OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-700426/2/Sr

Datum:
Linz, 6. Juni 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Stierschneider über die Beschwerde des Mag. K C R LL.M., vertreten durch A, H, L, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6. April 2018, GZ: VStV/917301967901/2017, wegen einer Übertretung des Oö. Polizeistrafgesetzes

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, der angefochtene Bescheid ersatzlos aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine Revision des Beschwerdeführers an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig; für die belangte Behörde und die revisionslegitimierte Formalpartei ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6. April 2018, GZ: VStV/917301967901/2017, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) gemäß § 1 Abs. 1 iVm § 10 Abs. 1 lit. a Oö. Polizeistrafgesetz 1979 eine Geldstrafe in der Höhe von 80 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 16 Stunden verhängt.

Die belangte Behörde führt dabei folgenden Tatvorwurf aus:

„Sie haben am 16.12.2017 um 03.25 Uhr in Gemeindestraße, H, L L den öffentlichen Anstand verletzt, indem Sie provokant ihren Mittelfinger in Richtung Polizeifahrzeug streckten und dadurch ein Verhalten in der Öffentlichkeit gesetzt, dass einen groben Verstoß gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der guten Sitte bildet."

Begründend führt die belangte Behörde aus:

„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung der einschreitenden Polizeibeamten, der hierüber vorgelegten Anzeige vom 30.12.2017 sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.

Gegen die Strafverfügung vom 26.1.2018 erhoben Sie fristgerecht einen schriftlichen unbegründeten Einspruch

Mit Aufforderung vom 9.2.2018 wurde Ihnen der gesamte Akteninhalt zur Kenntnis gebracht und wurden Sie zur Rechtfertigung binnen einer Frist von 2 Wochen aufgefordert. Gleichzeitig wurden Sie aufgefordert, die Ihrer Verteidigung dienlichen Beweismittel bekanntzugeben. Die Aufforderung zur Rechtfertigung enthielt gemäß § 42 Abs. 1 VStG die Androhung, dass das Strafverfahren ohne Ihre Anhörung durchgeführt wird, falls Sie dieser keine Folge leisten.

Mit Schreiben vom 15.2.2018 ersuchten Sie, die Frist zur Übermittlung einer Stellungnahme bis 15.3.2018 zu erstrecken.

Gemäß § 1 Abs. 1 OÖ. Pol. StG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer den öffentlichen Anstand verletzt.

Gemäß § 1 Abs. 2 OÖ. Pol. StG ist als Anstandsverletzung im Sinne des Absatz 1 jedes Verhalten in der Öffentlichkeit anzusehen, das einen groben Verstoß gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der guten Sitte bildet.

Gemäß § 10 Abs. 1 lit. a OÖ. Pol. StG sind Verwaltungsübertretungen gemäß § 1 OÖ. Pol. StG von der Bezirksverwaltungsbehörde, im Wirkungsbereich einer Landespolizeidirektion von dieser mit Geldstrafe bis zu € 360,-, im Falle der Uneinbringlichkeit mit Arrest bis zu 6 Wochen zu bestrafen.

Sie haben zur angeführten Zeit in L, H provokant ihren Mittelfinger in Richtung eines Polizeifahrzeuges gestreckt und dadurch ein Verhalten gesetzt, das eindeutig einen groben Verstoß gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der guten Sitte bildet.

In der Sache selbst bestand für die erkennende Behörde keinerlei Anlass, an der Richtigkeit des angezeigten Sachverhaltes zu zweifeln, zumal dieser vom Meldungsleger in seiner Anzeige glaubwürdig und schlüssig geschildet wurde.

Da Ihre Stellungnahme in der von Ihnen festgesetzten Frist ausblieb war für die Behörde erwiesen, dass Sie tatsächlich gegen die angeführte Bestimmung des OÖ. Polizeistrafgesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.

Bei der Bemessung der Strafe wurde das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, berücksichtigt. Die verhängte Geldstrafe, die sich im unteren Bereich des gesetzlichen Strafrahmens befindet, entspricht dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der Tat und erscheint der Behörde notwendig, Sie in Hinkunft von der Begehung derartiger Übertretungen abzuhalten.

Der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit kam Ihnen nicht mehr zugute.

Bei der Strafbemessung wurde davon ausgegangen, dass Sie kein hiefür relevantes Vermögen besitzen, keine Sorgepflichten haben und ein Einkommen von € 950,-- netto monatlich beziehen.

Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende, rechtzeitig per E-Mail eingebrachte Beschwerde des rechtfreundlich vertretenen Bf vom 8. Mai 2018.

Begründend führte der Bf - auf die angelastete Verwaltungsübertretung beschränkt - aus, dass der gehobene Mittelfinger nicht dem Polizeifahrzeug sondern einer anderen Person gegolten habe.

In der H hätten sich mehrere Personen Richtung H und A bewegt. Auf Höhe des Lokals V habe der Bf in ca. 15 Meter Entfernung einen ehemaligen Klienten wahrgenommen. Dieser habe ihn in unflätiger Art und Weise beschimpft, sich anschließend umgedreht und zügig Richtung Hauptplatz entfernt. Auf Grund der Menge der vielen Leute hätte der Klient ein Nachschreien nicht gehört, daher habe sich der Bf in seiner Entrüstung entschlossen, diesem den erhobenen Mittelfinger

hinterher zu zeigen. Unglücklicherweise sei just in diesem Moment ein Polizeimannschaftsbus an ihm vorbeigefahren.

3. Mit Schreiben vom 9. Mai 2018 legte die Landespolizeidirektion Oberösterreich den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und das Beschwerdevorbringen.

Die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung konnte entfallen, da nach dem festgestellten Sachverhalt feststand, dass das Straferkenntnis aufzuheben war.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung im Wesentlichen von dem unter Punkt I. 1 und 2 dieses Erkenntnisses dargestellten relevanten Sachverhalt aus. Auf Grund des Geständnisses hat der Bf den gehobenen gestreckten Mittelfinger („Stinkefinger“) dem Klienten gezeigt.

Die belangte Behörde hat sich im Vorlageschreiben zu den Beschwerdeausführungen nicht geäußert.

II.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Vorlageakt und dem Beschwerdevorbringen. Unstrittig ist, dass sich der Bf der oben beschriebenen Gestik vor einer größeren Menschenmenge bediente. Der Bf hat in seiner Beschwerdeschrift glaubhaft und ausführlich dargelegt, wem dieses eindeutige Handzeichen gelten sollte. Die Wahrnehmungen der Polizeibeamten sind glaubhaft, sind aber nicht geeignet, an den Feststellungen etwas zu ändern, da sie nur den letzten Teil des Geschehens beobachten konnten und sich daher fälschlicherweise angesprochen fühlen durften.

III.

1.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Polizeistrafgesetz 1979 begeht, außer in den Fällen einer sonst mit Verwaltungsstrafe oder einer mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlung, eine Verwaltungsübertretung, wer den öffentlichen Anstand verletzt.

Nach § 1 Abs. 2 Oö. Polizeistrafgesetz 1979 ist als Anstandsverletzung im Sinne des Abs. 1 jedes Verhalten in der Öffentlichkeit anzusehen, das einen groben Verstoß gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der guten Sitte bildet.

Gemäß § 10 Abs. 1 lit. a Oö. Polizeistrafgesetz 1979 sind Verwaltungsübertretungen gemäß §§ 1 und 3 von der Bezirksverwaltungsbehörde, im Wirkungsbereich einer Bundespolizeidirektion von dieser, mit Geldstrafe bis 360 Euro zu bestrafen.

1.2. § 115 StGB (Beleidigung)
„(1) Wer öffentlich oder vor mehreren Leuten einen anderen beschimpft, verspottet, am Körper mißhandelt oder mit einer körperlichen Mißhandlung bedroht, ist, wenn er deswegen nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Eine Handlung wird vor mehreren Leuten begangen, wenn sie in Gegenwart von mehr als zwei vom Täter und vom Angegriffenen verschiedenen Personen begangen wird und diese sie wahrnehmen können.“

1.3. § 22 VStG (Zusammentreffen von strafbaren Handlungen)
„(1) Soweit die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, ist eine Tat als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.

(2) Hat jemand durch mehrere selbstständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen oder fällt eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen, so sind die Strafen nebeneinander zu verhängen. Dasselbe gilt bei einem Zusammentreffen von Verwaltungsübertretungen mit anderen von einer Verwaltungsbehörde zu ahndenden strafbaren Handlungen.“

2.1. § 22 VStG erhielt seine derzeit geltende Fassung durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Ausführungsgesetz 2013, BGBl I Nr 33/2013. Dabei wurde in § 22 Abs 1 VStG generell der Grundsatz festgelegt, dass eine Tat als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar ist, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (2009 BlgNr 24. GP, S 20) heißt es dazu wie folgt:
"Der vorgeschlagene Abs. 1 normiert eine generell subsidiäre verwaltungsbehördliche Strafbarkeit. Eine Tat soll als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar sein, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet."

§ 22 Abs. 1 VStG stellt dabei ausschließlich auf die "Tat" ab. Dass die Verwaltungsstrafnorm gegebenenfalls eine andere Schutzrichtung aufweist als die gerichtliche Strafnorm (im vorliegenden Fall schützt § 1 Oö. Polizeistrafgesetz 1979 den öffentlichen Anstand und damit - unabhängig von einer eine einzelne Person konkret treffenden Beeinträchtigung - das geordnete Zusammenleben in

der Gemeinschaft, während Schutzgut des § 115 StGB die persönliche Ehre des Betroffenen ist), ändert an der Subsidiarität nichts.

2.2. So betrachtet stellt § 22 Abs. 1 VStG nur darauf ab, dass die Tat auch den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet; auf die tatsächliche Einleitung (oder gar den Abschluss) eines Strafverfahrens kommt es daher ebenso wenig an wie auf den Umstand, dass die strafgerichtliche Verfolgung nur auf Verlangen zu erfolgen hat, wie dies bei der hier in Betracht zu ziehenden Beleidigung gemäß § 117 Abs. 1 StGB der Fall ist. Auch die Frage, ob der Bf die Tat verschuldet hat oder ein Entschuldigungsgrund (hier: § 115 Abs. 3 StGB) in Betracht zu ziehen ist, ist für die Subsidiarität der Verwaltungsstrafdrohung nicht entscheidend.
Erschöpft sich daher die Tathandlung, die von der Verwaltungsstrafbehörde unter dem Blickwinkel der Anstandsverletzung in den Blick genommen wird, in einem Verhalten, das den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, so ist die Verwaltungsübertretung gemäß § 22 Abs. 1 VStG nicht strafbar.
Ob die dem Bf vorgeworfene Tat den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, ist dabei von der Verwaltungsstrafbehörde - im Falle einer Beschwerde vom Verwaltungsgericht - als Vorfrage zu beurteilen (VwGH vom 22. 11.2016, Ra 2016/03/0095).

3.1. Die Tatbestandsalternative des § 115 Abs. 1 StGB erfasst Schimpfworte, jedoch auch bestimmte Gebärden, zB Zeigen des „Stinkefingers“ oder des „Vogels“, und sonstige Handlungen (Rami in Höpfel/Ratz, WK2 StGB, § 115 StGB (Stand: 01.05.2016, rdb.at)).

Die gegenständliche Tathandlung (= Beschimpfung durch Zeigen des Mittelfingers einer anderen Person gegenüber) durch den Bf wurde vor mehreren Leuten begangen. Es ist somit zu prüfen, ob diese nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.

3.2. Eine Handlung wird iSd § 115 Abs. 2 StGB vor mehreren Leuten begangen, wenn sie in Gegenwart von mehr als zwei (= von mindestens dreien) vom Täter und vom Angegriffenen verschiedenen Personen begangen wird und diese mindestens drei Personen sie wahrnehmen können. Es ist daher nicht die Wahrnehmung durch andere, sondern nur die Wahrnehmbarkeit verlangt (Fabrizy, StGB10, § 115, Rz 2).

Aus den getroffenen Feststellungen ergibt sich, dass die Beschimpfung einer anderen Person durch Zeigen des Mittelfingers in Gegenwart von zahlreichen weiteren Personen, ausgenommen dem Täter (Bf) und dem Klienten begangen wurde. Weiters steht fest, dass neben den zahlreichen Personen, die Tathandlung

jedenfalls wahrnehmen konnten, auch zumindest drei Polizeibeamte die Tathandlung wahrgenommen haben.

Selbst wenn den glaubhaften Angaben des Bf nicht zu folgen wäre und das Zeigen des „Stinkefingers“ sich gegen die Polizeibeamten im Dienstfahrzeug gerichtet haben sollte, käme man auf Grund obiger Ausführungen und der unter dieser Annahme geänderten Fallkonstellation zu keinem anderen Ergebnis.

3.3. Im gegenständlichen Fall liegt daher ein Gerichtsdelikt nach § 115 Abs. 1 StGB und keine Verwaltungsübertretung nach dem Sittenpolizeigesetz vor. Es besteht kein Zweifel an der Zuständigkeit der Strafgerichte.

4.1. Im Hinblick auf die Unzuständigkeit der Verwaltungsbehörde zur Verfolgung der Tat war das Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben und die Verfolgung dieser Tat einzustellen.

4.2. In diesem Sinn war dem Bf kein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem LVwG aufzuerlegen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision für die belangte Behörde und die revisionsberechtigte Formalpartei:

Die ordentliche Revision ist für die belangte Behörde und die revisionsberechtigte Formalpartei 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 (VwGH vom 22. 11.2016, Ra 2016/03/0095), noch fehlt es an einer Rechtsprechung. 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 Rechtsfrage 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. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde ist eine Eingabegebühr von 240.- Euro zu entrichten.

Da für den vorliegenden Fall gemäß § 25a Abs. 4 VwGG eine Revision nur wegen Verletzung in subjektiven Rechten (Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG) ausgeschlossen ist, steht der belangten Behörde / der revisionslegitimierten Formalpartei die außerordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof offen, die beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen ist.

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

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 Stierschneider