

Verwaltungsgerichtshof

Zl. 85/18/0137 (früher: 83/02/0548)

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Präsident Dr. Petrik und die Hofräte Dr. Pichler und Dr. Domittner als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Böhler, über die Beschwerde des A, vertreten durch B, Rechtsanwalt, gegen den Bescheid der Wiener Landesregierung vom 25. Oktober 1983, Zl. MA 70-XI/W 66/83/Str, betreffend Übertretung der Straßenverkehrsordnung 1960, zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Die Bundeshauptstadt (Land) Wien hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von S 9.570,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mit dem im Instanzenzug ergangenen Bescheid der Wiener Landesregierung vom 25. Oktober 1983 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, am 10. Jänner 1981 um 23.35 Uhr in Wien I, „Am Hof geg. 3“, versucht zu haben, ein dem Kennzeichen nach bestimmtes Moped in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand in Betrieb zu nehmen. Er habe dadurch eine Verwaltungsübertretung nach § 5 Abs. 1 StVO 1960 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 VStG 1950 begangen. Gemäß § 99 Abs. 1 lit. a StVO wurde über ihn eine Geldstrafe von S 5.000,--, im Uneinbringlichkeitsfalle eine Ersatzarreststrafe in der Dauer von einer Woche verhängt.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften erhobene Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen

Gemäß § 5 Abs. 1 StVO darf ein Fahrzeug weder lenken noch in Betrieb nehmen, wer sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befindet.

Nach § 8 Abs. 1 VStG 1950 unterliegt, soweit eine Verwaltungsvorschrift den Versuch einer Verwaltungsübertretung ausdrücklich für strafbar erklärt, der Strafe, wer vorsätzlich eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternimmt. Für den Bereich der StVO ist der Versuch gemäß § 99 Abs. 5 dieses Gesetzes für strafbar erklärt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt eine Inbetriebnahme eines Kraftfahrzeuges und daher das vollendete Delikt nach § 5 Abs. 1 StVO immer schon dann vor, wenn der Motor des Kraftfahrzeuges in Gang gesetzt wird. Dies bedeutet, daß auch derjenige, der nicht beabsichtigt, das Kraftfahrzeug zu lenken, mit dem Ingangsetzen des Motors den Tatbestand nach § 5 Abs. 1 StVO verwirklicht (vgl. dazu unter anderem das hg. Erkenntnis vom 8. September 1982, Zlen. 82/03/0200, 0201 und die dort zitierte Vorjudikatur). Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers - seine Beeinträchtigung durch Alkohol hat der Beschwerdeführer weder im Verwaltungsstrafverfahren bestritten noch hat er das Vorliegen dieses Tatbestandsmerkmals im verwaltungsgerichtlichen Verfahren in Abrede gestellt - ist es für den Begriff der Inbetriebnahme eines Kraftfahrzeuges nach der zitierten Gesetzesstelle auch nicht von Belang, ob die das Ingangsetzen des Motors nicht hindernde Lenkradsperre des Kraftfahrzeuges (hier des Motorfahrrades) eingerastet ist oder nicht.

Beizupflichten ist der belangten Behörde, daß das Treten der Pedale eines auf einem Ständer stehenden Motorfahrrades - welche Tätigkeit nach dem von der belangten Behörde eingeholten (und in dieser Hinsicht auch nicht vom Beschwerdeführer bestrittenen) technischen Sachverständigengutachten geeignet ist, den Motor eines Motorfahrrades (falls Benzin im Tank und der Benzinhahn geöffnet ist) in Gang zu setzen - als eine der Inbetriebnahme des Motorfahrrades unmittelbar vorangehende Handlung anzusehen ist. Das Treten der Pedale eines auf einem Ständer stehenden Motorfahrrades steht jedenfalls in einer solchen unmittelbaren sinnfälligen Beziehung zum Tatbild einer Verwaltungsübertretung nach § 5 Abs. 1 StVO und ist zeitlich so nahe an die Deliktsvollendung herangerückt, daß von einem Versuch der Tat gesprochen werden kann (vgl. dazu die Ausführungen von Leukauf-Steininger, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage, S. 202 ff.).

Allerdings stellt im Hinblick auf den vom VStG normierten formal-objektiven Versuchsbegriff der sogenannte „absolut untaugliche Versuch“ keinen strafbaren Versuch dar (vgl. dazu Walter-Mayer, Grundriß des Österreichischen Verwaltungsverfahrensrechtes, 4. Auflage, S. 274).

In diesem Sinne kommt dem Einwand des Beschwerdeführers, dem angefochtenen Bescheid seien keine Feststellungen in der Richtung zu entnehmen, ob das am Tatort abgestellte Motorfahrrad mit dem Hinterrad befestigt war, Berechtigung zu: Wesentlich für das Ingangsetzen des Motors eines Motorfahrrades kann es nämlich sein, daß sich das Hinterrad des auf dem Ständer stehenden Motorfahrrades bewegen läßt, weil nur dann die Pedal-bewegungen, die den Motor in Gang setzen, möglich sind.

Der Beschwerdeführer hat hiezu die Auffassung vertreten, daß bei der (von ihm behaupteten) Befestigung des Hinterrades der Versuch, das in Rede stehende Motorfahrrad in Betrieb zu nehmen, wegen absoluter Untauglichkeit straflos bleiben müsse.

Absolut untauglich ist ein Versuch, wenn die Vollendung der Tat unter keinen Umständen möglich war, es also wegen der Untauglichkeit des Subjektes, der Handlung oder des Objektes denkunmöglich ist, daß er zur Vollendung der Tat führen konnte (vgl. Hauer-Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens, 3. Auflage, 1987, S. 588 und Leukauf-Steininger, a.a.O., S. 210 ff.).

Wäre in der vorliegenden Beschwerdesache eine Inbetriebnahme des Motors durch Treten der Pedale infolge des Ankettens des Hinterrades überhaupt unmöglich gewesen, dann wäre der Tatbestand der versuchten Inbetriebnahme infolge eines untauglichen Objektes nicht vorgelegen. Es läge daher ein absolut untauglicher Versuch vor. Dagegen konnte entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers die eingerastete Lenkradsperre schon deshalb nicht zu einem untauglichen Versuch der Inbetriebnahme des Kraftfahrzeuges führen, weil die Lenkradsperre zwar das (freie) Lenken, nicht aber das Ingangsetzen des Motors hindern konnte.

Die belangte Behörde hat im Sinne der obigen Ausführungen den Sachverhalt insofern ergänzungsbedürftig gelassen, als sie keinerlei Feststellungen darüber getroffen hat, ob es infolge des seitens des Beschwerdeführers behaupteten Ankettens der Hinterräder überhaupt möglich war, den Motor des Motorfahrrades durch Treten der Pedale in Gang zu setzen. Die Behörde hat zu dieser Frage zwar Ermittlungen durchgeführt und den Meldungsleger einvernommen. Dieser hat in seiner zeugenschaftlichen Einvernahme vom 25. März 1982 hiezu ausgeführt, daß das Motorfahrrad „soweit ich mich erinnern kann, zu diesem Zeitpunkt (ergänze: des Einschreitens durch den Meldungsleger) keinesfalls irgendwie angehängt“ gewesen sei. Der Beschwerdeführer, der diesen Umstand im Verwaltungsverfahren ausdrücklich bestritten hat (siehe die Berufung vom 8. September 1981 und die Stellungnahmen vom 4. Mai 1982 und vom 16. Mai 1983), hat zum Beweise dafür, daß das Hinterrad an einem Lichtmast befestigt gewesen sei, die zeugenschaftliche Einvernahme des Eigentümers des in Rede stehenden Motorfahrrades beantragt. Die Bundespolizeidirektion Wien als beauftragte Behörde hat den Eigentümer zwar

geladen, diese Zeugenladung ist dem Eigentümer des Motorfahrrades wegen einer zwischenzeitlich erfolgten Änderung der Abgabestelle jedoch nicht zugegangen. Der Eigentümer des Motorfahrrades ist hierauf lediglich von einem Beamten der Bundespolizeidirektion Wien befragt worden, welcher sodann über das Ergebnis der (formlosen Befragung) einen schriftlichen Bericht erstattet hat. Zwar kommen gemäß § 46 AVG 1950 als Beweismittel grundsätzlich auch formlose Befragungen durch die erkennende Behörde oder - wie hier - durch die beauftragte Verwaltungsbehörde erster Instanz in Betracht. Liegen jedoch widersprechende Beweisergebnisse vor oder steht ein solcher Beweis mit der schlüssigen Gegendarstellung der Partei im Widerspruch und kommt daher der Beweiswürdigung besondere Bedeutung zu, ist es im Interesse der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht zulässig, sich mit der formlosen Befragung eines von einer Partei genannten Zeugen zu begnügen. Vielmehr ist die Behörde in einem solchen Fall gemäß § 39 Abs. 2 AVG 1950 - und im Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 25 Abs. 2 VStG 1950 - zu einer zeugenschaftlichen Vernehmung der betreffenden Person gehalten (vgl. dazu u.a. die hg. Erkenntnisse vom 31. Jänner 1986, Zl. 85/18/0351, vom 27. November 1987, Zl. 85/18/0167 und ebenfalls vom 27. November 1987, Zl. 85/18/0098). Die belangte Behörde hätte sich daher mit einer formlosen Befragung der vom Beschwerdeführer zum Beweis für seine Behauptung genannten Person nicht begnügen dürfen.

Zur Begründung des im angefochtenen Bescheid eingenommenen Standpunktes, daß der Beschwerdeführer die Inbetriebnahme des gegenständlichen Motorfahrrades versucht habe, hat sich die belangte Behörde auch auf das Gutachten der Magistratsabteilung 46 berufen. Dieses von der belangten Behörde eingeholte Gutachten vom 17. Dezember 1982 lautet u.a. wie folgt:

Das Sitzen auf dem Fahrzeug und gleichzeitiges Treten der Pedale kann als taugliches Mittel angesehen werden, den Motor in Betrieb zusetzen. Bei eingerasteter Lenkradsperre und wie vom Berufungswerber behauptet langgekettetem Vorderrad (s. S. 4 Rs.) bzw. Hinterrad (s. S. 18 und 30 Rs.) ist das Anlassen des Motors nicht ausreichend, um das Motorfahrrad in Betrieb zu nehmen.

Die Wertung dieses Sachverständigengutachtens ist der freien Beweiswürdigung der belangten Behörde unterlegen. Die Behörde ist jedoch im Hinblick auf die Vorschrift des § 39 Abs. 2 AVG 1950 und § 25 Abs. 2 VStG 1950 verpflichtet gewesen, das im Gegenstand erstattete Gutachten auf seine Schlüssigkeit zu überprüfen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Februar 1983, Zl. 82/05/0169). Im Gegensatz zur belangten Behörde vermag der Verwaltungsgerichtshof dieses Gutachten schon deshalb nicht als schlüssig zu erkennen, weil daraus nicht hervorgeht, ob es trotz des angeketteten Hinterrades überhaupt möglich gewesen ist, den Motor des Motorfahrrades in Gang zu setzen. Das von der MA 46 abgegebene Gutachten gibt somit zu einem wesentlichen Punkt keinen Aufschluß und ist daher (zur Frage des Vorliegens eines absolut untauglichen Versuches) als Beweismittel unbrauchbar. Die Behörde, die ein solches Gutachten ihrer Entscheidung zugrundelegt, wird ihrer Pflicht zur Erhebung und Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes nicht gerecht (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. Juli 1987, Zl. 87/02/0046).

Soweit die belangte Behörde ihren Bescheid auf die rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilung des Beschwerdeführers wegen des Versuches der unbefugten Gebrauchnahme eines Fahrzeuges nach den §§ 15 und 136 StGB stützt, ist ihr entgegenzuhalten, daß die Verwaltungsbehörden selbständig und unabhängig von Entscheidungen anderer Behörden, sofern nicht etwa die Bindung an ein rechtskräftiges verurteilendes strafgerichtliches Erkenntnis vorliegt, den maßgebenden Sachverhalt festzustellen und darzulegen haben, auf Grund welcher Beweismittel sie eine bestimmte Tatsache als erwiesen annehmen und welche Gedankengänge und Eindrücke maßgebend sind, daß sie ein Beweismittel dem anderen vorziehen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12. März 1986, Zl. 84/03/0251). Eine Bindung der belangten Behörde an das rechtskräftig verurteilende strafgerichtliche Urteil liegt aber schon deshalb nicht vor, weil sich dieses nur auf den vom Strafgericht festgestellten Sachverhalt und dessen Unterstellung unter eine bestimmte Norm des Strafrechtes bezieht. Ob in der

gegenständlichen Beschwerdesache das Tatbestandsmerkmal „in Betrieb nehmen“ (im Sinne des § 5 Abs. 1 StVO) angenommen werden darf, hat die Verwaltungsbehörde unabhängig von der gerichtlichen Wertung der - im übrigen von der gegenständlichen Verwaltungsübertretung völlig verschiedenen - gerichtlich zu ahndenden Straftat zu entscheiden.

Bezüglich des Vorbringens des Beschwerdeführers, es habe keine Benzinzufuhr zum Motor bestanden, genügt es darauf hinzuweisen, daß der Verwaltungsgerichtshof im Hinblick auf das sich aus § 41 VwGG 1965 ergebende Neuerungsverbot auf dieses Vorbringen nicht einzugehen hatte.

Die belangte Behörde hätte daher schon in Ansehung der Frage, ob ein absolut untauglicher Versuch (Unmöglichkeit der Inbetriebnahme des Motorfahrrades infolge des vom Beschwerdeführer behaupteten Ankettens des Hinterrades) vorgelegen ist, ein entsprechendes Ermittlungsverfahren im Sinne der §§ 39 Abs. 2 und 45 Abs. 2 AVG 1950 sowie des § 25 Abs. 2 VStG 1950 durchführen müssen.

Der Sachverhalt ist auf Grund der oben dargelegten Ausführungen in einem wesentlichen Punkt ergänzungsbedürftig geblieben und hat die belangte Behörde Verfahrensvorschriften außer acht gelassen, bei deren Einhaltung sie zu einem anderen Bescheid hätte kommen können, weshalb der Bescheid wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z. 3 lit. b und c VwGG aufgehoben werden mußte.

Von der Durchführung der vom Beschwerdeführer beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 3 VwGG abgesehen werden.

Soweit Entscheidungen zitiert wurden, die nicht in der Amtlichen Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes veröffentlicht worden sind, wird an Art. 14 Abs. 4 seiner Geschäftsordnung, BGBl. Nr. 45/1965, erinnert.

Der Ausspruch über den Aufwandsatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung des Bundeskanzlers BGBl. Nr. 243/1985.

W i e n , am 24. Februar 1988