



**IM NAMEN DER REPUBLIK!**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck sowie die Hofräte Mag. Dr. Köller und Dr. N. Bachler, die Hofrätin Mag. Dr. Maurer-Kober und den Hofrat Mag. Straßegger als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Friedwagner, über die Revision des M in W, vertreten durch Dr. Johann Postlmayr, Rechtsanwalt in 5230 Mattighofen, Stadtplatz 6, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 31. Oktober 2018, Zl. VGW-031/029/11129/2017/E-6, betreffend Übertretung der StVO (Behörde gemäß § 21 Abs. 1 Z 2 VwGG: Landespolizeidirektion Wien), zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Erkenntnis wird dahin abgeändert, dass der Beschwerde Folge gegeben und das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Revisionswerber gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG eingestellt wird.

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

**Entscheidungsgründe:**

- 1 Die belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht erkannte den Revisionswerber mit Straferkenntnis vom 19. September 2016 in dem hier nur mehr interessierenden Punkt 4. für schuldig, er habe am 19. Mai 2016 ein Fahrzeug in einem durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand gelenkt und dadurch § 99 Abs. 1b iVm § 5 Abs. 1 StVO übertreten, weshalb über ihn eine Geldstrafe in Höhe von € 800,-- (Ersatzfreiheitsstrafe sieben Tage) verhängt wurde.
- 2 Zur weiteren Vorgeschichte in diesem Verfahren wird auf das hg. Erkenntnis vom 28. Juli 2017, Ra 2017/02/0126, verwiesen, mit dem der dort erhobenen Revision Folge gegeben und das dort angefochtene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufgehoben wurde.





- 3 Mit dem nunmehr angefochtenen Erkenntnis hat das Verwaltungsgericht der Beschwerde des Revisionswerbers hinsichtlich Spruchpunkt 4. des Straferkenntnisses keine Folge gegeben.
- 4 In der Begründung ging das Verwaltungsgericht - soweit erschießbar - davon aus, dass der Revisionswerber in Annäherung an einen Kreuzungsbereich ein dort angehaltenes Moped mit derart geringer Geschwindigkeit angefahren habe, dass das Moped einige Meter nach vorne geschoben worden sei, wobei der Lenker zwar zu Sturz gekommen, aber nicht verletzt worden sei. Hinsichtlich der Fahrtüchtigkeit des Revisionswerbers ging das Verwaltungsgericht davon aus, dass auf Grund des im Blut festgestellten THC-Gehaltes von 1,7 mg/ml der Tatbestand des § 5 Abs. 1 StVO erfüllt sei. Ein strafgerichtliches Verfahren sei weder eingeleitet noch durchgeführt worden. Eine Tathandlung gemäß § 89 StGB liege nicht vor, zumal die Kontaktaufnahme der Fahrzeuge mit geringer Geschwindigkeit im Kreuzungsbereich nicht zwangsläufig eine Beeinträchtigung von Leib und Leben zur Folge habe. Die verzögerte Reaktion des Revisionswerbers sei ausschließlich auf die beim Revisionswerber diagnostizierte Hypoglykämie zurückzuführen gewesen. Der Strafausschließungsgrund gemäß § 99 Abs. 6 lit. c StVO liege nicht vor.
- 5 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Revision erkennbar wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes.
- 6 Die belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht hat sich am Revisionsverfahren nicht beteiligt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

- 7 Als zulässig erachtet der Revisionswerber die Revision, weil das Verwaltungsgericht gegen das Subsidiaritätsprinzip des § 22 Abs. 1 VStG bzw. gegen § 99 Abs. 6 lit. c StVO verstoßen habe, weil das ihm angelastete suchtmittelbeeinträchtigte Lenken eines Kraftfahrzeuges und der von ihm verschuldete Auffahrunfall, bei welchem ein Mopedlenker zu Sturz gekommen sei, das Vergehen des § 89 StGB verwirkliche. Es liege keine Verwaltungsübertretung nach § 99 Abs. 1b StVO vor.



8 Die Revision ist zulässig und aus dem genannten Grund auch berechtigt.

9 Die hier maßgebenden Bestimmungen der StVO lauten:

„§ 5 Abs. 1 1. Satz:

Wer sich in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet, darf ein Fahrzeug weder lenken noch in Betrieb nehmen.

§ 99 Abs. 1b:

Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe von 800 Euro bis 3700 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von einer bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt.

§ 99 Abs. 6 lit. c:

Eine Verwaltungsübertretung liegt nicht vor, wenn eine Tat nach diesem Bundesgesetz oder nach den §§ 37 und 37a FSG den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung verwirklicht.“

10 In § 22 Abs. 1 VStG heißt es:

„Soweit die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, ist eine Tat als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.“

11 Die hier maßgebenden Bestimmungen des StGB lauten:

„§ 89:

Wer vorsätzlich, grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) oder fahrlässig unter den in § 81 Abs. 2 umschriebenen Umständen, eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die körperliche Sicherheit eines anderen herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

§ 81 Abs. 2:

Ebenso [mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren] ist zu bestrafen, wer den Tod eines Menschen fahrlässig herbeiführt, nachdem er sich vor der Tat, wenn auch nur fahrlässig, durch Genuss von Alkohol oder den Gebrauch eines anderen berauschenden Mittels in einen die Zurechnungsfähigkeit nicht ausschließenden Rauschzustand versetzt hat, obwohl er vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können, dass ihm eine Tätigkeit bevorstehe, deren Vornahme in diesem Zustand eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder die körperliche Sicherheit eines anderen herbeizuführen oder zu vergrößern geeignet sei.“



- 12 Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 15.4.2016, Ra 2015/02/0226, das Verhältnis zwischen § 5 Abs. 1 iVm § 99 Abs. 1 lit. a StVO und § 81 Abs. 1 Z 2 StGB wie folgt beschrieben:

„Aus den Urteilen in den Fällen Gradinger und Franz Fischer wird deutlich, dass der Straftatbestand des § 5 Abs. 1 iVm § 99 Abs. 1 lit. a StVO 1960 nach Ansicht des EGMR zwar nur einen der Gesichtspunkte nach § 81 Abs. 1 Z 2 [nunmehr Abs. 2] StGB widerspiegelt, es sich bei diesem Teil aber um den wesentlichen Gesichtspunkt („aspect“) dieses Straftatbestandes handelt, sodass sich die Bestimmung des § 5 Abs. 1 iVm § 99 Abs. 1 lit. a StVO 1960 und die besonderen Umstände des § 81 Abs. 1 Z 2 StGB in ihren wesentlichen Elementen nicht unterscheiden. Dementsprechend schließt eine Verfolgung oder Bestrafung nach § 81 Abs. 1 Z 2 StGB eine neuerliche Beurteilung oder Bestrafung nach § 5 Abs. 1 iVm § 99 Abs. 1 lit. a StVO 1960 aus. Der Verwaltungsgerichtshof schließt sich diesem Ergebnis an. Die strafrechtliche Anklage gemäß § 88 Abs. 4 zweiter Fall (§ 81 Abs. 1 Z 2) StGB umfasst die Fakten der Verwaltungsstraftat des § 5 Abs. 1 iVm § 99 Abs. 1 lit. a StVO. Es kann auch nicht in Abrede gestellt werden, dass der Straftatbestand der Qualifikation nach § 88 Abs. 4 zweiter Fall (§ 81 Abs. 1 Z 2) StGB den Unrechts- und Schuldgehalt des § 5 Abs. 1 iVm § 99 Abs. 1 lit. a StVO 1960 vollständig erschöpft. Somit wäre eine verwaltungsstrafrechtliche Verfolgung bzw. Verurteilung nach rechtskräftig beendetem Strafverfahren eine Verletzung des Art. 4 7. ZPEMRK und damit unzulässig.“

- 13 Das Verhältnis zwischen § 5 Abs. 1 iVm § 99 Abs. 1b StVO und § 81 Abs. 1 Z 2 [nunmehr Abs. 2] StGB beurteilt der OGH folgendermaßen (22.8.2002, 15 Os 18/02):

„Bei tateinheitlichem Zusammentreffen von Lenken eines Kraftfahrzeuges in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand (§ 5 Abs 1 iVm § 99 Abs 1 lit b StVO) und der dadurch fahrlässig verschuldeten Tötung oder Körperverletzung (§ 81 Abs 1 Z 2 [nunmehr Abs. 2] oder § 88 Abs 1 und Abs 3 iVm § 81 [Abs. 1] Z 2 StGB) wird die Verwaltungsübertretung zufolge der in § 99 Abs 6 lit c StVO ausdrücklich statuierten Subsidiarität von der - somit nur scheinbar ideell konkurrierenden - strafbaren Handlung nach §§ 81 oder 88 StGB verdrängt, sodass gesetzmäßig nur wegen des gerichtlichen Tatbestandes verurteilt und bestraft werden darf. Das die Subsidiarität nicht beachtende Straferkenntnis der Verwaltungsbehörde ist kein wirkungsloser, die Gerichte deswegen nicht bindender Verwaltungsakt („absolut nichtig“), sondern wegen des doppelten Fehlerkalküls von § 68 Abs 4 lit a AVG, § 30 Abs 3 zweiter Satz VStG, zwar existent, jedoch vernichtbar (...).“



- 14 § 99 Abs. 1 lit. a StVO unterscheidet sich von der hier interessierenden Bestimmung des § 99 Abs. 1b StVO lediglich dadurch, dass letztere keine bestimmte Promillegrenze enthält und zusätzlich das Lenken in einem durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand verbietet. Das zitierte Judikat des VwGH ist daher im Sinne des Urteils des OGH vom 22.8.2002 uneingeschränkt auch auf das Verhältnis zwischen § 5 Abs. 1 iVm § 99 Abs. 1b StVO und § 81 Abs. 2 StGB übertragbar.
- 15 Anders als jeweils dort die qualifizierte fahrlässige Körperverletzung (§ 88 Abs. 4 StGB) kommt im konkreten Fall mangels Körperverletzung die Gefährdung der körperlichen Sicherheit (§ 89 StGB) in Betracht, mit der sich die Rechtsprechung - soweit überblickbar - in der vorliegenden Konstellation noch nicht auseinandergesetzt hat.
- 16 Nach der Rechtsprechung des OGH (17.2.2005, 15 Os 129/04) setzt die von § 89 StGB geforderte Gefährdung eine Situation voraus, die nicht bloß allgemein, sondern auch und gerade im besonderen Fall die Möglichkeit eines schädigenden Ereignisses für das Leben, die Gesundheit oder körperliche Sicherheit einer vom Täter verschiedenen Person besorgen lässt. Für das Gefahrenurteil, auf dem der Gefährdungsbegriff aufbaut, kommt es auf denjenigen Zeitpunkt an, in dem sich die betroffene Person im Wirkungsbereich des vorausgesetzten gefährlichen Verhaltens befindet. Eine konkrete Gefährdung ist grundsätzlich anzunehmen, wenn ein sachkundiger Beobachter, der zur Zeit des Ablaufs des zu beurteilenden Geschehens am Standort des Betroffenen postiert zu denken ist, eine Beeinträchtigung eben dieses Betroffenen an Leib oder Leben ernstlich für möglich hält. Ein außergewöhnlich hoher Wahrscheinlichkeitsgrad für den Eintritt des Gefährdungserfolgs ist dabei nicht erforderlich, sondern es genügt die ernst zu nehmende Möglichkeit der Beeinträchtigung.
- 17 Angesichts dieser Rechtsprechung und mit Blick auf den konkreten Sachverhalt erweist sich die Beurteilung des Verwaltungsgerichtes, das Verhalten des Revisionswerbers habe nicht zwangsläufig eine Beeinträchtigung von Leib und Leben zur Folge gehabt und es sei keine Gefährdung vorgelegen, als verfehlt. Nicht nur dass der Revisionswerber mit seinem Pkw das Moped des



Unfallgegners einige Meter weggeschoben und beschädigt hat, ist der Mopedlenker auch zu Sturz gekommen. Es bestand demnach eine ernst zu nehmende Möglichkeit einer Verletzung des Mopedlenkers. Der Revisionswerber hat folglich durch sein Verhalten eine Gefahr für dessen Gesundheit herbeigeführt, weshalb der Tatbestand des § 89 StGB als erfüllt anzusehen ist.

- 18 Bildet die Tat aber den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung, ist sie gemäß § 22 Abs. 1 VStG und nach § 99 Abs. 6 lit. c StVO als Verwaltungsübertretung nicht strafbar bzw. liegt keine Verwaltungsübertretung vor.
- 19 Nach der Rechtsprechung stellt § 22 Abs. 1 VStG ausschließlich auf die „Tat“ ab. Dass die Verwaltungsstrafnorm gegebenenfalls eine andere Schutzrichtung aufweist als die gerichtliche Strafnorm, ändert an der Subsidiarität nichts. § 22 Abs. 1 VStG stellt nur darauf ab, dass die Tat auch den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet; auf die tatsächliche Einleitung (oder gar den Abschluss) eines Strafverfahrens kommt es daher nicht an. Auch die Frage, ob der Beschuldigte die Tat verschuldet hat oder ein Entschuldigungsgrund in Betracht zu ziehen ist, ist für die Subsidiarität der Verwaltungsstrafdrohung nicht entscheidend (VwGH 22.11.2016, Ra 2016/03/0095).
- 20 Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.
- 21 Mangels Strafbarkeit als Verwaltungsübertretung liegt im Revisionsfall der angeführte Einstellungsgrund vor.
- 22 Gemäß § 42 Abs. 4 VwGG kann der Verwaltungsgerichtshof in der Sache selbst entscheiden, wenn sie entscheidungsreif ist und diese Entscheidung im Interesse der Einfachheit, Zweckmäßigkeit und Kostenersparnis liegt. Dies ist hier der Fall. Der Verwaltungsgerichtshof hat somit von dieser Möglichkeit



Gebrauch gemacht und der Revision gemäß § 42 Abs. 1 und 4 VwGG aus den dargelegten Gründen im aufgezeigten Sinn Folge gegeben.

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

W i e n , am 26. April 2019

