

# TE Lvwg Erkenntnis 2020/12/10 LVwG-S-2215/001-2020, LVwG-AV- 1321/001-2020

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.12.2020

## Entscheidungsdatum

10.12.2020

## Norm

FSG 1997 §3

FSG 1997 §7

FSG 1997 §24

StVO 1960 §5 Abs2

StVO 1960 §99 Abs1 litb

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt durch Mag. Binder als Einzelrichterin über die Beschwerden des A, vertreten durch B Rechtsanwälte OG, \*\*\*, \*\*\*,

1. gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt \*\*\* vom 05. Oktober 2020, Zl. \*\*\*, betreffend Bestrafung nach der Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO 1060), sowie

2. gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt \*\*\* vom 08. Oktober 2020, Zl. \*\*\*, betreffend Entziehung der Lenkberechtigung und Anordnung begleitender Maßnahmen nach dem Führerscheingesetz (FSG),

nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung zu Recht:

1. Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

2. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichts-verfahrensgesetz (VwGVG) einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerde-verfahrens zur Zl. LVwG-S-2215/001-2020 in Höhe von 320,-- Euro zu leisten.

3. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Zahlungshinweis:

Der Beschwerdeführer wird darauf hingewiesen, dass er somit gemäß § 54b Abs. 1 VStG den Strafbetrag im Strafverfahren betreffend das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt \*\*\* vom 05. Oktober 2020, Zl. \*\*\*, in Höhe von 1.600,-- Euro zuzüglich des Kostenbeitrages des verwaltungsbehördlichen Verfahrens in Höhe von 160,--

Euro, sowie des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens in Höhe von 320,-- Euro, insgesamt sohin 2.080,-- Euro, binnen zwei Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses unter Berücksichtigung auf das angeschlossene Beiblatt beim Bürgermeister der Stadt \*\*\* zu bezahlen hat.

Entscheidungsgründe:

1. Zum verwaltungsbehördlichen Verfahren:

Mit Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt \*\*\* vom 05. Oktober 2020, Zl. \*\*\*, wurde der Beschwerdeführer wie folgt für schuldig erkannt:

„Sie haben folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Tatbeschreibung:

Sie haben sich am 03.08.2020 um 18:35 Uhr in \*\*\*, \*\*\*, nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei geweigert, Ihre Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass Sie am 03.08.2020 gegen 18:05 Uhr im Ortsgebiet von \*\*\* auf dem \*\*\* den Personenkraftwagen mit dem amtlichen Kennzeichen \*\*\* in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt haben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 99 Abs. 1 lit b i.V.m. § 5 Abs. 2 StVO 1960

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von falls diese uneinbringlich      Gemäß

ist, Ersatzfreiheitsstrafe

von

€ 1.600,00      336 Stunden      § 99 Abs. 1 StVO 1960“

Ebenso wurde der Beschwerdeführer zum Tragen der Kosten des Strafverfahrens verpflichtet.

In ihrer Begründung hielt die Strafbehörde den von ihr ermittelten Sachverhalt fest und führte aus, dass in der Rechtfertigung vom 22. September 2020 der Beschwerdeführer durch seine rechtsfreundliche Vertretung im Wesentlichen vorgebracht habe, dass er das KFZ nicht gelenkt, sondern allenfalls nur in Betrieb genommen hätte.

Nach Wiedergabe der relevanten Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung 1960 gab die Strafbehörde die niederschriftliche Einvernahme des Zeugen C vollinhaltlich wieder und ging davon aus, dass im Verfahren keine Anhaltspunkte sich ergeben hätten, wonach der Zeuge eine ihm zunächst unbekannte Person wahrheitswidrig belasten hätte wollen. Der Beschwerdeführer selbst hätte gegenüber den Polizisten eingeräumt, seinen PKW – wenn auch nur wenige Meter – gelenkt zu haben. Erst im Rahmen der schriftlichen Rechtfertigung wäre das Lenken des PKWs bestritten worden.

Anhand des vorliegenden Sachverhaltes und der gesetzlichen Bestimmungen ergäbe sich, dass die an den Rechtsmittelwerber gerichtete Aufforderung zur Atemluftmessung mittels Alkomaten zu Recht erfolgt sei. Dass er diese Untersuchung verweigert habe, wäre von ihm auch nicht in Abrede gestellt worden.

Zur Strafhöhe führte die Bezirksverwaltungsbehörde aus, dass mildernd die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit zu berücksichtigen wäre, straferschwerend wäre kein Umstand zu werten.

Weiters wurde mit Mandatsbescheid des Bürgermeisters der Stadt \*\*\* vom 13. August 2020, Zl. \*\*\*, die Lenkberechtigung des Beschwerdeführers für Kraftfahrzeuge der Klassen AM, A, B, C1C, EzB, E1E, F bis einschließlich 03. Februar 2021 entzogen. Ebenso ordnete die Bezirksverwaltungsbehörde an, dass sich der von der Entziehung Betroffene innerhalb der festgesetzten Entziehungszeit einer Nachschulung zu unterziehen habe. Innerhalb gleicher Frist wurde die Beibringung eines von einem Amtsarzt erstellten Gutachtens über die gesundheitliche Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen der angeführten Kraftfahrzeugklassen sowie die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme zum Lenken dieser Kraftfahrzeuge gefordert.

Über die Vorstellung des A wurde in weiterer Folge mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid der Führerscheinbehörde vom 08. Oktober 2020, Zl. \*\*\*, wie folgt entschieden:

1. „Der Bürgermeister der Stadt \*\*\* entzieht Ihnen die Lenkberechtigung für Kraftfahrzeuge der Klassen AM, A, B, C10, EzB, E1 E, F (FS der BH Krems vom 11.12.2018, AZ :\*\*\*)) und zwar bis einschließlich 3.2.2021.

2. Der Bürgermeister der Stadt \*\*\* ordnet an, dass Sie sich innerhalb der festgesetzten Entziehungszeit einer Nachschulung zu unterziehen haben.

3. Der Bürgermeister der Stadt \*\*\* ordnet die Beibringung eines von einem Amtsarzt erstellten Gutachtens über die gesundheitliche Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen für die Klassen AM, A, B, 01C, EzB, E1E, F innerhalb der festgesetzten Entziehungszeit an. Weiters ist innerhalb dieser Zeit auch eine verkehrspsychologische Stellungnahme zum Lenken dieser Kraftfahrzeuge beizubringen.“

In ihrer Begründung gab die belangte Behörde den Inhalt der Vorstellung vom 20. August 2020, die Anträge vom 04. September 2020 und 22. September 2020, sowie die Stellungnahme vom 07. Oktober 2020 wieder und hielt fest, dass ein angeblicher Nachtrunk keine Relevanz habe, da der Alkoholttest verweigert worden wäre. Zur Glaubwürdigkeit des Zeugen C wurde ausgeführt, dass weder im Verfahren zum Entzug der Lenkberechtigung, noch im Verwaltungsstrafverfahren Anhaltspunkte hervorgekommen wären, dass der Zeuge eine ihm zunächst unbekannte Person wahrheitswidrig belasten wolle. Auf die Einvernahme von Frau D als Zeugin könne verzichtet werden, da sie sich zum Vorfallszeitpunkt selbst in einem alkoholisierten Zustand befunden habe und daher nur von einer getrübbten Wahrnehmung der relevanten Umstände auszugehen sei.

Nach Wiedergabe der relevanten Bestimmungen des Führerscheingesetzes ging die belangte Behörde davon aus, dass eine Tatsache iSd § 7 Abs. 3 Z 2 FSG vorliege, da der Rechtsmittelwerber einer bestehenden Untersuchungspflicht nicht nachgekommen sei. Die Führerscheinebehörde sei auf Grund des Verhaltens des Beschwerdeführers der Auffassung, dass die Lenkberechtigung des Rechtsmittelwerbers auf die im Spruch angeführte Dauer entzogen werden müsse und die Durchführung eines Nachschulkungskurses, sowie die Beibringung eines amtsärztlichen Gutachtens und einer verkehrspsychologischen Stellungnahme erforderlich wären, um die Allgemeinheit zu schützen. Dabei wäre ein Zeitraum bereits berücksichtigt worden, der seit der Begehung der Tat bzw. seit der vorläufigen Abnahme des Führerscheines verstrichen wäre.

2. Zum Beschwerdevorbringen:

In seinen rechtzeitig erhobenen Beschwerden beantragte der Beschwerdeführer im Strafverfahren die ersatzlose Behebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie die Einstellung des Strafverfahrens; in eventu die Erteilung einer Ermahnung; in eventu die Herabsetzung der Strafhöhe. Im Verfahren betreffend die Entziehung der Lenkberechtigung wurde die ersatzlose Behebung des angefochtenen Bescheides sowie die Einstellung des Verfahrens begehrt; in eventu die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Zurückverweisung zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung durch die belangte Behörde. In beiden Verfahren wurde die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung beantragt.

Begründet wurden die Anträge wie folgt:

ad) Verwaltungsstrafverfahren:

„Zur Rechtswidrigkeit – kein tatbestandsmäßiges Verhalten des Beschwerdeführers

1.1) Die belangte Behörde legt dem Beschwerdeführer zur Last, er habe sich angeblich am 03.8.2020 um 18:35 Uhr in \*\*\*, \*\*\*, nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei geweigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei angeblich vermutet werden konnte, dass er am 03.08.2020 gegen 18:05 Uhr im Ortsgebiet von \*\*\* auf dem \*\*\* den Pkw mit dem amtlichen Kennzeichen \*\*\* in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe. Der Beschwerdeführer habe dadurch § 99 Abs 1 lit b) in Verbindung mit § 5 Abs 2 StVO verletzt.

1.2) Der Beschwerdeführer bestreitet, dass er die inkriminierte Verwaltungsübertretung begangen hat. Tatsache ist, dass der Beschwerdeführer die Atemluftkontrolle unter anderem verweigern durfte, zumal deren Durchführung rechtswidrig erfolgt ist. Vor diesem Hintergrund ist es mit den Grundsätzen des Verwaltungsstrafrechts nicht vereinbar, dass eine Bestrafung des Beschwerdeführers erfolgt, zumal er nicht tatbestandsmäßig und sohin nicht rechtswidrig gehandelt hat.

1.3) Tatsache ist, dass der Beschwerdeführer am \*\*\* sein KFZ in Betrieb genommen hat, zumal er das Auto einparken

wollte. Tatsächlich hat er das KFZ aber nicht gelenkt, sondern davon Abstand genommen. Ausschlaggebend dafür war die Mahnung seiner Lebensgefährtin, er solle das Fahrzeug nicht lenken, zumal ohnehin bereits ein Taxi unterwegs sei. Der Beschwerdeführer hat sein KFZ daher nach der Inbetriebnahme wieder abgestellt, ohne dass es zu einem Lenken des Fahrzeugs gekommen ist.

§ 5 Abs 2 Satz 2 StVO lautet auszugsweise:

„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. ...“

1.4) Da der Beschwerdeführer sein Fahrzeug nicht gelenkt-, sondern allenfalls nur in Betrieb genommen hat, war die Aufforderung zur Durchführung eines Alkotests gesetzwidrig. Weder der dem Wortlaut nach klare Gesetzestext noch die stRspr zu § 5 Abs 2 Z 1 StVO erlauben eine Untersuchung auf Alkoholgehalt, sofern sich bei vermuteter Alkoholisierung der Verdacht lediglich auf die Inbetriebnahme eines Fahrzeuges bezogen hat. Die rechtmäßige Aufforderung zur Untersuchung auf Alkoholgehalt nach dieser Bestimmung setzt den Verdacht des Lenkens voraus (VwGH 10.04.2018, Ra 2018/02/0072; 27.07.2017, Ra 2017/02/0086). Ein Verdacht des Lenkens konnte nicht vorliegen, zumal der Beschwerdeführer kein Fahrzeug gelenkt hatte.

1.5) Festzuhalten ist daher: Die Polizeibeamten hätten den Beschwerdeführer rechtsrichtig nicht zur Untersuchung seines Alkoholgehalts auffordern dürfen; – demgemäß geht auch die Verweigerung der Untersuchung nicht zu Lasten des Beschwerdeführers, zumal die Verweigerung einer ungesetzlichen Untersuchung des Alkoholgehalts im Lichte des Gleichheitssatzes bei grundrechtskonformer Interpretation nicht zur Bestrafung des Beschwerdeführers führen darf.

1.6) Darüber hinaus hat der Beschwerdeführer zu Hause angelangt weiter Alkohol konsumiert. Der Beschwerdeführer hat den Alkotest sohin auch vor dem Hintergrund dieses Nachtrunkes berechtigt verweigert, zumal der Alkotest kein valides Ergebnis im Hinblick auf eine angebliche Alkoholisierung im Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Fahrzeugs liefern hätte können. Der Beschwerdeführer hat gegen 18:00 Uhr die Heimreise von der \*\*\* per Taxi angetreten und ist sohin gegen 18:10 Uhr zu Hause (an der rubrizierten Adresse) angelangt. Hernach hat der Beschwerdeführer noch gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin Alkohol konsumiert. Darauf hat der Beschwerdeführer die Polizisten nach Aufforderung zur Durchführung des Alkotests, die gegen 18:35 Uhr erfolgt ist, auch hingewiesen. Da vor diesem Hintergrund keine Testung des Beschwerdeführers hätte durchgeführt werden dürfen, ist die Bestrafung rechtswidrig erfolgt, das angefochtene Straferkenntnis ersatzlos zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Beweis: Beschwerdeführer als Partei

D, Lebensgefährtin des Beschwerdeführers, als Zeugin

weitere Beweise vorbehalten

1) Zur Strafhöhe und außerordentlichen Milderung

2.1) Sofern die inkriminierte Verwaltungsübertretung nach Ansicht des Verwaltungsgerichts verwirklicht worden ist, ist die verhängte Geldstrafe in Anbetracht der bisherigen Unbescholtenheit und des ordentlichen Lebenswandels des Beschwerdeführers zu hoch bemessen.

2.2) Gemäß § 20 VStG ist die Mindeststrafe bis zur Hälfte zu unterschreiten, sofern die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen. Der Beschwerdeführer hat auf die Anwendung des außerordentlichen Milderungsrechts einen Rechtsanspruch, zumal § 20 VStG ungeachtet der Verwendung des Wortes „kann“ der belangten Behörde kein Ermessen einräumt und die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen (Sander in Raschauer/Wessely, VStG2 [2016] § 20 Rz 10). Es liegen keine Erschwerungsgründe vor, sodass die bisherige Unbescholtenheit sowie der ordentliche Lebenswandel als Milderungsgründe beträchtlich überwiegen. Rechtsrichtig hätte die belangte Behörde daher das außerordentliche Milderungsrecht zur Anwendung bringen müssen.

2.3) Im Ergebnis wäre daher von der Verhängung einer Strafe zur Gänze abzusehen- bzw allenfalls eine geringere Strafe zu verhängen gewesen oder aber eine bloße Ermahnung zu erteilen gewesen.“

ad) Verfahren nach dem FSG:

„Zur Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids

1.1) Die belangte Behörde hat dem Beschwerdeführer mit dem angefochtenen Bescheid die Lenkberechtigung für Kraftfahrzeuge der Klassen AM, A, B, C1C, EzB, E1E, F (Führerschein der BH Krems vom 11.12.2018, AZ: \*\*\*) bis einschließlich 03.02.2021 entzogen. Darüber hinaus hat sie angeordnet, dass sich der Beschwerdeführer innerhalb der festgesetzten Entziehungszeit einer Nachschulung zu unterziehen hat. Schließlich hat die belangte Behörde auch angeordnet, dass der Beschwerdeführer ein amtsärztliches Gutachten über die gesundheitliche Eignung zum Lenken von Kfz sowie eine verkehrspsychologische Stellungnahme beizubringen hat.

1.2) Die belangte Behörde begründet den angefochtenen Bescheid dahingehend, der Beschwerdeführer habe am 03.08.2020 um 18:05 Uhr das Kraftfahrzeug mit dem behördlichen Kennzeichen \*\*\* im Ortsgebiet von \*\*\* auf dem \*\*\* in einem angeblich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt. Der Beschwerdeführer habe weiters am 03.08.2020 am 18:35 Uhr angeblich die Durchführung eines Alkotests verweigert, obwohl ihn ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei zur Durchführung eines Alkotests aufgefordert habe. Vor diesem Hintergrund sei der Beschwerdeführer angeblich einer bestehenden Untersuchungspflicht nicht nachgekommen und sei daher als verkehrsunzuverlässig zu qualifizieren, sodass im Ergebnis der angefochtene Bescheid erlassen worden sei.

1.3) Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen, die sich im Wesentlichen auf die Wahrnehmungen eines gewissen Zeugen C gründen, den Tatsachen entsprechen. Die belangte Behörde behauptet etwa unrichtiger Weise, der Beschwerdeführer habe gegenüber den Beamten der PI \*\*\* bei einer Befragung zugestanden, er habe sein KFZ in Betrieb genommen, um es in eine Parklücke zu lenken. Entgegnet wird:

1.4) Der Beschwerdeführer hat das gegenständliche Fahrzeug nicht gelenkt, sondern allenfalls in Betrieb genommen. Darüber hinaus war er zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Fahrzeugs noch fahrtüchtig. Die Lebensgefährtin des Beschwerdeführers kann dies bestätigen. Da der Beschwerdeführer sein Fahrzeug nicht gelenkt-, sondern allenfalls in Betrieb genommen hat, war die Aufforderung zur Durchführung eines Alkotests gesetzwidrig. Demgemäß leidet auch der angefochtene Bescheid an einer Rechtswidrigkeit des Inhalts.

1.5) Weder der dem Wortlaut nach klare Gesetzestext noch die ständige Rechtsprechung des VwGH zu § 5 Abs 2 Z 1 StVO gestatten eine Untersuchung auf Alkoholgehalt, sofern sich bei vermuteter Alkoholisierung der Verdacht lediglich auf die Inbetriebnahme eines Fahrzeuges bezogen hat. Die rechtmäßige Aufforderung zur Untersuchung auf Alkoholgehalt nach dieser Bestimmung setzt den Verdacht des Lenkens voraus (VwGH 10.04.2018, Ra 2018/02/0072; 27.07.2017, Ra 2017/02/0086). Dem Verdacht des Lenkens mangelt es im gegenständlichen Fall am notwendigen Verdachtssubstrat, zumal es keine sachlich nachvollziehbaren Anhaltspunkte für einen wie auch immer gearteten Verdacht gab, der Beschwerdeführer habe ein Fahrzeug in alkoholisiertem Zustand gelenkt.

1.6) Klargestellt wird: die Polizeibeamten hätten den Beschwerdeführer rechtsrichtig nicht zur Untersuchung seines Alkoholgehalts auffordern dürfen; – demgemäß geht auch die Verweigerung der Untersuchung nicht zu Lasten des Beschwerdeführers, zumal die Verweigerung einer ungesetzlichen Untersuchung des Alkoholgehalts bei grundrechtskonformer Interpretation der Bestimmungen des FSG im Lichte des Gleichheitssatzes nicht zur Entziehung der Lenkberechtigung führen kann.

1.7) Der Beschwerdeführer hält weiters fest, dass er zum Zeitpunkt der informellen Befragung durch die Beamten der PI \*\*\* alkoholisiert und daher nicht fähig war, den Vorhaltungen der Beamten entschieden entgegenzutreten bzw sich zweckentsprechend zur Aufklärung des tatsächlichen Sachverhalts zu artikulieren. Der Beschwerdeführer wurde zu Hause im Nachtgewand von den Beamten der PI \*\*\* überfallsartig aufgesucht. Über das Gespräch mit den Beamten der PI \*\*\* haben diese anscheinend ein unvoreilhaftes Protokoll angefertigt, das Eingang in den Akt gefunden hat. Der Beschwerdeführer hat diese Niederschrift nie zu Gesicht bekommen und hatte nicht einmal Gelegenheit, sie Niederschrift zu kontrollieren! Darüber hinaus ist es für den Beschwerdeführer nicht nachvollziehbar, warum es der belangten Behörde solch ein besonderes Anliegen ist, ein Exempel an ihm zu statuieren, obwohl er nach dem Lokalbesuch die Heimreise nicht mit seinem Auto angetreten hat, sondern mit dem Taxi heimgefahren ist.

1.8) Tatsache ist, dass die Niederschrift der Beamten betreffend die angeblichen Angaben des Beschwerdeführers inhaltlich unrichtig ist. Richtig ist vielmehr, dass Beschwerdeführer das KFZ in Betrieb genommen hat, zumal er sein Auto einparken wollte; die Betonung liegt auf wollte, zumal er seinen Willen nach außen hin durch kein Lenkmanöver

manifestiert hat. Tatsächlich hat der Beschwerdeführer das KFZ aber entgegen den Unterstellungen der Behörden nicht gelenkt, sondern davon Abstand genommen. Ausschlaggebend dafür war die Ermahnung seiner Lebensgefährtin, er solle das Fahrzeug nicht lenken, zumal ohnehin bereits ein Taxi unterwegs sei. Der Beschwerdeführer hat sein KFZ daher nach der Inbetriebnahme unverzüglich wieder abgestellt, ohne dass es zu einem Lenken des Fahrzeugs gekommen ist.

1.9) Unklar ist, warum der Zeuge C den tatsächlichen Sachverhalt unrichtig wiedergibt bzw warum der Zeuge C ein rechtskonformes Verhalten zur Anzeige bringt. Der Zeuge C agiert gleich einem selbsternannten Verkehrssheriff. Entgegen der Wahrnehmung des Zeugen C hat der Beschwerdeführer das Fahrzeug nicht gelenkt, sondern nur in Betrieb genommen. Allenfalls war auch der Zeuge C nach einem abendlichen Lokalbesuch alkoholisiert oder aber aufgrund seiner zeitintensiven Tätigkeit im \*\*\* des E körperlich erschöpft, sodass die Genauigkeit und Glaubwürdigkeit seiner Wahrnehmung einer neuerlichen und kritischen Würdigung zu unterziehen ist. Der Beschwerdeführer stellt klar: C kann nach bestem Wissen und Gewissen seine Aussage getätigt haben und dennoch einem Wahrnehmungsirrtum unterliegen; Irrtümer unterlaufen selbst einem aufmerksamen E-Projektleiter bzw Berichtersteller.

1.10) Darüber hinaus hat der Beschwerdeführer zu Hause angelangt weiter Alkohol konsumiert. Der Beschwerdeführer hat den Alkotest sohin auch vor dem Hintergrund dieses Nachtrunkes berechtigt verweigert, zumal der Alkotest kein valides Ergebnis im Hinblick auf eine angebliche Alkoholisierung im Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Fahrzeugs liefern hätte können. Der Beschwerdeführer hat gegen 18:00 Uhr die Heimreise von der \*\*\* per Taxi angetreten und ist sohin gegen 18:10 Uhr zu Hause (an der rubrizierten Adresse) angelangt. Hernach hat der Beschwerdeführer noch gemeinsam mit seiner Lebensgefährtin Alkohol konsumiert. Darauf hat der Beschwerdeführer die Polizisten nach Aufforderung zur Durchführung des Alkotests, die gegen 18:35 Uhr erfolgt ist, auch hingewiesen. Da vor diesem Hintergrund keine Testung des Beschwerdeführers hätte durchgeführt werden dürfen, ist der angefochtene Bescheid ersatzlos zu beheben und das Verfahren einzustellen.

Beweis: Beschwerdeführer als Partei

D, Lebensgefährtin des Beschwerdeführers, p.A. des Beschwerdeführers, als Zeugin  
neuerliche Vernehmung des Zeugen C, per aktenskundiger Adresse  
weitere Beweise vorbehalten“

### 3. Zum durchgeführten Ermittlungsverfahren:

Am 27. November 2020 führte das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, welche von der belangten Behörde unbesucht blieb. Das Verwaltungsgericht hat bei dieser Verhandlung durch Einsichtnahme in den verwaltungsbehördlichen Strafbefehl zur Zl. \*\*\*, in den Führerscheinakt zur Zl. \*\*\*, sowie in die Akten des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich mit den Zln. LVwG-AV-1321-2020 und LVwG-S-2215-2020 Beweis erhoben, auf deren Verlesung seitens des anwesenden Beschwerdeführervertreters verzichtet wurde.

Weiters erfolgte die Einvernahme des Beschwerdeführers, sowie der Zeugen F, C sowie D.

In dieser öffentlichen mündlichen Verhandlung wurden die durch den Zeugen C per Handy aufgenommenen Videos, welche von ihm im Zusammenhang mit der behaupteten Lenkung eines Kraftfahrzeuges am 03. August 2020 erstellt wurden, in Augenschein genommen und im elektronischen Akt des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich zur Zl. LVwG-AV-1321-2020 erfasst, und wurde dem Beschwerdeführervertreter sowie dem Beschwerdeführer Gelegenheit gegeben, sich zu diesen Aufnahmen zu äußern.

### 4. Feststellungen:

Der Beschwerdeführer betätigte am 03. August 2020, gegen 18:05 Uhr, per Knopfdruck den Anlasser zum Starten des Kraftfahrzeuges mit dem behördlichen Kennzeichen \*\*\*, welches er vor einem Lokalbesuch in \*\*\* auf dem \*\*\* abgestellt hat. Nachdem das von ihm bzw. seiner Lebensgefährtin geordnete Taxi nicht eintraf, lenkte der Beschwerdeführer diesen Personenkraftwagen einige Meter in Richtung \*\*\*, weil er sich entschloss, mit seinem Pkw selbst nach Hause zu fahren.

In weiterer Folge wurde er von C an der Weiterfahrt gehindert, weil dieser auf die Fensterscheibe der Fahrertüre des Kraftfahrzeuges geschlagen hat, weshalb der Rechtsmittelwerber das Fahrzeug zum Stillstand brachte. Zu diesem

Zeitpunkt war A in einem offensichtlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand. Gegen 18:15 Uhr traf das bestellte Taxi ein und der Beschwerdeführer und seine Lebensgefährtin ließen sich mit diesem nach Hause bringen. Zuvor versuchte der Rechtsmittelwerber das Fahrzeug auf dem von ihm zuvor benutzten Parkplatz wieder abzustellen, wobei der linke hintere Reifen außerhalb der Bodenmarkierung positioniert wurde.

In weiterer Folge wurde er am 03. August 2020, um 18:35 Uhr, an seinem Wohnsitz in \*\*\*, \*\*\*, durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei, F, aufgefordert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen. Diese Aufforderung wurde vom Beschwerdeführer verstanden und verweigerte er sich, diese Untersuchung durchführen zu lassen.

F hatte zu diesem Zeitpunkt den Verdacht, dass der Beschwerdeführer zuvor in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand den auf ihn zugelassenen Personenkraftwagen mit dem behördlichen Kennzeichen \*\*\* in \*\*\*, \*\*\*, zumindest einige Meter gelenkt hat, und von einem Privatanzeiger an der Weiterfahrt gehindert wurde.

#### 5. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Verwaltungsakten der belangten Behörde zu den Zln. \*\*\* und \*\*\*, aus der Vernehmung des Beschwerdeführers, sowie der Zeugen F, C und D in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich; in Zusammenschau mit den vom Zeugen C per Handy aufgenommenen Videos.

Entgegen den Behauptungen in der Beschwerdeschrift im Administrativverfahren hat der Beschwerdeführer bei seiner Einvernahme glaubwürdig ausgesagt, vom einschreitenden Polizeibeamten zur Durchführung einer Atemluftuntersuchung aufgefordert worden zu sein. Im Konkreten wurde zugestanden, dass die geforderte Untersuchung nur deshalb abgelehnt wurde, weil der Rechtsmittelwerber letztlich mit dem Taxi nach Hause gefahren wäre und er deshalb die Rechtsansicht vertreten habe, zu einer Atemluftuntersuchung nicht aufgefordert werden zu dürfen.

Eingestanden wurde auch, dass er das geparkte Auto gestartet hat und zumindest einige Zentimeter gefahren wäre, um den linken Vorderreifen von einer Kollision mit einem Randstein zu befreien. Ebenso hat der Beschwerdeführer im verwaltungsbehördlichen Verfahren zugestanden (auch in der Beschwerdeschrift im Verwaltungsstrafverfahren), das Auto in Betrieb genommen zu haben „zumal er das Auto einparken wollte“. Argumentiert wird, dass der „das KFG aber nicht gelenkt“ habe, sondern davon Abstand genommen habe. Grund dafür wäre „die Mahnung seiner Lebensgefährtin“ gewesen mit dem Inhalt „er solle das Fahrzeug nicht lenken“.

Im Administrativverfahren wurde zwar lediglich in Rechtsmeinung vertreten, das Fahrzeug wäre vom Rechtsmittelwerber allenfalls in Betrieb genommen worden, das Vorbringen im Strafverfahren, wonach die Lebensgefährtin den Beschwerdeführer abgehalten hätte, stützt die Feststellung, dass der Einschreiter – wie von ihm zugestanden – das Auto in Betrieb genommen zu haben, um letztlich mit diesem nach Hause fahren zu wollen. Eingestanden wurde auch, dass das Taxi gegen

17:45 Uhr geordert wurde und von ihm nicht urgiert wurde.

Berücksichtigt man die Uhrzeit der von Zeugen C aufgenommenen Videos, die von diesem Zeugen angenommene Dauer des Gespräches zwischen Herrn A, Frau D und ihm, und die von diesem Zeugen angegebene Uhrzeit des Eintreffens des Taxis um 18:15 Uhr kann davon ausgegangen werden, dass das Taxi beim Starten des Motors noch nicht eingetroffen war. Glaubwürdig hat auch der Zeuge F – unter Wahrheitspflicht stehend – ausgesagt, dass der Beschwerdeführer bei der Amtshandlung angegeben habe, zwei Meter mit dem Auto gefahren zu sein. Zwar wurde vom Rechtsmittelwerber gegenüber den einschreitenden Beamten – laut glaubwürdiger Aussagen des Zeugen F – behauptet, das Auto zurückgeschoben zu haben (weil es schief gestanden wäre), das Bewegen des Fahrzeuges wurde aber zugestanden, auch wenn er bei seiner Einvernahme nur mehr „von ein paar Zentimeter“ ausging.

Zur Glaubwürdigkeit des Rechtsmittelwerbers ist auch festzuhalten, dass aus dem vorliegenden Video des Zeugen C mit der Bezeichnung \*\*\* klar erkennbar ist, dass das Auto vor dem Lokalbesuch in einer ausreichenden Entfernung zu den Randsteinen und in optimaler Lage parallel zur Bodenmarkierung geparkt war. Der glaubwürdigen Aussage des Zeugen F folgend, welche mit den Angaben des Zeugen C diesbezüglich in vollkommenem Einklang steht, war das Fahrzeug – nach Antritt der Heimfahrt per Taxi – mit dem linken hinteren Reifen außerhalb der Bodenmarkierung, die vorderen Reifen innerhalb der Bodenmarkierung geparkt. Daraus schließt das Verwaltungsgericht zweifelsfrei, dass die

Bewegung des Fahrzeuges durch den Beschwerdeführer nicht ein paar Zentimeter gewesen sein können, da ansonsten die Endposition des Fahrzeuges nicht erreicht werden könnte. Vielmehr stützt ein Vergleich der beiden Parkpositionen die Glaubwürdigkeit des Zeugen C.

Unter Hinweis auf die Wahrheitspflicht bestätigte der Zeuge C seine bisherigen Aussagen im Verwaltungsstrafverfahren, insbesondere, dass der Beschwerdeführer das von ihm geparkte Fahrzeug gestartet und den ursprünglichen Parkplatz in Richtung \*\*\* verlassen wollte und dazu einige Meter zurückgelegt hat. Der Zeuge schilderte den Tathergang so, dass der Rechtsmittelwerber versuchte, den Parkplatz über den vor ihm befindlichen querliegenden Parkplatz zu verlassen, wobei er die im Bereich des nahegelegenen Baumes sich befindlichen Randsteine umfahren konnte. Bei seiner Einvernahme vor dem Verwaltungsgericht ging er von einer Wegstrecke von 5 m aus. Glaubwürdig bezeugte er, dass der Einschreiter erst durch sein Einschreiten das Fahrzeug zum Stillstand brachte, was vom Rechtsmittelwerber bei seiner Einvernahme auch zustanden wurde.

Einen Teil seiner Angaben konnte der Zeuge durch Übermittlung der von ihm per Handy angefertigten Videos in der öffentlichen mündlichen Verhandlung und deren Augenscheinnahme zweifelsfrei unter Beweis stellen, insbesondere den Verdacht des alkoholisierten Zustandes des Beschwerdeführers, sowie die ursprüngliche Position des geparkten Fahrzeuges, wie wohl bemerkt werden muss, dass das letzte Video mit der Bezeichnung \*\*\* mit dem Aufsperrn der Fahrertür durch den Beschwerdeführer endete und für das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich nicht nachvollziehbar ist, weshalb der Zeuge den Beschwerdeführer bei grundsätzlich nicht strafrechtlich relevantem Verhalten ohne Zustimmung gefilmt hat. In Zusammenhang mit dem in den gegenständlichen Verfahren zu klärenden Sachverhalt hat zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Beschwerdeführers bzw. des Zeugen die durch die Videos bewiesene Darstellung der Ausgangslage vor der zu beurteilenden verwaltungsstrafrechtlich relevanten Handlung des Rechtsmittelwerbers Relevanz, erscheint der Filmvorgang auch fragwürdig.

Dennoch war die Darstellung des von diesem Zeugen beobachteten Verhaltens des Einschreiters absolut glaubwürdig und widerspruchsfrei. Es ist im Übrigen kein Grund ersichtlich, weshalb dieser Zeuge den Beschwerdeführer fälschlich belasten wollte, insbesondere im Hinblick auf die damit einhergehenden strafrechtlichen Konsequenzen. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Zeuge zur Verfolgung der verfahrensgegenständlichen Straftat nicht nur versucht hat, das vom Beschwerdeführer gelenkte Kraftfahrzeug durch körperlichen Einsatz anzuhalten, sondern auch für eine Zeugenaussage bei der Bezirksverwaltungsbehörde zur Verfügung stand. Ebenso ist er der Verpflichtung, vor dem Landesverwaltungsgericht Niederösterreich zu seiner Einvernahme zu erscheinen, nachgekommen und ließ er bei dieser in keiner Weise den Eindruck entstehen, als wolle er den Beschwerdeführer zu Unrecht belasten. Auch konnte C bei seiner Befragung durch das erkennende Gericht die in der Beschwerdeschrift im Administrativverfahren angeführten Zweifel an der Glaubwürdigkeit seiner Person entkräften. Ebenso bot er an, dass auch seine Lebensgefährtin, die auch nach der Aussage der Zeugin D im Nahebereich des C am \*\*\* war, für eine verwaltungsgerichtliche Einvernahme zur Verfügung stehen würde.

Insbesondere auf den vom Zeugen aufgenommenen Videos ist klar erkennbar, dass die vom Beschwerdeführer bei seiner Einvernahme behauptete Position des von ihm abgestellten Kraftfahrzeuges nicht seinen Darstellungen entsprach. Der Rechtsmittelwerber behauptete ja, dass er lediglich versucht hat, nach dem Starten des Kraftfahrzeuges die Fensterscheiben zu schließen bzw. den linken vorderen Reifen von einer Konfrontation mit dem im Nahebereich gelegenen Begrenzungssteines zu befreien. Auf dem Video Nr. \*\*\* ist aber völlig klar ersichtlich, dass ein solches Lenkmanöver nicht notwendig war, da der Einschreiter vor dem Lokalbesuch das Auto ordnungsgemäß geparkt hat, insbesondere wurde zu den Randsteinen im Bereich des danebengelegenen Baumes ein adäquater Abstand gelassen. Weiters ist auf dem Video \*\*\* zu erkennen, dass der nördlich des vom Beschwerdeführer benutzten Parkplatzes gelegene Parkplatz frei wurde, sodass auch die vom Zeugen C geschilderte Tat, wonach der Beschwerdeführer den Personenkraftwagen in Richtung \*\*\* gelenkt hat, möglich war.

Auch ließ die Einvernahme des F keinerlei Anhaltspunkt für Zweifel an der Glaubwürdigkeit dieses Organs der Straßenaufsicht hervorkommen und war dieser Zeuge sichtlich bemüht, die Geschehnisse sachlich zu schildern. Wesentlich erscheint, dass er vor dem Verwaltungsgericht glaubwürdig ausgesagt hat, dass A ihm gegenüber bei der Amtshandlung angegeben hat, dass dieser max. zwei Meter zurückgefahren sei und er selbst diesen Vorgang als Lenken im Rechtssinn ansah. Nachvollziehbar hat er auch begründet, weshalb er davon ausgehen konnte, dass der Beschwerdeführer seine Aufforderung zur Atemluftuntersuchung verstanden hat. Ebenso konnte er widerspruchsfrei die Endparkposition des vom Beschwerdeführer abgestellten Fahrzeuges am \*\*\* beschreiben.



Zur Glaubwürdigkeit der Lebensgefährtin des Beschwerdeführers ist festzuhalten, dass die von ihr beschriebene Uhrzeit der Heimkunft mit dem Aussagen des Zeugen C im Widerspruch steht. Auch ist beim letzten Video der Glockenklang zur vollen Stunde zu hören und hat der Zeuge C glaubwürdig ausgesagt, nach dem Anhalten des Pkws unmittelbar die Polizei verständigt zu haben. Da um 18.05 Uhr der Notruf laut Angaben des Anzeigenlegers eingegangen ist, anschließend – wie von der Zeugin auch zugestanden – noch das längere Gespräch mit dem Zeugen C stattgefunden hat, kann eine Heimkunft um 18:00 Uhr nicht stimmen. Auch gestand sie bei ihrer Einvernahme ein, dass sie dagegen war, dass der Autoschlüssel C ausgehändigt wird und sie sich zu diesem Auto im Fahrgastraum befunden hat. Zur Behauptung der Zeugin, Grund für das Starten wäre das Anstehen an den Randsteinen gewesen, wird auf obige Beweiswürdigung zu diesem Thema verwiesen.

#### 6. Rechtslage:

§ 28 VwGVG lautet wie folgt:

(1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1.

der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2.

die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

Gemäß § 17 VwGVG sind auf das Verfahren über Beschwerden gemäß

Art. 130 Abs. 1 B-VG – soweit das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz selbst nichts anderes normiert – die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes – AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 – DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Ad Verwaltungsstrafverfahren:

§ 99 Abs. 1 lit. b Straßenverkehrsordnung 1960 (StVO 1960) lautet wie folgt:

Eine Verwaltungsübertretung begeht 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.

§ 5 Abs. 2 StVO 1960 bestimmt:

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.

Der Beschuldigte wurde wie festgestellt am 03. August 2020, 18:35 Uhr, aufgefordert, sich einer Atemluftuntersuchung zu unterziehen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes besteht eine Berechtigung zur Aufforderung der Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt schon dann, wenn eine Person bloß verdächtig ist, ein Fahrzeug in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt zu haben oder ihr Verhalten am Unfallort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang steht. Die Weigerung der verdächtigten Person die Atemluft untersuchen zu lassen, bildet demnach eine Verwaltungsübertretung nach § 99 Abs. 1 lit. b iVm § 5 Abs. 2 StVO 1960, wobei der objektive Tatbestand bereits mit der Weigerung, sich dem Test zu unterziehen, vollendet ist. Es ist somit rechtlich auch unerheblich, ob im Zuge des darauffolgenden Verwaltungsstrafverfahrens oder im parallellaufenden Führerscheinentziehungsverfahren der Beweis erbracht werden kann, ob der Beschwerdeführer tatsächlich ein Fahrzeug „gelenkt“ hat (vgl. ua. VwGH 28.06.2002, 2002/02/0048; VwGH 21.12.2001, 99/02/0073; VwGH 23.11.2001, 98/02/0212). Für die Verpflichtung eines KFZ-Lenkers, seine Atemluft auf Alkohol untersuchen zu lassen, ist nicht entscheidend, ob er tatsächlich das Fahrzeug gelenkt hat und ob er tatsächlich durch Alkohol beeinträchtigt ist, sondern nur der Umstand, ob das einschreitende Straßenaufsichtsorgan zum Zeitpunkt der ausgesprochenen Aufforderung vermuten konnte, dass beide diese Voraussetzungen vorlagen (vgl. VwGH 24.01.2006, 2006/02/0008; VwGH 20.10.2010, 2010/02/0173). Dementsprechend ist gegenständlich im Strafverfahren ohne Relevanz, ob nun tatsächlich der Beschwerdeführer vor der gegenständlichen Amtshandlung seinen PKW selbst gelenkt hat oder lediglich diesen in Betrieb genommen hat.

Vielmehr entspricht es der ständigen Rechtsprechung zu § 5 Abs. 2 zweiter Satz StVO 1960, dass der bloße „Verdacht“, der Aufgeforderte habe ein Fahrzeug in einem alkoholisierten Zustand gelenkt (oder das Verhalten des Aufgeforderten steht am Unfallsort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang), ausreicht. Der Verdacht hat sich bezugnehmend auf § 5 Abs. 2 Z 1 StVO 1960 demnach einerseits auf die Alkoholisierung und andererseits auf das Lenken eines Fahrzeuges in einem alkoholisierten Zustand zu beziehen (VwGH 19.07.2013, 2011/02/0060 mwN). Auch wenn die Vermutung nicht zwingend auf eigener Wahrnehmung des Straßenaufsichtsorgans beruhen muss, sondern auch von dritten Personen dem Organ mitgeteilt werden kann, ist dabei jedoch zu beachten, dass dieser Verdacht sehr wohl jeweils begründet zu sein hat, das heißt der Verdacht durch entsprechende Beweise gestützt sein muss (z.B. VwGH 28.07.2010, 2009/02/0284 oder zuletzt VwGH 09.10.2017, Ra 2017/02/0138).

Der Verdacht, dass gegenständlich der Beschwerdeführer das Fahrzeug selbst gelenkt hat, ist auf Grund des festgestellten Sachverhaltes im gegenständlichen Fall gegeben. Es ist ausschließlich der Eindruck des einschreitenden Polizeibeamten, dass eben der Beschwerdeführer das Fahrzeug vermutlich im Rechtssinn gelenkt hat, für das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren ausschlaggebend.

Zur Begründung des Verdachts des Vorliegens eines durch Alkohol beeinträchtigten Zustandes genügt das Vorliegen eines der typischen Alkoholisierungssymptome, wie beispielsweise eine veränderte Sprache (vgl. VwGH 12.12.2001, 2000/03/0111; VwGH 11.05.2004, 2004/02/0005). Umso mehr ist ein diesbezüglicher Verdacht bei Vorliegen mehrerer Alkoholisierungsmerkmale begründet, abgesehen davon, dass auch nach Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein Straßenaufsichtsorgan an sich als befähigt anzusehen ist, das Vorliegen von Alkoholisierungssymptomen zu beurteilen (vgl. dazu VwGH 29.04.2003, 2002/11/0252; VwGH 27.09.2007, 2006/11/0027). Zusammenfassend ergibt sich somit aus dem festgestellten Sachverhalt, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Z 1 StVO 1960 zur Aufforderung der Untersuchung der Atemluft des Beschwerdeführers auf Alkoholgehalt gegenständlich vorlagen.

Ein von einem Straßenaufsichtsorgan gestelltes Begehren, die Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, hat so deutlich zu sein, dass es vom Betroffenen auch als solches verstanden werden kann. Der Beschwerdeführer hat in der konkreten Situation nach Aussprechen der Aufforderung durch den Zeugen F unter Zugrundelegung des festgestellten Sachverhaltes situationsbezogen reagiert, sodass dieses Verhalten jedenfalls erkennen ließ, dass der Beschwerdeführer die Aufforderung zur Atemluftuntersuchung wahrgenommen und verstanden hat (vgl. VwGH 18.02.1997, 96/11/0089). Dies wurde von ihm – entgegen dem Vorbringen in der Beschwerdeschrift im Administrativverfahren - in der öffentlichen mündlichen Verhandlung auch zugestanden.

In diesem Zusammenhang ist nun auch anzumerken, dass die sich in diesem Fall ergebende Verpflichtung des Aufgeforderten, sich einem Alkotest zu unterziehen, unabhängig davon besteht, ob ihm der konkrete Verdacht des

Aufforderers zur Kenntnis gebracht wird (z. B. VwGH 09.10.2017, Ra 2017/02/0138; VwGH 11.09.2017, Ra 2017/02/0046 uva). Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Aufforderung ist deshalb nicht entschieden, ob zuvor mit dem Rechtsmittelwerber eine Niederschrift aufgenommen wurde.

Auch mit der Begründung, nach Beendigung des Lenkens Alkohol zu sich genommen zu haben, darf die Vornahme der Atemluftuntersuchung nicht verweigert werden (vgl. VwGH 13.05.1981, 81/03/0007), sodass der vom Beschwerdeführer behauptete Nachtrunk ihn jedenfalls nicht entpflichtete, sich aufforderungsgemäß zu verhalten.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich dazu, dass der Beschwerdeführer unbestritten sich weigerte, eine Atemluftuntersuchung durchführen zu lassen, obwohl er dazu gesetzlich verpflichtet war. Im Ergebnis hat somit der Beschwerdeführer den objektiven Tatbestand des § 5 Abs. 2 Z 1 iVm § 99 Abs. 1 lit. b StVO 1960 verwirklicht.

Bei der gegenständlichen Übertretung handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt gemäß § 5 Abs. 1 VStG (vgl. dazu VwGH 31.01.2014, 2012/02/0012), wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, 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.

Eine derartige Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens ist dem Beschwerdeführer im gegenständlichen Fall nicht gelungen, sodass ihm auch in subjektiver Hinsicht unter Zugrundelegung des festgestellten Sachverhaltes in Form von zumindest grob fahrlässigem Verhalten die gegenständliche Verwaltungsübertretung vorzuwerfen ist.

Zur Strafhöhe:

Gemäß § 19 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der Schutzzweck des § 5 Abs. 2 StVO 1960 liegt darin, dass durch die Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt sichergestellt werden soll, dass nur Personen ein Fahrzeug lenken oder in Betrieb nehmen, die sich nicht in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befinden. Diese Bestimmung dient somit der Verkehrssicherheit. Vom Beschwerdeführer wurde diesem Schutzzweck gravierend zuwidergehandelt, obgleich die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes sehr hoch ist, und ist sohin auch die Intensität der Beeinträchtigung durch die Tat als hoch einzuschätzen.

Festzuhalten ist, dass von der belangten Behörde ohnehin bereits nur die gesetzlich festgelegte Mindeststrafe verhängt wurde. Im Rahmen der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der verhängten Strafe war aufgrund des Verschlechterungsverbotes im Beschwerdeverfahren nunmehr lediglich zu kontrollieren, ob ein Vorgehen gemäß § 20 VStG gerechtfertigt gewesen wäre. Eine Unterschreitung der Mindeststrafe bis zur Hälfte ist im Rechtsmittelverfahren nur möglich, wenn (ua) die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es für die Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung nicht bloß auf das Vorliegen von Milderungsgründen an, vielmehr allein darauf, dass solche Gründe die Erschwerungsgründe erheblich überwiegen, und zwar nicht in der Zahl, sondern dem Gewicht nach. Es kommt sohin nicht auf die Zahl der gegebenen Milderungs- und Erschwerungsgründe, sondern ausschließlich auf deren Bedeutung im Rahmen des konkret gegebenen Sachverhaltes an (VwGH 11.05.2004, 2004/02/0005).

Als Milderungsgrund wurde von der Verwaltungsbehörde auf die Unbescholtenheit des Beschwerdeführers verwiesen. Weitere Milderungsgründe sind nicht aktenkundig.

Soweit der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift davon ausgeht, dass zwei Milderungsgründe, nämlich die bisherige Unbescholten sowie ein ordentlicher Lebenswandel vorliegen würden, ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 34 Abs. 1 Z 2 StGB ist ein besonderer Milderungsgrund ein bisher ordentlicher Lebenswandel. Zwar ist von

Amts wegen die Unbescholtenheit des Täters zu berücksichtigen (VwGH 03.12.1992, 91/19/0169). Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts handelt es sich bei den vom Rechtsmittelwerber angeführten Milderungsgründen um einen Milderungsgrund: Bringt der Beschuldigte in Zusammenhang mit der ihm vorgeworfenen Verwaltungsübertretung als einzigen Milderungsgrund seine U

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Niederösterreich LVwg Niederösterreich, <http://www.lvwg.noe.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)