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-603517/15/MS

Datum:
Linz, 2. Juli 2020

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des G T P, vertreten durch G K L S B A Rechtsanwälte OG, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 27. Dezember 2019, GZ: VStV/919301914836/2019, wegen Übertretung der Straßenverkehrsordnung (StVO) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 2. Juli 2020

zu Recht e r k a n n t :

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 800,00 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 Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 27. Dezember 2019, GZ: VStV/919301914836/2019, wurde über Herrn G T P (im Folgenden: Beschwerdeführer) wegen der Übertretung des § 99 Abs. 1 lit. b iVm § 5 Abs. 5 1. Satz und Abs. 9 StVO eine Geldstrafe von 1.600,00 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage) auf der Grundlage des § 99 Abs. 1 StVO verhängt und ihm Folgendes zur Last gelegt:

„1. Datum/Zeit: 29.10.2019, 16:50 Uhr
Ort: x, x
betroffenes Fahrzeug: Kennzeichen: x

Sie haben sich am 29.10.2019 um 16:50 Uhr in x, x, nach Aufforderung eines besonders geschulten Organs der Bundespolizei geweigert, sich zum Zweck der Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Suchtgift zu einem bei einer Landespolizeidirektion tätigen Arzt vorführen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass Sie zum angeführten Zeitpunkt am angeführten Ort das angeführte Fahrzeug in einem vermutlich durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand gelenkt haben."

Begründend stützt sich die belangte Behörde auf die Anzeige vom 30. Oktober 2019, die eigene dienstliche Wahrnehmung des Organs der Straßenaufsicht sowie das durchgeführte Ermittlungsverfahren und nimmt darauf basierend die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Verwaltungsübertretung als erwiesen an.

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die mit anwaltlichem Schreiben verfasste und rechtzeitig eingebrachte Beschwerde, mit der beantragt wurde, der Beschwerde stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das gegen den Beschwerdeführer anhängig gemachte Verwaltungsstrafverfahren zur Einstellung zu bringen.

Begründend wurde Folgendes dargelegt:
„Unzureichende Begründung:
Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 45 Abs. 2 AVG) bedeutet nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa das Erkenntnis des VwGH vom 26. Februar 2009, ZI. 2008/09/0007, mwN) nicht, dass der in der Begründung des Erkenntnisses niederzulegende Denkvorgang der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht unterliegt. Die Bestimmung des § 45 Abs. 2 AVG hat nur zur Folge, dass die Würdigung der Beweise keinen gesetzlichen Regeln unterworfen ist. Dies schließt aber eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle in der Richtung nicht aus, ob der Sachverhalt genügend erhoben ist und ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig sind, also nicht den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut

widersprechen. Unter Beachtung dieser Grundsätze ist auch zu prüfen, ob die Behörde im Rahmen ihrer Beweiswürdigung alle in Betracht kommenden Umstände vollständig berücksichtigt hat.

Nach dem gemäß 44 § VStG geltenden § 60 AVG sind in der Begründung eines Erkenntnisses die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Dabei ist die Behörde verpflichtet, in der Begründung des Erkenntnisses in eindeutiger, einer nachprüfenden Kontrolle zugänglichen Weise aufzuzeigen, von welcher konkreten Sachverhaltsannahme sie bei ihrem Erkenntnis ausgegangen ist und auf welche Erwägungen sich die getroffenen Tatsachenfeststellungen im Einzelnen stützen. Dieser Rechtspflicht nicht entsprechend gestaltete Erkenntnisse werden nicht nur dem Sinn und Zweck der §§ 58 und 60 AVG nicht gerecht, sondern hindern im Falle seiner Anrufung auch den Verwaltungsgerichtshof, seiner Rechtskontrollaufgabe, wie sie im § 41 Abs. 1 VwGG zum Ausdruck kommt, insoweit zu entsprechen, als nicht oder unzureichend begründete Erkenntnisse inhaltlich auch keine Überprüfung ‚auf Grund des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhaltes' zulassen (vgl. etwa das Erkenntnis des VwGH vom 9. Oktober 2006, ZI. 2005/09/0116).

Diesen Anforderungen entspricht das angefochtene Erkenntnis nicht. Ihm ist insbesondere nicht zu entnehmen, auf welchen Erwägungen ihre Beweiswürdigung beruht. Eine Auseinandersetzung mit den Ermittlungsergebnissen einschließlich jener Aktenteile, die Grundlage des eingeleiteten Verfahrens gewesen waren, hat nicht stattgefunden. Es wäre in diesem Sinne Sache der belangten Behörde gewesen, konkret und in substanzieller Weise im angefochtenen Erkenntnis darzutun, auf welche konkreten beweiswürdigenden Überlegungen sich die Schlussfolgerung stützt, im gegenständlichen Verfahren hätten die Voraussetzungen für eine Gesetzesübertretung vorgelegen. Eine Überprüfung dieser Überlegungen durch den Verwaltungsgerichtshof ist damit nicht möglich.

Die Behörde hat gemäß § 45 Abs. 2 AVG (iVm § 24 VStG) unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht, wobei gemäß § 25 Abs. 2 VStG die der Entlastung des Beschuldigten dienlichen Umstände in gleicher Weise zu berücksichtigen sind wie die belastenden; der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bildet somit eine verwaltungsverfahrensrechtliche Maxime. Weil ferner gemäß § 60 AVG (iVm § 24 VStG) die Behörde verfahrensrechtlich verpflichtet ist, in der Begründung ihres Bescheides die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens einschließlich der bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen klar und übersichtlich zusammenzufassen, hat die Instanz Mängel der Beweiswürdigung gleichwohl als Verfahrensfehler wahrzunehmen. Sie muss überprüfen, ob die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen schlüssig sind. Schlüssig sind solche Erwägungen dann, wenn sie unter anderem den Denkgesetzen entsprechen (vgl. etwa das Erkenntnis des VwGH vom 21. Jänner 2004, ZI. 2001/09/0193).

Die angefochtene Entscheidung leidet an Begründungsmängeln, die Beweiswürdigung ist unschlüssig, d.h. unzureichend, widersprüchlich oder unvollständig. Die Argumentation der Erstbehörde, wonach ‚das Organ der Straßenaufsicht die Verwaltungsübertretung einwandfrei hätte feststellen können und deshalb der geschilderte Sachverhalt als erwiesen angenommen werden könne' stellt lediglich eine nicht inhaltlich überprüfbare Scheinbegründung dar, da in keiner Weise dargelegt wird, weshalb im konkreten Fall dem Beamten mehr geglaubt wird als mir. Zudem sagt die Begründung überhaupt nichts über die Glaubwürdigkeit des einvernommenen Beamten aus und setzt sich verfehlt auch in

keiner Weise mit meiner gegenteiligen Aussage auseinander, obwohl bei widersprechenden Beweisergebnissen eine Abwägung dahingehend vorzunehmen gewesen wäre, aus welchen Erwägungen der einen Aussage mehr glauben zu schenken ist, als der anderen. Die Erstbehörde hat meine Einlassung nur mit inhaltsleeren Floskeln abgetan bzw. so kursorisch behandelt, dass nicht nachvollziehbar ist, weshalb es die bestrittenen entscheidungswesentliche Feststellungen, wonach ich die Vorführung zum Amtsarzt verweigert hätte, für richtig hielt. Es liegt eine die Frage der Beweiskraft dieser Zeugenaussage im Kern nicht erfassende, an Willkür grenzende Scheinbegründung vor.

Übergangener Beweisantrag:
Die Erstbehörde hat die von mir gestellten Beweisanträge auf Einvernahme des C P, Angestellter, x, x, zu Unrecht - nach dazu, ohne dies in irgendeiner Weise zu begründen - übergangen.
Der Beweisantrag war auch relevant. Der geführte Zeugenbeweis ist in abstractu geeignet, Einfluss auf den Ausgang der Entscheidung zu nehmen. Im Falle, als nämlich die Erstbehörde nach Einholung der beantragten Beweise, zum Ergebnis kommt, dass der dem Beweisantrag zugrundeliegende Sachverhalt zutrifft, hätte diese mit einer Verfahrenseinstellung vorgehen müssen.
Mit dem Hinweis auf das Unterbleiben der Vernehmung dieser beantragten Zeugen vor der Erstbehörde als (in diesem Verfahren zuständigem) Tribunal im Sinn des Art 6 EMRK zeige ich damit einen relevanten Verfahrensmangel auf, da bei dem geführten Zeugen nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieser zur entscheidungswesentlichen Frage, ob ich die mir zur Last gelegte Tat begangen habe oder nicht, auf Grund eigener Wahrnehmungen wesentliche Angaben gemacht hätte, die zu einem anderen Erkenntnis hätten führen können. Die Unterlassung der Vernehmung des genannten Zeugen zu dem geführten Beweisthema belastet das angefochtene Erkenntnis somit mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Beweisantrag:
Die Darstellung des einvernommenen Polizeibeamten entspricht nicht den Tatsachen. Wie der eingeholten Rufdatenauswertung zu entnehmen ist, dauerte das Telefonat, das ich mit meinem Anwalt unter der Telefonnummer x führte, gerechnet von 16:35 Uhr weg gerade einmal sechseinhalb Minuten. Unter Berücksichtigung der Unterbrechungen, konnte ich daher nachweislich nur eine kurze Rechtsauskunft eingeholt haben. Schon die geschilderte Vorgeschichte entspricht daher nicht den Tatsachen.
Der amtshandelnde Beamte hat mitgehört, was mein seinerzeitiges Problem war. Ich wurde nämlich erstmals mit der Situation konfrontiert, dass man mich zur Alkomatüberprüfung aufgefordert hat, ohne dass ich tatsächlich mein Fahrzeug gelenkt hatte. Das war auch das Rechtsproblem, das ich überwiegend mit meinem Anwalt besprochen habe, wie deutlich zu vernehmen war. Tatsächlich hatte ich wie ich richtig angegeben hatte, dieses Problem das erste Mal und wollte mir daher diesbezüglich eine Rechtsauskunft einholen. Entgegen des Standpunktes des amtshandelnden Polizisten, der zu seinen Wahrnehmungen zu befragen ist und keineswegs gehalten ist, irgendwelche beweiswürdigende Überlegungen anzustellen, habe daher keineswegs die Unwahrheit gesagt. Hätte ich die Rechtslage gekannt, dann hätte sich wohl auch eine Rückfrage beim Anwalt erübrigt.
Als mir mein Anwalt erklärte, dass ich mich dem Alkomattest unterziehen solle, habe ich das auch getan. Das Ergebnis war negativ.

Ich habe auch keineswegs die Vorführung zum Amtsarzt zur Untersuchung verweigert. Der Beamte hat mich in der Folge aufgefordert mich eines Drogenschnelltest zu unterziehen. Er forderte mich auf, mit ihm in meine Wohnung zu gehen, um den Drogenschnelltest zu machen. Dem entsprach ich. Ich wollte mich aber neuerlich rechtlich beraten lassen und erklärte, dass ich kurz meinen Anwalt kontaktieren wolle. Der Beamte erklärte mir hierauf, dass ich keinen Rechtsanspruch auf eine Rechtsberatung hätte. Als ich zum Telefon griff, hat er trotz der von mir geäußerten Bereitschaft mich auch einem Drogentest zu unterziehen, wortlos den Raum verlassen und war weg. Ich habe daher die mir zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen.
Zum diesbezüglichen Beweis beantrage ich auch im Beschwerdeverfahren die zeugenschaftliche Einvernahme des seinerzeit anwesenden C P, Angestellter, x, x.

Fehlende Legitimation:
Ferner ist eine gesetzeskonforme Legitimation des Beamten, der die Untersuchung durchgeführt nicht nachgewiesen worden. Sie hat auch nicht vorgelegen.
Zum Beweis dafür, dass der Beamte, der die Amtshandlung vorgenommen hat, nicht über die erforderliche Legitimation zur Messung einer allfälligen Suchtmittelbeeinträchtigung verfügt hat und nicht besonders geschult ist, beantrage ich die Beischaffung einer Abschrift dessen Legitimationsurkunde.

Zur Strafbemessung:
Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, in wie weit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG 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 Verwaltungsstrafrechts sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides so weit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist. § 19 Abs. 1 VStG enthält somit jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafbemessung sind. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer subjektiver Umstände.
Die Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens ist eine Ermessensentscheidung, die nach den vom Gesetzgeber in § 19 VStG festgelegten Kriterien vorzunehmen ist (vgl. das Erkenntnis eines verstärkten Senates des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. März 1980, Slg. 10077/A). Eine Rechtswidrigkeit bei der Strafbemessung liegt dann nicht vor, wenn die Behörde von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch macht. Dabei ist es Sache der Behörde, die für

die Strafzumessung maßgebenden Erwägungen darzustellen, um so dem Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit zur Überprüfung zu eröffnen, ob vom Ermessen gesetzesgemäß Gebrauch gemacht worden ist.
Die Erstbehörde hat in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensübung maßgebenden Umstände und Erwägungen nicht insoweit aufgezeigt, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich gewesen wäre. Es liegt daher eine Ermessensüberschreitung vor.

Unbescholtenheit:
Es liegt keine Vormerkung vor. Dieser Umstand hat zur Konsequenz, dass der Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z. 2 StGB iVm § 19 Abs. 2 VStG zum Tragen kommt. Dem hätte bei der Strafbemessung Rechnung getragen werden müssen.
Das VStG sieht für das Verhältnis zwischen Geldstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen zwar keinen festen Umrechnungsschlüssel vor (vgl. die bei Walter-Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze 112, 269f, wiedergegebene Rechtsprechung). Die Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe hat allerdings nach den Regeln der Strafbemessung zu erfolgen. Die Erstbehörde hat sich im angefochtenen Bescheid nicht eingehend mit der Strafbemessung einschließlich der Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe auseinander gesetzt und dabei die Regeln der Strafbemessung nicht beachtet. Angesichts der Geringfügigkeit der Übertretung, die sich auch in der niedrigen Höhe der verhängten Strafe niedergeschlagen hat, hätte auch die Ersatzfreiheitsstrafe im untersten Bereich ausgemittelt werden müssen. Diese hätte statt mit 14 Tagen vielmehr mit 10 Tagen festgesetzt werden müssen. Die Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe ist als rechtswidrig zu erkennen.
Auch wenn die Verwaltungsvorschrift eine höhere Freiheitsstrafe vorsieht, darf die Höchstgrenze von sechs Wochen nicht überschritten werden (vgl. Hauer-Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens, 4. Aufl., Anm. 3 zu § 16 VStG, S. 783).
Es entspricht zwar der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. Erkenntnis vom 22. September 1955, Slg. N.F. Nr. 3825/A; vom 17. Juni 1983, ZI. 83/02/0010), dass Geldstrafe und Ersatzarreststrafe nicht nach einem festen Umrechnungsschlüssel zu bemessen sind und dass es auch zulässig ist, die Geldstrafe mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse und die Sorgepflichten des Täters - allenfalls im Berufungsverfahren - herabzusetzen, ohne die Ersatzarreststrafe niedriger zu bemessen. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes ist für ein solches Vorgehen dann, wenn zwischen der Höhe der verhängten Geldstrafe und der angedrohten Ersatzarreststrafe ein erheblicher, nach dem Verhältnis zur Höchststrafe zu bemessender Unterschied besteht eine Begründung erforderlich (vgl. Erkenntnis vom 27. November 1979, ZI. 2554/79). An einer solchen Begründung mangelt es aber im angefochtenen Erkenntnis.
Besteht zwischen der Höhe der verhängten Geldstrafe und der verhängten Ersatzarreststrafe ein erheblicher, nach dem Verhältnis zur Höchststrafe zu bemessender Unterschied (hier: ein Unterschied von rund 78 Prozent), dann ist eine Begründung erforderlich (Hinweis E 27.11.1979, 2574/79, E 5.11.1987, 87/18/0087). Ein erheblicher Unterschied zwischen der Geldstrafe und der Ersatzarreststrafe, gemessen an der Strafobergrenze (hier: 40 Prozent zu 83 Prozent) ist zu begründen (Hinweis E 27.11.1979, 2554/79).

Bei der Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe nach § 16 Abs 2 VStG ist nach den Regeln der Strafbemessung (§ 19 VStG) vorzugehen. Reduziert die Berufungsbehörde daher nicht nur die Höhe der Geldstrafe auf einen Bruchteil der von der Behörde erster Instanz verhängten Strafe, sondern wendet sie nunmehr zusätzlich einen niedrigeren Strafsatz an, belässt sie jedoch das Ausmaß der verhängten Ersatzfreiheitsstrafe gleich, ohne eine Begründung dafür zu geben, so belastet sie ihren Bescheid mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes (Hinweis E 27.9.1988, 87/08/0026; E 11.4.1991, 89/06/0157).

Ohne Darlegung der für die Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe maßgebenden Überlegungen lässt sich jedoch nicht nachvollziehen, weshalb im Beschwerdefall ungeachtet der Verhängung der geringstmöglichen Geldstrafe die Festsetzung einer Ersatzfreiheitsstrafe im oberen Drittel des Strafrahmens geboten war (vgl zum Erfordernis einer sachlichen Begründung in diesem Fall das Erkenntnis des VwGH vom 4. September 2006, ZI 2003/09/0104).
Wird aber eine Geldstrafe nicht nur aufgrund der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten herabgesetzt, sondern etwa weil sie generell zu hoch war, so hat sie auch die Ersatzfreiheitsstrafe herabzusetzen (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 27. September 1989, ZI. 87/08/0026).“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 21. Jänner 2020 und unter Beifügung des Verfahrensaktes legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor, ohne von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung Gebrauch gemacht zu haben.
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 2. Juli 2020, an der trotz ausgewiesener Ladung weder die Parteien noch der Zeuge C P teilnahmen. Als Zeuge wurde AI G P einvernommen.

Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:
Der Beschwerdeführer lenkte am 29. Oktober 2019 um 16:50 Uhr den Pkw mit dem Kennzeichen x in x, x (Anzeige, Angaben des Zeugen).
Der Zeuge sah, dass der Lenker des Fahrzeuges x zum fraglichen Zeitpunkt der Beschwerdeführer war und ebenso sah er, dass der Beschwerdeführer, nachdem

er eingeparkt hatte, auf der Fahrerseite aus dem Fahrzeug in der x in x ausstieg (Zeugenaussage).

Bei der durchgeführten Lenker- und Fahrzeugkontrolle fiel dem kontrollierenden Beamten auf, dass der Beschwerdeführer sehr nervös war, stark schwitzte und glasige Augen hatte, worauf ihn der Zeuge zum Alkotest aufforderte. Während der Warmlaufzeit führte der Beschwerdeführer einige Telefonate und auch als das Gerät schon betriebsbereit war, telefonierte der Beschwerdeführer noch immer und wurde vom Zeugen darauf hingewiesen, dass der Alkotest nun durchzuführen sei, da sonst eine Verweigerung im Raum stehen würde. Der Beschwerdeführer gab an, mit seinem Anwalt zu telefonieren und wollte, dass auch der Zeuge mit dem Anwalt spricht, was dieser ablehnte. Der sodann durchgeführte Alkotest mittels Alkomaten ergab 0,0 Promille (Anzeige, Zeugeneinvernahme).

Der Zeuge forderte den Beschwerdeführer in der Folge zum Suchtmittelschnelltest auf, wobei dem Beschwerdeführer die Möglichkeit eingeräumt wurde, diesen in der Wohnung vorzunehmen, da es sich um einen Urintest handelt. Da der Beschwerdeführer den Wohnungsschlüssel nicht finden konnte, gingen der Zeuge und der Beschwerdeführer wieder zum Einsatzfahrzeug und gab auf dem Weg dorthin der Beschwerdeführer an, er werde den Schnelltest nicht machen, worauf seitens des Zeugen eine Aufforderung zur Vorführung zum Amtsarzt erfolgte, was der Beschwerdeführer ebenfalls ablehnte (Anzeige, Zeugenaussage).

Der Zeuge führt schon jahrelang Suchtmittelschnelltests durch (Zeugenaussage).

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den in den Klammern angeführten Beweismitteln. Der Zeuge AI P konnte in der vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durchgeführten Verhandlung einvernommen werden. Er machte einen glaubwürdigen souveränen und völlig objektiven Eindruck, sodass kein Grund vorliegt, dessen Aussagen in irgendeiner Art und Weise in Zweifel zu ziehen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 5 Abs. 5 StVO sind die Organe der Straßenaufsicht weiters berechtigt, Personen, von denen vermutet werden kann, dass sie sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befinden, zum Zweck der Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Alkohol zu einem im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden, bei einer Landespolizeidirektion tätigen, bei einer öffentlichen Krankenanstalt diensthabenden oder im Sinne des § 5a Abs. 4 ausgebildeten und von der Landesregierung hierzu ermächtigten Arzt zu bringen, sofern eine Untersuchung gemäß Abs. 2
1. keinen den gesetzlichen Grenzwert gemäß Abs. 1 erreichenden Alkoholgehalt ergeben hat oder

2. aus in der Person des Probanden gelegenen Gründen nicht möglich war.

Wer zum Zweck der Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Alkohol zu einem Arzt gebracht wird, hat sich einer Untersuchung durch diesen zu unterziehen; die genannten Ärzte sind verpflichtet, die Untersuchung durchzuführen.

Gemäß § 5 Abs. 9 StVO gelten die Bestimmungen des Abs. 5 auch für Personen, von denen vermutet werden kann, dass sie sich in einem durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand befinden; wer zum Arzt gebracht wird, hat sich der Untersuchung zu unterziehen. Die in Abs. 5 genannten Ärzte sind verpflichtet, die Untersuchung durchzuführen.

Hinsichtlich § 5 StVO 1960 ist es maßgeblich, ob der Meldungsleger im Zuge der Amtshandlung aufgrund der von ihm wahrgenommenen Umstände mit gutem Grund die Vermutung haben konnte, dass der Beschuldigte (Beschwerdeführer) sich zum Zeitpunkt des Lenkens eines Fahrzeugs in einem durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand befunden hat (VwGH 25.10.2013, 2013/02/0003).

Personen, von denen vermutet werden kann, dass sie sich in einem durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand befinden, sind gem. Abs. 9 zum Zwecke der Feststellung des Grades der Suchtgiftbeeinträchtigung zu einem im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden oder bei einer LPD tätigen Arzt oder zum Dienst habenden Arzt einer öffentlichen Krankenanstalt zu bringen. Dasselbe gilt für Fußgänger, die im Verdacht stehen, einen VU verursacht zu haben und sich in einem vermutlich durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand befinden. Ob bei einer Person vermutet werden kann, dass sie sich in einem durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet, wird vom Straßenaufsichtsorgan als ges. Vorführungsvoraussetzung auf Grund spezifischer Suchtgiftsymptome, die den Verdacht der Suchtgiftbeeinträchtigung begründen, festzustellen sein. Folgende Verhaltensweisen bzw. Auffälligkeiten gelten z.B. als Hinweis auf eine mögliche Suchtgiftbeeinträchtigung: krass situationsunangepasstes Verhalten, hastige Erregtheit, Schläfrigkeit, Angstzustände, Nichtgehorchen der Sinne, außergewöhnliche Schweißneigung, Unruhe und Zittern, ungewöhnliche Benommenheit, gerötete Augenbindehäute, lichtstarre Pupillen. Hinweise auf Suchtgiftbeeinträchtigung können sich auch aus ungewöhnlichen und unerklärlichen Unfallsituationen ergeben (z.B. ungebremstes Auffahren oder Abkommen von der Straße).
Der Meldungsleger stellte beim Beschwerdeführer fest, dass die Augen des Beschwerdeführers glasig waren, dieser sehr nervös war und stark schwitzte. Zudem nahm der Beschwerdeführer das Angebot eines Urintestschnelltests nicht an, um nachweisen zu können, dass er nicht suchtgiftbeeinträchtigt ist.
Aus all diesen Umständen (festgestellte Symptome, Nichtannahme des Angebots einen Urintest zu machen) und der Tatsache, dass der durchgeführte Alkotest 0,00 Promille ergeben hatte, konnte der Meldungsleger vermuten, der

Beschwerdeführer befinde sich in einem durch Suchtgift beeinträchtigen Zustand, wodurch die Voraussetzung für die Vorführung zum Arzt zwecks der Feststellung, ob sich der Beschwerdeführer in einem durch Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet oder nicht, gegeben gewesen war.

In subjektiver Hinsicht ist festzustellen:
Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift 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.

Zur Strafbemessung:
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 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 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.
Gemäß § 37 Abs. 4 Z. 1 FSG ist eine Mindeststrafe von 726 Euro zu verhängen für das Lenken eines Kraftfahrzeuges, obwohl die Lenkberechtigung entzogen wurde.

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.

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes handelt es sich bei der Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung (z.B. VwGH 28.11.1966, 1846/65), die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Die maßgebenden Umstände und Erwägungen für diese Ermessensabwägung sind in der Begründung des Bescheides soweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des

Verwaltungsstrafverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes erforderlich ist.

§ 99 Abs. 1 lit. b StVO stellt ein Ungehorsamsdelikt dar, das durch die Verweigerung der Vorführung zum Amtsarzt als erfüllt zu betrachten ist, ohne dass es hierzu des Eintritts einer Gefahr oder eines Schadens bedarf, sodass zumindest von fahrlässigem Verhalten auszugehen ist. Die Vorbringen des Beschwerdeführers waren nicht geeignet glaubhaft zu machen, dass ihn an den vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen kein Verschulden trifft, sodass zumindest von Fahrlässigkeit in beiden Fällen auszugehen ist.

Schutzzweck der übertretenen Norm der StVO ist es, feststellen zu können, ob ein Verkehrsteilnehmer, hier der Lenker eines Kraftfahrzeuges, durch Suchtmittel beeinträchtigt ist, um so andere Verkehrsteilnehmer vor Lenkern, die in einem durch Suchtmittel beeinträchtigten Zustand am Verkehr teilnehmen, zu schützen. Mit der Weigerung sich zur ärztlichen Untersuchung vorführen zu lassen, hat der Beschwerdeführer dem Schutzzweck der Norm zuwidergehandelt.

Die belangte Behörde ging mangels vorliegender Angaben durch den Beschwerdeführer von einem monatlichen Einkommen von 800 Euro, keinen ins Gewicht fallenden Sorgepflichten und keinem relevanten Vermögen aus. Diese Annahme blieb in der Beschwerde unwidersprochen.

Über den Beschwerdeführer scheinen einige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen infolge der Übertretung der Straßenverkehrsordnung und der Kurzparkzonen-Überwachungs-Verordnung auf, sodass ihm der Milderungsgrund der Unbescholtenheit nicht mehr zugute kommt. Da die Vormerkungen nicht einschlägig sind, waren sie auch nicht erschwerend zu werten, sodass ggst. kein Grund als mildernd und kein Grund als erschwerend zu werten ist.

Mit der verhängten Geldstrafe von 1.600,00 Euro fand die belangte Behörde mit der vorgesehenen Mindeststrafe das Auslangen. Auch hinsichtlich der Ersatzfreiheitsstrafe wurde mit der vorgesehenen Mindestdauer das Auslangen gefunden, lediglich wurden die zwei Wochen in 14 Tage umgerechnet, was jedoch den selben Zeitraum umfasst. Eine Unverhältnismäßigkeit der Ersatzfreiheitsstrafe kann daher nicht erkannt werden.
Die Anwendung der außerordentlichen Milderung gemäß § 20 VStG kann nicht zur Anwendung gelangen, da ggst. keine Milderungsgründe vorliegen, sodass per se ein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe ausgeschlossen ist.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass an der Strafbemessung durch die belangte Behörde kein Ermessensmangel festzustellen ist. Somit war 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 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. 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