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-604155/10/FP

Datum:
Linz, 1. Juni 2021

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von M E, geb. x, A x, x A, vertreten durch Dr. J P, Rechtsanwalt, S x, x M, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 2. Dezember 2020, GZ: BHBR/920040030243/20, wegen Übertretungen der StVO und des FSG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird in Bezug auf Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses (Übertretung nach § 99 Abs 1 lit. b StVO) als unbegründet abgewiesen.
In Bezug auf Spruchpunkt 2. (§ 37 Abs 1 FSG iVm § 14 Abs 1 Z 1 FSG) des angefochtenen Straferkenntnisses wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis in diesem Punkt aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 1. Fall VStG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 320 Euro zu leisten.
Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens reduziert sich auf 160 Euro.

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 Straferkenntnis warf die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) vor, (1) er habe sich nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ und von der Behörde hiezu ermächtigtes Organ der Straßenaufsicht zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort geweigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden habe können, dass der Bf ein Fahrzeug in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe.
(2) In einem zweiten Punkt warf die belangte Behörde dem Bf vor, als Lenker den Führerschein nicht mitgeführt zu haben.

Die belangte Behörde verhängte im ersten Fall eine Geldstrafe iHv 1.600 Euro (14 Tage Ersatzfreiheitsstrafe), im zweiten 40 Euro (18 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) und sprach aus, dass der Bf 170 Euro an Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu zahlen habe.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde, in welcher er auf das Wesentliche zusammengefasst darlegte, dass die belangte Behörde ihren ursprünglichen Vorwurf, es habe vermutet werden können, dass der Bf sein Fahrzeug in durch Alkohol beeinträchtigtem Zustand in Betrieb genommen habe dahingehend umgestellt habe, dass er sein KFZ in durch Alkohol beeinträchtigtem Zustand gelenkt habe.
Der Bf versuchte darzulegen, dass aus der Position des Fahrzeuges, welches aufgrund des Zuspätkommens zum Ordnerdienst, zu dem der Bf eingeteilt gewesen sei, abzuleiten sei, dass er das Fahrzeug nicht gelenkt haben kann.
Zudem versucht der Bf darzulegen, dass seine Aussage, er wolle seinen Anwalt anrufen, nicht als Verweigerung des Alkotests zu werten wäre.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 23. Dezember 2020 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt und öffentliche mündliche Verhandlung am 25. Mai 2021, in welcher der Bf und der meldungslegende Polizeibeamte vernommen wurden.

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

Der Bf besuchte am 24. Oktober 2020 ein Fußballspiel am Sportplatz in S. Nach dem Fußballspiel wurde bereits Alkohol konsumiert. Danach begab er sich in die unweit gelegene Freizeithalle. Auch dort wurde Alkohol konsumiert.
Nach 21:00 Uhr wurden der Meldungsleger RI G und sein Kollege, die im Zuge des Nachtdienstes den Parkplatz der Freizeithalle kontrollierten, auf das KFZ des Bf aufmerksam. Der Motor lief und die Beleuchtung war eingeschaltet. Aus dem Auspuff drang Rauch. Auf dem Fahrersitz befand sich der Bf und hantierte mit seinem Mobiltelefon. Die Beamten gingen davon aus, dass der Bf zuvor sein Fahrzeug gelenkt hat. Es hat so ausgesehen, als würde der Bf jemanden abholen oder auf jemanden warten. Der Zeuge RI G machte durch Klopfen an die Scheibe auf sich aufmerksam und nahm nach Öffnen der Türe durch den Bf sofort wahr, dass dieser stark alkoholisiert war. Der Zeuge führte eine Lenker- und Fahrzeugkontrolle durch. Der Bf drehte die Zündung ab und zog den Schlüssel ab. Seinen Führerschein konnte er nicht vorweisen, weil er ihn nicht bei sich hatte. Nachdem er zum Aussteigen aufgefordert wurde fiel er aufgrund seiner Alkoholisierung fast aus dem Auto. Dieses geriet ins Rollen und konnte vom Zeugen RI G durch Halten am Rahmen und an der Türe abgebremst werden. Der Bf zog die Handbremse an. Starker Alkoholgeruch war wahrnehmbar.
Der Bf wurde in der Folge zum Alkovortest aufgefordert, der misslang, weil der Bf beim Beblasen des Gerätes immer wieder einatmete. In der Folge wurde der Bf zum Alkotest mit dem geeichten Alkomat aufgefordert. Nach einer Wartezeit von 15 Minuten, während derer sich der Bf abwechselnd aggressiv, dann wieder normal verhielt, und während derer er auch dargestellt hat, dass er 4-5 Bier getrunken hat, begab man sich zum Streifenwagen, in welchem sich der Alkomat befand. Der Bf sagte dann, dass ihn das nicht interessiere, er rufe jetzt seinen Anwalt an und ging vom Alkomat weg. Dies wurde von RI G als Verweigerung des Alkotest gewertet und die Amtshandlung beendet.

II.3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen beruhen auf dem vorliegenden Akt, insbesondere aber auf den Angaben von RI G, der dem Gericht sehr glaubwürdig erschien. Seine Schilderung gibt nachvollziehbar, mit der Anzeige übereinstimmend und lebensnah die Umstände des für Polizeibeamte routinemäßig ablaufenden Vorgangs einer Lenker- und Fahrzeugkontrolle samt Alkotest wieder. Das Gericht kann keine Gründe finden, warum dem Zeugen seine Angaben nicht geglaubt werden sollen. Dieser ging seinem Dienst nach und vollzog eine Amtshandlung in typischer und für Polizeibeamte regelmäßig vorkommender Art.

Dementsprechend glaubt das Gericht dem Zeugen RI G auch, dass der Bf nicht nur dargelegt hat, er würde seinen Rechtsanwalt anrufen, sondern auch, dass er

gesagt habe, das interessiere ihn nicht und sich vom Polizeifahrzeug in dem sich der Alkomat befand entfernt hat.

Der Bf widersprach der Schilderung des Zeugen auch nicht substantiiert, etwa in Hinblick auf die Wartezeit bis zur Bereitschaft des Alkomat oder die Vorgänge beim Polizeifahrzeug. Vielmehr decken sich jene Teile der Angaben, zu denen der Bf noch eine Erinnerung zu haben scheint, weitgehend.

Unabhängig von der Relevanz der Thematik in Zusammenhang mit dem Grund des Abstellens des PKW an der angegebenen Stelle, erscheint die Verantwortung des Bf opportunistisch zu Recht gelegt und insgesamt nicht nachvollziehbar. Die Darstellungen des Bf, in Zusammenhang mit der Amtshandlung und der Verweigerung, scheinen dem Gericht vom Bf verkürzt dargestellt, um seine Überrumpelung zu suggerieren. So hat der Bf weder dargestellt, dass es eine Wartezeit gab, noch, dass man beim Polizeifahrzeug stand, noch, dass er seinen Zulassungsschein vorgewiesen hat und sein Auto gegen Wegrollen gesichert werden musste.
Der Bf schien einerseits – wohl aufgrund seiner offensichtlichen erheblichen Alkoholisierung – keine klare Erinnerung an die Abläufe mehr zu haben. Er war allerdings auch nicht in der Lage, seiner Verteidigungsstrategie iSd Beschwerde zu folgen. So wichen die – ohnehin nicht relevanten – Angaben des Bf zum Zweck des Abstellen des Fahrzeuges beträchtlich von seinem Vorbringen in der Beschwerde ab, hat der Bf in dieser doch noch dargelegt, er sei zu spät zum Ordnerdienst, für den er eingeteilt gewesen sei, erschienen und habe er sein Fahrzeug deshalb am Abstellort abstellen müssen. In der Verhandlung schilderte er, dass er sein noch neues Fahrzeug am Abstellort abstellte, um zu verhindern, dass es beschädigt würde und, dass er erst beim Eintritt gebeten worden sei, als Ordner zu fungieren, weil ausreichend Ordner fehlten. Auch die ganz konkrete Schilderung, dass der Bf sein Fahrzeug gestartet habe, den Leerlauf eingelegt und die Handbremse angezogen hat, scheint vor dem Hintergrund des doch längeren Zurückliegens, der beträchtlichen Alkoholisierung, vor Allem aber der glaubwürdigen und lebensnahen Schilderung des Zeugen RI G, das Fahrzeug sei beim Herausfallen des Bf aus diesem ins Rollen geraten und habe von ihm an Rahmen und Tür zum Stehen gebracht werden müssen, als wenig glaubwürdig.

Es ist allerdings aufgrund der Angaben des Meldungslegers, der Anzeige und auch aufgrund der Aussage des Bf selbst erwiesen, dass der Bf zum Alkotest aufgefordert worden ist, weiters er dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist. Der Bf hat nicht nachvollziehbar dargelegt, warum er der Aufforderung zum Alkotest nicht nachgekommen ist. Dass die Amtshandlung seitens RI G alleine aufgrund der Aussage des Bf, er wolle den „H" anrufen beendet wurde und eine Verweigerung des Alkotests angenommen wurde, glaubt das Gericht dem Bf nicht. Aus dem Gesamtzusammenhang ergibt sich, dass der gesamte Vorgang längere Zeit, nämlich über 15 Minuten in Anspruch genommen hat. Nach der

glaubwürdigen Schilderung des Zeugen RI G hat man sich mit dem Bf unterhalten. Er zeigte zwischenzeitlich aggressive Tendenzen und war für RI G keinesfalls von Anfang an klar, dass der Bf den Alkotest letztlich verweigern wolle, hat man doch mehrfach (ca. 5 Mal) einen Alkovortest versucht und stand man später schon beim Alkomat, der sich im Streifenwagen befand. Es zeigt sich, dass RI G Geduld bewiesen hat und wäre es lebensfremd anzunehmen, dass sich nicht mehr ereignete, als der Abbruch der Amtshandlung nach der Aussage „den H" oder „den Rechtsanwalt" anrufen zu wollen. Wäre dies der Fall gewesen, wäre überdies damit zu rechnen gewesen, dass der Bf zumindest bemüht gewesen wäre, doch noch einen Test durchführen zu wollen. Diesbezüglich findet sich aber im Vorbringen des Bf nichts.

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 1.600 Euro bis 5.900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer sich bei Vorliegen der in § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen oder sich vorführen zu lassen, oder sich bei Vorliegen der bezeichneten Voraussetzungen nicht der ärztlichen Untersuchung unterzieht.

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 trafen den Bf dabei an, als er auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr bei laufendem Motor in seinem Fahrzeug saß. Der Bf machte einen angetrunkenen Eindruck, fiel fast aus dem Auto und nahm der Meldungsleger Alkoholgeruch war. Diese Umstände reichten für den Verdacht aus, dass der Bf das Fahrzeug in alkoholisiertem Zustand gelenkt hat, weil davon ausgegangen werden kann, dass ein Kraftfahrzeug, welches mit laufendem Motor auf einer öffentlichen Parkfläche abgestellt ist und auf dessen Fahrersitz eine Person sitzt, auch von dieser Person dorthin gelenkt wurde.

Wie der Zeuge darstellte, ging er davon aus, dass das KFZ des Bf zum Tatort gelenkt worden war und dass der Bf ggf. auf jemanden wartete. Dieser Verdacht ist auch dann nicht abwegig, wenn er sich letztlich nicht bewahrheitet, etwa weil der Bf das Fahrzeug nur in Betrieb nehmen wollte, um sich aufzuwärmen, oder seine Abfahrt vorbereitet hat. Die Beamten konnten nicht wissen, was der Bf vor dem Antreffen getan 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, welche Berechtigung auch schon aufgrund des bloßen Inbetriebnehmens bestanden hätte.

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

III.2.2. Zum Vorliegen einer Verweigerung des Alkotests existieren unter anderem folgende Rechtssätze des VwGH:

„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)

„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. Der Bf war nicht in der Position, die Bedingungen vorzugeben, etwa den Ort an dem er die Blasprobe abgeben sollte zu verlassen – auch wenn es sich dabei nur um ein paar Meter handelte – um vor der Blasprobe seinen Rechtsanwalt anzurufen, weil er verpflichtet war sofort in das Gerät zu blasen.

Es entspricht auch nicht der Judikatur des VwGH, dass der Bf vom Meldungsleger belehrt werden musste, dass es sich bei seinem Verhalten um eine Verweigerung des Alkotests handeln würde, weil eine Belehrungspflicht seitens einschreitender Beamter dem Grunde nach nicht besteht:

„Auch wenn der Besch nicht darüber belehrt wurde, dass bzw. welches Verhalten als Verweigerung der Atemluftuntersuchung gilt, kann er sich nicht auf mangelndes Verschulden bzw. das Vorliegen eines entschuldbaren Tatbildirrtums berufen. Zum einen sind Straßenaufsichtsorgane nicht verpflichtet, im Zuge der von ihnen durchgeführten Amtshandlungen rechtliche Aufklärungen zu geben, zum anderen genügt für die Verwirklichung der Verwaltungsübertretung nach § 99 Abs. 1 lit. b iVm § 5 Abs. 2 StVO 1960 die Schuldform der Fahrlässigkeit (vgl. E 5. November 1997, 97/03/0104)." (VwGH 31. Jänner 2014, 2012/02/0012)

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.

Wesentliches Moment ist dabei der Umstand, dass der Aufforderung nicht sofort gefolgt wird. Die Gründe dafür sind nebensächlich. Das Nichtvornehmen der Blasprobe, das vorliegend durch die Aussage konkretisiert wurde, dass es den Bf nicht interessiere, er seinen Anwalt anrufen wolle und vom Polizeifahrzeug weg ging, reicht insofern für die Erfüllung des objektiven Tatbestandes aus.

Der Meldungsleger war auch nicht dazu verpflichtet den Bf mehrmals aufzufordern sondern war der Bf bereits nach der ersten Aufforderung verpflichtet der Aufforderung sogleich nachzukommen.

Der Bf hat den Alkotest durch die nicht sofortige Durchführung der Blasprobe, was der Bf durch seine Aussage, er rufe seinen Anwalt an und es interessiere ihn nicht, verbunden mit dem sich Entfernen im Rechtssinne verweigert.

Wesentlich sind dabei nicht die Aussagen des Bf, sondern der Umstand, dass der Bf den Alkotest nicht sofort durchgeführt hat.

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

III.2.3. Was das Vorbringen des Bf in Bezug auf die Möglichkeit, seinen Anwalt anzurufen, betrifft, ist der Bf auf die mittlerweile gefestigte Judikatur des VwGH zur Richtlinie 2012/13/EU vom 22. Mai 2012 hinzuweisen:

In seinen Entscheidungen Ra 2016/02/0267 vom 4. April 2017 und Ra 2018/02/0191 vom 22. Juni 2018 hat der VwGH den gegenständlichen Themenkreis behandelt.

Straßenaufsichtsorgane sind gemäß ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nicht verpflichtet, im Zuge der von ihnen durchgeführten Amtshandlungen rechtliche Aufklärungen zu geben (vgl. VwGH vom 5. November 1997, 97/03/0104, mwH), also insbesondere nicht über die Folgen einer Verweigerung, aufklären zu müssen, weil der Bf diese als geprüfter KFZ-Lenker kennen muss (vgl. Punkt III.3.).

Was die Anwendbarkeit der genannten Richtlinie betrifft, führt der Verwaltungsgerichtshof wie folgt aus:

„Soweit die Revisionswerberin ihren Ausführungen in der Zulassungsbegründung zufolge aus dieser Richtlinie abzuleiten vermeint, sie habe das Recht, ‚bei der Beanstandung ordnungsgemäß über die Möglichkeit belehrt (zu werden), einen Verteidiger beizuziehen oder eine Alkomatmessung durch eine Blutprobe zu widerlegen', übersieht sie, dass sich aus dem Text der Richtlinie (vgl. etwa Art. 2 zum Anwendungsbereich) gerade nicht ergibt, dass sich ihr Anwendungsbereich auf polizeiliche Amtshandlungen wie im vorliegenden Fall, die noch vor Einleitung eines behördlichen Strafverfahrens gesetzt werden, erstreckt. [...]"

Dies hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 22. Juni 2018, Ra 2018/02/0191 bekräftigt.

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 im Ergebnis geltend gemachten Grund, er sei berechtigt gewesen seinen Anwalt anzurufen, bzw. hätte er aufgeklärt werden müssen, dass er dies nicht dürfe, macht der Bf mangelndes Verschulden nicht glaubhaft.

„Auch wenn der Besch nicht darüber belehrt wurde, dass bzw. welches Verhalten als Verweigerung der Atemluftuntersuchung gilt, kann er sich nicht auf mangelndes Verschulden bzw. das Vorliegen eines entschuldbaren Tatbildirrtums berufen. Zum einen sind Straßenaufsichtsorgane nicht verpflichtet, im Zuge der von ihnen durchgeführten Amtshandlungen rechtliche Aufklärungen zu geben, zum anderen genügt für die Verwirklichung der Verwaltungsübertretung nach § 99 Abs. 1 lit. b iVm § 5 Abs. 2 StVO 1960 die Schuldform der Fahrlässigkeit (vgl. E 5. November 1997, 97/03/0104)." (VwGH 31. Jänner 2014, 2012/02/0012)

Die vom Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung angedeutete Rechtsunkenntnis in Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Abgabe der Atemluftprobe, aus der der Bf ableitet, berechtigt gewesen zu sein, zuvor seinen Rechtsanwalt zu kontaktieren, ist ihm jedenfalls vorwerfbar, weil gerade in Bezug auf die Verweigerung des Alkotests – gegebenenfalls auf niederschwelligerer Ebene – in der Bevölkerung allgemein bekannt ist, dass die Verweigerung des Alkotest erhebliche unangenehme Folgen hat.
Im Übrigen kann sich ein geschulter und geprüfter Kraftfahrzeuglenker nicht auf einen nach § 5 Abs. 2 VStG entschuldigenden Rechtsirrtum berufen (VwGH 27. Mai 1992, 92/02/0167; 24. Mai 2013, 2010/02/0120).

„Die Übertretung nach § 99 Abs 1 lit b iVm § 5 Abs 2 StVO idF BGBl 1986/105 kann auch in der Schuldform der Fahrlässigkeit begangen werden. Es liegt am Beschuldigten, im Sinne des § 5 Abs 1 VStG glaubhaft zu machen, daß ihn kein Verschulden daran trifft, daß er seiner Verpflichtung zur Vornahme der Atemluftprobe (an Ort und Stelle) nicht nachgekommen ist. Ein ihm allenfalls unterlaufener Rechtsirrtum vermag ihn als geschulten und geprüften Kraftfahrzeuglenker gemäß § 5 Abs 2 VStG nicht zu entschuldigen." (VwGH 20. Juni 1990, 89/02/0202)

Die Unkenntnis seiner Pflicht, sogleich den Alkotest durchführen zu müssen ist ihm deshalb als Fahrlässigkeit anzurechnen und kam ihm insofern auch nicht das Recht zu, den Alkotest aufzuschieben oder nicht durchzuführen, bevor er mit seinem Anwalt gesprochen hat.

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 weitere 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. Nichtmitführen des Führerscheins

Gemäß den Feststellungen kann dem Bf ein Lenken des KFZ nicht nachgewiesen werden.

„Anders als für die Beurteilung der Verweigerung der Atemluftuntersuchung nach §5 Abs 2 zweiter Satz StVO kommt es für die Verpflichtung nach Abs 1 Z1 entscheidend auf das tatsächliche Lenken eines Kfz durch die betreffende Person an. Der bloße Verdacht des Lenkens, [...] genügt nach dem klaren Wortlaut dieser Best nicht VwGH 18. 11. 2003, 2001/03/0227". (*Nedbal-Bures/Pürstl*, FSG[7], § 14, E 2)

Zumal dem Bf ein Fahren mit dem KFZ nicht nachgewiesen werden kann, sondern diesbezüglich nur ein Verdacht vorlag, hat der Bf den objektiven Tatbestand des § 14 Abs 1 FSG iVm § 37 FSG nicht erfüllt.

Seiner Beschwerde ist diesbezüglich Folge zu geben, Spruchpunkt 2. des Straferkenntnisses aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

III.6. Vor dem dargestellten Hintergrund ist die Beschwerde des Bf in Bezug auf Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses als unbegründet abzuweisen, in Bezug auf Spruchpunkt 2. ist ihr Folge zu geben.

III.7. Kosten

Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind in § 52 VwGVG begründet.
Die beiden Spruchpunkte sind getrennt voneinander zu betrachten (VwGH 31. August 2016, 2013/17/0811; 20. September 2018, Ra 2018/09/0072). Was Punkt 1 des Straferkenntnisses betrifft, ist der Bf vollends unterlegen, sodass ihm als Kosten 20 % der Strafe aufzuerlegen sind (320 Euro). (§ 52 Abs 1 und 2 VwGVG)

Im Punkt 2 ist der Bf teilweise durchgedrungen, sodass hier keine Kosten aufzuerlegen sind und der Bf auch keine Kosten für das behördliche Verfahren zu bezahlen hat. (§ 52 Abs 8 und 9).

Letztere reduzieren sich insofern gemäß § 64 VStG auf 10 % der Strafe, also 160 Euro.

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