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-700269/2/ER

Datum: Linz, 11. Dezember 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des F Z, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. J Z, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 6. April 2017, GZ: BHVBKKM-2016-426552/12-JM, wegen einer Übertretung nach dem Wehrpflichtgesetz

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als im Spruch die Bezeichnungen „*1.*“ und „*2.*“ sowie die erste Wortfolge „*Sie haben Ihre Mitwirkungspflicht verletzt, indem Sie es unterlassen haben, sich fristgerecht der Untersuchung zu unterzeihen und das Ergebnis der Stellungskommission Oberösterreich mitzuteilen, indem Sie sich erst am 22.07.2016 untersuchen lassen haben.*“ entfallen und die Strafe für den nunmehr einzigen Verstoß auf 100,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 24 Stunden) herabgesetzt wird.

Ansonsten wird die Beschwerde abgewiesen und das Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten, der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens wird auf 10,-- Euro reduziert.

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. Mit Straferkenntnis vom 6. April 2017, BHVBKKM-2016-426552/12-JM, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von zwei Mal 100,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: je 24 Stunden) da er als Wehrpflichtiger die Stellungspflicht gemäß § 18 Wehrgesetz 2001 verletzt habe, indem er an den für die Feststellung der Eignung zum Wehrdienst erforderlichen ärztlichen und psychologischen Untersuchungen nicht mitgewirkt habe. Der Bf sei
1. am 4.3.2016 zur fachärztlichen Untersuchung an die nephrologische Ambulanz des Klinikums W überwiesen und aufgefordert worden, sich bis 18.4.2016 untersuchen zu lassen;
2. nochmals am 10.6.2016 zur fachärztlichen Untersuchung an die nephrologische Ambulanz des Klinikums W überwiesen und aufgefordert worden, sich bis 18.7.2016 untersuchen zu lassen.
Zu diesen beiden Punkten wurde ihm jeweils vorgeworfen, er habe seine Mitwirkungspflicht verletzt, indem er es unterlassen habe, sich fristgerecht der Untersuchung zu unterziehen und das Ergebnis der Stellungskommission mitzuteilen, indem er sich erst am 22.7.2016 untersuchen lassen habe.
Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die Stellungskommission eine Übertretung nach dem Wehrgesetz durch den Bf zur Anzeige gebracht habe. Der Bf sei mit Schreiben vom 4.3.2016 aufgefordert worden, bis 18.4.2016 einen Termin in der nephrologischen Ambulanz des Klinikums W zu vereinbaren. Dieses Schreiben sei dem Bf durch Hinterlegung zugestellt worden. Mit Schreiben vom 10.6.2016 sei der Bf erneut aufgefordert worden, sich einen Termin – und zwar bis 18.7.2016 – auszumachen. Auch dieses Schreiben sei dem Bf durch Hinterlegung zugestellt worden. Die Untersuchung sei tatsächlich erst am 22.7.2016 durchgeführt worden.
In Erfüllung seiner Stellungspflicht hätte der Bf sich bis 18.4.2016 der erforderlichen Untersuchung unterziehen müssen. Er habe aber von der Stellungskommission erneut aufgefordert werden müssen, dieser zweiten Aufforderung sei der Bf erst verspätet nachgekommen. Eine telefonische Anfrage beim Klinikum W habe ergeben, dass eine Untersuchung binnen vier bis 5 Wochen vorgenommen werden könnte, der Bf hätte demnach bereits den ersten Termin einhalten können.
Trotz Berücksichtigung der Unbescholtenheit und des geringen Einkommens des Bf sei die festgesetzte Strafe aus general- und spezialpräventiven Gründen erforderlich.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Bf, in der dieser beantragt, das Strafverfahren einzustellen; in Hinblick darauf, dass aufgrund der Qualifizierung als vorübergehend untauglich und infolge eines Irrtums die Tat folgenlos geblieben sei und unter Berücksichtigung seiner

Einkommens- und Vermögensverhältnisse eine Ermahnung zu erteilen; in eventu wegen eines einzigen Verstoßes eine Verwaltungsstrafe zu verhängen.
Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, dass er den zweiten Termin lediglich um vier Tage überschritten habe. Außerdem sei er mittlerweile als vorübergehend untauglich qualifiziert worden, womit de facto eine Verletzung der Stellungspflicht nicht mehr gegeben sein könne.
Ferner sei dem Bf der Verstoß gegen die Stellungspflicht zweifach vorgeworfen worden, wovon nicht einmal das Militärkommando ausgehe. Wenn überhaupt sei dem Bf nur ein einfacher Verstoß vorzuwerfen, die Verhängung von zwei Geldstrafen sei nicht gerechtfertigt.
Außerdem sei der Bf irrig davon ausgegangen, dass sein Befund vom Klinikum W direkt an die Stellungskommission geschickt worden sei. Wenn dies tatsächlich geschehen wäre, wäre der Befund dort bereits Ende Juli/Anfang August eingelangt und die Stellungskommission hätte wohl keine Anzeige mehr gemacht.

I.3. Mit Schreiben vom 9. Mai 2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Zumal keine 500,-- Euro übersteigende Strafe verhängt wurde und keine Partei die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt hat, konnte gemäß § 44 Abs 3 Z 3 VwGVG davon abgesehen werden.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde.

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Der Bf wurde am 20.10.2014 der Stellung unterzogen. Aufgrund einer Unregelmäßigkeit im Harnbefund wurde er an einen Facharzt überwiesen, ein Beschluss der Stellungskommission konnte nicht erfolgen. Die Befunde vom April 2015 ergaben die Notwendigkeit weiterer fachärztlicher Untersuchungen, weshalb der Bf – von dem bis 4.3.2016 keine Reaktion erfolgte – mit Schreiben der Stellungskommission vom 4.3.2016 gemahnt und nochmals aufgefordert wurde, sich der fachärztlichen Untersuchung – und zwar bis 18.4.2016 – zu unterziehen. Da bis 10.6.2016 erneut keine Reaktion erfolgte, wurde der Bf erneut gemahnt, sich der fachärztlichen Untersuchung – diesmal bis 18.7. 2016 – zu unterziehen.
Mit Schreiben vom 8.11.2016 zeigte die Stellungskommission den Bf wegen des Verdachts auf Verletzung der Stellungspflicht unter Wiedergabe dieses Sachverhalts an.
Am 22.7.2016 unterzog sich der Bf der geforderten fachärztlichen Untersuchung, leitete den Befund aber nicht an die Stellungskommission weiter. Nach verspäteter Übersendung des Befunds wurde der Bf mit Beschluss der Stellungskommission vom 22.3.2017 bis August 2017 vorübergehend als untauglich beurteilt.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich völlig widerspruchsfrei und unbestritten aus dem vorgelegten Verwaltungsakt.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 17 Abs 2 erster Satz Wehrgesetz - WehrG, BGBl. I Nr. 146/2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 181/2013, haben die Stellungskommissionen die Eignung der Personen nach Abs 1 zum Wehrdienst auf Grund der ärztlichen und psychologischen Untersuchungen mit einem der folgenden Beschlüsse festzustellen: „Tauglich“ oder „Vorübergehend untauglich“ oder „Untauglich“.

Gemäß § 18 Abs 1 WehrG sind Wehrpflichtige, sofern nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, verpflichtet, sich der Stellung bei der Stellungskommission zu unterziehen. In der Aufforderung zur Stellung sind der Zeitpunkt des Beginnes, die Dauer und der Ort der Stellung bekannt zu geben. Die Gesamtdauer der Stellung darf einschließlich der zur An- und Rückreise notwendigen Zeit vier Tage nicht überschreiten. Auskünfte, die der Vorbereitung der Stellung dienen, können schon vor deren Beginn von den Stellungspflichtigen eingeholt werden.

Gemäß Abs 1a Z 2 par.cit. umfasst die Stellungspflicht die Mitwirkung an den für die Feststellung der Eignung zum Wehrdienst erforderlichen ärztlichen und psychologischen Untersuchungen.

Gemäß § 49 Abs 1 WehrG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist hiefür mit Geldstrafe bis zu 7.000,-- Euro zu bestrafen, wer der Stellungspflicht nach § 18 Abs 1 nicht nachkommt.

III.2.1. § 49 Abs 1 WehrG verweist auf § 18 Abs 1 leg.cit, der regelt, dass sich Wehrpflichtige der Stellung zu unterziehen haben. Wie sich aus § 17 Abs 2 WehrG ergibt, dient die Stellung dazu, die Eignung der Wehrpflichtigen zum Wehrdienst mittels eines Beschlusses festzustellen. Gemäß § 18 Abs 1a Z 2 WehrG haben Wehrpflichtige an den erforderlichen Untersuchungen, die im Rahmen der Stellung notwendig sind, mitzuwirken.

Aus § 17 Abs 2 WehrG ergibt sich, dass eine Beschlussfassung aufgrund ärztlicher und psychologischer Gutachten erfolgt, an der der Wehrpflichtige mitwirken muss. Aus dem Zusammenhang dieser Bestimmungen ergibt sich, dass pro Stellung eine Beschlussfassung erfolgt und, um diese Beschlussfassung zu ermöglichen, die erforderlichen Untersuchungen durchzuführen sind, an denen der Wehrpflichtige mitzuwirken hat.
Durch das Setzen einer Frist zur Absolvierung einer ärztlichen Untersuchung mittels formlosem Aufforderungsschreiben wird keine zeitlich begrenzte Pflicht

begründet, sondern die Pflicht zur Mitwirkung an der ärztlichen Untersuchung ergibt sich unmittelbar aus § 18 Abs 1 iVm Abs 1a Z 2 WehrG. Mit anderen Worten: Wenn eine derartige Frist ungenützt verstreicht, beginnt keine neuerliche Verpflichtung, sondern die auf § 18 Abs 1 iVm Abs 1a Z 2 WehrG basierende Pflicht besteht weiter, da sich auch die neuerliche Aufforderung auf die ursprüngliche Stellung gemäß § 18 Abs 1 WehrG bezieht und die ärztliche Untersuchung der Fassung des ursprünglich erforderlichen Beschlusses gemäß § 17 Abs 2 WehrG dient.
Aus § 18 Abs 1 und Abs 1a Z 2 WehrG ergibt sich demnach kein Hinweis darauf, dass durch die Nichtbeachtung von mehreren formlosen Aufforderungen der Stellungskommission, binnen einer bestimmten Frist einen Termin für eine – für die Beschlussfassung gemäß § 17 Abs 2 WehrG erforderliche – fachärztliche Untersuchung zu vereinbaren, mehrere Verwaltungsübertretungen gemäß § 49 Abs 1 WehrG begangen werden. Vielmehr ist die beständige Nicht-Erfüllung einer bestimmten Mitwirkungspflicht als Dauerdelikt in Form eines Unterlassungsdelikts zu beurteilen.

Da bei einem Unterlassungsdelikt in Form eines Dauerdelikts das verpönte strafbare Verhalten erst mit der Beendigung des rechtswidrigen Zustandes aufhört, steht – entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs – einer Bestrafung für einen bestimmten Zeitraum nicht entgegen, dass der Beschuldigte bereits für einen anderen Zeitraum, in dem der gesetzwidrige Zustand aufrecht erhalten wurde, bestraft worden ist (vgl VwGH 26.6.2009, 2008/02/0001 uHa VwGH 24.4.2008, 2005/07/0133).

Der Bf wurde aber nicht bereits für einen bestimmten Zeitraum bestraft, sondern die belangte Behörde greift im ggst. Strafverfahren erstmals die Unterlassung der Mitwirkung auf. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis warf die belangte Behörde dem Bf zwei Tatzeiträume während einer andauernden Unterlassung als getrennte Verwaltungsübertretungen vor. Da es sich aber bei der ggst Verwaltungsübertretung um ein Dauerdelikt in Form eines Unterlassungsdelikts handelt, hätte die belangte Behörde im diesbezüglich einzigen Strafverfahren lediglich den Gesamtzeitraum vorwerfen dürfen. Die mehrfache Bestrafung des für ein Dauerdelikt tatbildmäßigen Verhaltens im Rahmen eines einzigen Strafverfahrens lässt sich weder aus den anzuwendenden Normen ableiten, noch entspricht dies der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs.

III.2.2. Das Vorbringen des Bf, dass aufgrund des Beschlusses der Stellungskommission, wonach der Bf als vorübergehend untauglich qualifiziert worden sei, de facto eine Verletzung der Stellungspflicht durch ihn nicht gegeben sei, geht jedoch ins Leere. Wie oben dargelegt, haben die Stellungskommissionen die Eignung von Wehrpflichtigen zum Wehrdienst mit Beschluss festzustellen, der auf „Tauglich“ oder „Vorübergehend untauglich“ oder „Untauglich“ lautet. Um diesen Beschluss fassen zu können, sind ärztliche und psychologische

Untersuchungen notwendig, an denen die Wehrpflichtigen mitzuwirken haben. Da der vom Bf ins Treffen geführte Beschluss nur aufgrund der von ihm verzögerten ärztlichen Untersuchung möglich war, diese Untersuchung somit Voraussetzung für den Beschluss war, kann der Bf nicht erfolgreich einwenden, dass ihm die verzögerte Mitwirkung an dieser Untersuchung nicht vorgeworfen werden könne, weil das Ergebnis dieser Untersuchung den Beschluss der vorübergehenden Untauglichkeit zur Folge hatte. Ohne diese Untersuchung hätte die Stellungskommission nämlich den eingewendeten Beschluss nicht fassen können. Das Ergebnis des Beschlusses führt somit nicht zur (nachträglichen) Straflosigkeit, sondern das strafbare Verhalten – nämlich die über einen bestimmten Zeitraum verweigerte Mitwirkung – wurde bereits vor Erlassung des Beschlusses vollendet.

Unbestritten ist der Bf den Aufforderungen zur fachärztlichen Untersuchung nicht fristgerecht nachgekommen. Er hat dadurch seine Mitwirkungspflicht an der Stellung verletzt und folglich den objektiven Tatbestand des § 49 Abs 1 iVm § 18 Abs 1 iVm und Abs 1a Z 2 WehrG erfüllt.

III.3. Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die 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 (sog „Ungehorsamsdelikt“).
Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Das Vorbringen des Bf, die Stellungskommission hätte möglicherweise keine Anzeige gegen den Bf erstattet, wenn das Ergebnis der – verspätet durchgeführten – Untersuchung vom Klinikum direkt an die Stellungskommission weitergeleitet worden wäre, kann den Bf von seiner subjektiven Verantwortung nicht befreien. Einerseits ist auf dem Ambulanzbericht, dem der Befund beiliegt, ausschließlich der Name des Bf als Adressat vermerkt, weshalb der Bf nicht darauf schließen konnte, die Unterlagen würden vom Klinikum an die Stellungskommission weitergeleitet, andererseits ergibt sich die Mitwirkungspflicht *des Bf* aus dem WehrG, weshalb der Bf nicht davon ausgehen durfte, die Übermittlung der erforderlichen Untersuchungsergebnisse werde von dritter Stelle übernommen. Vielmehr wäre der Bf aufgrund dieser Mitwirkungspflicht auch zur zeitgerechten Übermittlung der Untersuchungsergebnisse angehalten gewesen. Der eingewendete Irrtum des Bf stellt somit keinesfalls einen verwaltungsstrafrechtlich relevanten Verbotsirrtum dar, weshalb sich der Bf damit nicht zu entschuldigen vermag.

Der Bf hat somit keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen. Es ist daher von fahrlässiger Tatbegehung auszugehen.

III.4. Gemäß § 45 Abs 1 Ziffer 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Das Verschulden ist geringfügig, wenn - unabhängig von der Schuldform (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) - das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl etwa VwGH 12.9.2001, 2001/03/0175). Die dauernde Unterlassung der Mitwirkung über einen nicht unbeträchtlichen Zeitraum bildet aber gerade den typischen Fall eines nach der Strafbestimmung des § 49 Abs 1 iVm § 18 Abs 1 und Abs 1a WehrG verpönten Verhaltens, sodass von einer Geringfügigkeit nicht ausgegangen werden und daher nicht von der Verhängung einer Strafe abgesehen werden kann.

III.5. Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Aufgrund der Einschränkung des Tatvorwurfs auf eine einzige Verwaltungsübertretung war die verhängte Strafe entsprechend zu reduzieren. Verwaltungsübertretungen gemäß § 49 Abs 1 iVm § 18 Abs 1 WehrG sind mit Geldstrafen bis zu 7.000,-- Euro zu bestrafen. Die nunmehr verhängte Geldstrafe von 100,-- Euro liegt im untersten Bereich des Strafrahmens und erscheint – insbesondere aufgrund der nicht gerade unbeträchtlichen zeitlichen Verzögerung der notwendigen ärztlichen Untersuchung – auch trotz des geringen Einkommens

des Bf und seiner bisherigen einschlägigen verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit angemessen.

III.6. Im Ergebnis ist der Beschwerde daher insoweit stattzugeben, als der Spruch auf einen einzigen Tatvorwurf einzuschränken ist und die Strafe entsprechend herabgesetzt wird. Ansonsten war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Bei diesem Ergebnis waren die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens herabzusetzen und dem Bf keine Kosten zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorzuschreiben.

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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu Dauerdelikten in Form von Unterlassungsdelikten nicht ab

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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als gegenstandslos.
Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesendet.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter