OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-601832/10/FP

Datum:
Linz, 21. Dezember 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von S M, geb. x, vertreten durch W, Dr W L W, B gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 9. Dezember 2016, GZ: BHVBVerk-2016-393079/8-Pl (VerkR96-14384-2016), wegen Übertretungen der StVO und des KFG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird, soweit sie sich auf Punkt 1 des bekämpften Straferkenntnisses bezieht, als unbegründet abgewiesen.
Soweit sie sich auf Punkt 2 des bekämpften Straferkenntnisses bezieht, wird der Beschwerde teilweise dahin Folge gegeben, dass die Ersatzfreiheitsstrafe auf 14 Stunden herabgesetzt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 320 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. In ihrem Straferkenntnis vom 9. Dezember 2017 warf die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) vor, (1) er habe sich nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ und von der Behörde hiezu ermächtigtes Organ der Straßenaufsicht zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort geweigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden habe können, dass der Bf ein Fahrzeug in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe.
(2) In einem zweiten Punkt warf die belangte Behörde dem Bf vor, ein Kind, welches jünger als 14 Jahre und kleiner als 150 cm ist, ohne eine geeignete, der Größe und dem Gewicht entsprechende Rückhalteeinrichtung befördert zu haben.

Die belangte Behörde verhängte im ersten Fall eine Geldstrafe iHv 1.600 Euro (14 Tage Ersatzfreiheitsstrafe), im zweiten 70 Euro (36 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) und sprach aus, dass der Bf 170 Euro an Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu zahlen habe.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 6. März 2017 rechtzeitig Beschwerde.

In dieser behauptet der Bf, auf das Wesentliche zusammengefasst, nach umfangreicher Schilderung seiner Sicht der Geschehnisse, ein rechts- und richtlinienwidriges Verhalten der einschreitenden Beamten und bringt vor, dass keine Verweigerung des Alkomattests vorlag. Der Bf untermauert sein Vorbringen mit der Erzählung, dass der Bf-Vertreter selbst als Landesbeamter im Verkehrsbereich tätig war. Er beschreibt die Untauglichkeit eines in den Siebzigerjahren verwendeten Blasrohrs in Kombination mit amtsärztlichen Tests (Gang auf dem Strich, Antippen der Nase). Angesichts des nunmehrigen Vorhandenseins der besser geeigneten Alkomaten wäre es nicht mehr erforderlich, Fahrzeuglenker in eine Verweigerung „hineinzutricksen“.
Der Bf sei so lange provoziert worden, bis er eine Unmutserklärung abgegeben habe, die dann in eine Verweigerung umgedeutet worden sei. Der Bf habe die Blasprobe nie verweigert, sondern mehrfach erklärt, er wäre dazu bereit gewesen. Die Amtshandlung sei hochgradig unkorrekt gewesen und die Durchführung der Amtshandlung vor dem kleinen Kind durch nichts zu rechtfertigen gewesen, ebenso wie die Verweigerung der Möglichkeit, das Kind bei Nacht und Kälte ins Haus zu bringen.
Im Übrigen stützte sich der Bf auf eine Verletzung der Richtlinie 2012/13/EU, die die Polizeibeamten beachten hätten müssen. Diese müsse angesichts der fehlenden Umsetzung ins österreichische Recht unmittelbar anwendbar sein.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 23. März 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

Am 28. November 2017 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in welcher der Bf und die beiden einschreitenden Polizeibeamten vernommen wurden und die Parteien Gelegenheit hatten, neuerlich ihre Standpunkte darzulegen. Der Bf-Vertreter legte ein Schreiben der Europäischen Kommission vor, aus welchem sich ergibt, dass die Vorprüfung im Hinblick auf ein offenbar vom Bf-Vertreter bei der Kommission anhängig gemachtes Verfahren in Bezug auf die Richtlinien 2010/64/EU und 2012/13/EU noch nicht abgeschlossen ist.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt und öffentliche mündliche Verhandlung. Zumal sich der Bf-Vertreter diesbezüglich gegen eine Verlesung aussprach, verwertet das Verwaltungsgericht die beiden Zeugenaussagen der einschreitenden Beamten vom 21. und vom 23. März 2017 vor der belangten Behörde (ON 16 und 17) nicht.

II.2. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Der Bf verbrachte den Abend des 22. Oktober 2016 bei Freunden in M, wo auch der Bf lebte. Seine Wohnung war etwa 500 m von der Wohnung der Freunde entfernt. Der Bf hatte seinen damals 6-jährigen Sohn, der kleiner als 150 cm war, bei den Freunden mit. Es wurde Alkohol konsumiert. Gegen Mitternacht verließen der Bf und sein Sohn die Freunde aus für das Verfahren unwesentlichen Gründen mit dem KFZ des Bf. Die Strecke bis zur Wohnung des Bf ist fußläufig in 3 – 5 Minuten bewältigbar. Der Bf entschloss sich mit dem PKW zu fahren und setzte seinen Sohn ohne Verwendung einer besonderen Rückhalteeinrichtung (Kindersitz) auf den Beifahrersitz. Der Kindersitz befand sich in der Wohnung des Bf. [Angaben Bf, gerichtsnotorische Tatsachen (Größe)]
Etwa zur gleichen Zeit fuhren die Polizeibeamten AI M S und RI T B in M Streife. Den beiden Beamten fiel der Bf auf, als er von der S in die H einbog und einen so großen Radius einhielt, dass er auf den Gegenfahrstreifen geriet. AI S hatte den Eindruck, dass der Bf nicht registrierte, dass er so weit herübergekommen war. AI S wendete das Polizeifahrzeug und folgte dem Bf bis zu seiner Wohnung (S). Der Bf wurde vor Ort von AI S mit dem vorherigen Fahrmanöver konfrontiert. Gegen 0.15 Uhr wurde eine Lenker- und Fahrzeug Kontrolle durchgeführt. RI B übernahm die Sicherung. AI S nahm beim Bf Alkoholgeruch wahr. Der Bf wurde zunächst zum Alkovortest aufgefordert, den er zu diesem Zeitpunkt nicht durchführen wollte und angab, er wolle zunächst seinen Sohn ins Bett bringen und stehe dann zur Verfügung. Der Bf wurde dann darauf hingewiesen, dass dies in dieser Weise nicht möglich sei. Er wurde weiters darauf hingewiesen, dass er zum Alkovortest nicht, zum Alkomattest aber verpflichtet sei. Zu diesem wurde er 2 – 3 Mal aufgefordert.

Der Bf gab jedoch an, zunächst seinen Sohn, der sich während der Amtshandlung ruhig verhielt, ins Bett bringen zu wollen und danach wieder zu kommen, um den Alkomattest durchzuführen. Es entstand eine Diskussion zur Frage, was zuerst vorzunehmen sein, das In-die-Wohnung-Bringen des Sohnes des Bf oder der Alkomattest. Der Bf verwendete dabei die Worte „Na, dann lass mas halt“. AI S beendete in der Folge gegen 0.24 Uhr die Amtshandlung und nahm dem Bf den Führerschein ab. [Angaben AI S, RI B, Bf; Anzeige]
AI S wurde am 29. November 1990 zur GZ: Sich20003/219/1990 zur Durchführung von Alkomattests ermächtigt [Anzeige].

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

Außer Frage steht, dass der Bf im Rahmen der vorliegenden Lenker- und Fahrzeug Kontrolle in einer Weise zum Alkomattest aufgefordert wurde, die für ihn verständlich war. Es ergibt sich dieser Umstand zwingend aus dem Vorbringen des Bf, das darauf abstellt, dass es sich beim Verhalten des Bf um keine Verweigerung des Alkotests gehandelt habe, darüber hinaus aus den Angaben des Zeugen AI S und jenen des Bf selbst, der behauptet immer zum Alkomattest bereit gewesen zu sein. Es steht auch unbestreitbar fest, dass dem Bf daran gelegen war, seinen Sohn so schnell als möglich ins Bett zu bringen. Dies ergibt sich aus den Angaben aller vernommenen Personen und dem Vorbringen des Bf in seiner Beschwerde. Die hier relevante Frage und der Streitpunkt ist, ob das Verhalten des Bf als Verweigerung des Alkotest zu werten ist. Diese Frage ist in Zusammenschau mit der Judikatur des VwGH zur Verweigerung (Siehe Punkt III.) zu klären.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Bf für sich die Ansicht vertritt, im Recht zu sein und diesen Umstand auch subjektiv glaubwürdig vertrat. Das Gericht hatte jedoch auch den Eindruck, dass der Bf in Einklang mit der Beschwerde doch eine sein eigenes Verhalten deutlich beschönigende Sichtweise einnahm und andere Umstände, insbesondere das Verhalten der Polizeibeamten übertrieben negativ darstellte. Es erscheint, dass der Bf am Tag des Geschehens eine äußerst niedrige Toleranzschwelle aufwies, wie dies auch aus seinen Eingaben bei der Behörde hervorgeht. Auch entstand der Eindruck, dass der Bf seine Freunde überhastet verlassen musste. Die vom Bf geschilderte Sichtweise, es habe sich um eine so kalte Nacht gehandelt, dass der Sohn des Bf unbedingt sofort in die Wohnung gebracht werden musste, erscheint dem Gericht übertrieben und dahingehend wenig nachvollziehbar, als die Türe des Autos, in dem das Kind saß, nach Angaben des Bf offen gelassen wurde. Bei besonderer Kälte hätte der Bf sie sicher geschlossen. Ebenso wenig erklärbar erscheint, dass dem Kind nicht einfach zusätzliche Kleidung angezogen wurde (diese muss vorhanden gewesen sein, wenn der Bub bei den Freunden bereits seinen Pyjama an hatte). Jedenfalls scheint

die Temperatur, wie auch AI S angab, nicht so niedrig gewesen zu sein, dass unmittelbarer Handlungsbedarf bestand (iSd § 6 VStG, siehe unten) und wäre es wohl durchaus vertretbar gewesen, den Buben noch die wenigen Minuten bis zur Bereitschaft des Alkomaten im Auto warten zu lassen. Es war dies zwar sicher keine angenehme Situation, jedoch war sie wohl auch nicht so dramatisch (der Zeuge beschrieb den Buben, wie die gesamte Situation, als ruhig), dass ein unmittelbares Handeln unbedingt erforderlich war. Schließlich handelte es sich nicht um ein Kleinkind sondern einen immerhin 6jährigen Buben.

Auch das Vorbringen in der Beschwerde und den zuvor erstatteten Eingaben, welches ein zu schnelles „Abkanzeln“ des Bf, ein Überrumpeln, behauptet, ist angesichts der Zeitangaben des Bf in der Verhandlung (5 – 10 Minuten) wenig glaubwürdig. Aus der Anzeige ergibt sich eine damit in Einklang zu bringende Dauer der Amtshandlung von 9 Minuten, was dafür spricht, dass tatsächlich eine längere Diskussion stattfand. Hätten die Beamten nach der ersten verbalen Weigerung, sogleich einen Alkotest vornehmen zu lassen, sofort mit der Annahme einer Verweigerung reagiert, wie dies vom Bf in den Raum gestellt wird, wäre die Amtshandlung binnen wesentlich kürzerer Zeit beendet gewesen. Auch der zeitliche Konnex spricht daher dafür, dass mit dem Bf länger diskutiert wurde.

Ohne gefragt zu werden, gab der Bf auch an, gefragt zu haben, ob ein Bluttest möglich sei. Diese Angabe ist wenig glaubwürdig und insofern interessant, als sie für den hier wesentlichen zeitlichen Zusammenhang vollkommen irrelevant ist (der Bf hätte seinen Sohn im Falle eines Bluttests erst recht nicht zu Bett bringen können), aber doch eine Spezialität im Führerscheinrecht beschreibt, als ein nach eigeninitiativ vorgenommener Bluttest im Entziehungsverfahren als Gegenbeweis dienen kann. Es stellt sich die Frage, wie der Bf in der ggst. angespannten Situation selbst auf diese Idee kommen sollte. Es passt diese Behauptung ins Bild, zumal schon in der Beschwerde versucht wird, das Handeln des Bf (schließlich hat er Alkohol konsumiert und seinen Sohn ohne Kindersitz in einem PKW befördert) als vollkommen unproblematisch, jenes der einschreitenden Beamten als in höchstem Maße rechtswidrig darzustellen. Ganz offenbar hat der Bf einen solchen Bluttest nicht nachgeliefert. Die Angaben des Bf wirkten hier vorbereitet und wenig glaubwürdig.

Das Gericht hatte demgegenüber den Eindruck, dass AI S die Vorgänge objektiv und den wahren Umständen entsprechend beschreiben konnte. Der Zeuge S erschien dem Gericht sehr glaubwürdig und wahrheitsverbunden. Gerade der Umstand, dass er die Vorkommnisse, was unwesentliche Nebenthemen betrifft, nicht mehr bis ins kleinste Detail wiedergeben konnte und auch ein paar Erinnerungslücken hatte, macht den Zeugen insb. unter Berücksichtigung der Umstände, dass die Amtshandlung schon etwa ein Jahr zurücklag, glaubwürdig, zumal dadurch angenommen werden kann, dass er sich nicht bis ins Detail vorbereitet hat. Dies gilt gleichermaßen für RI B, der unumwunden zugab, sich nicht an Details erinnern zu können, was angesichts seiner Funktion als Sicherungsbeamter durchaus nachvollziehbar ist. Dass der Zeuge Grundlagenwissen um die Situation (Alkotest, Hineinbringen des Buben) hat, liegt

auf der Hand. Hätten die Zeugen damals keine Skrupel gehabt, in einer Weise rechtswidrig vorzugehen, wie dies der Bf zu erkennen meint, hätten sie diese Skrupel wohl auch jetzt nicht gehabt und wären entsprechend vorbereitet zur Verhandlung erschienen. Der Zeuge AI S beschrieb die Amtshandlung als „ruhiges Unterfangen“ und konnte glaubwürdig angeben, dass der Bf letztlich darauf bestand, zunächst seinen Sohn ins Bett zu bringen um dann zum Alkotest zurückzukehren. Dies ergibt sich im Ergebnis auch aus dem gesamten Vorbringen des Bf selbst, in dem lediglich versucht wird das Verhalten des Bf in einem besseren Licht darzustellen und den einschreitenden Beamten ein zu schnelles Abkanzeln des Bf zu unterstellen. Nicht anders kann das kaum nachvollziehbare und verallgemeinernde Vorbringen (arg. „damals haben Polizeibeamte ständig versucht, Probanden in die Verweigerung des Blastests ‚hineinzutheatern‘ “) des Bf zur angeblichen Vorgehensweise der Polizei in den Siebzigerjahren interpretiert werden. Der Bf versucht hier ohne Bezug zum ggst. Fall, einen von ihm behaupteten und nicht bewiesenen allgemeinen Missstand, der vor fast 40 Jahren bestanden haben soll, aufzuzeigen und den einschreitenden Beamten im Wege einer weiteren Scheinbegründung ein unbelegtes Verhalten zu unterstellen, wenn er behauptet, dass eine vor bald 40 Jahren üblich, allgemeine Vorgehensweise heute angesichts des Vorhandenseins von Alkomaten, nicht mehr erforderlich sei. Der Bf unterstellt daher einen Sachverhalt, den er mit einer weiteren Unterstellung zu belegen versucht. Alleine der Umstand, dass der Bf vorliegend schon den Vortest, der nur wenige Sekunden in Anspruch genommen hätte, nicht durchführen wollte, spricht dafür, dass der Bf schlicht seinen Standpunkt vertreten und zunächst seinen Sohn zu Bett bringen wollte, um erst danach freiwillig zum Alkomattest zurückzukehren. Es mag dieser Wunsch aus der allgemeinen Sicht eines Vaters nachvollziehbar sein, jedoch war ihm ein Verlassen des Schauplatzes, wie in der rechtlichen Beurteilung darzustellen sein wird, vor dem Hintergrund der Judikatur des VwGH schlicht nicht erlaubt. Es widerspricht auch jeder Lebenserfahrung, dass ein erfahrener Beamter, wie der Zeuge S, den Bf in eine Verweigerung „hineintrickst“ (O-Ton Beschwerde) und sich dadurch ohne Not in die Gefahr disziplinarrechtlichen Verfolgung bringt. Auch die Behauptung des Hineintricksens in eine „Verweigerung“ zum Zwecke der Beweiserleichterung erscheint wenig schlüssig, als ein konkretes Alkomatergebnis ohne Zweifel einen wesentlich stichhältigeren Beweis liefert, als eine Anzeige wegen Verweigerung. Die Argumentationslinie des Bf wäre bei seiner Sicht der Dinge, wenn man also unterstellt, dass ein Polizeibeamter ein Interesse an einer zu Lasten des Betroffenen ausgehenden Amtshandlung hätte (was schon an sich wenig nachvollziehbar erscheint), nur dann schlüssig, wenn der Polizeibeamte vor dem Alkomattest schon weiß, dass dieser kein relevantes Ergebnis bringen würde. Das vom Bf vorgebrachte Argument spricht also eher gegen ihn. Dass der Zeuge AI S eine nach Angaben des Bf Ende der Siebzigerjahre übliche Vorgehensweise bis in die Jetztzeit „mitgeschleppt“ hat, scheint schon aufgrund des Alters des Zeugen kaum nachvollziehbar.

Auch spricht die Aussage des Bf selbst für eine Verweigerung, wenn er darstellt, er habe die Wendung „Na dann lass ma´s halt“ verwendet. Diese Aussage lässt, was ihren Sinngehalt betrifft, auf den Wunsch der Beendigung eines Dialogs schließen und konnte sich vorliegend entweder auf den Alkotest oder das Heimbringen seines Sohnes beziehen, wobei Zweiteres dem Gericht, angesichts der Umstände aber auch des Vorbringens des Bf in der Beschwerde (die Amtshandlung vor dem Sohn könne durch nichts gerechtfertigt werden), nicht logisch nachvollziehbar erscheint. Angesichts des Eindrucks, den insbesondere der Zeuge AI S bei Gericht hinterließ, der dem Gericht als besonnener, erfahrener Polizeibeamter erschien, traut das Gericht dem Zeugen ein derart willkürliches Verhalten, wie vom Bf vertreten, nicht zu. Die Angaben des Zeugen RI B waren wenig ergiebig, als er sich an die Umstände nur mehr fragmentarisch erinnern konnte.
Das Gericht ist im Ergebnis der Ansicht, dass die Priorität des Bf eindeutig auf dem Zu-Bett-Bringen seines Sohnes lag und er sich, wohl in Unkenntnis der rechtlichen Situation, im Recht fühlte. Er bestand darauf zunächst seinen Sohn ins Bett zu bringen und setzte er ein Verhalten, das den Alkotest zu jenem Zeitpunkt, den AI für diesen vorsah, also im Rahmen der ggst. Lenker- und Fahrzeugkontrolle, verunmöglichte, weil er darauf bestand, zunächst seinen Sohn ins Bett zu bringen.

Dass 6-Jährige üblicherweise kleiner als 150 cm sind, ist gerichtsbekannt. Gegenteiliges ist im Verfahren auch nicht hervorgekommen.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 5 Abs. 2 StVO 1960 sind die Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und von der Behörde hiezu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht berechtigt, jederzeit die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug lenken, in Betrieb nehmen oder zu lenken oder in Betrieb zu nehmen versuchen, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Sie sind außerdem berechtigt, die Atemluft von Personen, die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand
1. ein Fahrzeug gelenkt zu haben oder
2. als Fußgänger einen Verkehrsunfall verursacht zu haben,
auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

Gemäß § 106 Abs 5 Z 2 KFG hat der Lenker hat dafür zu sorgen, dass Kinder bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres, die kleiner als 150 cm sind, in Kraftwagen, ausgenommen Fahrzeuge der Klassen M2 und M3, nur befördert werden, wenn dabei geeignete, der Größe und dem Gewicht der Kinder entsprechende

Rückhalteeinrichtungen verwendet werden, welche die Gefahr von Körperverletzungen bei einem Unfall verringern.

III.2.1. Objektiver Tatbestand

III.2.1.1. Den beiden Polizeibeamten fiel der Bf auf, als er im Marktgemeindegebiet von Mondsee ein Kraftfahrzeug lenkte. Bei der späteren Lenker- und Fahrzeugkontrolle stellte AI S zudem Alkoholgeruch beim Bf fest. Es bestand insofern zum Zeitpunkt der Aufforderung zum Alkotest der begründete Verdacht, dass er am Tattag gegen 0.00 Uhr alkoholisiert einen PKW gelenkt hat. Der Bf wies typische Alkoholisierungssymptome (Alkoholgeruch) auf und wurde daher zu Recht zunächst zum Alkovortest, danach zum Alkomattest aufgefordert.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ist der Aufforderung des Wacheorgans, den Alkotest vorzunehmen, sofort zu entsprechen und jedes Verhalten, die die sofortige Vornahme des Alkotests verhindert, als Verweigerung der Atemluftprobe zu werten (VwGH 10. September 2004, 2001/02/0241).

„Der angehaltene Lenker muß sofort der Aufforderung des Wacheorgans, den Alkotest vorzunehmen, entsprechen, und jedes Verhalten, das die sofortige Vornahme des Alkotestes verhindert, sofern das Wacheorgan nicht hiezu seine Zustimmung erklärt hat, ist als Verweigerung der Atemluftprobe zu werten, auch wenn der Lenker vor diesem Verhalten wörtlich seine Zustimmung zur Vornahme des Alkotestes erklärt hat (Hinweis E 7.11.1977, 1201/77).“ (VwGH 20. März 2009, 2008/02/0142, ständige Judikatur)

Nach dem festgestellten Sachverhalt hat der Bf nach Aufforderung zum Alkotest gegenüber AI S dargelegt, er würde zunächst seinen Sohn zu Bett bringen. Es kam zu einer Diskussion, die einige Minuten in Anspruch nahm. Der Bf konnte von den Polizeibeamten nicht bewogen werden, zunächst den Alkomattest durchzuführen und danach seinen Sohn zu Bett zu bringen.
Damit hat der Bf in Einklang mit der zitierten ständigen Judikatur des VwGH den Alkotest verweigert, weil er nicht sofort, also ohne jegliche dazwischenstehende Handlung, der Aufforderung entsprochen hat. Es kommt in diesem Zusammenhang auch nicht darauf an, dass noch einige Minuten bis zur Bereitschaft des Messgerätes vergehen hätten müssen, weil die zugrundeliegende Regelung und die Judikatur des VwGH nicht nur die zeitliche Komponente im Blick hat, sondern insbesondere Handlungen vermeiden will, die ein Verhindern des Test, insbesondere auch im Hinblick auf ein verwertbares Messergebnis, zum Ergebnis haben können. Was die zeitliche Komponente anbetrifft, hat der VwGH etwa ausgesprochen, dass die Anordnung, am Ort der Anhaltung zu bleiben, bis in weniger als 10 Minuten ein Alkomat eintrifft, nicht als unzumutbar beurteilt werden könne und das Ende der Amtshandlung von den amtshandelnden Personen und nicht vom Betroffenen bestimmt würde (VwGH 24. April 2014, 2012/02/0134). Im vorliegenden Fall war der Alkomat schon vor Ort und waren nur noch wenige Minuten abzuwarten, bis dieser funktionsbereit war. Angesichts der Tatsache, dass

der Sohn des Bf bereits 6 Jahre alt war und sich ruhig verhielt, war ein kurzes Zuwarten nicht unzumutbar.
Der einschreitende Beamte hat dem Bf zu Recht, das Verlassen des Anhaltortes und das Betreten seiner Wohnung verweigert, zumal der Bf ansonsten Handlungen setzen hätte können, die ihm bis zur Vornahme des Test untersagt sind (zB. Essen, Trinken, Rauchen, Kaugummi, usw.)

Der Bf hat daher damit, dass er der Aufforderung zum Alkotest nicht sogleich Folge geleistet hat, sondern zunächst seinen Sohn zu Bett bringen wollte, den objektiven Tatbestand des § 5 Abs 2 StVO erfüllt.

III.2.1.2. Der Bf entschloss sich am fraglichen Abend, die kurze Strecke von Freunden bis zu seiner Wohnung, mit dem eigenen PKW zu fahren und setzte dabei seinen Sohn ohne Verwendung einer besonderen Rückhalteeinrichtung (Kindersitz) auf den Beifahrersitz, da sich der Kindersitz in der Wohnung des Bf befand.
Der Bf hat somit seinen 6jährigen Sohn ohne Kindersitz in seinem KFZ befördert hat. Er hat damit der Vorschrift des § 106 Abs 5 Z 2 KFG zuwidergehandelt und ihren objektiven Tatbestand erfüllt.

III.3. Subjektive Vorwerfbarkeit

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

§ 5 Abs. 1 S 2 VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft“ (*Lewisch* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 5).

Zur Entkräftung der gesetzlichen Vermutung seines fahrlässigen Handelns hätte der Bf im Sinne der stRsp des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen gehabt, was für seine Entlastung spricht.

Wenn sich aus dem festgestellten Sachverhalt und dem Vorbringen des Bf zur subjektiven Tatseite nicht ergibt, dass er zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt subjektiv nicht in der Lage oder ihm diese nicht zumutbar war, wird die Strafbarkeit nicht gehindert.

Was nun das Verweigerungsdelikt betrifft, ist das Vorbringen letztendlich dahin zu bewerten, dass der Bf davon ausgeht, das Wohl seines Sohnes sei im vorliegenden Fall höher zu bewerten gewesen, als die Vornahme des Alkotest. Der Bf mach demnach im Ergebnis einen entschuldigenden Notstand geltend, der dann anzunehmen ist, wenn jemand eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um einen unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden, und der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den sie abwenden soll, und in der Lage des Täters von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anderes Verhalten zu erwarten war (so genannte Unzumutbarkeit, siehe § 10 Abs. 1 StGB). Es ist hier letztlich auf eine psychologische Wertung abzustellen. Vom Notstandstäter als einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kann demnach kein anderes Verhalten zu erwarten sein, was etwa anzunehmen ist, wenn sich der Täter in einer Zwangslage befindet, die eine existenzielle Bedrohung oder sonstigen besonderen Motivationsdruck erzeugt und die - ohne die strafbare Handlung - zu überwinden besondere Widerstandskraft oder "ausnahmsweisen Heroismus" erfordern würde (siehe dazu etwa *Kucsko-Stadlmayer*, Das Disziplinarrecht der Beamten[3], 38 f; bzw VwGH 3. April 2008, 2006/09/0002)

Eine solche Drucksituation war im vorliegenden Fall bei Weitem nicht gegeben. Tatsächlich handelte es sich insgesamt um eine für den Bf und auch seinen Sohn unangenehme Situation, jedoch war für den Sohn des Bf zu keiner Zeit irgendeine (schon gar nicht existentielle) Gefahr gegeben. Der Bub verhielt sich im Wesentlichen ruhig und es ging darum, einige Minuten zuzuwarten, um die Betriebsbereitschaft des Alkomaten abzuwarten.

Der Bf hat sich im Übrigen selbst in diese Situation gebracht. Wenn man schon davon ausgeht, dass der Bf die wenigen hundert Meter zu seiner Wohnung (nach eigenen Angaben 3 – 5 Minuten) nicht zu Fuß, seinen Sohn tragend, zurücklegen konnte, nachdem er seinen Sohn bekleidet hat, wird man wohl von ihm verlangen können, dass er, wenn er nicht sicher sein kann, nicht zuviel getrunken zu haben, ein Taxi zu nehmen und/oder zumindest die wenigen Minuten Gehzeit in Kauf zu nehmen, um den Kindersitz zu holen. Angesichts der Nähe zu seinem Wohnort hatte der Bf also, was die Fahrt ohne Kindersitz betrifft, genug Möglichkeiten ein rechtmäßiges Alternativverhalten zu setzten.

Für die Verweigerung des Alkotests bestand kein Anlass, weil keine Notstandssituation iSd § 6 VStG, die eine schwere unmittelbare Gefahr für den Sohn des Bf gewärtigte, vorlag. Die Beweislast in Hinsicht auf das Bestehen eines Notstandes trifft im Übrigen den Bf (VwGH 25. Juni 2008; 2007/02/0251 mit Hinweis VwGH 30. Juni 1993, 93/02/0066). Einen diesbezüglichen Beweis hat der Bf jedoch nicht erbracht.

III.4. Zum Vorbringen im Hinblick auf die Richtlinie 2012/13/EU vom 22. Mai 2012:

In seiner jüngst ergangenen Entscheidung Ra 2016/02/0267 vom 4. April 2017 (gleicher Rechtsvertreter) hat der VwGH in Bezug auf einen vergleichbaren Sachverhalt seine Rechtsprechung ausführlich zusammengefasst.

Der Bf ist in diesem Zusammenhang zunächst darauf hinzuweisen, dass Straßenaufsichtsorgane gemäß ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht verpflichtet sind, im Zuge der von ihnen durchgeführten Amtshandlungen rechtliche Aufklärungen zu geben (vgl. VwGH vom 5. November 1997, 97/03/0104, mwH), also insbesondere nicht über die Folgen einer Verweigerung (was vorliegend ohnehin geschehen zu sein scheint), aufklären zu müssen, weil der Bf diese als geprüfter KFZ-Lenker kennen muss.

Was die Anwendbarkeit der genannten Richtlinie betrifft, führt der Verwaltungsgerichtshof wie folgt aus:

„Soweit die Revisionswerberin ihren Ausführungen in der Zulassungsbegründung zufolge aus dieser Richtlinie abzuleiten vermeint, sie habe das Recht, "bei der Beanstandung ordnungsgemäß über die Möglichkeit belehrt (zu werden), einen Verteidiger beizuziehen oder eine Alkomatmessung durch eine Blutprobe zu widerlegen", übersieht sie, dass sich aus dem Text der Richtlinie (vgl. etwa Art. 2 zum Anwendungsbereich) gerade nicht ergibt, dass sich ihr Anwendungsbereich auf polizeiliche Amtshandlungen wie im vorliegenden Fall, die noch vor Einleitung eines behördlichen Strafverfahrens gesetzt werden, erstreckt. [...]“

Dieser Umstand ergibt sich im Übrigen schon ausdrücklich aus dem Wortlaut der Richtlinie selbst, die – abgesehen von ihrem Art. 2 – auch schon in den Erwägungsgründen unter Punkt 17 von einer „Behörde“ spricht, sohin das Einschreiten von Exekutivbeamten, die Mitglieder eines Wachkörpers sind, schon an sich nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst ist.

III.5. Zur Strafhöhe

III.5.1. Die Bemessung der Strafe erfolgt im Verwaltungsstrafverfahren innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens. Innerhalb dieses Rahmens hat die Behörde Ermessen. Die Behörde muss ihre Strafbemessung nachvollziehbar begründen, also Erwägungen darstellen, um der Partei und den Gerichten die Nachprüfung zu ermöglichen (vgl. VwGH 17. Oktober 2008, 2005/12/0102).
Bei der Strafbemessung sind objektive Kriterien (Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat; Abs 1) und subjektive Kriterien (Erschwerungs- und Milderungsgründe, Einkommens- und Vermögensverhältnisse, allfällige Sorgepflichten; Abs 2) zu berücksichtigen. (vgl. *Weilguni*, in Lewisch/Pfister/Weilguni, VStG § 19, RZ 1-3, rdb.at).

III.5.2. Gemäß § 99 Abs.1 lit. b StVO 1960 beträgt der Strafrahmen für Übertretungen nach § 5 Abs 2 StVO 1.600 Euro bis 5.900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit Freiheitsstrafe von 2 – 6 Wochen.

Die Verwaltungsbehörde hat vorliegend die Mindeststrafe verhängt, weshalb ein weiteres Eingehen auf die Strafzumessungsgründe unterbleiben kann.

Eine Anwendung des § 20 VStG kommt nicht in Betracht, zumal mit Ausnahme der Unbescholtenheit des Bf kein anderer Strafmilderungsgrund vorliegt, also ein beträchtliches Überwiegen von Milderungsgründen nicht festgestellt werden kann. Das von der belangten Behörde angenommene Geständnis lag zumindest in Bezug auf das Verweigerungsdelikt nicht vor. Nach der Judikatur des VwGH kann von einem als Milderungsgrund zu wertenden reumütigen Geständnis nur dann gesprochen werden, wenn der Beschuldigte das Vorhandensein sämtlicher Tatbestands-merkmale zugegeben hat, also sowohl in Ansehung der objektiven wie der subjektiven Tatseite uneingeschränkt geständig ist (VwGH 26. Februar 2009, 2009/09/0031). Das bloße Zugeben des Tatsächlichen ist hingegen nicht schon als ein solcher mildernder Umstand zu werten (VwGH 23. Februar 2017, Ro 2015/09/0013 mit Hinweis E vom 20. Juni 2011, 2011/09/0023). Der Bf hat vorliegend von Beginn an die Schuld von sich und auf die einschreitenden Beamten geschoben, sodass der belangten Behörde mit ihrer Ansicht nicht gefolgt werden kann. Angesichts der Bedeutung des geschützten Rechtsgutes kommt auch keine Ermahnung in Betracht.

Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde korrekt bemessen.

III.5.3. Was das Delikt nach dem KFG betrifft, ist das geschützte Rechtsgut jenes der Sicherheit im Straßenverkehr, hier insbesondere der Schutz der Gesundheit und des Lebens von Kindern. Dieses Rechtsgut ist als besonders bedeutend einzustufen.

Im Straßenverkehr ereignen sich alljährlich unzählige Verkehrsunfälle mit teils dramatischen Folgen. Es hat sich gezeigt, dass Rückhalteeinrichtungen im Fahrzeug von besonderer Bedeutung sind und Personen durch diese wirksam vor Verletzungen und Tod geschützt werden können. Von großer Bedeutung ist die Anpassung von Rückhaltevorrichtungen auf die Größe der beförderten Personen und sind für Kinder, die naturgemäß von kleinerer Statur als Erwachsene sind, besondere Maßnahmen erforderlich, um sie vom Durchrutschen unter Sicherheitsgurten udgl. zu schützen.

Dem Bf mag zugute zu halten sein, dass er bloß eine kurze Strecke zu einer Zeit zurückgelegt hat, zu der wenig Verkehr herrscht. Es ist der Bf jedoch darauf hinzuweisen, dass zu jeder Zeit mit einem Verkehrsunfall gerechnet werden muss. Es liegt dies aber nicht nur in der Hand des Bf, sondern kann auch ein durch Dritte

oder höhere Gewalt (zB Steinschlag, Wildwechsel etc.) verschuldeter oder verursachter Unfall zu unabsehbaren Folgen für das beförderte Kind führen. Im Falle eines Unfalles, etwa durch das Auffahren von Hinten oder von der Seite, wäre der Sohn des Bf besonders gefährdet gewesen, dies zum Preis von einer „Zeitersparnis“ von ein paar Minuten, in denen der Bf den Kindersitz aus seiner fußläufig erreichbaren Wohnung hätte holen können. Gerade vor diesem Hintergrund ist das Verschulden des Bf als nicht nur gering einzustufen.
Der leichtfertige Umgang des Bf mit der Sicherheit seines Kindes, nach dem Motto „Es wird schon nichts passieren“ ist als durchaus verwerflich anzusehen.

Auch vor dem Hintergrund der Unbescholtenheit des Bf und seiner derzeit schlechten finanziellen Lage schätzt das Gericht die Strafe von 70 Euro angesichts der möglichen Höchststrafe als nicht überhöht ein, hat die Behörde doch eine Strafe von gerade 1,4 % der Höchststrafe verhängt.
Die belangte Behörde hat die Strafe somit im untersten Bereich des Strafrahmens angesetzt. Insofern ist diese ohnedies als milde zu bezeichnen.

Es besteht insofern keinerlei Anlass, die verhängten Strafen weiter zu reduzieren.

Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde von der belangten Behörde jedoch zu hoch bemessen. § 134 Abs 1 KFG sieht bei einer Höchststrafe von 5.000 Euro eine Ersatzfreiheitsstrafe von höchstens 6 Wochen, also 1008 Stunden vor. Es ergibt sich bei einer Geldstrafe von 70 Euro eine Ersatzfreiheitsstrafe von 14 Stunden. Die Ersatzfreiheitsstrafe war demnach zu reduzieren.

Ein Vorgehen nach § 45 Abs 1 Z 4 VStG (Ermahnung) kam angesichts des erheblichen Schuldgehalts und der Bedeutung des verletzten Rechtsguts nicht in Betracht.

III.6. Kosten

Die Kosten für das Beschwerdeverfahren in § 52 VwGVG (20% der verhängten Strafe) begründet. Die beiden Spruchpunkte sind getrennt voneinander zu betrachten (VwGH 31. August 2016, 2013/17/0811). Was Punkt 1 des Straferkenntnisses betrifft, ist der Bf vollends unterlegen, sodass ihm als Kosten 20% der Strafe aufzuerlegen waren (320,- Euro).
Im Punkt 2 ist der Bf teilweise durchgedrungen, sodass hier keine Kosten aufzuerlegen waren.

IV. 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. Der

vorliegende Fall war vorwiegend im Wege der Beweiswürdigung zu lösen und ist demgemäß nicht verallgemeinerungsfähig. Im Übrigen hat das Verwaltungsgericht die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ausführlich zitiert und ist in seiner rechtlichen Beurteilung nicht davon abgewichen. Weder weicht daher die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu derartigen Übertretungen ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro 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 kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl