1 erster Fall i.V.m. § 7b Abs. 3 AVRAG."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde in der beantragt wird das Straferkenntnis aufzuheben, eine mündliche Beschwerdeverhandlung anzuberaumen und nach Beweisaufnahme der Beschwerde stattzugeben und das gegen den Bf geführte Strafverfahren einzustellen.

Begründend wurde zusammengefasst vorgebracht, dass im gegenständlichen Fall die Vorschrift eines ordentlichen Verfahrens nach § 40 VStG nicht eingehalten worden sei. Im Bescheid würden jegliche Feststellungen zur freien Selbstständigkeit und Unselbstständigkeit fehlen, die Anzeigebehauptungen der Kontrollorgane der Finanzpolizei würden ungeprüft übernommen und in keinem Punkt ausgeführt, warum die belangte Behörde von den entsendeten Arbeitnehmern iSd des AVRAG ausgehe und nicht von Werkunternehmern.

Laut Stellungnahme der Finanzpolizei seien die beiden tschechischen Staatsangehörigen im Rahmen eines Werkvertrages nach Österreich entsandt worden. Es sei aber äußerst inkonsequent einerseits von einem Werkvertrag und andererseits von einer Entsendung auszugehen. Sohin sei die Anzeige selbst in sich widersprüchlich. Vielmehr hätten die beiden tschechischen Staatsangehörigen den Auftrag gehabt, das von ihnen zu erstellende Werk im Rahmen des Subunternehmerauftrages bis spätestens 31.05.2016 zu übergeben. In der zeitlichen Gestaltung der Werkausführung seien die Subunternehmer völlig frei gewesen und habe keinerlei Weisungsbefugnis des Bf bestanden. Die beiden tschechischen Staatsangehörigen seien sowohl persönlich als auch wirtschaftlich unabhängig gewesen. Eine derartige Vereinbarung sei mit einem Dienstnehmervertrag nicht in Einklang zu bringen. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Finanzpolizei und die belangte Behörde davon ausgehen könnten, dass es sich um entsendete Arbeitnehmer handle. Vielmehr seien die beiden tschechischen Staatsangehörigen von der M s.r.o. zu keinem Zeitpunkt als unselbstständig Beschäftigte eingestellt und verwendet worden. Die Beiden seien in Tschechien als selbstständige Unternehmer registriert, würden dort als selbstständige Unternehmer ihre Steuern zahlen und seien bei M s.r.o. als Subunternehmer auf gleicher Ebene gegenüber gestanden. ZKO-Meldungen seien insofern nicht durchgeführt worden, als diese nicht nötig gewesen seien. Wenn es sich bei den beiden tschechischen Staatsangehörigen um entsendete Arbeitnehmer iSd AVRAG gehandelt hätte, wäre eine Meldung an die zuständige Stelle ergangen, wie das von der M s.r.o. auch richtigerweise bei allen unselbstständigen Beschäftigten gehandhabt würde. Gegenständlich sei dies aber aus den genannten Gründen nicht notwendig gewesen und sei aus diesem Grund keine ZKO-Meldung durchgeführt worden.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung als belangte Behörde hat die Beschwerde mit Schreiben vom 15.05.2017 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Dieses hat gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Eine öffentliche mündliche Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfallen, da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das Straferkenntnis aufzuheben ist.

4.1. Folgender Sachverhalt steht fest:

Am 18.04.2016 wurden die tschechischen Staatsangehörigen K F und P F von Organen der Finanzpolizei am Grenzübergang Wullowitz kontrolliert. Bei der Befragung dieser beiden durch die Kontrollorgane sowie deren Angaben auf den ausgefüllten Personenblättern, stellte sich heraus, dass die beiden im Auftrag der M s.r.o. mit dem Sitz in J, Tschechische Republik, auf der Baustelle der J in der A, L Trockenbauarbeiten durchgeführt haben. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der M s.r.o..

Bei den beiden tschechischen Staatsangehörigen handelt es sich um selbstständige Unternehmer in Tschechien. Bei der Kontrolle legten beide ein A1 Sozialversicherungsdokument vor, aus dem die selbstständige Tätigkeit in Tschechien ersichtlich ist. Zudem legten die beiden tschechischen Staatsangehörigen die vom Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend ausgestellten Mitteilungen gemäß § 373a Abs. 5 Z 1 GewO 1994 vor, wonach gegen die Ausübung des Handwerks der Stuckateure und Trockenbauer, eingeschränkt auf Trockenausbauer in Österreich kein Einwand besteht.

Vorgelegt wurde von den beiden tschechischen Staatsangehörigen noch ein zwischen ihnen und der M s.r.o. abgeschlossener Werkvertrag vom 01.03.2015 für das Bauvorhaben W, L. Eine Meldung an die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen konnten die beiden tschechischen Staatsangehörigen nicht vorweisen und auch elektronisch nicht zugänglich machen. Die M s.r.o. hat auch eine derartige ZKO-Meldung nicht erstattet.

Von der Finanzpolizei wurde aufgrund dieser Kontrolle ein Strafantrag an die belangte Behörde wegen der Übertretung des § 7b Abs. 3 iVm § 7b Abs. 8 AVRAG eingebracht.

Nachdem von der belangten Behörde mittels Aufforderung zur Rechtfertigung das Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet wurde, wurde vom Bf im Wege der

Rechtfertigung mitgeteilt, dass gegenständlich eine Entsendung nicht vorliegt und seitens der M s.r.o. mit den tschechischen Staatsangehörigen kein Dienstleistungsvertrag abgeschlossen wurde. Vielmehr bestehen zwischen der M s.r.o. und Herrn P F sowie Herrn K F Rahmenwerkverträge für „die Erstellung eines Teils des Bauwerks“. In diesem Rahmenwerkvertrag ist festgehalten, dass der konkrete Werkgegenstand und der Erfüllungstermin in einzelnen Teilwerkverträgen spezifiziert werden. Zudem sind im Rahmenwerkvertrag für eine Reihe von Arbeiten wie Aufstellen von Ständerwänden, Einbau von Türzargen, Errichtung von Vorsatzschalen, abgehängte Decken, Abtreppung und dergleichen Preise pro Quadratmeter vereinbart.

Die M s.r.o. hat ihrerseits am 11.01.2016 mit der M H GmbH mit Sitz in P einen Werkvertrag für das Bauvorhaben „J Umbau WC Anlagen“ und zwar für die Montage abgehängter Decken, Vorsatzschalen und Metallständer-Wände (Trockenbauarbeiten) abgeschlossen, wobei der Ausführungszeitraum mit KW 01 bis KW 22/2016 festgelegt wurde. Der Werkvertrag enthält auch die einzelnen Positionen, welche nach Quadratmetern oder Stück durchzuführen sind samt den dafür vom Auftraggeber zu bezahlenden Preisen.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Unterlagen, die dem Strafantrag angeschlossen sind bzw. den Unterlagen, welche vom Bf im Zuge der Rechtfertigung vorgelegt wurden. Aufgrund des Umstandes, dass die Kontrolle der beiden tschechischen Arbeiter am Grenzübergang Wullowitz stattgefunden hat und nicht auf der fraglichen Baustelle auf der J, kann im Vorbringen des Bf, wonach jedenfalls keine Arbeitseingliederung der beiden tschechischen Arbeiter in die Betriebsorganisation bzw. den Arbeitsablauf der M s.r.o. stattgefunden hat, sondern diese selbstständige Trockenbauarbeiten auf der Baustelle durchgeführt haben, nicht entgegengetreten werden. Dem Umstand, dass die Beiden im Personenblatt angegeben haben, für die M s.r.o. zu arbeiten und von dieser die Anweisungen zu erhalten, kann für sich alleine kein Indiz dafür sein, dass die Beiden in einem vertraglichen Arbeitsverhältnis zur M s.r.o. gestanden sind. Die Angabe der beiden tschechischen Staatsangehörigen kann durchaus so verstanden werden, dass sie über Auftrag der M s.r.o., deren Erfüllungsgehilfen sie grundsätzlich gewesen sind, gearbeitet haben. Auch ist es nicht ungewöhnlich, dass seitens des Auftraggebers bei der Durchführung von Werkverträgen entsprechende Anweisungen hinsichtlich des umzusetzenden Gewerkes gegeben werden. In der Regel ist es so, dass vom Bauleiter des Auftraggebers Vorgaben hinsichtlich der Umsetzung der Arbeiten insbesondere terminliche Vorgaben gegeben werden und die Arbeiten nach Abschluss entsprechend kontrolliert werden. Diese Vorgangsweise bedeutet allerdings nicht, dass alle einzelnen Arbeitsschritte insbesondere die Einteilung der konkreten Arbeiten und auch die Arbeitszeitvorgaben von dieser Person kommen.

Insgesamt ist damit festzuhalten, dass allein aufgrund der von den Kontrollorganen durchgeführten Erhebungen und der darauf aufbauenden Darstellung im Strafantrag kein Anhaltspunkt dafür gegeben ist, dass die beiden tschechischen Staatsangehörigen Arbeitnehmer der M s.r.o. gewesen sind und sich mittels privatrechtlichen Arbeitsvertrag an dieses Unternehmen gebunden haben.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

1. Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes i.d.F. BGBl. I Nr. 94/2014 lauten wie folgt:

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für Arbeitsverhältnisse, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen.

...

Ansprüche gegen ausländische Arbeitgeber/innen mit Sitz in einem EU- oder EWR-Mitgliedstaat

§ 7b. (1) Ein/e Arbeitnehmer/in, der/die von einem/einer Arbeitgeber/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt wird, hat unbeschadet des auf das Arbeitsverhältnis anzuwendenden Rechts für die Dauer der Entsendung zwingend Anspruch auf

1. zumindest jenes gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt, das am Arbeitsort vergleichbaren Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen von vergleichbaren Arbeitgebern/Arbeitgeberinnen gebührt (ausgenommen Beiträge nach § 6 BMSVG und Beiträge oder Prämien nach dem BPG);
2. bezahlten Urlaub nach § 2 Urlaubsgesetz, sofern das Urlaubsausmaß nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates geringer ist; nach Beendigung der Entsendung behält dieser/diese Arbeitnehmer/in den der Dauer der Entsendung entsprechenden aliquoten Teil der Differenz zwischen dem nach österreichischem Recht höheren Urlaubsanspruch und dem Urlaubsanspruch, der ihm/ihr nach den Rechtsvorschriften des Heimatstaates zusteht; ausgenommen von dieser Urlaubsregelung sind Arbeitnehmer/innen, für die die Urlaubsregelung des BUAG gilt;
3. die Einhaltung der kollektivvertraglich festgelegten Arbeitszeitregelungen;
4. die Bereithaltung der Aufzeichnung im Sinne der Richtlinie des Rates über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen (91/533/EWG) in Österreich durch den Arbeitgeber oder den mit der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers gegenüber den entsandten Arbeitnehmern Beauftragten.

Ein/e Beschäftiger/in mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraumes als Österreich gilt hinsichtlich der an ihn/sie überlassenen Arbeitskräfte, die zu einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, in Bezug auf die Abs. 3 bis 5 und 8, § 7d Abs. 1, § 7f Abs. 1 Z 3 sowie § 7i Abs. 1 und Abs. 4 Z 1 als Arbeitgeber/in. Sieht das nach Abs. 1 Z 1 anzuwendende Gesetz, der Kollektivvertrag oder die Verordnung Sonderzahlungen vor, hat der/die Arbeitgeber/in

diese dem/der Arbeitnehmer/in aliquot für die jeweilige Lohnzahlungsperiode zusätzlich zum laufenden Entgelt (Fälligkeit) zu leisten.

...

(3) Arbeitgeber/innen im Sinne des Abs. 1 haben die Beschäftigung von Arbeitnehmer/innen, die zur Erbringung einer Arbeitsleistung nach Österreich entsandt werden, spätestens eine Woche vor der jeweiligen Arbeitsaufnahme der Zentralen Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen zu melden und dem/der im Abs. 1 Z 4 bezeichneten Beauftragten, sofern nur ein/e Arbeitnehmer/in entsandt wird, diesem/dieser, die Meldung in Abschrift auszuhändigen oder in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen. Die Meldung hat ausschließlich automationsunterstützt über die elektronischen Formulare des Bundesministeriums für Finanzen zu erfolgen. In Katastrophenfällen, bei unaufschiebbaren Arbeiten und bei kurzfristig zu erledigenden Aufträgen ist die Meldung unverzüglich vor Arbeitsaufnahme zu erstatten. Die Zentrale Koordinationsstelle für die Kontrolle der illegalen Beschäftigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz und dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz des Bundesministeriums für Finanzen hat die Meldung an den zuständigen Krankenversicherungsträger (§§ 26 und 30 ASVG), und sofern es sich um Bautätigkeiten handelt, der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse elektronisch zu übermitteln.

...

(8) Wer als Arbeitgeber/in im Sinne des Abs. 1

1. die Meldung oder die Meldung über nachträgliche Änderungen bei den Angaben (Änderungsmeldung) entgegen Abs. 3 nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig erstattet

...

begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde für jede/n Arbeitnehmer/in mit Geldstrafe von 500 Euro bis 5 000 Euro, im Wiederholungsfall von 1 000 Euro bis 10 000 Euro zu bestrafen. Bei grenzüberschreitender Entsendung gilt die Verwaltungsübertretung als in dem Sprengel der Bezirksverwaltungsbehörde begangen, in dem der Arbeits(Einsatz)ort der nach Österreich entsandten Arbeitnehmer/innen liegt, bei wechselnden Arbeits(Einsatzorten) am Ort der Kontrolle."

2. Dem vorliegenden Strafantrag des Finanzamtes Linz ist zu entnehmen, dass am 18.04.2016 die tschechischen Staatsangehörigen K F und P F am Grenzübergang Wullowitz kontrolliert wurden. Im Personenblatt, welches die beiden tschechischen Staatsangehörigen bei der Kontrolle auszufüllen hatten, gaben sie an seit 2002 selbstständig zu sein. Im Zuge der Kontrolle stellte sich heraus, dass die beiden tschechischen Staatsangehörigen von der M s.r.o. damit beauftragt sind, Trockenbauarbeiten auf einer Baustelle auf der J in Linz durchzuführen. Von den beiden tschechischen Staatsangehörigen wurde im Zuge der Kontrolle die vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend am 27.01.2014 ausgestellte Mitteilung gemäß § 373a Abs. 5 Z 1 GewO 1994 vorgelegt. Gemäß dieser Mitteilung stehen einer vorübergehenden und gelegentlichen grenzüberschreitenden Ausübung der in der Tschechischen

Republik befugt ausgeübten Tätigkeit „Handwerk der Strukteure und Trockenausbauer, eingeschränkt auf Trockenausbauer“, keine gesetzlichen Hindernisse entgegen und besteht daher gegen die Erbringung dieser Dienstleistung in Österreich kein Einwand. Gemäß dem vorliegenden Auszug aus dem Dienstleistungsregister des Bundesministeriums für Wirtschaft, Jugend und Familie besteht die Gültigkeit dieser Dienstleistungsanzeige bis 21.12.2016. Zudem wiesen die beiden tschechischen Staatsangehörigen bei der Kontrolle das Sozialversicherungsdokument A1 vor, in welchem der ausstellende Sozialversicherungsträger die selbstständige Tätigkeit in Tschechien bestätigt.

Im Strafantrag wird sodann ohne dass diesbezüglich eine nähere Begründung enthalten ist, davon gesprochen, dass die beiden tschechischen Staatsangehörigen keine ZKO-Meldung für den Arbeitsort vorlegen oder elektronisch zugänglich machen konnten und daher ein Verstoß gegen das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz vorliegt.

Die aufgrund dieses Strafantrages von der belangten Behörde ergangene Aufforderung zur Rechtfertigung nützte der Bf zur Darstellung der Situation hinsichtlich des Arbeitseinsatzes der beiden tschechischen Staatsangehörigen. Tatsache ist, dass die M H GmbH mit dem Sitz in P die M s.r.o. mit dem Sitz in Tschechien mit der Durchführung von Trockenbauarbeiten beim Bauvorhaben „J Umbau WC-Anlagen“ in Linz beauftragt hat. Die M s.r.o. hat diesen Auftrag nicht selbst durchgeführt sondern diesen mittels Werkverträgen an die tschechischen Staatsangehörigen P F und K F, die – wie bereits erwähnt – seit 2002 in Tschechien selbstständig im Handwerk der Trockenbauer tätig, sind vergeben. Im Zuge der Kontrolle waren die beiden tschechischen Staatsangehörigen auf den Weg zur Baustelle. Aufgrund der Erhebungsergebnisse der Kontrollorgane des Finanzamtes Linz ergibt sich kein Hinweis darauf, dass die beiden tschechischen Staatsangehörigen mit Mitarbeitern der M s.r.o. zur Baustelle unterwegs gewesen sind bzw. im Arbeitsverbund mit diesen Mitarbeitern das mittels Werkvertrag beauftragte Vorhaben an der J in Linz ausgeführt hätten. Bei diesen Ermittlungsergebnissen ist daher nicht erkennbar, dass von der M s.r.o. die beiden tschechischen Gewerbetreibenden gleichsam arbeitnehmerähnlich eingesetzt worden wären. Vielmehr deuten die vorliegenden Unterlagen – eine Kontrolle der konkreten Baustelle erfolgte nicht – darauf hin, dass die beiden tschechischen Staatsangehörigen im Rahmen ihrer Befugnis, die in Tschechien besteht und diese aufgrund der Anzeige an das Bundesministerium für Wirtschaft, Jugend und Familie auch in Österreich ausüben dürfen, erbracht wurden.

Gemäß § 1 Abs. 1 AVRAG ist dieses Gesetz auf Arbeitsverhältnisse anzuwenden, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen. Auch die Formulierung in § 7i Abs. 3 AVRAG nimmt mit der Formulierung „wer als Arbeitgeber einen Arbeitnehmer beschäftigt“ darauf Bezug.

Im gegenständlichen Fall ist nunmehr festzuhalten, dass schon einzig und allein aufgrund der im Strafantrag dargestellten Kontrollsituation nicht zu erkennen ist, dass die beiden angetroffenen tschechischen Staatsangehörigen zur M s.r.o. in einem auf privatrechtlichen Vertrag beruhenden Arbeitsverhältnis stehen. Faktum ist, dass die beiden tschechischen Staatsangehörigen seit 2002 in Tschechien selbstständig tätig sind und dies durch Gewerbescheine bzw. auch Sozialversicherungsdokumente entsprechend nachgewiesen wurde. Insofern kann von einer persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der beiden tschechischen Staatsangehörigen zur M s.r.o. bei der gegebenen Sachlage nicht ausgegangen werden. Nochmals sei erwähnt, dass gegenteiliges im Strafantrag bzw. aus den Erhebungen der Finanzpolizei Linz auch nicht abzuleiten ist.

Selbst für den Fall, dass gegenständlich dem wirtschaftlichen Gehalt der Tätigkeit folgend die beiden tschechischen Staatsangehörigen arbeitnehmerähnlich von der M s.r.o. eingesetzt worden sind, ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu verweisen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22.06.2017, Ra 2017/11/0112 festhält, enthält das AVRAG zwar keine Legaldefinition des Begriffs „Arbeitnehmer“, definiert aber in § 1 leg. cit. den Geltungsbereich dieses Gesetzes mit „Arbeitsverhältnissen, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen“. Ob ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis vorliegt, ist daher nach § 1151 Abs. 1 ABGB zu bestimmen, „arbeitnehmerähnliche“ Personen sind von den hier maßgebenden Bestimmungen des AVRAG nicht erfasst (vgl. auch Binder, Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, 2. Auflage [2010], Rz 4 und 7 zu § 1).

Im genannten Erkenntnis führt der Verwaltungsgerichtshof weiter Folgendes aus:
„Dass eine arbeitnehmerähnliche Person nicht unter den Begriff des Arbeitnehmers zu subsumieren ist, ergibt sich nicht nur aus den unterschiedlichen Begrifflichkeiten, sondern etwa auch aus § 2 Abs. 2 lit. b AuslBG (der gesondert von der Beschäftigung in einem Arbeitsverhältnis eine solche in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis aufzählt; vgl. zum Begriff der Arbeitnehmerähnlichkeit aus vielen das hg. Erkenntnis vom 15. Februar 2013, Zl. 2010/09/0214) und aus dem nachstehend zitierten § 3 Abs. 4 Arbeitskräfteüberlassungsgesetz - AÜG (auf die Arbeitskräfteüberlassung nimmt § 7d AVRAG in seinem Abs. 2 Bezug), der einerseits den Arbeitnehmern die arbeitnehmerähnlichen Personen gegenüberstellt und andererseits betont, dass letztere gerade in keinem Arbeitsverhältnis stehen:
‚§ 3. ...
(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 unselbständig sind.‘
Vor diesem Hintergrund und dem im Strafrecht geltenden Analogieverbot (vgl. etwa die bei Lewisch/Fister/Weilguni, VStG (2013), referierte Rechtsprechung) scheidet daher die Bestrafung wegen der Nichtbereithaltung von Lohnunterlagen einer nach Österreich

entsendeten "arbeitnehmerähnlichen" Person (für letztere kommen Lohnunterlagen schon unter logischen Gesichtspunkten nicht in Betracht) gemäß § 7d Abs. 1 iVm § 7i Abs. 4 Z 1 AVRAG aus."

Zusammenfassend ist nochmals festzuhalten, dass auch für den Fall, dass die beiden tschechischen Staatsangehörigen arbeitnehmerähnlich von der M s.r.o. beschäftigt worden sind oder die vertragliche Regelung zwischen den beiden Staatsangehörigen und der M s.r.o. als freier Dienstvertrag zu werten wäre, bei der gegebenen dem Strafantrag zugrundeliegenden Sachlage keine Beweise für eine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit der beiden tschechischen Staatsangehörigen in Bezug auf die M s.r.o. vorliegen und damit auch kein auf privatrechtlichen Vertrag beruhendes Arbeitsverhältnis anzunehmen ist. Insgesamt bedeutet dies, dass auf den gegenständlichen Sachverhalt die Bestimmung des AVRAG keine Anwendung finden und der Bf – wie zutreffend im Beschwerdevorbringen ausgeführt – auch nicht verpflichtet gewesen ist eine Meldung an die Zentrale Koordinierungsstelle hinsichtlich der Entsendung von Arbeitskräften vorzunehmen.

Gegenständlich ist auch keine Arbeitskräfteüberlassung anzunehmen, zumal sich ein selbstständig Tätiger nicht selbst an eine andere Firma überlassen kann. Arbeitskräfteüberlassung findet zwischen zwei Unternehmungen statt und betrifft die jeweils mittels Arbeitsvertrag an die Unternehmen gebundenen Arbeitnehmer. Im gegenständlichen Fall ist daher Arbeitskräfteüberlassung nicht gegebenen.

Dem Bf kann daher die angelastete Verwaltungsübertretung nicht zum Vorwurf gemacht werden, weshalb den Beschwerdevorbringen zu folgen war, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen war.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bereits im Erkenntnis dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Würdigung vorliegender Beweismittel und wurde entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

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 außerordentlichen 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger