

Geschäftszeichen:

**LVwG-2021/22/1733-1**

Ort, Datum:

Innsbruck, 14.07.2021

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Triendl über die Beschwerde des AA, geb. XX.XX.XXXX, Adresse 1, \*\*\*\* Z, v.d. Rechtsanwalt BB, Y, gegen jenen Spruchpunkt des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Y vom 10.5.2021, \*\*\*, mit dem Euro 780 als Ersatz der Barauslagen für die Kosten der Gerichtsmedizin auferlegt wurden

### zu Recht:

1. Der Beschwerde wird **Folge** gegeben und jener Spruchpunkt des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Y vom 10.5.2021, \*\*\*, mit dem Euro 780 als Ersatz der Barauslagen für die Kosten der Gerichtsmedizin auferlegt wurden, **behoben**.
2. Die **ordentliche Revision** ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG **nicht zulässig**.

### Entscheidungsgründe

#### I. Verfahrensgang

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde dem Beschwerdeführer zur Last gelegt, er habe ein näher bezeichnetes Fahrzeug in einem durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand gelenkt und wurde über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 800 verhängt. In diesem Straferkenntnis wurde er ferner aufgefordert, Euro 80 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens sowie Euro 780 als Ersatz der Barauslagen für die Kosten der Gerichtsmedizin zu bezahlen.

Allein gegen letztere Vorschreibung richtet sich die vorliegende Beschwerde. Begründend wurde ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Überwälzung der Kosten auf den Beschuldigten nicht vorlägen.

## II. Rechtliche Grundlagen

Die hier maßgeblichen Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung 1960, BGBl 159 idF BGBl I 2020/161 (StVO) lauten wie folgt:

### *„§ 5a*

*(...)*

*(2) Ist bei einer Untersuchung nach § 5 Abs. 2, 4a, 5, 6 oder 8 Z 2 eine Alkoholbeeinträchtigung festgestellt worden, so sind die Kosten der Untersuchung vom Untersuchten zu tragen. Dasselbe gilt im Falle der Feststellung einer Suchtgiftbeeinträchtigung. Die Kosten der Untersuchung sind nach den Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes 1975, BGBl. Nr. 136, vorzuschreiben.*

*(...)“*

Weiters von Belang sind folgende Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz 1991, BGBl 51 (WV) idF BGBl I 2018/58 (AVG):

### *„§ 53a.*

*(1) Nichtamtliche Sachverständige haben für ihre Tätigkeit im Verfahren Anspruch auf Gebühren, die durch Verordnung der Bundesregierung in Pauschalbeträgen (nach Tarifen) festzusetzen sind. Soweit keine solchen Pauschalbeträge (Tarife) festgesetzt sind, sind auf den Umfang der Gebühr die §§ 24 bis 37, 43 bis 49 und 51 des Gebührenanspruchsgesetzes – GebAG, BGBl. Nr. 136/1975, sinngemäß anzuwenden. Die Gebühr ist gemäß § 38 des Gebührenanspruchsgesetzes 1975 bei der Behörde geltend zu machen, die den Sachverständigen herangezogen hat.*

*(2) Die Gebühr ist von der Behörde, die den Sachverständigen herangezogen hat, mit Bescheid zu bestimmen. Vor der Gebührenbestimmung kann der Sachverständige aufgefordert werden, sich über Umstände, die für die Gebührenberechnung bedeutsam sind, zu äußern und, unter Setzung einer bestimmten Frist, noch fehlende Bestätigungen vorzulegen. Die Gebührenbeträge sind auf volle 10 Cent aufzurunden.*

*(3) Die Gebühr ist dem nichtamtlichen Sachverständigen kostenfrei zu zahlen. Bestimmt die Behörde eine höhere Gebühr, als dem nichtamtlichen Sachverständigen gezahlt wurde, so ist der Mehrbetrag dem nichtamtlichen Sachverständigen kostenfrei nachzuzahlen. Bestimmt die Behörde eine niedrigere Gebühr oder übersteigt der dem nichtamtlichen Sachverständigen gezahlte Vorschuss die von ihr bestimmte Gebühr, so ist der nichtamtliche Sachverständige zur Rückzahlung des zu viel gezahlten Betrages zu verpflichten.*

### *§ 76.*

*(1) Erwachsen der Behörde bei einer Amtshandlung Barauslagen, so hat dafür, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch diese Auslagen von Amts wegen zu tragen sind, die Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Als Barauslagen gelten auch die Gebühren, die den Sachverständigen und Dolmetschern zustehen. Kosten, die der Behörde aus ihrer Verpflichtung nach § 17a erwachsen, sowie die einem Gehörlosendolmetscher zustehenden Gebühren gelten nicht als Barauslagen. Im Falle des § 52 Abs. 3 hat die Partei für die Gebühren, die den nichtamtlichen Sachverständigen zustehen, nur soweit aufzukommen, als sie den von ihr bestimmten Betrag nicht überschreiten.*

(...)"

Folgende Bestimmung des Verwaltungsstrafgesetz 1991, BGBl 52 (WV) idF BGBl I 2018/58 (VStG) ist ebenfalls maßgeblich:

*„§ 64.*

*(1) In jedem Straferkenntnis ist auszusprechen, daß der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.*

*(2) Dieser Beitrag ist für das Verfahren erster Instanz mit 10% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen; bei Freiheitsstrafen ist zur Berechnung der Kosten ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro anzurechnen. Der Kostenbeitrag fließt der Gebietskörperschaft zu, die den Aufwand der Behörde zu tragen hat.*

*(3) Sind im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens Barauslagen erwachsen (§ 76 AVG), so ist dem Bestraften der Ersatz dieser Auslagen aufzuerlegen, sofern sie nicht durch Verschulden einer anderen Person verursacht sind; der hienach zu ersetzende Betrag ist, wenn tunlich, im Erkenntnis (der Strafverfügung), sonst durch besonderen Bescheid ziffernmäßig festzusetzen. Dies gilt nicht für Gebühren, die dem Dolmetscher und Übersetzer zustehen, der dem Beschuldigten beigelegt wurde.*

(...)"

III. Erwägungen:

Die gegenständliche Beschwerde richtete sich allein gegen jenen Spruchpunkt des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Y vom 10.5.2021, \*\*\*, mit dem Euro 780 als Ersatz der Barauslagen für die Kosten der Gerichtsmedizin auferlegt wurden.

Sie ist aus folgenden Erwägungen berechtigt:

Zur Vorschreibung der Kosten des gerichtsmedizinischen Sachverständigen ist dem Akt der belangten Behörde folgendes zu entnehmen:

Ein Aktenvermerk „Blut bestellt“ vom 16.2.2021, ein Gutachten der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen CC vom 22.2.2021 (Gerichtsmedizin Y – GMI) ein Prüfbericht vom 22.2.2021 (GMI), eine „Gebührennote“ vom 22.2.2021 (GMI), eine Durchführungsbestätigung Vorgang \*\*\* Einzel-ZA, die Einräumung der Möglichkeit, in den Akt Einsicht zu nehmen, sowie schlussendlich die Überwälzung der Kosten im Straferkenntnis vom 10.5.2021.

Die Überwälzung der Kosten nichtamtlicher Sachverständiger auf einen Beschuldigten im Verwaltungsstrafverfahren ist ein mehrstufiger Prozess.

Zunächst stellt sich aus Sicht der Behörde stets die Frage, ob überhaupt ein nichtamtlicher Sachverständiger heranzuziehen ist, mithin also, ob es vonnöten ist, einen solchen Sachverständigen zu bestellen und aus welchem Fachgebiet dieser Sachverständige stammen muss. Diese Frage beantwortet das Gesetz selbst, sind doch Blutproben im Zusammenhang mit dem Verdacht, ein Fahrzeug in einem durch Suchtgifteinnahme beeinträchtigten Zustand

gemäß § 5 Abs 8 Z 2 StVO durch ein Institut für gerichtliche Medizin oder eine gleichwertige Einrichtung zu untersuchen.

Die Vorprüfung, ob für diesen Fall nicht Amtssachverständige (als „gleichwertige Einrichtungen“) zur Verfügung stehen, kann hier unterbleiben, ist es doch amtsbekannt, dass eine derartige Einrichtung beim Land Tirol nicht zur Verfügung steht. Sohin ist die Beiziehung der GMI grundsätzlich zu Recht erfolgt. Die Bestellung der Sachverständigen hätte an und für sich mit Bescheid erfolgen müssen. Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch diesen Verfahrensmangel nicht als so wesentlich angesehen, dass er zu einer Aufhebung des Bescheides führt. Auch das Fehlen der Beeidigung eines Sachverständigen bewirkt für sich allein nicht die Rechtswidrigkeit des Bescheides (vgl. dazu VwGH 24.10.2020, 2000/06/0087 mwH).

Als nächsten Schritt hätte die belangte Behörde einen entsprechenden Gutachtensauftrag formulieren müssen. Dies vor allem vor dem Hintergrund, um überprüfen zu können, ob sich der Gutachter an die Vorgaben der Behörde gehalten und im Hinblick auf die Gebühren nicht überschüssig gehandelt hat. Dazu ist dem Akt – wie erwähnt – lediglich ein Aktenvermerk des Inhaltes „Blut bestellt“ zu entnehmen. Das Landesverwaltungsgericht Tirol vertritt dazu im Kontext mit dem gesamten Akteninhalt, insb. auch mit der Einvernahme des Beschuldigten vom 15.2.2021, die Ansicht, dass dieser Vermerk wohl gerade noch als entsprechender Auftrag zu werten ist, wobei insofern Unklarheiten bestehen bleiben, als im Gutachten der GMI vom 22.2.2021 auch von einer Untersuchung der Harnprobe die Rede ist.

§ 5a StVO spricht nun unzweideutig davon, dass die Kosten der Untersuchung nach den Bestimmungen des Gebührenanspruchsgesetzes 1975, BGBl 136 (GebAG), vorzuschreiben sind. Dies setzt voraus, dass zunächst einmal der Sachverständige eine dem Gebührenanspruchsgesetz entsprechende Gebührennote vorlegt (zur Nachvollziehbarkeit einer Gebührennote siehe etwa VwGH 15.11.2001, 2000/07/0282). Dazu bestimmt § 38 Abs 1 GebAG (Hervorhebung durch den Gefertigten):

*„Der Sachverständige hat den Anspruch auf seine Gebühr binnen 14 Tagen nach Abschluß seiner Tätigkeit bei sonstigem Verlust schriftlich oder mündlich, unter Aufgliederung der einzelnen Gebührenbestandteile, bei dem Gericht, vor dem die Beweisaufnahme stattgefunden hat oder stattfinden sollte, geltend zu machen.“*

Davon kann bei der hier vorliegenden Gebührennote nicht ansatzweise die Rede sein. Es wird nämlich, unter Bezugnahme auf eine nicht näher genannte „Vereinbarung“ lediglich eine Pauschale von insgesamt Euro 780 in Rechnung gestellt. Vor diesem Hintergrund hätte die belangte Behörde die Sachverständige der GMI auffordern müssen, die Gebührennote – unter Androhung des Verlustes des Gebührenanspruches - entsprechend zu verbessern. Dies ist nicht erfolgt. Auch den notwendigen weiteren Verfahrensschritt hat die Behörde nicht gesetzt. Sie hätte nämlich diese Gebührennote zu prüfen und dann einen sog. „Bestimmungsbescheid“ nach § 53a Abs 2 AVG zu erlassen gehabt. Mit Erlassung eines Bestimmungsbescheides bringt die Behörde zum Ausdruck, welche Gebühren des Sachverständigen sie für rechtmäßig geltend gemacht anerkennt. Dabei ist hervorzuheben, dass dieser Bescheid allein das Verhältnis zwischen der Behörde und dem Sachverständigen betrifft. Aufgrund eines solchen Bescheides

hat die Behörde, die den Sachverständigen herangezogen hat, den Sachverständigen zu bezahlen und es erwachsen ihr damit iSd. § 76 Abs 1 AVG Barauslagen. Dem Beschuldigten, der für diese Barauslagen aufzukommen hat, kommt in diesem Verfahren keine Parteistellung zu. Er kann seine Rechte erst in einem Verfahren nach § 76 AVG geltend machen (vgl. zu alledem *Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens<sup>6</sup> (2004) § 53a, Rz 3. unter Hinweis auf weitere Literatur und die Judikatur des VwGH). Dieser Teil des Verfahrens endet mit der tatsächlichen Auszahlung der Gebühr an den Sachverständigen.

Eine Überwälzung der Sachverständigengebühr auf die Partei gem § 76 AVG kommt also erst dann in Betracht, wenn sie bescheidmäßig festgesetzt und tatsächlich bereits bezahlt wurde, weil sie erst damit der Behörde iSd § 76 Abs 1 erster Satz AVG „erwachsen“ ist. Die unmittelbare Verpflichtung der Partei, die gem § 76 AVG für Barauslagen aufzukommen hat, zur Begleichung der Sachverständigengebühr ist daher rechtswidrig (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 76 (Stand 1.4.2009, rdb.at) Rz 7 sowie *Hengstschläger/Leeb*, AVG § 53a (Stand 1.7.2005, rdb.at), Rz 15 mit zahlreichen Hinweisen auf die Judikatur des VwGH, siehe auch *Wagner-Reitinger/Bayer/Dworak*, Gebühren nichtamtlicher Sachverständiger im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 2017/63, 450f).

Hier zeigt sich die grobe Zweiteilung des Verfahrens zur Überwälzung der Kosten eine nichtamtlichen Sachverständigen an eine Partei: Der erste Teil des Verfahrens betrifft allein das Verhältnis zwischen Behörde und Sachverständigen und endet mit der Auszahlung der von der Behörde bestimmten Gebühr an den Sachverständigen. Daran anschließend beginnt der zweite Teil des Verfahrens mit der Wahrung des Parteiengehörs mit demjenigen, der aus Sicht der Behörde für die Bezahlung der Barauslagen in Frage kommt. Im gegenständlichen Fall ist das der Beschuldigte in einem Strafverfahren (siehe dazu § 64 Abs 3 VStG).

Die Einräumung des Parteiengehörs ist ein wesentlicher Verfahrensbestandteil, ermöglicht es doch der Partei, auf die die Kosten des Sachverständigen überwälzt werden sollen, erstmals dazu Stellung zu nehmen und allenfalls Einsprüche gegen die Gebührennote zu erheben (vgl. etwa VwGH 27.6.2002, 2002/07/0055). Hier zeigt sich auch die bereits oben angesprochene Bedeutung einer nachvollziehbar gegliederten Gebührennote. Denn nur in diesem Fall ist es der Partei möglich, qualifizierte Einwendungen dagegen zu erheben. Im gegenständlichen Fall ist nämlich nicht von vornherein nachvollziehbar, warum für eine Blutuntersuchung ein standardisierter Betrag von immerhin Euro 780 verrechnet wird.

Die bloße Gewährung von „Akteneinsicht“ (siehe Schreiben der belangten Behörde vom 19.4.2021) ist diesbezüglich irreführend, weiß der Betroffene eigentlich nicht, warum diese - nunmehr - gewährt wird und erachtet diese allenfalls als nicht erforderlich. Hier hätte dezidiert auf die Möglichkeit hingewiesen werden müssen, zur Bestimmung der Gebühr bzw. zur Gebührennote eine Stellungnahme abgeben zu können.

Zusammenfassend sind der Behörde schwerwiegende Verfahrensfehler unterlaufen: Sie hat die Gebührennote nicht ausreichend geprüft, keinen Bestimmungsbescheid erlassen und das Parteiengehör nur mangelhaft eingeräumt. Damit erweist sich jedoch die Überwälzung der Gebühren auf den Beschuldigten als rechtswidrig und war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### 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 bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die Zulässigkeit der ordentlichen Revision war daher auszuschließen.

### **R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g**

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 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 können.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Triendl

(Richter)