



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Posch sowie die Hofrätin Dr. Julcher und den Hofrat Mag. Cede als Richterin und Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Kittinger, LL.M., über die Revisionen 1. des D D und 2. der S GmbH, beide vertreten durch Mag. Peter Petz, Rechtsanwalt in Wien, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 9. September 2022, Zlen. 1. VGW-041/040/7893/2021-27 und 2. VGW-041/V/040/9828/2021, betreffend Bestrafung nach dem ASVG (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom 5. Mai 2021 wurde der Erstrevisionswerber als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der zweitrevisionswerbenden Gesellschaft einer Übertretung des § 111 ASVG für schuldig erkannt. Der Erstrevisionswerber habe es zu verantworten, dass es die zweitrevisionswerbende Gesellschaft unterlassen habe, den von ihr (als Dienstgeberin) ab 1. Dezember 2020 (8 Uhr) als Arbeiter beschäftigten SG vor Arbeitsantritt beim zuständigen Krankenversicherungsträger anzumelden. Er habe dadurch die Rechtsvorschriften des § 111 Abs. 1 Z 1 in Verbindung mit § 33 Abs. 1 ASVG verletzt. Über den Erstrevisionswerber wurde deswegen eine Geldstrafe in Höhe von € 730,- (und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Stunden) und ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von € 73,- verhängt. Des Weiteren wurde ausgesprochen, dass die zweitrevisionswerbende Gesellschaft für die Geldstrafe und die Verfahrenskosten sowie sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG hafte.





- 2 Der Erstrevisionswerber und die zweitrevisionswerbende Partei erhoben gegen dieses Straferkenntnis Beschwerde. In der Beschwerde stellten sie unter anderem den Antrag auf Einvernahme des Zeugen S, dies mit dem ausdrücklichen Zusatz „Dolmetsch benötigt“. Des weiteren beantragten sie die Einvernahme des Zeugen SG.
- 3 Am 1. April 2022 ging beim Verwaltungsgericht ein mit 31. März 2022 datiertes Ersuchen um Vertagung der für den 4. August 2022 anberaumten mündlichen Verhandlung ein, in dem die revisionswerbenden Parteien darauf hinwiesen, dass zum Verhandlungstermin „sowohl der Beschuldigte sowie der Zeuge SG als auch der einschreitende Rechtsanwalt urlaubsbedingt nicht anwesend“ seien. Das Verwaltungsgericht teilte am 8. April 2022 mit, dass es der Vertagungsbitte nicht nachkommen werde. Der Zeuge SG ersuchte das Verwaltungsgericht mit E-Mail vom 29. Juli 2022 um „Vertagung des Erscheinens vor Gericht“ und begründete dies zusammengefasst damit, dass er vor Erhalt der Ladung seine Reise nach Griechenland bezahlt habe und sich nun dort mit seiner Frau und zwei Kleinkindern aufhalte und es „wirklich unmöglich“ sei, „länger als 20 Stunden am Stück mit ihnen zu reisen“.
- 4 Das Verwaltungsgericht führte eine mündliche Verhandlung durch, in der es den Zeugen S einvernahm. Bei der Einvernahme bediente es sich des in der Verhandlung anwesenden Erstrevisionswerbers als Dolmetscher. Der Zeuge SG erschien nicht zur Verhandlung.
- 5 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht Wien die gegen das Straferkenntnis erhobenen Beschwerden des Erstrevisionswerbers und der zweitrevisionswerbenden Partei ab. Es verpflichtete den Erstrevisionswerber zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens und sprach aus, dass die zweitrevisionswerbende Partei auch für diesen hafte. Die Revision im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte das Verwaltungsgericht für nicht zulässig.
- 6 Das Verwaltungsgericht stellte zum Sachverhalt fest, dass bei einer Kontrolle der Finanzpolizei am 1. Dezember 2020 in einem Kleintransporter zwei Personen angetroffen worden seien, die für die Firma S GmbH gearbeitet



hätten. Einer der beiden, der Zeuge S, sei zur Sozialversicherung angemeldet gewesen. Der kroatische Staatsbürger SG sei als Fahrer für die Firma tätig und am Kontrolltag nicht zur Sozialversicherung durch die S GmbH angemeldet gewesen. SG habe den „bei der Firma angemeldeten“ S von einer Baustelle in N abgeholt, wobei er ihm beim Beladen des Fahrzeuges mit Material der Firma S GmbH geholfen habe. Die Tätigkeit des SG sei nicht unentgeltlich erfolgt. Es sei eine Anmeldung zur Sozialversicherung des SG durch einen anderen Dienstgeber vorgelegen. SG habe aber am Kontrolltag nicht für diesen gearbeitet. Der Erstrevisionswerber sei alleiniger Gesellschafter und handelsrechtlicher Geschäftsführer der S GmbH.

7 Im Rahmen seiner Beweiswürdigung führte das Verwaltungsgericht aus, dass sich diese Feststellungen auf die Angaben des SG stützten, die dieser anlässlich der Anhaltung durch die Finanzpolizei getätigt habe, unmittelbar nachdem er den S von der Baustelle abgeholt habe. In dem von SG eigenhändig ausgefüllten Personenblatt in kroatischer Sprache habe dieser ausgeführt, dass er für die S GmbH bzw. für D seit 1. Dezember 2020, 8:00 Uhr, arbeite. Als Tätigkeit habe er „Fahren und Material ausladen“ angegeben, als Entlohnung „10,00 bis 20,00 Euro“. Der Zeuge S habe bestätigt, dass ihm SG auf der Baustelle in N beim Materialeinladen geholfen und ihn und das Material nach W gebracht habe. Auf dieser Fahrt sei es zu der Kontrolle durch die Finanzpolizei gekommen. Der als Zeuge einvernommene Einsatzleiter der Finanzpolizei habe nachvollziehbar angeben können, wie Kontrollen der Finanzpolizei abliefen. In weiterer Folge begründete das Verwaltungsgericht näher, aus welchen Gründen es einzelne Aussagen für glaubhaft halte.

8 Den Verlauf der Einvernahme des Zeugen S im Zuge der mündlichen Verhandlung gab das Verwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis wie folgt wieder:

„Der Zeuge S gab über Befragen des Verhandlungsleiters an:

„Ich bin serbischer Staatsbürger und seit ca. 2 bis 3 Jahren in Österreich. Ich bin mit einer Kroatin verheiratet. Ich habe einen Aufenthaltstitel für EWR Angehörige. Für Herrn D habe ich vielleicht zwei oder drei Monate gearbeitet.“



Ich kann die Fragen zu Herrn SG nicht beantworten, weil ich sie nicht verstehe.

Wenn ich auf Übersetzung von Herrn D antworte, wie ich in das Auto von Herrn SG gekommen bin, gebe ich an: Ich habe Herrn SG in der J-Straße getroffen und hat er mich zur Baustelle in NÖ gefahren und hat mich dann wieder von der Baustelle wieder nach W mitgenommen. Er hat mich nur an diesem 1 Tag gefahren.'

Der Zeuge gab über Befragen des Vertreters des Beschwerdeführers an:

,Wenn ich nochmal gefragt werde, wie ich von W auf die Baustelle gekommen bin, gebe ich an: D hat mich auf die Baustelle gefahren. SG ist dann ein paar Stunden später auf die Baustelle gekommen und hat mich nach W in die J-Straße gefahren. SG war nicht auf der Baustelle. Er hat mich nur gefahren.'

Über Befragen des Verhandlungsleiters:

,Wir hatten im Auto eine Gasflasche und Material zum Isolieren. SG hat mir beim Einladen geholfen, weil das ist schwer. Ob er Geld bekommen hat, weiß ich nicht. Ich habe für die Firma D gearbeitet.'

Über Befragen des Vertreters des Beschwerdeführers:

,Ich weiß nicht, was SG mit den Polizisten gesprochen hat. Ich habe ein Formular ausgefüllt Ich weiß nicht, ob SG eine eigene Firma hat.'

- 9 Zur Abstandnahme von einer Einvernahme des Zeugen SG verwies das Verwaltungsgericht in der rechtlichen Beurteilung des angefochtenen Erkenntnisses darauf, dass dieser mitgeteilt habe, sich im Zeitpunkt der Verhandlung mit seiner Familie in Griechenland aufzuhalten, wofür er keine Beweismittel vorgelegt habe. Der Zeuge sei dem Gericht daher „nicht zur Verfügung“ gestanden. Das Verwaltungsgericht stützte sich auf eine von der Finanzpolizei anlässlich der Kontrolle aufgenommene Niederschrift über die Aussagen dieses Zeugen, die es in der mündlichen Verhandlung verlesen hat.
- 10 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.
- 11 Der Verwaltungsgerichtshof hat ein Vorverfahren durchgeführt, in dem der Magistrat der Stadt Wien einen als Revisionsbeantwortung bezeichneten Schriftsatz erstattet hat, in dem er vorbringt, er teile „nicht die Auffassung des Revisionswerbers“, auf die „rechtliche Ausführung“ des angefochtenen



Erkenntnisses verweist und die Abweisung der Revision sowie den Zuspruch von Aufwandsersatz beantragt.

12 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

13 Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt, ist Beweisanträgen grundsätzlich zu entsprechen, wenn die Beweisaufnahme im Interesse der Wahrheitsfindung notwendig erscheint. Zur Vermeidung einer antizipierenden Beweiswürdigung dürfen Beweisanträge vom Verwaltungsgericht, vor dem der Unmittelbarkeitsgrundsatz gilt (vgl. die §§ 46, 48 VwGVG), nur dann abgelehnt werden, wenn die Beweistatsachen als wahr unterstellt werden, es auf sie nicht ankommt oder ein Beweismittel - ohne unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung - an sich nicht geeignet ist, über den Gegenstand der Beweisaufnahme einen Beweis zu liefern und damit zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhalts beizutragen (vgl. VwGH 20.12.2021, Ra 2018/08/0013, mwN).

14 Nach dem - gemäß § 38 VwGVG in Verbindung mit § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren vor dem Verwaltungsgericht anzuwendenden - § 19 Abs. 3 AVG hat derjenige, der nicht durch Krankheit, Gebrechlichkeit oder sonstige begründete Hindernisse vom Erscheinen abgehalten ist, die Verpflichtung, der Ladung Folge zu leisten, und kann zur Erfüllung dieser Pflicht auch durch Zwangsstrafen verhalten oder vorgeführt werden (vgl. erneut VwGH 20.12.2021, Ra 2018/08/0013).

15 Nach § 46 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die zur Entscheidung der Rechtssache erforderlichen Beweise aufzunehmen. Nach § 46 Abs. 3 leg.cit. dürfen Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten oder von Zeugen nur unter den in den Ziffern 1 bis 4 dieser Bestimmung normierten Voraussetzungen verlesen werden. Nach der Z 1 des § 46 Abs. 3 VwGVG dürfen Niederschriften über die Vernehmung verlesen werden, wenn „die Vernommenen in der Zwischenzeit gestorben sind, ihr Aufenthalt unbekannt ist oder ihr persönliches Erscheinen wegen ihres Alters, wegen Krankheit oder Behinderung oder wegen entfernten Aufenthaltes oder aus anderen erheblichen Gründen nicht verlangt werden kann und ihnen, sofern es



sich um im Inland aufhältige Personen handelt, eine Teilnahme an der Verhandlung unter Verwendung technischer Einrichtungen zur Wort- und Bildübertragung nicht zumutbar ist“.

- 16 Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zu der durch BGBl. I Nr. 33/2013 aufgehobenen Bestimmung des § 51g Abs. 3 Z 1 VStG festgehalten, dass ein Zeuge im Ausland zwar in der Regel nicht zum persönlichen Erscheinen verhalten werden kann, der unabhängige Verwaltungssenat aber - etwa durch schriftliche Anfragen - Bemühungen anzustellen hat, mit dem Zeugen in Kontakt zu treten und ein Erscheinen oder zumindest eine schriftliche Stellungnahme von ihm zu erreichen. Diese Rechtsprechung ist angesichts des mit dieser Bestimmung wortgleichen § 46 Abs. 3 Z 1 VwGVG auch auf das Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten zu übertragen (VwGH 25.4.2019, Ra 2018/09/0212).
- 17 Im vorliegenden Fall ist nicht ersichtlich, dass es sich beim Zeugen SG um einen (dauerhaft) im Ausland aufhaltigen Zeugen gehandelt hätte. Dem Zeugen ist die Ladung bereits (an seine aktenkundige, im Inland befindliche Zustelladresse) im Inland zugestellt worden. Dem Verwaltungsgericht wurde im April 2022 von den revisionswerbenden Parteien ein für August beabsichtigter Auslandsaufenthalt dieses Zeugen mitgeteilt. Im Juli ging die auf diesen Auslandsaufenthalt Bezug nehmende „Vertagungsbitte“ des Zeugen ein. Die Einvernahme des Zeugen am Verhandlungstag scheiterte damit nicht etwa an der Unmöglichkeit der Zustellung der Ladung im Ausland oder einem dauerhaften Auslandsaufenthalt, sondern nur daran, dass dieser Zeuge sich zu diesem Zeitpunkt im Ausland auf Urlaub befand und die Ladung nicht befolgte. Ob die Nichtbefolgung der Ladung durch den Zeugen gerechtfertigt war, ließ das Verwaltungsgericht indes offen.
- 18 Dem Umstand, dass der vom Verwaltungsgericht zur Einvernahme geladene Zeuge unentschuldigt nicht erschienen ist, wäre allenfalls durch Zwangsmittel im Sinn des § 19 Abs. 3 AVG zu begegnen gewesen. Denn das Absehen von der Einvernahme eines Zeugen, bloß weil dieser nicht erschienen ist, nimmt weder auf die Erforderlichkeit noch die dauerhafte Unmöglichkeit der Beweisaufnahme konkret Bezug und ist daher einem begründungslosen





Hinwegsetzen über einen gestellten - und nicht von vornherein untauglichen - Beweisantrag gleichzuhalten, was sich als unzulässig erweist (vgl. VwGH 25.7.2024, Ra 2023/01/0318; sowie - zu einem lediglich vorübergehenden Auslandsaufenthalt - VwGH 14.9.2020, Ra 2019/17/0005, jeweils mwN).

19 Der beantragten Einvernahme dieses Zeugen konnte auch die Beweiserheblichkeit nicht abgesprochen werden.

20 Das angefochtene Erkenntnis war schon aus diesem Grund mit einem Verfahrensmangel behaftet, der zu seiner Aufhebung gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. c VwGG führt.

21 Ergänzend ist auf Folgendes hinzuweisen:

22 Nach dem auch im Verwaltungsstrafverfahren anzuwendenden § 39a Abs. 1 AVG ist dann, wenn eine Partei oder eine zu vernehmende Person der deutschen Sprache nicht hinreichend kundig ist, erforderlichenfalls der der Behörde beigegebene oder zur Verfügung stehende Dolmetscher (Amtdolmetscher) beizuziehen (dazu, dass Zeugen zum Kreis der „zu vernehmenden Personen“ zählen, s. VwGH 27.1.1988, 87/10/0203). Nichts anderes gilt für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht. Auch dieses trifft also die Verpflichtung, gegebenenfalls für die erforderliche Beiziehung eines Dolmetschers Sorge zu tragen (VwGH 23.11.2017, Ra 2016/11/0160).

23 Gemäß § 39a Abs. 1 letzter Satz AVG sind die §§ 52 Abs. 2 bis 4 und 53 AVG (Sachverständige) auch auf Dolmetscher und Übersetzer anzuwenden, zu denen auch die Regelungen über die Befangenheit und Ausgeschlossenheit (§ 53 Abs. 1 AVG) zählen (vgl. VwGH 4.2.2020, Ra 2020/14/0002).

24 Das Verwaltungsgericht hat entgegen dieser Bestimmung in der mündlichen Verhandlung den Erstrevisionswerber als Dolmetscher herangezogen, der angesichts seiner Stellung als an der Sache selbst Beteiligter im Sinn des





§ 7 Abs. 1 Z 1 AVG gemäß § 53 Abs. 1 AVG iVm. § 39a AVG als
Dolmetscher ausgeschlossen war.

W i e n , am 10. April 2026

