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-604425/25/JP

Datum:
Linz, 30. März 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin MMag. Polgar über die Beschwerde die Beschwerde des S E, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J P, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels, vom 24. März 2021, GZ: VStV/921300343904/2021, wegen Übertretung der Straßenverkehrsordnung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. September 2021 durch mündliche Verkündung und nach Aufhebung des Erkenntnisses vom 29. September 2021, GZ: LVwG-604425/15/JP, durch den Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 22. Februar 2022, Zl: Ra 2021/02/0256-4,

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die verletzten Rechtsvorschriften „§ 99 Abs. 1 lit b StVO (BGBl. Nr. 159/1960 idF BGBl. I Nr. 39/2013) iVm § 5 Abs. 2 StVO (BGBl. Nr. 159/1960 idF BGBl. I Nr. 6/2017) sowie die Strafnorm „§ 99 Abs. 1 StVO (BGBl. Nr. 159/1960 idF BGBl. I Nr. 39/2013)“ zu lauten haben.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der 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. 1.1. Mit Straferkenntnis vom 24. März 2021 verhängte die belangte Behörde neben zwei anderen, nicht in Beschwerde gezogenen Strafen gegen Übertretungen, eine Strafe gemäß § 99 Abs 1 StVO über den Beschwerdeführer, weil er sich am 26. Februar 2021 um 23:01 Uhr in Wels, Polizeiinspektion Dragonerstraße, nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei geweigert hat, seine Atemluft auf ihren Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass er sich zum Zeitpunkt des Lenkens eines Fahrzeugs in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befunden hat. Er hat dadurch eine Übertretung des § 99 Abs 1 lit b iVm § 5 Abs 2 StVO begangen.

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter fristgerecht Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Mit Schreiben vom 21. April 2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde unter Anschluss des Verwaltungsaktes, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu erlassen, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Mit der Aktenvorlage ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art 130 Abs 1 Z 1 iVm Art 131 Abs 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art 135 Abs 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

1.3. Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 29. September 2021, GZ: LVwG-604425/15/JP, wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

1.4. Dagegen richtete sich die außerordentliche Revision des Beschwerdeführers vom 11. November 2021 an den Verwaltungsgerichtshof.

1.5. Mit Erkenntnis vom 22. Februar 2022, Zl. Ra 2021/02/0256-4, sprach der Verwaltungsgerichtshof aus, dass das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben wird.

2.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den Verwaltungsakt und die Beschwerde, inklusive der am 9. September 2021 vorgelegten Beschwerdeergänzung. Außerdem nahm das erkennende Gericht Einsicht in den bezughabenden Akt zu LVwG-652056-2021. Am 16. September 2021 wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, bei der die drei

amtshandelnden Polizeibeamten als Zeugen einvernommen wurden und zu der zwar der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, nicht aber der Beschwerdeführer selbst erschienen ist. Eine Begründung für das Nichterscheinen des Beschwerdeführers bei der Verhandlung konnte der Vertreter des Beschwerdeführers nicht vorbringen.

2.2. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Am 26. Februar 2021 wurde der Beschwerdeführer auf der Salzburger Straße in Wimpassing einer Lenker- und Fahrzeugkontrolle unterzogen. Der Beschwerdeführer steckte sich, als er angehalten wurde, einen Kaugummi in den Mund. Aufgrund eindeutiger Alkoholisierungsmerkmale wurde beim Beschwerdeführer ein freiwilliger Alkovortest durchgeführt. Der Zeuge F fragte den Beschwerdeführer vor Durchführung des Alkovortests, ob er einen Kaugummi im Mund habe und forderte ihn auf, diesen zu entfernen. Diesen Kaugummi spuckte der Beschwerdeführer vor den Augen des Zeugen F und der Zeugin L aus. Es wurde danach ein erster Versuch des Vortests durchgeführt, der ein negatives Ergebnis lieferte. Als die Zeugin L dem Beschwerdeführer das Gerät, mit dem der Alkovortest durchgeführt wird, aus dem Mund zog, klebte vorne am Blasrohr ein weiterer Kaugummi. Der Beschwerdeführer wurde daraufhin vom Zeugen F angewiesen, den Anordnungen der Polizeibeamten zu folgen und jedes Verhalten zu vermeiden, das das Ergebnis des Alkovortests verfälschen könnte, insbesondere das Kauen eines Kaugummis. Der zweite Versuch des Alkovortests lieferte ein Ergebnis von 0,62 mg/l Alkohol in der Atemluft.

Der Beschwerdeführer wurde daraufhin vom Zeugen F, einem Organ der Bundespolizei, dazu aufgefordert seine Atemluft auf ihren Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, also zum Alkomattest am geeichten Gerät auf der nächstgelegenen Polizeiinspektion. Im vorliegenden Fall war das die Polizeiinspektion Dragonerstraße in Wels. Aufgrund des Vorfalls mit dem Kaugummi bereits beim Alkovortest klärte der Zeuge F den Beschwerdeführer erstmals noch vor der Verbringung zur Polizeiinspektion sehr genau darüber auf, dass der Beschwerdeführer während der gesetzlich vorgesehenen Wartezeit von 15 Minuten zwischen der Aufforderung zum Alkomattest und dem Test selbst nichts zu sich nehmen, also nichts essen, nichts trinken, nicht rauchen und insbesondere keinen Kaugummi kauen darf. Er wurde zusätzlich darauf hingewiesen, dass ein solches Verhalten das Ergebnis des Alkoholtest verfälschen würde.

Auch auf der Fahrt zur Polizeiinspektion, während der Zeuge F neben dem Beschwerdeführer auf der Rückbank des Polizeiautos saß und sich die beiden ebenfalls bei der Amtshandlung zugegen gewesenen Zeuginnen L und Z auf dem Fahrer- bzw. Beifahrersitz befanden, wies der Zeuge den Beschwerdeführer ein weiteres Mal darauf hin, dass es als Verweigerung der Testung der Atemluft auf ihren Alkoholgehalt gilt, wenn er vor der Testung Kaugummi kaut.

Auf der Dienststelle angekommen, haben die Zeugen F und L ein benötigtes Computerprogramm gestartet. Der Beschwerdeführer nahm gegenüber den beiden Platz und wurde angewiesen zu warten. Die Zeugin Z startete in dieser Zeit den Alkomat. Als der Alkomat bereit zur Testung war, wollte die Zeugin Z die Alkoholmessung beim Beschwerdeführer durchführen. Als der Beschwerdeführer aufstand, waren wiederum deutliche Kaubewegungen zu sehen. Darauf angesprochen, schluckte der Beschwerdeführer sichtbar, was insbesondere von der Zeugin Z deutlich wahrgenommen werden konnte. Es ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt, unmittelbar vor der Testung am geeichten Alkomaten einen weiteren Kaugummi im Mund gehabt hatte und diesen schluckte.

Dem Beschwerdeführer wurde in der Folge mitgeteilt, dass er nunmehr die Untersuchung seiner Atemluft auf ihren Alkoholgehalt verweigert hat und die Amtshandlung wurde beendet.

Nach Abschluss der Amtshandlung begab sich der Beschwerdeführer aus eigenem Antrieb in das Klinikum Wels-Grieskirchen, um sich dort Blut abnehmen zu lassen. Die Blutprobe vom 27. Februar 2021, 05:15 Uhr, wurde am 27. Februar 2021 um 09:00 Uhr von Polizeibeamten des Polizeikommissariats Wels vom Krankenhaus abgeholt und der FTC-Forensisch-Toxikologisches Labor BetriebsgmbH übermittelt. Laut Gutachten der FTC vom 22. März 2021 lag zur Zeit der Blutabnahme eine Blutalkoholkonzentration von 0,23 Promille vor. Die vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auf Grundlage dieses Gutachtens beim Polizeiarzt der belangten Behörde angeforderte Rückrechnung des Blutalkoholgehaltes des Beschwerdeführers zum Zeitpunkt des Lenkens eines Kraftfahrzeuges ergab einen Blutalkoholgehalt von 1,099 Promille.

2.3. Der festgestellte Sachverhalt begründet sich in erster Linie auf den Aussagen der drei in der öffentlichen mündlichen Verhandlung als Zeugen einvernommenen amtshandelnden Polizeibeamten, die bei der mündlichen Verhandlung einen sehr glaubwürdigen, wahrheitsverbundenen und kompetenten Eindruck hinterlassen haben. Sie konnten den Ablauf der Geschehnisse übereinstimmend und sehr ausführlich schildern und erweckten bei der Einvernahme in keiner Weise den Anschein, den Beschwerdeführer in irgendeiner Art und Weise ungerechtfertigt belasten zu wollen. Das Gericht traut es den drei Beamten zu, aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer Erfahrung Sachverhalte, wie den vorliegenden, der Wahrheit gemäß wahrzunehmen, einzuschätzen und korrekt wiederzugeben. Das Gericht hatte den Eindruck, dass alle drei Beamten ehrlich ihre Wahrnehmungen darlegten und erschien es dem Gericht nicht nachvollziehbar, wenn sich die drei Beamten absichtlich zulasten des Beschwerdeführers verabredet hätten, um einen unwahren Sachverhalt zu erfinden und zur Anzeige zu bringen. Ein solches Verhalten, mit dem sich die Beamten ohne Not in die Gefahr einer strafrechtlichen

und disziplinarrechtlichen Verfolgung gebracht hätten, widerspräche jeder Lebenserfahrung.

Die Aussagen des Beschwerdeführers aus dem behördlichen Verfahren – er ist bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung unentschuldigt nicht erschienen - stimmen in mehreren Punkten nicht überein. Es gibt deutliche Diskrepanzen zwischen seiner Rechtfertigung vom 18. März 2021 und der Darstellung der Geschehnisse in der Beschwerde. So schreibt der Beschwerdeführer in der Rechtfertigung vom 18. März 2021 explizit, dass er den Kaugummi schon bei der Anhaltung im Mund gehabt habe und dass es den Tatsachen entspreche, dass er diesen verschluckt habe, als der Beamte ihm gesagt habe, er hätte den Alkotest verweigert. Ihm sei jedoch zuvor nicht gesagt worden, er solle den Kaugummi entfernen und auch nicht, dass ein Kaugummi als Verweigerung gelte. In der Beschwerdeschrift führt der Beschwerdeführer aber aus, dass er den Kaugummi zwar schon vor der Anhaltung im Mund gehabt habe und diesen aber bereits vor dem Alkovortest aus dem Mund genommen habe. Die Situation vor der Testung am geeichten Alkomat beschreibt der Beschwerdeführer in der Beschwerde so, dass die Testung vom Polizisten verhindert worden wäre, weil dieser behauptet hätte, der Beschwerdeführer habe einen Kaugummi im Mund, worauf er den Mund aufgemacht habe und gesagt habe, dass das nicht stimmt. Der Polizeibeamte habe dann gemeint, der Beschwerdeführer habe den Kaugummi runtergeschluckt. Es erscheinen die Schilderungen des Beschwerdeführers aus dem behördlichen Verfahren dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich daher nicht ausreichend glaubwürdig. Ergänzend brachte der bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung anwesende Rechtsvertreter des Beschwerdeführers vor, dass wohl davon auszugehen sei, dass der Beschwerdeführer von Anfang an, also bereits seit vor der Anhaltung, drei Kaugummis gleichzeitig im Mund gehabt habe und sich während der gesamten Amtshandlung keinen weiteren Kaugummi in den Mund gesteckt habe. Das erscheint dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich jedoch als äußert unglaubwürdig und es kann auch nicht nachvollzogen werden, was für den Beschwerdeführer aus dieser Annahme zu gewinnen wäre.

3.1. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 5 Abs. 2 Straßenverkehrsordnung (StVO) (BGBl. Nr. 159/1960 idF BGBl. I Nr. 6/2017) sind besonders geschulte oder von der Behörde hiezu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht, berechtigt, jederzeit die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug in Betrieb nehmen oder lenken, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Sie sind außerdem berechtigt, die Atemluft von Personen, (Z 1) die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand, ein Fahrzeug gelenkt zu haben, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

Gemäß § 99 Abs. 1 lit b StVO (BGBl. Nr. 159/1960 idF BGBl. I Nr. 39/2013) 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 der in § 5 StVO bezeichneten Voraussetzungen weigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen oder sich vorführen zu lassen, oder sich bei Vorliegen der bezeichneten Voraussetzungen nicht der ärztlichen Untersuchung unterzieht, gem. lit c wer sich bei Vorliegen der in § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, sich Blut abnehmen zu lassen.

3.2. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, hat der Beschwerdeführer am 26. Februar 2021 ein Fahrzeug gelenkt und geriet in eine Polizeikontrolle. Angesichts des Lenkens eines Fahrzeuges war die Alkoholkontrolle ohne weiteres zulässig (arg. jederzeit). Aufgrund eindeutiger Alkoholisierungsmerkmale wurde beim Beschwerdeführer ein freiwilliger Alkovortest durchgeführt, welcher 0,62 mg/l Alkohol in der Atemluft ergab, also einen Wert, bei dem jedenfalls das Lenken eines Kraftfahrzeuges unzulässig ist. Gemäß § 5 Abs. 2 StVO war der Beschwerdeführer verpflichtet, sich der Alkoholkontrolle mittels Alkomat zu unterziehen.

Der Lenker hat der Aufforderung des Wacheorgans den Alkomattest vorzunehmen nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sofort zu entsprechen und jedes Verhalten, das die sofortige Vornahme des Alkotests verhindert, ist als Verweigerung der Atemluftprobe zu werten (VwGH vom 10. September 2004, 2001/02/0241). Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH vom 24. Februar 2012, 2011/02/0353) gilt ein Verhalten des Untersuchten, das das Zustandekommen des vorgesehenen Tests verhindert, als Weigerung, sich dem Atemalkoholtest zu unterziehen. Ein solches ist auch darin zu erblicken, dass der Proband - trotz vorheriger Belehrung - ein Verhalten setzt, das zu einer Verfälschung des Messergebnisses führen kann (vgl. VwGH vom 25. November 2005, 2005/02/0254, mwN).

Der Betroffene hat die von den Organen der Straßenaufsicht erforderlichen Anordnungen, soweit dies nicht unzumutbar ist, zu befolgen. Wenn derartigen zumutbaren Anordnungen nicht unverzüglich Folge geleistet wird, bedeutet dies eine Verweigerung der im Gesetz normierten Pflicht, sich dem besagten Test zu unterziehen (vgl. etwa das Erkenntnis vom 30. Mai 2007, 2003/03/0155, mwN).

Laut dem festgestellten Sachverhalt wurde der Beschwerdeführer im Zuge der Aufforderung sich dem Atemalkoholtest zu unterziehen darauf hingewiesen, dass er nichts essen, trinken oder rauchen darf und er wurde explizit darauf hingewiesen, dass er auch keinen Kaugummi kauen darf. Weiters wurde der Beschwerdeführer während der Fahrt zur Polizeiinspektion darauf hingewiesen, dass es als Verweigerung der Testung der Atemluft auf ihren Alkoholgehalt gilt, wenn er vor der Testung Kaugummi kaut. Auf der Grundlage des festgestellten

Sachverhaltes besteht kein Zweifel, dass der Beschwerdeführer durch das Kauen eines Kaugummis gegen die Anordnung der einschreitenden Beamten, nichts zu essen, trinken und zu rauchen und im Speziellen keinen Kaugummi zu sich zu nehmen, verstoßen hat.

Das Kauen eines Kaugummis gehört nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH vom 24. Februar 2012, 2011/02/0353) zu den verbotenen Verhaltensweisen vor einer Atemluftuntersuchung.

Der Beschwerdeführer bringt vor, nicht darüber belehrt worden zu sein, dass das Kauen eines Kaugummis vor dem Test am Alkomaten als Verweigerung gilt. Selbst wenn das stimmen würde – wie oben festgestellt wurde der Beschwerdeführer tatsächlich sogar zweimal belehrt – ist daraus für den Beschwerdeführer nichts zu gewinnen. Die einschreitenden Beamten waren nicht verpflichtet, den Beschwerdeführer zu belehren, da einem geprüften Fahrzeuglenker die Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung bekannt sein müssen (VwGH vom 30. Jänner 2004, Zl. 2004/02/0013 oder vom 24. Februar 2006, 2006/02/0037).

Es besteht insofern kein Zweifel, dass vorliegend von einer Verweigerung im Sinne des § 99 Abs 1 lit b StVO auszugehen war und der Beschwerdeführer den objektiven Tatbestand der genannten Bestimmung erfüllt hat.

3.3. Gemäß § 5 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (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 Beschwerdeführer im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen gehabt, was für seine Entlastung spricht. Wenn sich aus dem festgestellten Sachverhalt und dem Vorbringen des Beschwerdeführers zur subjektiven Tatseite nicht ergibt, dass er zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt subjektiv nicht in der Lage oder ihm diese nicht zumutbar war, wird die Strafbarkeit nicht gehindert.

Der Beschwerdeführer hat auf Sachverhaltsebene (objektive Tatseite) das Fehlen einer Verweigerung behauptet. Er hat zudem behauptet nicht darüber aufgeklärt worden zu sein, dass er nichts essen darf und hat überdies behauptet, nach Aufforderung zum Alkotest keinen Kaugummi zu sich genommen zu haben. Vorbringen zum Fehlen von Verschulden, hat der Beschwerdeführer nicht erstattet. Es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit der Beschwerdeführer subjektiv nicht in der Lage gewesen sein soll, auf die Einnahme der Kaugummis zu verzichten. Es wäre dem Beschwerdeführer ein Leichtes gewesen, dem Alkotest nachzukommen. Von einer Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG kann daher nicht ausgegangen werden. Dem Beschwerdeführer ist insofern sein Verhalten auch subjektiv vorwerfbar und hat der Beschwerdeführer insofern ein Delikt nach § 99 Abs 1 StVO begangen.

3.4. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß § 19 Abs. 2 VStG iVm. § 38 VwGVG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) und 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.

Bei der Strafbemessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfung des Ermessensaktes auf eine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (VwSlg. 8134 A/1971). Bei der über den Beschwerdeführer verhängten Strafe handelt es sich um die Mindeststrafe für die von ihm begangene Übertretung.

3.5. Der Vollständigkeit halber ist zu den Vorbringen in der Beschwerdeergänzung vom 9. September 2021 darauf hinzuweisen, dass laut Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes der eindeutige Nachweis, nicht alkoholbeeinträchtigt gewesen zu sein (bzw. weniger als 1,6 Promille gehabt zu haben), die allein auf die Verweigerung der Atemluftuntersuchung gestützte, für die Entziehung der Lenkberechtigung maßgebliche Annahme der Verkehrsunzuverlässigkeit nicht zu rechtfertigen vermag, dies aber nichts an der Strafbarkeit der Verweigerung der Vornahme eines Testes im Sinne des § 5 Abs. 2 StVO ändert (VwGH vom

24. Februar 2006, 2006/02/0037, aber auch vom 28. April 2004, 2001/03/0115 oder vom 11.10.2000, 2000/03/0172). Die Verwerflichkeit dieser Verweigerung ergibt sich nicht aus dem gegenüber den einschreitenden Straßenaufsichtsorganen dargelegten Ungehorsam, sondern daraus, dass durch die Verweigerung die Feststellung des Grades der Alkoholbeeinträchtigung vereitelt wird.

Aus diesen Entscheidungen ergibt sich außerdem, dass eine Bindung des Strafverfahrens an das Entziehungsverfahren nicht besteht.

3.5. Zur Ergänzung der richtigen „Fundstellen“, sowohl der als verletzt betrachteten Normen als auch jener Norm, nach der die Strafe bemessen wurde, ist auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. Februar 2022, Ra 2021/02/0256, zu verweisen, in dem es dazu heißt: „Die Revision erweist sich im Hinblick auf ihr Vorbringen, das angefochtene Erkenntnis weiche von näher bezeichneter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 44a Z 2 und Z 3 VStG ab, weil im Spruch des Straferkenntnisses der belangten Behörde, der durch die Abweisung der Beschwerde vom Verwaltungsgericht übernommen worden sei, die Fundstellen der verletzten Verwaltungsvorschrift und der herangezogenen Strafnorm nicht angeführt worden seien, als zulässig und begründet.
Gemäß § 44a Z 2 VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, zu enthalten. § 44a Z 2 VStG räumt dem Beschuldigten ein Recht darauf ein, dass im Spruch die richtige und nur die richtige verletzte Verwaltungsvorschrift aufscheint (vgl. VwGH 6.8.2020, Ra 2020/09/0013, mwN).
Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird dem Gebot des § 44a Z 2 VStG dann nicht entsprochen, wenn die durch die Tat verletzte Verwaltungsvorschrift nicht unter Zitierung der entsprechenden Norm im Spruch angeführt wird. Hiezu zählt auch die Angabe ihrer - richtigen - „Fundstelle“. Dem Gebot der ausreichend deutlichen Angabe der Fundstelle der verletzten Verwaltungsvorschrift wird nur dann Rechnung getragen, wenn die Fundstelle jener Novelle angegeben wird, durch welche die als verletzt betrachtete Norm ihre zum Tatzeitpunkt gültige Fassung erhalten hat. Ein diesbezüglich unrichtiger oder unvollständiger Ausspruch im Spruch kann durch Ausführungen in der Begründung des Straferkenntnisses nicht ersetzt werden (vgl. VwGH 2.12.2021, Ra 2021/02/0178, mwN).
Entsprechendes gilt auch für die Anführung der angewendeten Gesetzesbestimmung nach § 44a Z 3 VStG, zumal darunter jene Strafsanktionsnorm (Strafnorm) zu verstehen ist, welche die Strafdrohung enthält, in der die tatsächlich verhängte Strafe Deckung findet und derart bei der Festlegung des Strafmittels und des Strafausmaßes heranzuziehen ist (vgl. VwGH 1.9.2020, Ra 2019/02/0153, mwN).
Dem Spruchpunkt 1. des behördlichen Straferkenntnisses sind weder die Fundstellen der als verletzte Verwaltungsvorschriften zitierten Normen der „§ 99 Abs. 1 lit. b iVm. § 5 Abs. 2 StVO“ zu entnehmen, noch ergibt sich aus diesem die Fundstelle der herangezogenen Strafsanktionsnorm des § 99 Abs. 1 StVO. Obwohl das Verwaltungsgericht verpflichtet gewesen wäre, den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses in seinem Abspruch zu ergänzen, wenn dieser - wie hier - unvollständig ist, hat es durch die Abweisung der Beschwerde den Spruch des bei ihm in Beschwerde

gezogenen Straferkenntnisses unverändert übernommen (vgl. VwGH 29.3.2021, Ra 2021/02/0023, mwN).“

II. 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 dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Thema Verweigerung der Alkoholtestung 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

MMag. Polgar