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-651635/12/FP
LVwG-603470/12/FP

Datum:

Linz, 19. Mai 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von M K, geb. x, x, x, AGmbH T, x, x, gegen (1) den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 13. November 2019, GZ: FE-1264/2019 NSch. 506/2019 PAD/190160-0280/002/VW und (2) das Straferkenntnis vom 7. November 2019, GZ: VStV/919301399356/2019, wegen Entziehung der Lenkberechtigung und einer Übertretung der StVO, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 320 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.1. Mit dem im Rubrum genannten Bescheid entzog die belangte Behörde die Lenkberechtigung des Beschwerdeführers (Bf) für die Dauer von 12 Monaten bis zum 14. August 2020 bzw. bis zur Befolgung begleitender Maßnahmen. Diesbezüglich schrieb die belangte Behörde die Beibringung einer verkehrs-psychologischen Stellungnahme und eines amtsärztlichen Gutachtens, sowie die Absolvierung einer Nachschulung vor und erkannte der Beschwerde die auf-schiebende Wirkung ab.

I.2. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis verhängte die belangte Behörde eine Strafe von 1.600 Euro (14 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) über den Bf und lastete ihm an, er habe sich am 14. August 2019 und 2.55 Uhr an einem bestimmten Ort in x nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei geweigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass der Bf ein Kraftfahrzeug in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe.

I.3. Gegen die genannten Bescheide erhob der Bf mit anwaltlichen Schriftsätzen vom 16. und vom 11. Dezember 2019 Beschwerde in welchen auf das Wesentliche zusammengefasst Verfahrens- und Begründungsmängel vorgebracht werden. Es handle sich deshalb um einen „Nichtbescheid“ und habe die belangte Behörde keine ausreichenden Feststellungen getroffen.
In der Sache legte der Bf dar, dass er den Alkotest nicht verweigert habe und die für § 5 Abs 2 Z 1 StVO erforderliche Verdachtslage nicht vorgelegen sei. Der Bf leide an einer Erkrankung (Morbus Bechterew), die sich auf das Gangbild des Bf auswirke. Eine Verdachtslage sei deshalb nicht vorgelegen und sei es nach den Bestimmungen des BGStG rechtswidrig, dass die Beamten nicht nachgefragt hätten, warum der Bf ein derartiges Gangbild an den Tag lege, sondern ohne nähere Aufklärung eine Alkoholisierung annehmen würden.
Der Bf habe nach Aufforderung zum Alkovortest sofort eingewilligt diesen durchzuführen. Dem Bf seien dann Papiere und Schlüssel abgenommen worden und sei dieser aufgefordert worden die Beamten zur PI Dornach zu begleiten, um den Alkotest durchzuführen. Der Bf habe die Beamten zweimal gefragt, wie er mit seinem Hund S verfahren solle, worauf er keine befriedigende Antwort erhalten habe. Danach sei die Amtshandlung beendet worden und das berechtigte Nachfragen des Bf als Verweigerung gewertet worden.

I.4. Die belangte Behörde legte die Beschwerden dem Veraltungsgericht mit Schreiben vom 7. Jänner 2020 und vom 30. Dezember 2019 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die vorgelegten Verfahrensakten und öffentliche mündliche Verhandlung am 15. Mai 2020 zu welcher der Bf und sein Rechtsvertreter, sowie die Zeugen Insp. I G und GI J L erschienen und vernommen wurden.

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

Der Bf war am 14. August 2019 gegen Mitternacht nach dem Besuch eines Fußballspiels in der Wohnung seines Vaters in x. Vorort existiert ein größerer Parkplatz, der von jedermann unter den gleichen Bedingungen benutzt werden kann und auf dem sich Parkflächen befinden, die den verschiedenen ansässigen Unternehmen zuzuordnen sind. Der Bf hatte seinen PKW auf dem Parkplatz eines Unternehmens für Beschattungsanlagen abgestellt. Nach Verlassen der Wohnung seines Vaters besuchte der Bf noch das am Ort befindliche Lokal R. Seinen Hund „S“, ließ er in der Zwischenzeit (ca. 1,5 Stunden) im Auto. Gegen 02:45 Uhr verließ der Bf das Lokal, nahm seinen PKW mit dem Kennzeichen x in Betrieb und lenkte dieses in Richtung Ausfahrt um es auf einer Parkfläche eines Drogeriemarktes in x, x, abzustellen und dann zu Fuß nachhause zu gehen. Dies wurde von den Zeugen Insp. I G und GI J L, beobachtet, weshalb sie den Bf einer Lenker- und Fahrzeugkontrolle unterzogen. Im Zuge dessen fiel den Beamten deutlicher Alkoholgeruch, eine lallende Sprache, eine leichte Bindehautrötung, sowie ein schwankender Gang auf. GI L forderte den Bf deshalb zum Alkovortest auf. Dieser ergab einen Wert von 0,54 mg/l (1,08 ‰). Der Bf wurde daraufhin aufgefordert, zur PI Dornach mitzukommen um dort den Alkotest mit dem geeichten Alkomat durchzuführen. Der Bf kam dieser Aufforderung nicht nach, sondern teilte mit, dass er nicht mitfahre. Er wurde in der Folge neuerlich aufgefordert, worauf der seine Weigerung mitzukommen, wiederholte.
Daraufhin nahm GI L dem Bf seine Fahrzeugschlüssel und den bereits im Zuge der Lenker- und Fahrzeugkontrolle übergebenen Führerschein ab und beendete die Amtshandlung. Zu diesem Zeitpunkt brachte der Bf seinen bis dahin im Fahrzeug verwahrten Hund, der den Zeugen bis dahin nicht aufgefallen war ins Spiel und gab an, er würde mitfahren wenn er den Hund mitnehmen dürfe.
Dem Bf wurde von den Beamten aber mitgeteilt, dass die Amtshandlung bereits beendet sei.
Um 3.30 Uhr kam der Bf mit seinem Vater, der unweit wohnt auf die Polizeidienststelle und wollte den Alkomattest absolvieren. Der Fahrzeugschlüssel wurde dem Vater des Bf übergeben. Der Vater des Bf verfügte zudem über einen Zweitschlüssel zum KFZ des Bf.
[Anzeige, Zeugen, Stellungnahme GI L vom 17. September 2019, ZV GI L, Insp^{in}. G, PV]

Die Lenkberechtigung des Bf war bereits zwischen 7. März 2016 und 13. September 2016 wegen eines Deliktes gemäß § 99 Abs 1 StVO entzogen (ab/inkl. 0,8 mg/l). [FSR]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere dem vorliegenden Akt, der Stellungnahme GI L vom 17. September 2019, den Aussagen der vernommenen Beamten, im Wesentlichen aber bereits aus den Angaben des Bf selbst.
Die Aussagen der Beamten waren in sich konsistent und nachvollziehbar. Sie stimmten inhaltlich überein. Die Beamten machten vor Gericht einen wahrheitsverbundenen, glaubwürdigen Eindruck. Sie konnten den Sachverhalt übereinstimmend und glaubwürdig schildern.
Die Angaben der Beamten entsprechen in den für das Verfahren wesentlichen Bereichen aber auch den Angaben des Bf, der selbst darstellte, gesagt zu haben, nicht zur Polizeidienststelle mitkommen zu können.
Geringfügige Abweichungen in der Erzählung des Sachverhalts können nur in rechtlich unwesentlichen Bereichen gefunden werden, etwa wann dem Bf Schlüssel und Führerschein abgenommen wurde.
Selbst wenn der Bf aber sogleich dargestellt hätte, er wolle wegen seines Hundes nicht mitkommen, wäre dies rechtlich nicht relevant (siehe dazu Punkt III.).

Das Vorbringen in der Beschwerde, der Bf habe nur gefragt, was er mit dem Hund machen soll, und hätten die Beamten aufgrund dessen bereits die Verweigerung angenommen und die Amtshandlung beendet ist indes lässt sich weder mit den Angaben des Bf in der ömV, noch mit jenen der beiden Beamten in Einklang bringen und haben beide Beamten im Übrigen dargestellt, dass der Bf bereits bevor der Hund zum Thema wurde, die Mitfahrt zur Polizeiinspektion verweigert hat.
In der ömV ergab sich beim Gericht vielmehr der Eindruck, dass der Bf die Tragweite der Situation falsch bzw. die rechtliche Situation unrichtig einschätzte und glaubte, die Thematik mit seinem Hund habe auf die Frage der Verweigerung (im Rechtssinne) Einfluss.

Selbst wenn man den Angaben des Bf folgt, der selbst darstellte, gesagt zu haben, dass er zur Polizeidienststelle nicht mitfahren könne, ist für den Bf nichts gewonnen. Der Bf ist tatsächlich auch nicht zur Polizeidienststelle mitgefahren.

Gerade der vom Bf bemängelte Umstand, dass die Hundethematik in der Anzeige nicht aufscheint, spricht im Übrigen für die Angaben der Zeugen, dass der Hund während der Amtshandlung nicht Thema war.

Zusammenfassend hat sich im Rahmen der ömV ergeben, dass der Bf zweimal zum Mitkommen aufgefordert wurde und gegenüber den einschreitenden Beamten durch Worte und aufgrund des Nichthandelns („Mitkommen“) deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er der Aufforderung nicht nachkommen werde. Auf die Gründe, die der Bf dafür hatte, kommt es nicht an.

Die Argumentationslinie, es sei lebensfremd nach einem positiven Vortest und Aufklärung über die Folgen der Verweigerung den Alkotest zu verweigern ist indes gerade im vorliegenden Fall nicht nachvollziehbar. Abgesehen davon, dass die Verweigerung des Alkomattests nach einem positiven Vortest eher die Regel, als die Ausnahme ist, stand der Bf vorliegend offenbar auf dem Standpunkt, dass ihm sein Wunsch, seinen Hund mitzunehmen, gewährt werden muss. Dies ist allerdings nicht der Fall.

Dass der Bf vor weniger als 5 Jahren bereits einmal ein Delikt gemäß § 99 Abs. 1 StVO begangen hat, ergibt sich aus dem Führerscheinregister in welchem der Entzug der Lenkberechtigung wegen eines Alkoholgehalts in der Atemluft ab/inkl. 0,8 mg/l aufscheint.

Die Einvernahme des Vaters des Beschwerdeführers konnte unterbleiben, zumal dieser mangels Anwesenheit am Tatort keine Wahrnehmungen zu verfahrens-wesentlichen Geschehnissen hat.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen der StVO lauten:

Gemäß § 5 Abs 1 StVO 1960 darf, wer sich in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet, ein Fahrzeug weder lenken noch in Betrieb nehmen.

Gemäß § 5 Abs 2 StVO 1960 sind die 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 sind 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,

1. die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben, oder
2. 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.

Gemäß § 99 Abs 1 lit b) StVO 1960 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 § 24 Abs 1 FSG ist Besitzern einer Lenkberechtigung, bei denen die Voraussetzungen für die Erteilung der Lenkberechtigung (§ 3 Abs 1 Z 2 bis 4) nicht mehr gegeben sind, von der Behörde entsprechend den Erfordernissen der Verkehrssicherheit die Lenkberechtigung zu entziehen. Diese Voraussetzungen sind: Verkehrszuverlässigkeit, gesundheitliche Eignung und fachliche Befähigung zum Lenken von Kraftfahrzeugen.

Gemäß § 7 Abs 1 FSG gilt eine Person als verkehrszuverlässig, wenn nicht auf Grund erwiesener bestimmter Tatsachen (Abs 3) und ihrer Wertung (Abs 4) angenommen werden muss, dass sie wegen ihrer Sinnesart beim Lenken von Kraftfahrzeugen
1. die Verkehrssicherheit insbesondere durch rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr oder durch Trunkenheit oder einen durch Suchtmittel oder durch Medikamente beeinträchtigten Zustand gefährden wird, oder
2. sich wegen der erleichternden Umstände, die beim Lenken von Kraftfahrzeugen gegeben sind, sonstiger schwerer strafbarer Handlungen schuldig machen wird.

Gemäß § 7 Abs 3 FSG hat als bestimmte Tatsache im Sinne des Abs 1 insbesondere zu gelten, wenn jemand (Z 1) ein Fahrzeug gelenkt oder in Betrieb genommen und hiebei eine Übertretung gemäß § 99 Abs 1 bis 1b StVO 1960 begangen hat, [...].

Gemäß § 7 Abs 4 FSG sind für die Wertung der in Abs 1 leg. cit. genannten und in Abs 3 leg. cit. beispielsweise angeführten Tatsachen deren Verwerflichkeit, die Gefährlichkeit der Verhältnisse, unter denen sie begangen wurden, die seither verstrichene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit maßgebend, wobei bei den in Abs 3 Z 14 und 15 leg. cit. genannten bestimmten Tatsachen die seither verstrichene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit nicht zu berücksichtigen ist.

Gemäß § 26 Abs 2 Z 2 FSG ist die Lenkberechtigung auf die Dauer von mindestens 12 Monaten zu entziehen, wenn ein Delikt gemäß § 99 Abs 1 StVO 1960 innerhalb von 5 Jahren neuerlich begangen wird.

III.2. Begehen eines Delikts nach § 99 Abs 1 lit b StVO; Objektiver Tatbestand

III.2.1. Die beiden einschreitenden Beamten haben beobachtet, dass der Bf auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr ein KFZ gelenkt hat. Insofern waren die Beamten gemäß § 5 Abs 2 erster Absatz StVO schon dem Grunde nach berechtigt, die Atemluft des Bf auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Auf eine Verdachtslage gemäß Z 1 par. cit., die vorliegen muss, wenn nur der Verdacht des Lenkens (bspw. aufgrund der Anzeige Dritter) besteht, kommt es vorliegend nicht an. Die

Polizei ist berechtigt die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug lenken, jederzeit auf Alkohol zu untersuchen. Allerdings lag die Verdachtslage aufgrund des positiven Vortestergebnisses ohnehin vor und war auch der Vortest angesichts des Lenkens eines KFZ jedenfalls berechtigt.

Entsprechend dem letzten Satz des § 5 Abs 2 StVO hatte sich der Bf der Alkomatuntersuchung zu unterziehen.

III.2.2. Zum hier vorliegenden Themenkreis ist unter anderem nachstehende Judikatur des VwGH ergangen:

„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 der hg. Judikatur zu § 5 Abs. 2 StVO 1960 (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. September 1991, Zl. 91/02/0028) räumt diese Bestimmung dem Betroffenen nicht das Recht ein, die Bedingungen festzusetzen, unter denen er bereit wäre, sich untersuchen zu lassen. Er hat vielmehr die von den Organen der Straßenaufsicht erforderlichen Anordnungen, soweit dies nicht unzumutbar ist, zu befolgen. Wenn derartigen Anordnungen nicht unverzüglich Folge geleistet wird, bedeutet dies eine Verweigerung der im Gesetz normierten Pflicht, sich untersuchen zu lassen. [...].“ (VwGH 28. April 2004, 2003/03/0252)

„Das Gesetz räumt dem zur Alkoholuntersuchung Aufgeforderten kein Recht ein, die Untersuchung mit dem Hinweis zu verweigern, es sei kein Atemalkoholmessgerät an Ort und Stelle (Hinweis E 15. September 1999, 95/03/0232). Damit ist aber auch klargestellt, dass eine Aufforderung zur Atemluftalkoholuntersuchung unabhängig davon ergehen darf, ob sich ein Atemalkoholmessgerät zum Zeitpunkt der Aufforderung vor Ort befindet oder erst ein Polizeifahrzeug mit Alkomat zum Anhalteort beordert werden muss, um die Messung durchzuführen.[...] Der objektive Tatbestand des § 5 Abs. 2 StVO 1960 ist bereits mit der Weigerung vor Ort, sich dem Test zu unterziehen, vollendet. Darauf, dass der Aufgeforderte den Beamten im Polizeigebäude (dann doch) erklärt, er sei (nunmehr) zur Ablegung des Alkotests bereit, kommt es nicht an (vgl. E 20. März 2009, 2008/02/0142).“ (23. März. 2012, 2011/02/0244)

„Nach der hg. Judikatur zu § 5 Abs. 2 StVO 1960 (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. September 1991, Zl. 91/02/0028) räumt diese Bestimmung dem Betroffenen nicht das Recht ein, die Bedingungen festzusetzen, unter denen er bereit wäre, sich untersuchen zu lassen. Er hat vielmehr die von den Organen der Straßenaufsicht erforderlichen Anordnungen, soweit dies nicht unzumutbar ist, zu befolgen. Wenn derartigen Anordnungen nicht unverzüglich Folge geleistet wird, bedeutet dies eine Verweigerung der im Gesetz normierten Pflicht, sich untersuchen zu lassen. Die Beförderung mit einem Streifenwagen ist grundsätzlich als zumutbar anzusehen. Gründe dafür, dass dem

Beschwerdeführer die Beförderung mit dem Streifenwagen nicht zumutbar gewesen wäre, hat er nicht geltend gemacht. Der Umstand, dass ihm bereits einmal bei einer Beförderung in einem Streifenwagen vorgeworfen worden sei, diesen beschädigt zu haben, machte eine solche Beförderung nicht unzumutbar. Indem der Beschwerdeführer der Aufforderung, zum Alkotest mit dem Streifenwagen zum nächsten Gendarmerieposten zu fahren, keine Folge leistete, lag eine Verweigerung der in § 5 Abs. 2 StVO 1960 normierten Pflicht, die Atemluft untersuchen zu lassen, vor." (VwGH 28. April 2004, 2003/03/0252)

„Die Übertretung des Abs 2 ist bereits mit der erstmaligen Weigerung, den Alkotest vorzunehmen, vollendet; der Betroffene hat keinen Anspruch darauf, gleichsam solange aufgefordert zu werden, bis ein gültiges Ergebnis zustande kommt. Wird jedoch nach einer erstmaligen Aufforderung zum Alkotest, der der Betroffene nicht Folge leistet, die Amtshandlung nicht für beendet erklärt, sondern diese durch Stellen eines neuerlichen (auch mehrfachen) Begehrens fortgesetzt, so stellt sich dies als ein einheitliches Geschehen dar, was bedeutet, dass der Betroffene, solange die Amtshandlung nicht abgeschlossen wurde, den Test ablegen kann, ohne sich strafbar zu machen. VwGH 24. 10. 2008, 2008/02/0187 ZVR 2009/85." [Pürstl, StVO-ON$^{14.01}$ §§ 5 bis 5b StVO, E 162 (Stand 1.2.2017, rdb.at)]

Nach der dargestellten Judikatur war der Bf verpflichtet der Aufforderung zum Alkomattest sofort nachzukommen und auf die Polizeidienstelle mitzufahren. Der Bf war nicht in der Position, die Bedingungen vorzugeben (z.B. Mitnahme des Hundes, Heimbringen des Hundes, zu Fuß zur Polizeidienststelle gehen).

Seiner Verpflichtung kam der Bf nicht nach.

Nach der Judikatur des VwGH ist jedes Verhalten, welches die sofortige Vornahme des Alkotests verhindert, als Verweigerung zu werten. Es kommt insofern nicht darauf an, ob die Verweigerung ausdrücklich (mit Worten) erfolgt oder durch Handlungen, zum Bsp. das schlichte Nicht-Mitfahren. Mangels Berechtigung die Bedingungen vorzugeben, also bspw. darzulegen, man könne wegen eines Hundes nicht mitfahren, stellt auch dieser Umstand eine Verweigerung dar (wenn nicht rechtfertigender Notstand iSd § 6 VStG vorliegt; siehe dazu Punkt III.3.).

Die Beamten waren auch nicht dazu verpflichtet den Bf mehrmals aufzufordern mitzukommen sondern war der Bf bereits nach der ersten Aufforderung verpflichtet der Aufforderung nachzukommen. Der Bf hat den Alkotest durch seine Aussage, er komme nicht mit (oder auch die, er könne nicht mitkommen) im Rechtssinne verweigert. Es bestand für die Beamten auch keine Verpflichtung (und insbesondere keine Notwendigkeit) den Hund des Bf im Streifenwagen mitzunehmen. Vielmehr ist nachvollziehbar, dass ein potentiell gefährliches Tier, dessen Wesen den Beamten unbekannt ist und für welches in einem normalen Streifenwagen keine geeigneten Transporteinrichtungen vorhanden sind, von den Beamten im Fahrzeug nicht mitgenommen wird.
In Anbetracht der Tatsache, dass Probanden, wenn sie unbegleitet sind, Handlungen setzen können, die geeignet sind, das Alkomatergebnis zu

beeinträchtigen, kommt ein kurzfristiges Nachhause-Gehen-Lassen oder das Alleinelassen um zum Polizeiposten zu gehen nicht in Betracht (vgl. VwGH 20. April 1993, 92/03/0260). Eine solche Vorgehensweise widerspräche zudem der Judikatur, dass einer Aufforderung zum Alkotest sofort nachgekommen werden muss.

Der Bf hat den Tatbestand der §§ 5 Abs 2 iVm 99 Abs 1 lit. b daher in objektiver Hinsicht erfüllt.

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 der Bf zur subjektiven Tatseite nicht ergibt, dass sie zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt subjektiv nicht in der Lage oder ihr diese nicht zumutbar war, wird die Strafbarkeit nicht gehindert. Die Frage der Zumutbarkeit ist daher im Rahmen des subjektiven Tatbestands zu prüfen.

III.3.2. Mit dem vom Bf geltend gemachte Grund, er habe den Hund nicht im Auto zurücklassen können, macht er im Ergebnis eine Notstandssituation iSd § 6 VStG (Zumutbarkeit) geltend.

„Zum Wesen des Notstandes gehört es, dass der Beschuldigte einer unmittelbar drohenden Gefahr für das Leben, die Gesundheit, die Freiheit oder das Vermögen ausgesetzt ist und diese Gefahr zumutbarerweise nicht in anderer Art als durch die Begehung der objektiv strafbaren Handlung behoben werden kann (Hinweis E 21. April 1999, 98/03/0043).“ (VwGH 20. April 2004, 2003/02/0076)

Zu Situationen, wie der gegenständlichen, existiert Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes:

So hat der VwGH etwa ausgesprochen, dass die Notwendigkeit der Belassung des Hundes im Fahrzeug bei geöffnetem Fenster die jeweilige Person keineswegs von der Pflicht nach § 5 StVO, mitzufahren, entbinden kann (vgl. VwGH 27. Februar 2004, 2004/02/0021).

Wie sich im Beweisverfahren ergeben hat, bestand - wenn man davon ausgehen will, dass die Verweigerung zum Zeitpunkt des Erwähnens des Hundes nicht bereits längst eingetreten war - keine unmittelbar drohende Gefahr für geschützte Rechtsgüter.
Es ist für das Gericht nachvollziehbar, dass der Hund des Bf für diesen wertvoll und von großer Bedeutung ist.
Für den Hund bestand aber zu keiner Zeit eine Gefahrenlage, die den Bf am Mitkommen zur Polizeidienststelle gehindert hätte. Es war Nacht, sodass eine den Hund gefährdende Sonneneinstrahlung auf das Auto nicht vorhanden war. Der Bf hat den Hund zudem bereits zuvor längere Zeit (ca. 1,5, Stunden) allein im Auto gelassen, woraus sich ergibt, dass der Hund des Bf an solche Situationen offenbar gewöhnt ist. Vor diesem Hintergrund erschließt sich dem Gericht nicht, warum der Bf nunmehr ein so großes Aufhebens darum machte, dass der Hund vielleicht 20 weitere Minuten alleine im Auto geblieben wäre, um dem Bf die Möglichkeit zu geben, zum nahegelegenen Polizeiposten mitzufahren, allenfalls noch ein paar Minuten (15 min ab dem Antreffen durch die Polizei) abzuwarten und 5 Minuten zu seinem Fahrzeug zurück zu gehen. Schließlich hatte der Bf auch zuvor kein Problem damit, dass der Hund eineinhalb Stunden alleine im Auto war.
Gerade vor dem Hintergrund, dass in der Nacht für den Hund keinerlei Gefahren im Auto bestanden haben, lag eine Notstandssituation, die den Bf berechtigt hätte den Alkotest zu verweigern, nicht vor.
Auch aus der Abnahme des Autoschlüssels ergab sich für den Hund keine gefährdende Problematik, weil der Vater des Bf, der nur wenige Meter vom Tatort wohnt, nach den Angaben des Bf über einen Zweitschlüssel verfügte und der Bf dies wusste. Wenn es dem Bf wichtig war, den Hund sogleich aus dem Fahrzeug zu befreien, hätte er seinen Vater noch auf dem Weg zur Polizeidienststelle anrufen können. Letztendlich wurde der Schlüssel dem Vater des Bf aber auf der Polizeidienststelle ohnehin übergeben.
Eine Situation, die ein langandauerndes Verbleiben des Hundes im Fahrzeug erforderlich gemacht hätte, war also nie gegeben.

Die Voraussetzungen für die Annahme eines Notstandes iSd § 6 VStG liegen nach dem Gesagten nicht vor (VwGH 16. März 1994, 93/03/0204) und ist der Bf der ihn treffenden Beweislast in Hinsicht auf das Bestehen eines Notstandes (VwGH 30. Juni 1993, 93/02/0066; 25. Juni 2008, 2007/02/0251) nicht nachgekommen.

Der Bf hat insofern mangelndes Verschulden im Sinne des § 5 Abs 1 VStG nicht glaubhaft gemacht. Er hat damit die Tat auch subjektiv zu vertreten.

III.4. 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 (§§ 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.

Die belangte Behörde hat vorliegend die gesetzliche Mindeststrafe verhängt, sodass auf weiter Strafzumessungsgründe nicht eingegangen werden muss.

Aus dem Akteninhalt ergeben sich keine Hinweise auf ein beträchtliches Überwiegen von Milderungsgründen, sodass eine Anwendung des § 20 VStG (außerordentliche Milderung der Strafe) nicht in Betracht kommt.

Mit einer Ermahnung kann aufgrund der hohen Bedeutung des geschützten Rechtsgutes (Schutz des Straßenverkehrs vor beeinträchtigten Lenkern) und des nicht nur geringen Verschuldens nicht vorgegangen werden.

III.5. Entziehung der Lenkberechtigung

Es steht sohin fest, dass der Bf gegen § 5 Abs 1 iVm § 99 Abs 1 lit b) StVO verstoßen hat.

Das Verhalten des Bf indiziert das Vorliegen einer die Verkehrszuverlässigkeit ausschließenden bestimmten Tatsache im Sinne des § 7 Abs 3 Z 1 FSG (VwGH 6. April 2006, 2005/11/0214).

Der Bf hat ein Delikt gemäß § 5 Abs 1 StVO bereits zum zweiten Mal begangen.

Für derlei Fälle sieht § 26 Abs 2 Z 2 FSG zwingend eine Mindestentzugsdauer von 12 Monaten vor.

„Die in § 26 FSG 1997 umschriebenen Sonderfälle der Entziehung der Lenkberechtigung bilden insofern eine Ausnahme von § 24 Abs. 1 und § 25 FSG 1997, als die Wertung (iSd § 7 Abs. 4 FSG 1997) jener bestimmten Tatsachen, in Ansehung derer im Gesetz selbst die Entziehungsdauer mit einem fixen Zeitraum normiert ist, zu entfallen hat (Hinweis E 17.12.1998, 98/11/0227). [...]“. (VwGH 23. März 2004, 2004/11/0008).

Die belangte Behörde hat insofern zu Recht, der zwingenden Anordnung des Gesetzes folgend, eine Entziehungsdauer von 12 Monaten festgesetzt.
Eine kürzere Entziehungsdauer lässt das Gesetz im vorliegenden Fall nicht zu.

Die Absolvierung einer Nachschulung für alkoholauffällige Lenker, die Beibringung eines von einem Amtsarzt erstellten Gutachtens über die gesundheitliche Eignung gemäß § 8 sowie die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme war gemäß § 24 Abs 3 FSG zwingend anzuordnen. Dass die Entziehungsdauer nicht vor Befolgung dieser Anordnungen endet, ergibt sich aus der Bestimmung des § 24 Abs 3 6. Satz FSG.

Der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde erfolgte zu Recht. Angesichts der Verkehrsunzuverlässigkeit des Bf war es geboten, diesen als Lenker von führerscheinpflichtigen Fahrzeugen mit sofortiger Wirkung von der Teilnahme am Straßenverkehr auszuschließen (z.B. VwGH 20. Februar 1990, 89/11/0252).

Bei der Entziehung der Lenkberechtigung handelt es sich um eine Schutzmaßnahme im (primären) Interesse anderer Personen vor verkehrsunzuverlässigen Kraftfahrzeuglenkern (VwGH 22. Oktober 2002, 2001/11/0108, 8. Juli 1983, 82/11/0014). Persönliche und berufliche Interessen am Besitz der Lenkberechtigung haben bei der Entziehung der Lenkberechtigung aus Gründen des öffentlichen Interesses außer Betracht zu bleiben (VwGH 24. August 1999, 99/11/0166).

III.6. Soweit die vom Bf in seinen Beschwerdeschriftsätzen behaupteten Begründungsmängel tatsächlich vorlägen, wären diese aufgrund der Sanierung im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, welchem volle Kognitionsbefugnis zukommt, und welches „in der Sache“ entscheidet, nicht von Relevanz.

Mängel in Teilen der Begründung, bspw. den Feststellungen, führen nicht zum Vorliegen eines „Nichtbescheids“ sondern machen einen Bescheid lediglich vernichtbar.

Soweit der Bf im Übrigen die Beweiswürdigung der belangten Behörde angreift, ist er darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob es sich beim Verhalten des Bf um eine Verweigerung gehandelt hat, eine Rechtsfrage ist.

III.7. Vor dem dargestellten Hintergrund sind beide Beschwerden des Bf als unbegründet abzuweisen.

Gemäß § 52 Abs 1 und 2 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.

Dieser Beitrag ist für das Beschwerdeverfahren mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro zu bemessen.

Demgemäß ist dem Bf ein Kostenbeitrag in Höhe von 320 Euro aufzuerlegen.

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. Die Klärung der gegenständlichen Sache erfolgte im Wesentlichen im Rahmen der Beweiswürdigung. Das Ergebnis ist daher nicht verallgemeinerungsfähig. Im Übrigen wurde die dazu vorliegende, einheitliche Judikatur des VwGH im Erkenntnis ausführlich zitiert. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine 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

Mag. Pohl