



## **IM NAMEN DER REPUBLIK!**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Lehofer und die Hofrätin Dr. Julcher als Richterinnen sowie den Hofrat Mag. Cede als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.<sup>a</sup> Sasshofer, über die Revision des B D in R, vertreten durch Dr. Roland Gabl, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Museumstraße 31a, gegen das am 21. Mai 2024 verkündete und am 21. Juni 2024 schriftlich ausgefertigte Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich LVwG-303481/39/BMa/Mu/TK, betreffend Bestrafung nach dem ASVG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Freistadt), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Entscheidungsgründe:**

- 1 Mit Straferkenntnis vom 18. April 2023 wurde über den Revisionswerber gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 ASVG eine Geldstrafe von € 2.180,-- verhängt, weil er es als zur Vertretung nach außen Berufener der A. GmbH zu verantworten habe, dass die genannte GmbH als Dienstgeberin den in der Krankenversicherung pflichtversicherten A.W. zumindest am 15. Februar 2023 beschäftigt habe, ohne ihn vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse zur Pflichtversicherung anzumelden.
- 2 Der Revisionswerber erhob gegen diesen Bescheid Beschwerde. Er bestritt, dass A.W. am 15. Februar 2023 bei der A. GmbH beschäftigt gewesen sei.
- 3 Das Landesverwaltungsgericht führte am 8. März 2024 und am 21. Mai 2024 eine mündliche Verhandlung durch. Im Rahmen des zweiten Verhandlungstermins beantragte der Rechtsvertreter des Revisionswerbers die zeugenschaftliche Befragung des A.W. zum Beweis dafür, dass dieser am 15. Februar 2023 nicht bei der A. GmbH beschäftigt gewesen sei. A.W. war zur Verhandlung geladen worden, aber nicht erschienen.



- 4 Das Landesverwaltungsgericht verkündete am 21. Mai 2024 nach Schluss der Verhandlung das angefochtene Erkenntnis, mit dem die Beschwerde als unbegründet abgewiesen wurde. Mit 21. Juni 2024 erfolgte die vom Revisionswerber beantragte schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses.
- 5 Das Landesverwaltungsgericht stellte fest, dass der Revisionswerber „Inhaber der Firma“ A. e.U. sei. Für dieses Unternehmen habe A.W. an zehn näher bezeichneten Tagen zwischen April 2022 und Februar 2023 „illegal gearbeitet“. Am 15. Februar 2023 habe er ein Regal montiert, wozu ihn der Revisionswerber aufgefordert habe. Die Bezahlung des A.W. sei einmal in der Woche durch den Revisionswerber erfolgt. Nach dem Arbeitsunfall des A.W. am 15. Februar 2023 sei vom Revisionswerber versucht worden, die illegale Beschäftigung durch Vortäuschen eines Fahrradunfalls zu vertuschen.
- 6 Beweiswürdigend stützte sich das Landesverwaltungsgericht insbesondere auf die Protokolle über die Hauptverhandlung des Landesgerichts Linz vom 26. Juli 2023 und vom 29. September 2023 sowie auf den beige-schafften Akt des gegen den Revisionswerber in Zusammenhang mit dem Unfall (u.a. wegen Unterlassung der Hilfeleistung gemäß § 95 StGB) geführten Strafverfahrens. Im genannten Strafverfahren habe A.W. nachvollziehbar seinen Arbeitstag am 15. Februar 2023 geschildert. Die Aussagen seien unter Wahrheitspflicht erfolgt, sodass sie auch „im Ergebnis der Verhandlung beim LVwG zugrunde gelegt“ werden hätten können, weil sie als verlesen gegolten hätten. Auf die nochmalige Befragung des Zeugen A.W. habe daher verzichtet werden können.
- 7 In rechtlicher Hinsicht folgerte das Landesverwaltungsgericht, dass die Firma des Revisionswerbers A. e.U. den A.W. als Arbeiter beschäftigt habe, ohne ihn vor Arbeitsantritt dem zuständigen Sozialversicherungsträger zur Pflichtversicherung gemeldet zu haben. A.W. sei an diesem Tag „Dienstnehmer des Bf [des Revisionswerbers]“ gewesen, sei er doch in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt von diesem beschäftigt worden. So habe der Revisionswerber den A.W. mit dem Montieren eines Regals beauftragt, und es sei beabsichtigt gewesen, ihn am Ende der Arbeitswoche entsprechend seinen Stundenaufzeichnungen zu entlohnen. Der Revisionswerber habe damit das Tatbild der vorgeworfenen



Verwaltungsübertretung erfüllt. Es treffe ihn auch ein Verschulden an der Begehung der Verwaltungsübertretung.

- 8 Zur Strafbemessung führte das Landesverwaltungsgericht aus, dass der Revisionswerber ein Einkommen von ca. € 2.000,-- netto pro Monat beziehe sowie für drei Kinder und „teilweise seine Gattin“ sorgepflichtig sei. Er habe den A.W. seit dem 20. April 2022, also über einen Zeitraum von ca. zehn Monaten, „immer wieder illegal beschäftigt“. Dieser lange Zeitraum sei als straferschwerend zu werten. Nach dem Arbeitsunfall habe der Revisionswerber versucht, die illegale Beschäftigung zu verschleiern, woraus sich ergebe, dass er vollkommen uneinsichtig hinsichtlich der Übertretung des ASVG gewesen sei, was als „besonders straferschwerend zu gewichten“ sei. Die Verhängung der Höchststrafe von € 2.180,-- sei daher angemessen.
- 9 Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG sprach das Landesverwaltungsgericht aus, dass die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.
- 10 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Revision.
- 11 Der Verwaltungsgerichtshof hat nach Durchführung des Vorverfahrens, in dem die belangte Behörde eine Revisionsbeantwortung erstattet hat, erwogen:
- 12 Der Revisionswerber macht unter dem Gesichtspunkt einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG geltend, dass das Landesverwaltungsgericht durch die Nichtdurchführung des beantragten Zeugenbeweises tragende Grundsätze des Verfahrensrechts missachtet habe. Im Fall der Einvernahme des Zeugen hätte sich ohne weiteres herausstellen können, dass A.W. am 15. Februar 2023 nicht bei der A. GmbH beschäftigt gewesen sei.
- 13 Bereits aus diesem Grund erweist sich die Revision als zulässig und berechtigt.
- 14 Gemäß § 46 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht im Verfahren über Beschwerden in Verwaltungsstrafsachen die zur Entscheidung der Rechtssache erforderlichen Beweise aufzunehmen. Wenn der Aufnahme eines unmittelbaren Beweises kein tatsächliches Hindernis entgegensteht, darf es sich nicht mit einem mittelbaren Beweis zufriedengeben. Die Unmittelbarkeit in Hinblick auf



die Aussage eines Zeugen verlangt damit dessen Einvernahme vor dem erkennenden Verwaltungsgericht (vgl. etwa VwGH 8.1.2024, Ra 2021/08/0070, mwN).

- 15 Des weiteren entspricht es der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass das Verwaltungsgericht die Einvernahme eines Zeugen nicht allein deshalb unterlassen darf, weil dieser trotz Ladung nicht erscheint. Vielmehr ist es Pflicht des Verwaltungsgerichts, einen allenfalls unwilligen Zeugen zum Erscheinen und zur Aussage zu zwingen (vgl. VwGH 18.11.2024, Ra 2023/12/0074, mwN).
- 16 Nach diesen Grundsätzen hätte sich das Landesverwaltungsgericht nicht damit begnügen dürfen, trotz des ausdrücklichen Antrags auf Einvernahme des Zeugen A.W. nur auf dessen Aussagen im gerichtlichen Strafverfahren zu verweisen. Die Verschaffung eines persönlichen Eindrucks durch das Landesverwaltungsgericht wäre umso mehr geboten gewesen, als der Rechtsvertreter des Revisionswerbers in der Verhandlung darauf hingewiesen hat, dass sich A.W. im gerichtlichen Strafverfahren in eine Vielzahl von Widersprüchen verstrickt habe und ihm das Strafgericht daher nicht den erforderlichen Glauben geschenkt sowie den Beschuldigten in allen Anklagepunkten freigesprochen habe.
- 17 Das angefochtene Erkenntnis ist aber auch mit einer vorrangig aufzugreifenden inhaltlichen Rechtswidrigkeit belastet.
- 18 Der Spruch, wonach der Revisionswerber gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 iVm § 33 Abs. 1 ASVG bestraft wurde, weil er es als zur Vertretung nach außen Berufener der A. GmbH zu verantworten habe, dass die genannte GmbH als Dienstgeberin den in der Krankenversicherung pflichtversicherten A.W. nicht vor Arbeitsantritt bei der Österreichischen Gesundheitskasse zur Pflichtversicherung angemeldet habe, war nämlich nicht von den im angefochtenen Erkenntnis getroffenen Feststellungen gedeckt.
- 19 Zum einen wurde - wie in der Revision auch geltend gemacht wird - nicht festgestellt, dass der Revisionswerber im Sinn des § 9 Abs. 1 VStG verantwortlicher Vertreter der A. GmbH war. Vielmehr scheint das



Landesverwaltungsgericht davon ausgegangen zu sein, dass der Revisionswerber selbst Dienstgeber des A.W. war. In der Aufrechterhaltung des Schuldspruchs des erstbehördlichen Straferkenntnisses mit der Maßgabe, dass dem Beschuldigten die Straftat nicht als Organ einer juristischen Person, sondern für seine Person zuzurechnen sei (oder umgekehrt), läge zwar weder eine Auswechslung oder eine Überschreitung der Sache des Beschwerdeverfahrens, noch ist die richtige und vollständige Angabe des die Verantwortlichkeit des Beschuldigten konstituierenden Merkmales für die Tauglichkeit einer Verfolgungshandlung von Belang (vgl. VwGH 4.6.2014, Ra 2023/11/0055, 0056, mwN). Das Verwaltungsgericht wäre dann aber verpflichtet, den Spruch entsprechend den Vorgaben des § 44a Z 1 VStG zu korrigieren (vgl. idS etwa VwGH 9.6.2022, Ra 2019/08/0178).

20 Zum anderen ist anzumerken, dass § 33 ASVG zwischen der Meldung krankenversicherter Personen im Abs. 1 und der Meldung bloß geringfügig Beschäftigter im Abs. 2 unterscheidet. Bestraft die Behörde (das Verwaltungsgericht) wegen Übertretung des § 33 Abs. 1 ASVG (Nichtmeldung krankenversicherter Personen), so ist in der Entscheidungsbegründung die Krankenversicherungspflicht der Beschäftigung, das heißt ein Entgeltanspruch, der die Geringfügigkeitsgrenze übersteigt, darzutun. Andernfalls kommt nur ein Schuldspruch nach § 33 Abs. 1 iVm Abs. 2 ASVG in Betracht (vgl. VwGH 25.3.2022, Ra 2020/08/0163, mwN). Im vorliegenden Fall hat das Landesverwaltungsgericht den Revisionswerber - in Bestätigung des Straferkenntnisses der belangten Behörde - wegen Übertretung des § 33 Abs. 1 ASVG bestraft, ohne einen die Geringfügigkeitsgrenze (§ 5 Abs. 2 ASVG) überschreitenden Entgeltanspruch konkret festzustellen.

21 Der Vollständigkeit halber ist noch darauf hinzuweisen, dass auch die Strafbemessung mit dem Höchstsatz gegenüber dem unbescholtenen, über ein durchschnittliches Einkommen und kein Vermögen verfügenden, gegenüber Familienangehörigen sorgepflichtigen Revisionswerber nicht ausreichend begründet ist, wenngleich der Versuch der Vertuschung - sollte dieser Vorwurf zutreffen - als Erschwerungsgrund herangezogen werden konnte. Soweit sich das Landesverwaltungsgericht aber darauf stützte, dass der Revisionswerber



den Dienstnehmer über einen Zeitraum von zehn Monaten „immer wieder illegal beschäftigt“ habe, wurde einerseits außer Acht gelassen, dass der gegenständlichen Bestrafung eine Beschäftigung an nur einem Tag zugrunde lag, sodass nicht von einem langen Tatzeitraum ausgegangen werden konnte, und blieb andererseits offen, inwieweit die Beschäftigung an den vom Landesverwaltungsgericht genannten zehn weiteren Tagen „illegal“ war.

22 Das angefochtene Erkenntnis war aus den oben genannten Gründen gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben.

23 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 5. Mai 2025