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-601906/13/FP

Datum: Linz, 15. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von J M, geb. X, U, U, vertreten durch Dr. G P und Dr. R S, Rechtsanwälte in B, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 11. April 2017 GZ: BHBRVERK-2017-157452/4-Wid, VerkR96-2547-2017-Wid, wegen Übertretungen der StVO, des FSG und des KFG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. 1. Der Beschwerde wird dahin teilweise Folge gegeben, dass
   a) Punkt 3 des angefochtenen Straferkenntnisses aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt wird, sowie
   b) die verhängte Strafe im Hinblick auf Punkt 1 des angefochtenen Straferkenntnisses auf 2.300 Euro (16 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) herabgesetzt wird.
   2. Im Übrigen (Punkt 2 des angefochtenen Straferkenntnisses; Lenken ohne Lenkberechtigung), wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 280 Euro zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens beträgt 370 Euro (zu 1.: 230 Euro, zu 2.: 140 Euro)

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 dem im Kopf genannten Straferkenntnis warf die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) vor, (1) er habe sich am 5. März 2017 um 16:10 Uhr in B, vor Objekt U, nach Aufforderung durch ein besonders geschultes und von der Behörde hiezu ermächtigtes Organ der Straßenaufsicht geweigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass er zum angeführten Zeitpunkt am angeführten Ort ein bestimmtes Fahrzeug in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe. Der Bf habe darüber hinaus (2) das angeführte Kraftfahrzeug auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr gelenkt, obwohl er nicht im Besitz einer von der Behörde erteilten gültigen Lenkberechtigung gewesen sei. Der Bf habe es (3) überdies unterlassen, den Zulassungsschein oder Heereszulassungsschein des Pkw sowie die bei der Genehmigung oder Zulassung vorgeschriebenen Beiblätter trotz Verlangens der Straßenaufsicht zur Überprüfung auszuhändigen.
Die belangte Behörde verhängte zu Punkt 1 eine Geldstrafe von 2.800 Euro (22 Tage Ersatzfreiheitsstrafe), zu Punkt 2 eine primäre Freiheitsstrafe in der Dauer von 14 Tagen und zu Punkt 3 eine Geldstrafe in der Höhe von 50 Euro (24 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe). Sie sprach überdies aus, dass der Beschwerdeführer insgesamt 430 Euro an Kostenbeitrag zu bezahlen habe.
Nach Darstellung des Verfahrensganges begründete die belangte Behörde insbesondere im Hinblick auf die primäre Freiheitsstrafe damit, dass gegenüber dem Bf bereits 3 rechtskräftige Vorbemerkungen im Hinblick auf § 1 Abs. 3 FSG aufscheinen würden. Hinsichtlich der verhängten Geldstrafen verwies die belangte Behörde auf die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Bf.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10. Mai 2017 rechtzeitig Beschwerde in der er darstellte, das Straferkenntnis enthalte keine Feststellungen zum objektiven Tatbestand des § 5 Abs. 2 StVO und lasse sich dem Straferkenntnis nicht entnehmen, warum das Tatbestandselement vorangegangenen Lenkens unter Alkoholeinfluss angenommen werde. Im Spruch des Straferkenntnisses würde lediglich der Gesetzestext wiedergegeben. Auch in der Begründung finden sich keine Feststellungen zur angelasteten Übertretung. Gleiches gelte für Spruchpunkt 2. Es würden Feststellungen darüber fehlen wo der Beschuldigte gefahren sein soll, aus welcher Richtung er gekommen sei und auf welchen Straßen er unterwegs gewesen sein solle. Als Tatort sei lediglich „über öffentliche Straßen sowie die X“ angeführt. Es lasse sich nicht entnehmen wo genau die öffentlichen Straßen sein sollen. Dadurch würde der Beschuldigte mangels Konkretisierung des Tatortes der Gefahr der Doppelbestrafung ausgesetzt.
Zudem sei die zu Punkt 1 des Straferkenntnisses verhängte Geldstrafe zu hoch bemessen. Die zu Punkt 2 verhängte Primärfreiheitsstrafe erscheine nicht angebracht. Mit der von der Behörde angeführten Begründung befürchteter Uneinbringlichkeit, sei eine Freiheitsstrafe nicht zu rechtfertigen.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 11. Mai 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

Im Laufe des Verfahrens beim Landesverwaltungsgericht, übermittelte die belangte Behörde Berichte bzw. Anzeigen der Polizei über insgesamt 6 weitere Vorfälle bei denen der Bf von der Exekutive beim Lenken seines Kraftfahrzeugs ohne die erforderliche Lenkberechtigung betreten wurde.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den gegenständlichen Verfahrensakt und öffentliche mündliche Verhandlung, der der Beschwerdeführer unentschuldigt fernblieb. Es erschien lediglich sein Rechtsbeistand.

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

Der Bf lenkte am 5.3.2017 gegen 15:50 Uhr seinen Pkw X mit dem Kennzeichen X von der OMV B kommend in Richtung R. Er bog daraufhin von der W (X) auf die Gemeindestraße zu seinem Wohnhaus in U und fuhr weiter bis zu diesem, welches sich an der Adresse U befindet. Der Bf wurde dabei von einer Polizeistreife beobachtet und einer Kontrolle unterzogen. Der Gang des Bf war unsicher, seine Bindehäute gerötet und seine Sprache verändert. Er gab an 2 Bier und einen Schnaps getrunken zu haben. Mit dem Bf wurde ein Alkovortest durchgeführt. Dieser ergab einen Alkoholgehalt in der Atemluft von 1,55 mg/l. Der Bf wurde deshalb in der Folge zur Atemluftmessung mittels Alkomat aufgefordert. Diesen verweigerte der Bf mit den Worten „na do blos i sowieso ned eini“. [Anzeige vom 10. März 2017, unbestrittener Sachverhalt]

Die befristete Lenkberechtigung des Bf war am 31. Juli 2012 abgelaufen und wurde dem Bf danach keine neue Lenkberechtigung mehr erteilt. Der Bf verfügte am Tattag über keine aufrechte Lenkberechtigung. [Führerscheinregister, Führerscheinkopie, Mitteilung bel. Behörde, unbestrittener Sachverhalt]

Der Bf wusste, dass er ein Fahrzeug nicht ohne Lenkberechtigung lenken darf. Er wusste auch, dass er keine Lenkberechtigung hatte.

Der Bf wurde vor dem ggst. Vorfall bereits 4 mal wegen Lenkens ohne Lenkberechtigung rechtskräftig bestraft und zwar am 19. August 2013 zu VerkR96-1587-2013-Wid zu einer Geldstrafe von 363 Euro (6 Tage Ersatzfreiheitsstrafe), am 28. Juli 2015 zu VerkR96-3696-2015-Wid zu einer Geldstrafe von 500 Euro (5 Tage Ersatzfreiheitsstrafe), am 24. September 2015 zu VerkR96-4671-2015-Wid zu einer Geldstrafe von 500 Euro (5 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) und am

14. März 2017 zu VerkR96-1324-2017-Wid-1 zu einer Freiheitsstrafe von 14 Tagen.
Darüber hinaus wurde der Bf in diesem Zeitraum dreimal wegen Alkoholdelikten nach § 5 Abs 1 StVO rechtskräftig bestraft. [Auszug Verwaltungsstrafregister]

Nach Erlassung des angefochtenen Straferkenntnisses wurde der Bf von der Polizei am 19. Mai 2017, am 12. Juni 2017, am 3. Juli 2017, am 16. Juli 2017, am 31. Juli 2017 und am 3. Jänner 2018 beim Lenken eines Kraftfahrzeuges betreten, obwohl er über keine Lenkberechtigung verfügte. [Anzeigen]

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Bf von den Straßenaufsichtsorganen zur Ausfolgung des Zulassungsscheins aufgefordert wurde und diesen nicht ausgefolgt hat.

Der Bf bezieht Notstandshilfe.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Verwaltungsakt, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln und aus dem Führerscheinregister.

Der Bf hat die sich aus der Anzeige vom 10. März 2017 ergebenden Umstände nicht substanziell bestritten, auf die Einvernahme der Meldungslegerin verzichtet und klargestellt, dass sich schon aus dem Bescheid ergebe, dass der Bf die Taten nicht bestritten, bzw. diese zugestanden hat.
Vielmehr behauptet der Bf in seiner Beschwerde, im Übrigen teilweise aktenwidrig (im Straferkenntnis scheint als Tatort U als Endpunkt der Fahrt des Bf auf), Feststellungsmängel, die jedoch angesichts der vollen Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichtes und seiner Sachentscheidungs-kompetenz nicht relevant sind. Wie auszuführen sein wird, reicht die Konkretisierung der Spruchpunkte 1 und 2 hin.

Die im Akt erliegende Anzeige, die mit Zustimmung des Bf als verlesen gelten konnte, weist alle wesentlichen Sachverhaltselemente auf und konnte der Entscheidung bedenkenlos zugrunde gelegt werden. Insbesondere geht aus ihr hervor, dass der Bf über eine Landes- (die W, X) und dann eine Gemeindestraße zu seinem Wohnhaus an der Adresse U gefahren ist, der Vortest einen nicht unwesentlichen Alkoholgehalt der Atemluft ergeben hat und der Bf den Alkomattest verweigert hat.

Mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit kann jedoch nicht festgestellt werden, dass der Bf zur Ausfolgung des Zulassungsscheines aufgefordert wurde und dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist. Die Anzeige

enthält hiezu zwar einen entsprechenden Abschnitt, in dem der vom VStV-System vorgegebene Spruchvorschlag aufscheint. Dieser ist jedoch unkonkretisiert und enthält alle im Gesetz vorgegebenen Varianten. Aus der Tatbeschreibung lässt sich jedoch diesbezüglich weder eine Aufforderung, noch eine Nichtbefolgung durch den Bf ableiten. Mangels anderer Beweismittel lassen sich die diesbezüglich erforderlichen Feststellungen mit der für das Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nicht treffen.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. 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 § 99 Abs. 1 lit b begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 1.600 Euro bis 5.900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer sich bei Vorliegen der in § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen oder sich vorführen zu lassen, oder sich bei Vorliegen der bezeichneten Voraussetzungen nicht der ärztlichen Untersuchung unterzieht.

Die einschlägigen Bestimmungen des Führerscheingesetzes – FSG lauten:

§ 1. (1) …

(3) Das Lenken eines Kraftfahrzeuges und das Ziehen eines Anhängers ist, ausgenommen in den Fällen des Abs. 5, nur zulässig mit einer von der Behörde erteilten gültigen Lenkberechtigung für die Klasse (§ 2), in die das Kraftfahrzeug fällt. …

§ 37. (1) Wer diesem Bundesgesetz, den auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen, Bescheiden oder sonstigen Anordnungen zuwiderhandelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist, sofern in den folgenden Absätzen nichts anderes bestimmt ist, mit einer Geldstrafe von 36 Euro bis zu 2180 Euro, im Falle ihrer Uneinbringlichkeit mit einer Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen. Zuwiderhandlungen gegen Bestimmungen nach diesem Bundesgesetz, die einen

bestimmten Alkoholgrenzwert zum Lenken oder Inbetriebnehmen von Kraftfahrzeugen festlegen, sind unbeschadet des Abs. 3 Z 3 jedoch nur dann zu bestrafen, wenn keine Übertretung der StVO 1960 oder des § 37a vorliegt. Dies gilt auch für Zuwiderhandlungen, die auf dem Wege von einer österreichischen Grenzabfertigungsstelle, die auf ausländischem Gebiet liegt, zur Staatsgrenze begangen werden. Auch der Versuch einer solchen Zuwiderhandlung ist strafbar.
(2) Wurde der Täter wegen der gleichen Zuwiderhandlung bereits einmal bestraft, so kann an Stelle der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen verhängt werden. Wurde der Täter wegen der gleichen Zuwiderhandlung bereits zweimal bestraft, so können Geld- und Freiheitsstrafen auch nebeneinander verhängt werden. Die Verhängung einer Freiheitsstrafe ist in diesen Fällen aber nur zulässig, wenn es ihrer bedarf, um den Täter von weiteren Verwaltungsübertretungen der gleichen Art abzuhalten.
(2a) …
(3) Eine Mindeststrafe von 363 Euro ist zu verhängen für das Lenken
1. eines Kraftfahrzeuges entgegen der Bestimmung des § 1 Abs. 3, sofern der Lenker überhaupt keine gültige Klasse von Lenkberechtigungen besitzt,
2. eines Kraftfahrzeuges, obwohl der Führerschein oder vorläufige Führerschein gemäß § 39 vorläufig abgenommen wurde oder
3. eines Kraftfahrzeuges der Klasse D entgegen der Bestimmung des § 20 Abs. 4, sofern nicht auch ein Verstoß gegen § 99 Abs. 1 bis 1b StVO 1960 vorliegt.
…

III.2. Objektiver Tatbestand

III.2.1. Der Bf wurde nach den Feststellungen von einer Polizeistreife beobachtet, als er sein KFZ von der OMV B kommend Richtung R lenkte, von der W (X) in eine Gemeindestraße einbog und sein KFZ bis zu seinem Haus lenkte.
Der Spruch ist ausreichend konkretisiert, da er alle erforderlichen Tatbestandselemente, einen konkreten Tatort und eine konkrete Tatzeit enthält. Insbesondere ist der Bf vor Doppelverfolgung geschützt, zumal sich der Spruch auf ein konkretes Ereignis, an einem konkreten Ort zu einer konkreten Zeit bezieht.
Die Frage, ob es sich bei dem kurzen Stück, das von der Gemeindestraße U zum Wohnhaus des Bf führt um eine Straße mit öffentlichem Verkehr handelt ist dabei unerheblich, da der Bf sein Fahrzeug nach der Anzeige über andere Straßen mit öffentlichem Verkehr gelenkt hat (dies ist unbestritten). Abgesehen davon, wird auch für die Zufahrt zum Haus des Bf anzunehmen sein, dass es sich um eine Straße mit öffentlichem Verkehr handelt.
„Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist auch ein im Eigentum eines Privaten stehender Parkplatz eine Straße mit öffentlichem Verkehr, wenn nicht durch eine entsprechende Kennzeichnung oder Abschrankung erkennbar ist, dass das Gegenteil zutrifft (Hinweis E 23.März 1999, 98/02/0343). Unter Benutzung für jedermann unter den gleichen Bedingungen ist zu verstehen, dass irgendeine denkbare Benützung im Rahmen des Fußgänger- und Fahrzeugverkehrs jedermann offen stehen muss. Der Begriff der Benützung unter den gleichen Bedingungen kann nicht so ausgelegt werden, dass die Einschränkung einer Benützungsart auf einen bestimmten Personenkreis allein der Straße den Charakter einer öffentlichen Verkehrsfläche entzöge (Hinweis E 23. März 1999, 98/02/0343)“ (VwGH 13. April 2017; Ro 2017/02/0015)

In der Verhandlung (vgl. vorgelegtes Luftbild) ergab sich, dass keine wie immer geartete Abschrankung vorhanden ist und ist auch sonst nichts dahingehend hervorgekommen, dass die Zufahrt durch andere Mittel für den öffentlichen Verkehr gesperrt ist, sodass zweifellos eine Straße mit öffentlichem Verkehr vorliegt.

Bei der späteren Lenker- und Fahrzeugkontrolle stellte die Polizei beim Bf typische Alkoholisierungsmerkmale fest und gab dieser an zwei Bier und einen Schnaps getrunken zu haben. Es war also bekannt, dass der Bf ein Fahrzeug gelenkt hat und bestand zum Zeitpunkt der Aufforderung zum Alkotest auch der begründete Verdacht, dass der Bf alkoholisiert einen PKW gelenkt hat. Er 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 brachte der Bf durch die Worte „na do blos i sowieso ned eini“ deutlich zum Ausdruck, den Alkomattest nicht vornehmen zu wollen.
Damit hat der Bf in Einklang mit der zitierten ständigen Judikatur des VwGH den Alkotest verweigert, weil er der Aufforderung dazu nicht entsprochen hat.

Der Bf hat daher damit den objektiven Tatbestand des § 5 Abs 2 StVO erfüllt.

III.2.2. Der Bf hat überdies, obwohl seine Lenkberechtigung im Jahr 2012 abgelaufen ist und ihm bislang keine neue Lenkberechtigung mehr erteilt wurde einen PKW auf öffentlichen Straßen gelenkt, obwohl es hiefür einer Lenkberechtigung der Klasse B bedurft hätte. Er hat damit den objektiven Tatbestand des § 1 Abs 3 iVm § 37 Abs 1 FSG erfüllt.

III.2.3. Was den dritten im Straferkenntnis gemachten Vorwurf betrifft, war das Verwaltungsgericht angesichts des Fehlens eines konkreten Sachverhalts-substrates und des mehrere Varianten zulassenden Spruchvorschlags aus dem VStV-System nicht in der Lage konkrete Feststellungen zu treffen. Behörde bzw. Gericht tragen die Beweislast in Bezug auf den objektiven Tatbestand und finden sich keine näheren Anhaltspunkte im gesamten Akt, sodass es schon an der

Beweisbarkeit des objektiven Tatbestands fehlt. Angesichts der fehlenden Konkretisierung des Spruchs auf eine der vom Gesetz vorgegebenen Tatbestandsvarianten (Zulassungsschein, Heereszulassungsschein, Beiblätter, Kraftfahrzeug, Anhänger) und des Verbots der Überschreitung der Sache (= Beschwerdegegenstand; vgl. VwGH 14.07.2005, 2004/06/0064; 13.12.2016, Ra 2016/09/0040), hätte das Verwaltungsgericht diesbezüglich aber auch keine Korrektur vornehmen können, weil es damit einen konkreten strafbaren Vorwurf erst geschaffen hätte. Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs zulasten des Bf ist das Verwaltungsgericht unabhängig von der Verjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen abgeänderten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt (vgl. hierzu ausführlich VwGH vom 5. November 2014, Ra 2014/09/001, vgl. aaO RZ 10).

Das Verwaltungsstrafverfahren ist deshalb im Hinblick auf Punkt 3. des bekämpften Straferkenntnisses zur Einstellung zu bringen.

III.3. Subjektive Vorwerfbarkeit

III.3.1. 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.

III.3.2. Was das Verweigerungsdelikt betrifft, ist kein Grund ersichtlich, warum der Bf nicht in der Lage gewesen sein soll, der Aufforderung zum Alkotest nachzukommen. Er hat auch kein Vorbringen erstattet, das ihn entlasten könnte.

Tatsächlich ergibt sich, dass der Bf vorsätzlich handelte, zumal es ihm darauf ankam, den Alkotest zu verweigern. Seine Wortwahl kann nicht anders gedeutet werden. Um seine Verpflichtung musste er angesichts seiner Vorgeschichte wissen. Er hat daher die Verwaltungsübertretung auch subjektiv zu verantworten.

III.3.3. Dies gilt gleichermaßen für das Lenken eines Kraftfahrzeuges ohne Lenkberechtigung. Der Bf wusste um das Fehlen einer solchen. Er wusste auch, dass er keinen Führerschein hatte. Dennoch entschloss er sich, ein Kraftfahrzeug auf öffentlichen Straßen zu lenken. Er wäre zweifelsfrei in der Lage gewesen gesetzgemäß zu handeln, hätte er das Lenken eines KFZ doch einfach unterlassen können. Angesichts der etlichen vorausgehenden Strafen, unter anderem einer Haftstrafe kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Bf vorsätzlich in Form von Wissentlichkeit handelte. Ein Vorbringen, das ihn entlasten könnte, hat der Bf nicht erstattet. Er hat auch diese Verwaltungsübertretung subjektiv zu vertreten.

III.4. 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 eine Strafe in Höhe von 2.800 Euro verhängt und verweist auf drei Vormerkungen und das Einkommen des Bf.

Es ist zwar zu berücksichtigen, dass dem Beschwerdeführer nicht das Lenken eines PKW in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand, sondern die Verweigerung eines Alkotests vorgeworfen wird, auch dabei handelt es sich jedoch um eine schwerwiegende Übertretung, weil sie gleichermaßen die Verkehrssicherheit im Blick hat und verhindern soll, dass sich Lenker, die verdächtig sind alkoholisiert gefahren zu sein, einer Kontrolle entziehen und durch Weiterfahrt den Straßenverkehr gefährden können.

Der Beschwerdeführer wies zum Tatzeitpunkt drei einschlägige Vormerkungen wegen Alkoholdelikten auf. Diese bilden einen erheblichen Straferschwerungsgrund. Strafmilderungsgründe liegen hingegen nicht vor.

Der Bf hat zudem vorsätzlich gehandelt. Ihm ist also erhebliches Verschulden anzulasten.
Offenbar haben die bisher wegen eines gleichartigen Delikts verhängten Geldstrafen von insgesamt 5.000 Euro nicht ausgereicht, um den Beschwerdeführer von weiteren Übertretungen abzuhalten.

Die Strafe von 2.800 Euro erscheint dem Verwaltungsgericht angesichts der außerordentlich schlechten Vermögensverhältnisse des Bf jedoch als zu hoch gegriffen, weshalb das Verwaltungsgericht diese auf, seiner Ansicht nach angemessene, 2.300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 16 Tage), herabsetzt. Auch bei einem solchen Betrag wird der Bf erhebliche Anstrengungen auf sich nehmen müssen, um die Strafe bezahlen zu können. Es ist jedoch aus spezialpräventiven Gründen eine empfindliche Strafe angezeigt um dem Bf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens deutlich vor Augen zu führen und ist zu hoffen, dass dies nunmehr fruchtet.

Die Anwendung des § 20 VStG kommt angesichts des Fehlens von Milderungs- und des Vorliegens von Erschwerungsgründen nicht in Betracht.

III.5.3. Das Lenken eines Kraftfahrzeuges ohne Berechtigung gemäß § 1 Abs 3 FSG gehört zu den gröbsten Verstößen gegen das Kraftfahrrecht (vgl VwGH 27.2.2004, 2004/02/0025). Die der Bestrafung zugrunde liegende Handlung schädigt in erheblichem Ausmaß das Interesse, dem die Strafdrohung dient, nämlich jenes an der Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit durch den Ausschluss von nicht lenkberechtigten Personen an der Teilnahme am Kraftfahrzeugverkehr, sodass der objektive Unrechtsgehalt selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen als erheblich anzusehen ist.

Aufgrund der zahlreichen einschlägigen Vormerkungen wusste der Bf um die Strafbarkeit seines Handelns, sodass bei der Strafbemessung von vorsätzlichem Verhalten in der qualifizierten Form der Wissentlichkeit und somit von erheblichem Verschulden auszugehen ist.

Die Verwaltungsstrafevidenz weist, den Bf betreffend vier nicht getilgte Verstöße gegen § 1 Abs 3 FSG auf, er wurde also bereits deutlich öfter als einmal für einen derartigen Verstoß bestraft, sodass die Verhängung einer primären Freiheitsstrafe gemäß § 37 Abs 2 FSG zulässig ist.

Dies ist allerdings nur der Fall, wenn es ihrer bedarf, um den Täter von weiteren Verwaltungsübertretungen der gleichen Art abzuhalten, es müssen sohin

„spezialpräventive“ Gründe für die Verhängung einer Freiheitsstrafe – sofern die anderen Voraussetzungen zu bejahen sind – vorliegen (VwGH 30.11.2007, 2007/02/0267). Bei Prüfung der Erforderlichkeit der Verhängung einer primären Freiheitsstrafe aus spezialpräventiven Gründen sind getilgte Vorstrafen nicht zu berücksichtigen (VwGH 31.7.2007, 2007/02/0016).

Der Bf weist also bereits vier Vormerkungen wegen Lenkens ohne Lenkberechtigung auf. Zunächst verhängte die belangte Behörde Geldstrafen (363 und 2 x 500 Euro). Im Hinblick auf eine Tat am 24. Jänner 2017 hat die belangte Behörde bereits eine primäre Freiheitsstrafe von 14 Tagen Haft verhängt. Die Verhängung dieser Strafe ließ den Bf offenbar vollkommen unbeeindruckt, wurde er doch nach gerade sechs Wochen wieder beim Lenken eines KFZ betreten.
Allein dieses Verhalten zeigt, dass der Bf bislang weder durch Geldstrafen noch durch die einmalige Verhängung einer Haftstrafe davon abgehalten werden konnte, sein außerordentlich gefährliches Verhalten einzustellen.
Auch die drohende neuerliche Verhängung einer primären Haftstrafe und das Anhängigsein des diesbezüglichen Überprüfungsverfahrens beim Verwaltungsgericht, in welchem bei entsprechendem Wohlverhalten des Bf und einer reumütigen und einsichtigen Einlassung vor Gericht eine Umwandlung der Haftstrafe in eine Geldstrafe denkbar gewesen wäre, hielt den Bf nicht davon ab, während des anhängigen Verfahrens neuerlich sechs (!) mal delinquent zu werden. Daraus lässt sich eine besondere Uneinsichtigkeit und Gleichgültigkeit des Bf ableiten, sodass kein Zweifel daran bestehen kann, dass es einer Freiheitsstrafe bedarf, um den Bf vom neuerlichen Lenken eines KFZ abzuhalten.

Da die belangte Behörde bei der Bemessung der (primären) Freiheitsstrafe das gesetzliche Höchstmaß von sechs Wochen deutlich unterschritten hat, erweist sich das diesbezügliche Ausmaß der (primären) Freiheitsstrafe angesichts der spezialpräventiven Notwendigkeit als angemessen.

Der Argumentationslinie der belangten Behörde, die Freiheitsstrafe ist zu verhängen, weil der Bf die Geldstrafe nicht bezahlen können werde ist jedoch nicht zu folgen, zumal diesbezüglich die Ersatzfreiheitsstrafe eingreifen würde. Eine primäre Freiheitsstrafe darf nur unter den dargestellten Voraussetzungen verhängt werden. Diese sind vorliegend allerdings zweifellos gegeben.

III.5.4. Eine Ermahnung scheidet angesichts des beträchtlichen Verschuldens und der großen Bedeutung der verletzten Rechtsgüter aus.

III.5.5. Was die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens betrifft, entfallen diese im Hinblick auf jene beiden Punkte, bezüglich derer der Bf (teilweise) obsiegt hat.

Im Hinblick auf Punkt 2 des Straferkenntnisses waren dem Bf 20 % bezogen auf das Äquivalent von 1.400 Euro (1 Tag Freiheitsstrafe = 100 Euro, § 52 Abs 2 VStG) 280 Euro an Gebühren vorzuschreiben.
Die Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens waren mit jeweils 10 % der verhängten Strafe zu bemessen.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die jeweils relevante Rechtsprechung des VwGH wurde ausführlich zitiert. Es liegen auch 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 e

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl