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

Geschäftszeichen: **LVwG-603481/12/MS**

Datum: **Linz, 23. März 2020**

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. Süß über die Beschwerde des R S, vertreten durch H-W Rechtsanwälte GmbH, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 28. November 2019, GZ: BHGR/919080017612/19, wegen Übertretung der Straßenverkehrs-ordnung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 400,00 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (im Folgenden: belangte Behörde) vom 28. November 2019, GZ: BHGR/919080017612/19, wurde über Herrn R S (im Folgenden: Beschwerdeführer) infolge der Übertretung des § 99 Abs. 1 lit. b iVm § 5 Abs. 2 StVO gemäß § 99 Abs. 1 StVO eine Geldstrafe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 16 Tage 16 Stunden) verhängt und ihm Folgendes zur Last gelegt:

„1. Datum/Uhrzeit: 16.09.2019, 22:31 Uhr
Ort: x, x
Betroffenes Fahrzeug: PKW Volkswagen, Kennzeichen: x (x)

Sie haben sich am 16.09.2019, um 22:31 Uhr in x, x, nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei geweigert, Ihre Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass Sie am 16.09.2019, gegen 21:00 Uhr im Gemeindegebiet von x auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr, nämlich auf der Gemeindestraße x bis zum Objekt x, das Kraftfahrzeug der Marke Volkswagen mit dem Kennzeichen x in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt zu haben."

Begründend führt die belangte Behörde Folgendes aus:

„Aufgrund einer Anzeige der Polizeiinspektion x vom 17.09.2019 wurden Sie mit unserem Schreiben vom 27.09.2019 aufgefordert, sich zu der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung bis zum 17.10.2019 zu rechtfertigen. Mit Schreiben Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung vom 03.10.2019 haben Sie eine Rechtfertigung erstattet. Darin führen Sie insb. aus, dass Sie die Ihnen vorgeworfene Tat nicht begangen hätten, vor allem seien Sie nüchtern auf Straßen mit öffentlichen Verkehr gefahren und um ca. 21 Uhr nüchtern bei der Liegenschaft x angekommen. Erst danach hätten Sie Alkohol konsumiert. Sie stellten außer Streit, den Alkotest verweigert zu haben, hätten dies aber nur deshalb gemacht, weil Sie der Meinung gewesen seien, auf der Privatliegenschaft von Frau D nicht dazu verpflichtet gewesen zu sein. Dieser Rechtsirrtum sei zumindest strafmindernd zu berücksichtigen.

In der Folge wurde von der Behörde Ihre Einvernahme sowie jene der Zeugen G H, M D und Gl F T durchgeführt. Vor Beginn Ihrer Vernehmung wurden sie nach Ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen befragt, wobei Sie dazu keine Angaben machten.

Die Einvernahmen der Zeugen G H, M D und Gl F T wurden Ihnen in weiterer Folge mit der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme übermittelt.

Von dieser Möglichkeit haben Sie mit Schriftsatz vom 28.10.2019 Gebrauch gemacht und unter Aufrechterhaltung Ihres bisherigen Vorbringens insb. ausgeführt, dass Sie sich des Eindruckes nicht erwehren könnten, der Zeuge Gl T nehme die Angelegenheit persönlich. Sie werfen dem Zeugen vor, er habe ergänzende Erhebungen durchgeführt, welche er in seiner Einvernahme nicht ausdrücklich angegeben habe. Auch sei es unrichtig, dass der Zeuge Ihnen das Handy aus dem Auto geholt habe. Dies sei durch die Vorlage von Einzelverbindungsnachweisen erwiesen. Insgesamt bestünden Ihrer Ansicht nach an der

Aussage des Gl T mehr als Zweifel. Sie beantragten, das gegen Sie geführte Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht nachfolgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt als erwiesen fest:
Sie haben sich am 16.09.2019 um 22:31 Uhr in x, x, nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei geweigert, Ihre Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass Sie am 16.09.2019 gegen 21:00 Uhr im Gemeindegebiet von x auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr, nämlich auf der Gemeindestraße x bis zum Objekt x, das Kraftfahrzeug der Marke Volkswagen mit dem Kennzeichen x in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt haben.
Zudem scheint im Verwaltungsstrafregister eine einschlägige, rechtskräftige und noch nicht getilgte Verwaltungsvorstrafe auf (Straferkenntnis der LPD Salzburg vom 19.10.2015).

Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung:
Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf die dienstlichen Wahrnehmungen der Polizeiorgane, die Angaben in der Anzeige der PI x vom 17.09.2019, Einsichtnahme in das Führerschein- und Verwaltungsstrafregister sowie vorangehende Akten. Weiters wurde Beweis erhoben durch Ihre niederschriftliche Einvernahme sowie jene der Zeugen G H, M D und Gl F T.
In rechtlicher Hinsicht ist zunächst auszuführen, dass gemäß § 5 Abs 2 StVO besonders geschulte und von der Behörde hiezu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht berechtigt sind, 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 ein Fahrzeug gelenkt zu haben oder bei denen der Verdacht besteht, dass ihr Verhalten am Unfallsort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang steht, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.
Wer sich bei Vorliegen der im § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen oder sich vorführen zu lassen, oder sich bei Vorliegen der bezeichneten Voraussetzungen nicht der amtsärztlichen Untersuchung unterzieht, begeht eine Verwaltungsübertretung nach § 99 Abs 1 lit b StVO und ist mit einer Geldstrafe von 1600 Euro bis 5900 Euro, im Falle Ihrer Uneinbringlichkeit mit Arrest von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen.
Dem Gesetzeswortlaut des § 5 StVO ist klar zu entnehmen, dass bei allen Personen, die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben oder in Betrieb genommen zu haben, eine Atemluftuntersuchung vorgenommen werden darf. Für die Berechtigung zur Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt gemäß § 5 Abs. 2 Z 1 StVO reicht ein diesbezüglicher Verdacht. Die Weigerung der so ‚verdächtigten' Person, die Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, bildet eine Verwaltungsübertretung nach § 99 Abs. 1 lit. b StVO (VwGH 21.12.2001, 99/02/0073, mwN). Auf eine erhöhte Verdachtslage kommt es nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 5 Abs. 2 Z 1 StVO nicht an.
Auch muss zwischen dem Grund für das Einschreiten der Polizei und dem Straßenverkehr kein Konnex bestehen (VwGH 15.1.2018, Ra 2018/02/0002).

Bei der Verpflichtung, sich einer entsprechenden Untersuchung gemäß § 5 Abs. 2 StVO 1960 zu unterziehen, kommt es auf den Verdacht des Lenkens eines Fahrzeugs in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Alkoholkontrolle an (VwGH 11.09.2017, Ra 2017/02/0046).
Beim Eintreffen der Polizei wurden Sie von den Beamten schlafend in Ihrem Fahrzeug angetroffen, wobei der Motor lief. Im Zuge der Amtshandlung wurden Sie von den Beamten gefragt, wo Sie herkommen würden, und gaben Sie zunächst an, vom Golfplatz in x zu kommen. Erst als Sie zum Vortest mit dem Alkomaten aufgefordert wurden, stellten Sie dies in Abrede.
Der Verdacht der Beeinträchtigung durch Alkohol stand durch die von den Beamten bei Ihnen wahrgenommenen Symptome (v.a. starker Alkoholgeruch, stark gerötete und gläsrige Augen, verzögerte Wahrnehmung) eindeutig fest. Einen allfälligen Nachtrunk haben Sie im Zuge der Amtshandlung nicht behauptet. Auch sonst lagen keine Umstände vor, die auf einen allfälligen Nachtrunk hingewiesen hätten.
Für die erhebenden Beamten bestand damit zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Alkoholkontrolle unzweifelhaft der Verdacht, dass Sie am 16.09.2019 kurze Zeit vor dem Eintreffen der Polizei ein Fahrzeug auf Straßen mit öffentlichem Verkehr in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt haben.
Sie wären daher verpflichtet gewesen, der Aufforderung zum Alkoholtest Folge zu leisten. Da für die Verpflichtung zur Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt gemäß § 5 Abs. 2 Z 1 StVO schon ein diesbezüglicher Verdacht ausreichend ist und ein solcher zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Atemluftuntersuchung zweifellos vorlag, war auf Ihre nachträglich im Rahmen der Rechtfertigung vorgebrachten Nachtrunkbehauptungen nicht weiter einzugehen.
Dadurch, dass Sie sich geweigert haben der Aufforderung zur Ablegung der Atemluftuntersuchung Folge zu leisten, haben Sie das Ihnen angelastete Delikt in objektiver Hinsicht verwirklicht.
Sie haben aber auch die subjektive Tatseite der Ihnen angelasteten Verwaltungsübertretung erfüllt, wobei von einem zumindest fahrlässigen Verhalten im Sinne des § 5 VStG auszugehen ist.
So haben Sie gegenüber den amtshandelnden Polizeibeamten fragend angegeben, warum Sie blasen sollten, Sie seien ja nicht gefahren. Die Meinung, auf Privatgrund nicht zur Durchführung des Alkotests verpflichtet zu sein - wie Sie es nun im Zuge des Verfahrens behaupteten - haben Sie hingegen nicht geäußert.
Davon abgesehen geht ein Irrtum über Vorschriften, die ein lenkerberechtigter Kraftfahrer kennen muss, grundsätzlich zu seinen Lasten. Wenn der Beschuldigte zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Ablegung der Atemluftprobe der Ansicht gewesen sein sollte, hiezu auf Privatgrund nicht verpflichtet zu sein, so handelt es sich um eine irrige Auslegung der StVO 1960, die nicht als unverschuldet angesehen werden kann. Im Übrigen hätte der Beschuldigte auf Grund der Aufforderung durch das Straßenaufsichtsorgan jedenfalls Zweifel an seiner - unrichtigen - Rechtsansicht haben müssen (VwGH vom 18.11.2011, 2008/02/0339).
Auch vor diesem Hintergrund ist Ihnen Ihr Verhalten jedenfalls subjektiv vorwerfbar.

Zur Strafbemessung ist Folgendes anzuführen:
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 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 42 bis 46) 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Es scheint eine einschlägige, rechtskräftige und noch nicht getilgte Verwaltungsvorstrafe vom 19.10.2015 auf (Geldstrafe iHv € 2.500,00 gern. § 99 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 5 Abs. 1 StVO), was erschwerend zu werten war. Sonstige Milderungs- und/oder Erschwerungsgründe liegen nicht vor.
Nach § 20 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) kann die Mindeststrafe bei beträchtlichem Überwiegen der Milderungs- über die Erschwerungsgründe bis zur Hälfte unterschritten werden. Bei der Beurteilung der Frage des ‚beträchtlichen Überwiegens der Milderungsgründe' kommt es nicht auf die Zahl, sondern das Gewicht und die Bedeutung im Zusammenhang mit dem Sachverhalt an (vgl. VwGH 27.02.1992, 92/01/0095).
Wie bereits ausgeführt, liegen keine Milderungsgründe vor, sodass mit einer außerordentlichen Strafmilderung nicht vorgegangen werden konnte.
Gemäß § 45 Abs. 1 Z 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. Der Unrechtsgehalt der von Ihnen gesetzten Verwaltungsübertretung nach § 5 StVO wird als sehr hoch eingestuft, da gerade Übertretungen der Alkoholbestimmungen zu den schwerwiegendsten Verstößen gegen die Straßenverkehrsordnung gehören. Von einem geringfügigen Verschulden kann zudem nicht ausgegangen werden, zumal weder hervorgekommen, noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen ist, dass die Einhaltung der entsprechenden Vorschriften eine besondere Aufmerksamkeit erfordert hätte, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes nur schwer hätte vermieden werden können.
Bei der Strafbemessung wurde die behördlich vorgenommene Schätzung (3.000,00 Euro monatliches Nettoeinkommen, kein Vermögen, keine Sorgepflichten) zugrunde gelegt. Zur Schätzung Ihrer Verhältnisse in Bezug auf Einkommen, Vermögen und Sorgepflichten darf in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass Sie es bei der Einschätzung dieser Verhältnisse Ihrer unterlassenen Mitwirkungspflicht zuzuschreiben haben, sollte die Behörde bei dieser Einschätzung zu Ihrem Nachteil Umstände unberücksichtigt gelassen haben, die ihr ohne Ihre Mitwirkung nicht zur Kenntnis gelangen konnten (VwGH 14.1.1981, 3033/80).
Die verhängte Strafe ist als schuld- und tatangemessen zu betrachten und stellt auch das notwendige Maß dessen dar, um Sie in Zukunft von der Begehung ähnlicher Übertretungen abzuhalten. Die Entscheidung über die Kosten des Strafverfahrens stützt sich auf die im Spruch angeführten gesetzlichen Bestimmungen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen dieses Straferkenntnis, das dem Beschwerdeführer zu Handen seiner Rechtsvertretung zugestellt worden ist, richtet sich die am 20. Dezember 2019 verfasste und am gleichen Tag mit E-Mail eingebrachte rechtzeitige Beschwerde, in der beantragt wurde, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos aufzuheben,

das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen und in eventu die Strafe herabzusetzen.

Begründend wurde Folgendes dargelegt:

„Der Beschwerdeführer ist über 10 Jahren befreundet mit Frau M D und deren Lebensgefährten G H, beide wohnhaft in x, x (Grundstück Nummer x, KG x; Liegenschaft EZ x). Am 16.9.2019 war G H beim Beschwerdeführer und wurde hierbei vereinbart, dass der Beschwerdeführer Herrn G H noch am selben Tag am Abend besuchen sollte, um einen Kaufabschluss für ein Wohnmobil schriftlich zu fixieren und daran anschließend diesen Kaufabschluss zu feiern. Es war verabredet, dies mit alkoholischen Getränken zu feiern, und sollte der Beschwerdeführer bei Herrn G H übernachten.

Der Beschwerdeführer fuhr nüchtern mit seinem Auto von zu Hause weg und erreichte gegen 21:00 Uhr nüchtern die Liegenschaft x. Er stellte dabei sein Fahrzeug nicht auf den Parkflächen vor dem Haus ab, sondern fuhr zur Nordseite des Grundstückes, öffnete die dortige Absperrkette, fuhr in den Garten und stellte sein Fahrzeug auf dem Rasen hinter dem Haus (in etwa westlich vom Haus x gesehen) ab.

Der Beschwerdeführer musste feststellen, dass entgegen der Verabredung das Auto von Herrn G H noch nicht bei der Liegenschaft x abgestellt war und auch sonst das Gebäude finster war. Der Beschwerdeführer ging davon aus, dass Herr H nicht zu Hause war und wartete im Auto. Zu diesem Zeitpunkt (nach 21:00 Uhr) waren die Temperaturen bereits gesunken und startete der Beschwerdeführer das Fahrzeug wieder, um die Heizung einzuschalten. Zu diesem Zeitpunkt war der Beschwerdeführer nüchtern!

Um sich die Wartezeit zu verkürzen und aus Langeweile, begann der Beschwerdeführer von den mitgeführten Alkoholika zu trinken. Der Beschwerdeführer ging ja davon aus, dass er bei Herrn H übernachten kann. In weiterer Folge schlief dann der Beschwerdeführer im Auto ein, zumal der Arbeitstag des Beschwerdeführers bereits um 3:00 Uhr früh begonnen hat.

Verwiesen wird auf den im Verfahren vor der belangten Behörde vorgelegten d-Auszug, auf dem die ungefähre Position des Fahrzeuges des Beschwerdeführers im Garten eingezeichnet ist. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass sich nicht zuletzt auch aus dem Behördenakt der PI Andorf ergibt, dass der Beschwerdeführer sein Fahrzeug im Garten auf der Wiese hinter dem Haus x abgestellt hat und wird letzteres von der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid auch nicht bezweifelt.

Im Haus x hatte M D geschlafen. Zufällig bemerkte sie das hinter dem Haus abgestellte Fahrzeug, das sie in diesem Moment nicht erkannte. Auch den Beschwerdeführer erkannte sie in diesem Moment vom Haus aus nicht. Sie rief die Polizei.

Die Polizei fand dann den Beschwerdeführer schlafend im ‚laufenden' Auto. Außer Streit gestellt wird, dass der Beschwerdeführer den Alkotest verweigerte. Der Beschwerdeführer tat dies allerdings deswegen, da er der Meinung war, dass er auf der Privatliegenschaft von Frau D nicht dazu verpflichtet wäre. Deswegen hat der Beschwerdeführer auch keine näheren Angaben zu seinem Alkoholkonsum gemacht.

In weiterer Folge wurde dann dem Beschwerdeführer der Führerschein abgenommen, wobei auf der Bestätigung über die Abnahme des Führerscheines vom einschreitenden Polizeibeamten angegeben wurde, dass der Beschwerdeführer das Fahrzeug in Betrieb genommen hat und nicht, dass er das Fahrzeug gelenkt hat.

Entschieden bestritten wird, dass der Beschwerdeführer das Fahrzeug in einem alkoholisierten Zustand gelenkt hat und insbesondere, dass er in einem alkoholisierten Zustand zur Liegenschaft x gefahren ist. Gegenteiliges ergibt sich auch in keiner Weise aus

dem vorliegenden Behördenakt. Außer Streit gestellt wird allerdings, dass er das Fahrzeug - allerdings im nüchternen Zustand - in Betrieb genommen hat.
Mit Schriftsatz vom 20.9.2019 stellte die beschwerdeführende Partei einen Antrag auf Wiederausfolgung des Führerscheines. Mit Verfügung vom 27.9.2019 erfolgte die Aufforderung zur Rechtfertigung. Mit Schriftsatz vom 3.10.2019 erstattete die beschwerdeführende Partei eine Rechtfertigung.
Im parallel geführten Führerscheinentzugs-Verfahren wurde mit Mandatsbescheid vom 26.09.2019 dem Beschwerdeführer die Lenkberechtigung für die Dauer von 24 Monaten, gerechnet ab der vorläufigen Abnahme des Führerscheines am 16.09.2019, entzogen. Darüber hinaus wurde angeordnet, dass der Beschwerdeführer bis zum Ablauf der Entziehungsdauer eine verkehrspsychologische Stellungnahme sowie ein amtsärztliches Gutachten beizubringen und sich bis zum Ablauf der Entziehungsdauer auf eigene Kosten einer besonderen Nachschulung (Einstellung- und Verhaltenstraining für alkoholauffällige Lenker) zu unterziehen hat. Dagegen erhob der Beschwerdeführer fristgerecht mit Schriftsatz vom 30.9.2019 Vorstellung.
Es wurde in weiterer Folge seitens der belangten Behörde das Ermittlungsverfahren eingeleitet, in welchem eine Einvernahme des Beschwerdeführers, der Zeugen G H, M D und Gl F T durchgeführt wurde.
Mit Schriftsatz vom 28.10.2019 erstattete der Beschwerdeführer eine ergänzende aufgetragene Stellungnahme. Den dortigen Beweisanträgen des Beschwerdeführers kam die belangte Behörde nicht nach. Sie holte aber eine ergänzende schriftliche Stellungnahme von Gl T ein.
Mit Bescheid der belangten Behörde vom 28.11.2019, den ausgewiesenen Rechtsvertretern des Beschuldigten zugestellt am 2.12.2019 wurde das nunmehr angefochtene Straferkenntnis erlassen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Mit Schreiben vom 13. Jänner 2020 und unter Beifügung des Verfahrensaktes legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor und beantragte die Beschwerde als unbegründet abzuweisen. Von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung wurde kein Gebrauch gemacht.
Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:
Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 5. März 2020 (verbunden mit der Beschwerde zu GZ: LVwG-651639), an der der Beschwerdeführer selbst, sein Rechtsvertreter sowie ein Vertreter der belangten Behörde teilnahmen.
Als Zeugen einvernommen wurden GI F T, M D, G H und D S.

Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:
Am Vormittag des 16. September 2019 kam der Zeuge H zum Beschwerdeführer, da sich dieser für das Wohnmobil des Zeugen interessierte und dieses kaufen wollte. Die Unterzeichnung des Kaufvertrages und Bezahlung des Kaufpreises wurde für den Abend desselben Tages, um ca. 21.00 Uhr, vereinbart und sollte am Wohnsitz der Zeugin D, die die Lebensgefährtin des Zeugen H ist, stattfinden, da sich dort auch das Wohnmobil befand (schriftliche Beschwerde, Angabe des Beschwerdeführers, Aussage des Zeugen H).

Der Beschwerdeführer lenkte daher am Abend seinen Pkw zur Adresse der Zeugin und kam dort gegen 21.00 Uhr an und parkte seinen Pkw im Garten der Zeugin (schriftliche Beschwerde, Angabe des Beschwerdeführers).

Die Zeugin wurde durch ihre Tochter darauf aufmerksam gemacht, dass im Garten ein Fahrzeug mit eingeschalteten Scheinwerfern stand. Da diese in Richtung Haus leuchteten konnte die Zeugin das Fahrzeug nicht erkennen bzw. jemandem zuordnen und hegte sie den Verdacht es könnte sich um einen Einbrecher handeln und rief sie daher die Polizei (Zeugenaussage der Zeugin D).

Der Zeuge T fand den Beschwerdeführer schlafend im beleuchteten, versperrten Pkw mit laufendem Motor vor und weckte diesen durch Klopfen mit der Taschenlampe am Fahrerfenster und veranlasste ihn nach dessen Aufwachen aus dem Fahrzeug auszusteigen. Der Zeuge konnte beim Beschwerdeführer deutlichen Alkoholgeruch aus dem Mund, einen unsicheren Gang sowie deutlich gerötete Bindehäute wahrnehmen. Das Benehmen des Beschwerdeführers war unbeherrscht. Auf dem Rasen hinter dem Pkw konnte er frische Fahrspuren feststellen (Anzeige, Angaben des Zeugen T).

Der Zeuge T forderte den Beschwerdeführer zum Alkovortest auf, den dieser mit der Begründung nicht gefahren zu sein verweigerte (Anzeige, Angaben des Zeugen T, Beschwerde).

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus den in den Klammern angeführten Beweismitteln.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:
Gemäß § 99 Abs. 1 lit. b StVO begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 1600 Euro bis 5900 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.

Gemäß § 5 Abs. 2 Z. 1 StVO sind Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und – soweit es sich nicht um Organe der Bundespolizei handelt – von der Behörde hierzu 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 ein Fahrzeug gelenkt zu haben, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

Zur Begründung der Pflicht sich einer Atemluftkontrolluntersuchung unterziehen zu müssen reicht es aus, wenn im Zeitpunkt der Aufforderung durch das Straßenaufsichtsorgan zur Atemluftmessung lediglich der Verdacht besteht, ein Fahrzeug gelenkt zu haben.

Zur Begründung der Vermutung der Alkoholisierung genügt das Vorliegen eines der typischen Alkoholisierungssymptome. Ob diese Symptome tatsächlich durch Alkohol bewirkt wurden oder ob der Lenker tatsächlich durch Alkohol beeinträchtigt war, ist für die Verpflichtung, sich der Atemluftuntersuchung zu unterziehen, nicht entscheidend. Die Vermutung der Alkoholbeeinträchtigung muss nicht auf eigener Wahrnehmung des Straßenaufsichtsorgans liegen, sondern kann auch von dritten Personen dem Organ mitgeteilt werden.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 2 zweiter Satz StVO reicht bereits der „bloße Verdacht" aus, der Aufgeforderte habe ein Fahrzeug in alkoholisiertem Zustand gelenkt. Der Verdacht muss sich demnach einerseits auf die Alkoholisierung und andererseits auf das Lenken eines Fahrzeuges in alkoholisiertem Zustand beziehen. Wesentlich ist, dass die einschreitenden Beamten im Zeitpunkt der von ihnen durchgeführten Amtshandlung aufgrund der näheren Tatumstände den begründeten Verdacht hatten, dass der Beschuldigte in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt habe (vgl. dazu z. B. VwGH 14. Dezember 2012, 2011/02/0046, mwN).

Für die in § 5 Abs. 2 StVO festgelegte Verpflichtung ist auch nicht entscheidend, ob der Beschwerdeführer tatsächlich durch Alkohol beeinträchtigt war, sondern der Umstand, ob der Beamte vermuten konnte, dass sich der Beschwerdeführer in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befindet (Messiner, StVO10, E 297 zu § 5 StVO). Die Beamten sind nicht gehalten, den Wahrheitsgehalt einer (anonymen) Anzeige erst durch andere (allenfalls weitwendige) Ermittlungen zu überprüfen (VwGH 25. Mai 2007, 2007/02/0128).

Als Verweigerung des Alkotests ist jedes Verhalten anzusehen, das ein ordnungsgemäßes Zustandekommen der Atemluftuntersuchung durch den Alkomaten verhindert (VwGH 27. Februar 2007, 2007/02/0019).

Aufgrund der Feststellungen im Beweisverfahren und den Überlegungen im Rahmen der Beweiswürdigung steht für das erkennende Gericht hinreichend erwiesen fest, dass beim Beschwerdeführer Alkoholisierungsmerkmale (deutlicher Alkoholgeruch aus dem Mund, unsicherer Gang und deutliche Bindehautrötung) gegeben waren und er auf dem Fahrersitz seines Pkw mit eingeschalteter Zündung vorgefunden wurde und sich auf dem Boden hinter dem Fahrzeug frische Reifenspuren befunden haben, sodass im Zeitpunkt der Aufforderung zur Ablegung des Alkovortests eine konkrete Verdachtslage im Sinne des § 5 Abs. 2 StVO vorlag und der Beschwerdeführer daher vor dem Hintergrund der dargestellten Judikatur rechtmäßig zum Alkotest aufgefordert wurde.
Damit wäre der Beschwerdeführer verpflichtet gewesen an der weiteren Amtshandlung mitzuwirken und sich dem Alkomattest (hier: Alkovortest) zu unterziehen. Da der Beschwerdeführer die Durchführung des Alkotests verweigerte, indem er zum Ausdruck brachte, nicht blasen zu müssen, da er sich auf Privatgrund befinde, hat er die ihm zur Last gelegte Übertretung gemäß § 5 Abs. 2 StVO objektiv zu verantworten.

Hinsichtlich der subjektiven Tatseite brachte der Beschwerdeführer vor, er sei der Meinung gewesen, dass er auf Privatgrund nicht verpflichtet sei, der Aufforderung zum Alkotest nachkommen zu müssen und sei er daher einem Rechtsirrtum unterlegen.
Gemäß § 5 Abs. 2 VStG führt der unverschuldete Verbotsirrtum zur Straflosigkeit des Täters. § 5 Abs. 2 zweiter Halbsatz VStG begrenzt die Anwendung des Verbotsirrtums auf solche Fälle, in denen das Unrecht der Tat ohne Verbotskenntnis nicht zu erkennen ist. Für solche Fälle gilt daher, dass sich der Handelnde mit den entsprechenden Rechtsvorschriften vertraut machen muss (Erkundungspflicht).
Bei den meisten Verwaltungsbereichen bedarf es der Kenntnis der jeweiligen Verwaltungsvorschriften, um das Unrecht der Tat zu erkennen. In einer solchen Konstellation ist dem Beschuldigten daher die Verbotsunkenntnis vorwerfbar, wenn er sich – trotz Veranlassung hiezu – über den Inhalt der einschlägigen Normen nicht näher informiert hat. Es besteht also insoweit eine Erkundigungspflicht. § 9 Abs. 2 StGB sieht eine solche Erkundigungspflicht für den Fall vor, dass sich ein entsprechendes Informationserfordernis nach den Umständen (also insb. Beruf, Beschäftigung oder sonstige Tätigkeit) ergibt. Der VwGH spricht davon, dass der Täter hinsichtlich einer solchen Erkundigungspflicht die „nach seinen Verhältnissen erforderliche Sorgfalt" anzuwenden hat (z.B. VwSlg 7528 A/1969). Nach der Rsp des VwGH hat sich jedermann „mit den einschlägigen Normen seines Betätigungsfeldes ausreichend vertraut zu machen" (VwGH

14.1.2010, 2008/09/0175). Der VwGH bejaht eine solche Erkundigungspflicht bei der Teilnahme am Straßenverkehr (z.B. VwSlg 10.262 A/1980).
Unterlässt der Beschuldigte bei gebotener Informationspflicht derartige Erkundigungen, so ist ein einschlägiger Verbotsirrtum – weil nicht erwiesenermaßen unverschuldet – jedenfalls vorwerfbar (stRsp, z.B. VwGH 10..2.1999, 98/09/0298); er trägt diesfalls „das Risiko des Rechtsirrtums" (z.B. VwGH 30.11.1981, 81/170/0126).

Im Sinn der dargestellten Judikatur wäre der Beschwerdeführer als Teilnehmer am Straßenverkehr verpflichtet gewesen, sich Kenntnis darüber zu verschaffen, welche Pflichten mit dieser Teilnahme am Straßenverkehr verbunden sind und hier konkret, unter welchen Voraussetzungen er verpflichtet ist, einer Aufforderung zur Durchführung des Alkotest nachzukommen.

Dass der Beschwerdeführer Erkundigungen dahingehend eingezogen hat, ob er auf Privatgrund verpflichtet ist einer Aufforderung zur Absolvierung des Alkotests nachzukommen, wurde weder vor der belangten Behörde noch in der Beschwerdeschrift und auch nicht in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgebracht.
Indem der Beschwerdeführer daher die gebotene Informationspflicht unterlassen hat, trägt er das Risiko des Rechtsirrtums und ist ihm der Verbotsirrtum vorwerfbar und wirkt dieser nicht schuldbefreiend.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG 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 VStG iVm § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Nach der bezughabenden Strafbestimmung des § 99 Abs. 1 lit. b StVO begeht u.a. eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 1.600 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 zu lassen.

Von der belangten Behörde wurde der Umstand, dass eine einschlägige Vorstrafe vorlag als erschwerend und kein Umstand als mildernd gewertet. Im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kamen keine Umstände hervor, die darüber hinaus als erschwerend zu werten wären, ebenso traten keine Umstände zu Tage, die als mildernd zu werten gewesen wären.

Bei der Strafbemessung wurde die behördlich vorgenommene Schätzung (3.000,00 Euro monatliches Nettoeinkommen, kein Vermögen, keine Sorgepflichten) zugrunde gelegt. Da davon weder in der Beschwerdeschrift noch in der mündlichen Beschwerdeverhandlung abweichende Angaben gemacht wurden, ist die Einkommens-, Vermögens- und Familiensituation der Beurteilung nach wie vor zugrunde zu legen.

Zum Verschulden ist festzuhalten, dass es sich beim Verstoß gegen § 99 Abs. 1 lit. b StVO um ein Ungehorsamsdelikt handelt, das durch die Verweigerung den Alkotest durchzuführen vollendet ist, ohne dass es den Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr bedarf und daher zumindest von einem fahrlässigen Verhalten des Beschwerdeführers auszugehen ist.

Verweigerungsdelikte zählen mit zu den schwersten Verstößen gegen die straßenpolizeilichen Normen. Derartige Verstöße sind daher auch mit einem hohen Unrechtsgehalt behaftet, weshalb es aus spezial- als auch generalpräventiven Überlegungen spürbarer Strafen bedarf, um darauf hinzuweisen, dass die Beachtung und Einhaltung dieser Verwaltungsvorschrift von wesentlicher Bedeutung ist. Der Gesetzgeber hat daher für die Begehung von Verweigerungsdelikten auch einen entsprechend strengen Strafrahmen vorgesehen, wobei die gesetzliche Mindestgeldstrafe mit 1.600 Euro festgesetzt wurde und der Strafrahmen bis 5.900 Euro reicht.

Die belangte Behörde hat im konkreten Fall eine Geldstrafe von 2.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 16 Tagen 16 Stunden verhängt. Die Strafhöhe erscheint insbesondere unter Berücksichtigung des Vorliegens einer einschlägigen Vorstrafe keinesfalls überhöht und erscheint auch aus spezialpräventiven Gründen erforderlich, um den Beschwerdeführer zukünftig von der Begehung von Verwaltungsübertretungen der gleichen Art abzuhalten.

Insgesamt ist daher an der Strafbemessung der belangten Behörde kein Ermessensmangel festzustellen und ist daher die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat.

Gemäß § 52 Abs. 2 erster Satz VwGVG ist dieser Beitrag für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

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. Es liegen auch 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 diese Entscheidung 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. Erfolgt die Zustellung bis zum 30.04.2020, beginnt die Frist mit 01.05.2020 neu zu laufen. 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne

Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Süß

.