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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: **LVwG-601754/5/Zo/MSt**

Datum: **Linz, 27. Juli 2017**

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. Zöbl über die Beschwerde des Herrn U J D, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. H & P, gegen das Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes des Bezirkes Linz-Land vom 10. Jänner 2017, GZ: VerkR96-39658-2016, betreffend Übertretungen der StVO und des FSG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. Juli 2017

zu Recht:

I. Hinsichtlich Punkt 1) wird der Beschwerde stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Hinsichtlich Punkt 2) wird die Beschwerde im Schuldspruch abgewiesen und das Straferkenntnis diesbezüglich bestätigt; hinsichtlich der Strafhöhe wird der Beschwerde teilweise stattgegeben, die Geldstrafe wird auf 500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf sechs Tage herabgesetzt.

III. Die behördlichen Verfahrenskosten reduzieren sich auf 50 Euro, für das Beschwerdeverfahren sind keine Kosten zu bezahlen.

IV. Gegen diese Entscheidung ist keine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. 1. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land hat dem Beschwerdeführer im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, dass er am 25.10.2016 um 7:23 Uhr in E beim PKW mit dem Kennzeichen WL bis auf Höhe E.Str. gelenkt hat, wobei er

1. sich nach Aufforderung durch ein besonders geschultes und von der Behörde hierzu ermächtigten Organes der Straßenaufsicht geweigert habe, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass er das Fahrzeug in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe;
2. das angeführte Kraftfahrzeug auf einer Straße mit öffentlichem Verkehr gelenkt habe, obwohl er nicht im Besitz einer von der Behörde erteilten gültigen Lenkberechtigung gewesen sei.

Der Beschwerdeführer habe dadurch
zu 1. eine Übertretung nach § 5 Abs. 2 iVm § 99 Abs. 1 lit. b StVO 1960 sowie
zu 2. eine solche nach § 1 Abs. 3 iVm § 37 Abs. 1 FSG begangen.

Bezüglich der Übertretung zu Punkt 1) wurde eine Geldstrafe in Höhe von 1600 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage), bezüglich der Übertretung zu Punkt 2) eine Geldstrafe in Höhe von 765 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 10 Tage) verhängt.

Weiters wurde der Beschwerdeführer zur Zahlung eines Kostenbeitrages in Höhe von 236,50 Euro verpflichtet.

2. In der dagegen rechtzeitig eingebrachten Beschwerde führte der Beschwerdeführer zusammengefasst aus, dass die Vorgangsweise der Polizei bezüglich der Aufforderung zum Alkotest nicht rechtmäßig gewesen sei. Er sei nicht in der Lage gewesen, den Alkotest durchzuführen. Er sei kurz vor einer Herzuntersuchung gestanden, weil er erhebliche Herzprobleme habe. Auch bedingt durch die wirtschaftlichen Turbulenzen sei seine Gesundheit sehr angeschlagen. Er habe Probleme mit dem Zucker, habe Medikamente wegen Bluthochdruck eingenommen und habe Luftprobleme (Stauballergie). Auch eine Blutabnahme sei nicht möglich gewesen, weil sein allgemeiner Gesundheitszustand erheblich angeschlagen gewesen sei.

Es seien bereits die Voraussetzungen für die Aufforderung zur Atemluftprobe nicht vorgelegen. Er habe bei der Anhaltung gleich eingeräumt, dass er das Fahrzeug nicht hätte lenken dürfen. Die Beamten seien jedoch provokant gewesen und hätten ihm überhaupt keinen Glauben geschenkt. Es sei nicht richtig, dass bei jeder Verkehrskontrolle eine Alkoholkontrolle verpflichtend sei. Auch die Formulierung „jederzeit" im § 5 Abs. 2 StVO bedeutet nicht, dass jeder Fahrzeuglenker ohne Vorliegen irgendwelcher Verdachtsmomente ohne weiteres

zum Alkotest aufgefordert werden dürfe. Er habe jedoch keinerlei Alkoholisierungssymptome aufgewiesen, weil er auch keinerlei Alkohol getrunken hatte. Er sei deshalb berechtigt gewesen, den Alkotest zu verweigern.

Bezüglich Punkt 2) des Straferkenntnisses gestand der Beschwerdeführer die Übertretung ein und ersuchte um eine Herabsetzung der Geldstrafe.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land hat die Beschwerde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt. Damit ergab sich dessen Zuständigkeit, wobei es durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden hat (§ 2 VwGVG).

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4.7.2017. An dieser haben der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter sowie eine Vertreterin der belangten Behörde teilgenommen und es wurde der Meldungsleger KI N zum Sachverhalt befragt.

4.1. Daraus ergibt sich folgender für die Entscheidung wesentliche Sachverhalt:

Der Beschwerdeführer lenkte zur Vorfallszeit den im Spruch angeführten PKW in E auf der E.Str. bis zur Kreuzung mit dem K. Dort wurde er zu einer Verkehrskontrolle angehalten. Der Beschwerdeführer war nicht im Besitz einer Lenkberechtigung, was er bei der Anhaltung dem Polizeibeamten gegenüber einräumte.

Die Polizeibeamten stellten beim Beschwerdeführer keine Alkoholisierungs-symptome fest, forderten ihn aber zu einem Alkovortest auf. Diesen verweigerte der Beschwerdeführer, woraufhin er zu einem Alkotest aufgefordert wurde. Den Alkotest verweigerte er mit der Begründung, dass er Asthma habe, herzkrank sei und es ihm auch sonst gesundheitlich nicht gut gehe. Er sei daher aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, den Alkomattest durchzuführen. Daraufhin wurde er vom Zeugen N zu einer klinischen Untersuchung aufgefordert. Auch diese verweigerte er mit dem Hinweis auf seine gesundheitlichen Probleme.

Die Darstellung des Zeugen KI N, dass die Amtshandlung mit der Verweigerung des Alkotests bereits abgeschlossen gewesen sei und der Beschwerdeführer erst danach auf seine angeblichen gesundheitlichen Probleme hingewiesen habe, ist aus folgenden Gründen nicht nachvollziehbar: Wäre die Amtshandlung tatsächlich bereits abgeschlossen gewesen, so hätte der Polizeibeamte keinerlei Grund gehabt, den Beschwerdeführer zur ärztlichen Untersuchung aufzufordern. Diese Aufforderung ist ein klares Indiz dafür, dass die behaupteten gesundheitlichen Probleme auch für den Polizeibeamten zumindest nicht völlig unplausibel waren

und die Amtshandlung zur Feststellung einer allfälligen Alkoholbeeinträchtigung des Beschwerdeführers eben noch nicht beendet war.

Der Polizeibeamte erstattete gegen den Beschwerdeführer eine Anzeige wegen der Verweigerung des Alkotests, nicht jedoch wegen Verweigerung der Blutabnahme, in weiterer Folge wurde der Beschwerdeführer wegen Übertretung des § 5 Abs. 2 StVO bestraft.

5. Diesen Sachverhalt hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in rechtlicher Hinsicht wie folgt beurteilt:

5.1. Gemäß § 5 Abs. 2 StVO 1960 sind die Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und von der Behörde hiezu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht 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, die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand

1. ein Fahrzeug gelenkt zu haben oder
2. als Fußgänger einen Verkehrsunfall verursacht zu haben,

auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

Gemäß § 5 Abs. 2a StVO 1960 sind die Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und – soweit es sich nicht um Organe der Bundespolizei handelt – von der Behörde hiezu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht weiters berechtigt, jederzeit die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug lenken, in Betrieb nehmen oder zu lenken oder in Betrieb zu nehmen versuchen, auf den Verdacht der Beeinträchtigung durch Alkohol zu überprüfen. Ergibt die Überprüfung der Atemluft den Verdacht der Beeinträchtigung durch Alkohol oder wird die Überprüfung verweigert, haben die genannten Organe eine Untersuchung der Atemluft gemäß Abs. 2 vorzunehmen.

Gemäß § 5 Abs. 4a StVO 1960 sind die Organe der Straßenaufsicht weiters berechtigt, Personen, bei denen eine Untersuchung gemäß Abs. 2 aus Gründen, die in der Person des Probanden gelegen sind, nicht möglich war und die verdächtig sind, sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand zu befinden, zu einem im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden, bei einer Landespolizeidirektion tätigen, bei einer öffentlichen Krankenanstalt diensthabenden oder im Sinne des § 5a Abs. 4 ausgebildeten und von der Landesregierung hierzu ermächtigten Arzt zur Blutabnahme zum Zweck der Bestimmung des Blutalkoholgehaltes zu bringen.

Gemäß § 5 Abs. 5 StVO 1960 sind die Organe der Straßenaufsicht weiters berechtigt, Personen, von denen vermutet werden kann, dass sie sich in einem

durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befinden, zum Zweck der Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Alkohol zu einem im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden, bei einer Landespolizeidirektion tätigen, bei einer öffentlichen Krankenanstalt diensthabenden oder im Sinne des § 5a Abs. 4 ausgebildeten und von der Landesregierung hierzu ermächtigten Arzt zu bringen, sofern eine Untersuchung gemäß Abs. 2

1. keinen den gesetzlichen Grenzwert gemäß Abs. 1 erreichenden Alkoholgehalt ergeben hat oder
2. aus in der Person des Probanden gelegenen Gründen nicht möglich war.

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

5.2. Der Beschwerdeführer wurde bei der gegenständlichen Verkehrskontrolle zu einem Alkovortest im Sinne des § 5 Abs. 2a StVO aufgefordert. Zu einer solchen Aufforderung sind die Polizeiorgane bei jeder Verkehrskontrolle – auch ohne Vorliegen von Alkoholisierungssymptomen – berechtigt. In diesem Zusammenhang ist aber darauf hinzuweisen, dass entgegen den Angaben des Zeugen KI N in der mündlichen Verhandlung dem erkennenden Richter sowohl aus seiner Praxis als Verkehrsteilnehmer als auch aus zahlreichen verkehrsrechtlichen Beschwerdeverhandlungen bekannt ist, dass Polizeibeamte keineswegs bei jeder Verkehrskontrolle auch eine Aufforderung zum Alkovortest aussprechen. § 5 Abs. 2a StVO 1960 enthält eine diesbezügliche Berechtigung, keineswegs aber eine Verpflichtung der Polizeibeamten.

Der Beschwerdeführer hat den Alkovortest verweigert, weshalb der Polizeibeamte gemäß § 5 Abs. 2a letzter Satz StVO 1960 verpflichtet war, ihn zu einem Alkotest aufzufordern. Dieser Aufforderung kam der Beschwerdeführer unter Hinweis auf seine gesundheitlichen Probleme nicht nach.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (15.4.2005, 2003/02/0258 sowie 2007/02/0240) hat derjenige, der gemäß § 5 Abs. 2 StVO zu einem Alkotest aufgefordert wird, umgehend auf die Unmöglichkeit des Alkotests aus medizinischen Gründen hinzuweisen, sodass die Polizeibeamten in die Lage versetzt werden, das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 5 Z 2 StVO 1960 zu prüfen, bejahendenfalls von der Aufforderung zur Untersuchung der Atemluft Abstand zu nehmen und den Aufgeforderten zum Zwecke der Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Alkohol zu einem Arzt zu bringen.
Genau dies hat der Beschwerdeführer im gegenständlichen Fall gemacht. Er hat die Aufforderung zum Alkotest mit dem Hinweis nicht befolgt, dass ihm dies wegen seines Asthmas, des Herzleidens und sonstiger gesundheitlicher Probleme nicht möglich sei. Dies war offensichtlich auch der Grund, weshalb er vom Polizeibeamten aufgefordert wurde, zu einem Arzt zur Durchführung der klinischen

Untersuchung bzw. allenfalls der Blutabnahme mitzukommen. Mit dieser Aufforderung zur ärztlichen Untersuchung hat der Polizeibeamte zu erkennen gegeben, dass er im Sinne der angeführten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von der Aufforderung zur Untersuchung der Atemluft Abstand nimmt und stattdessen den Beschwerdeführer zur entsprechenden ärztlichen Untersuchung auffordert.

Dem Beschwerdeführer kann daher die Nichtbefolgung der Aufforderung zum Alkotest nicht vorgeworfen werden.

Bei der Überprüfung eines Fahrzeuglenkers auf Alkoholbeeinträchtigung im Sinne des § 5 StVO handelt es sich um eine einzige einheitliche Amtshandlung, auch wenn sich diese in die Aufforderung zum Alkovortest, die Aufforderung zum Alkotest und daran anschließend die Aufforderung zur klinischen Untersuchung samt Blutabnahme unterteilt. Der Zweck der Amtshandlung besteht darin, eine allfällige Alkoholbeeinträchtigung des Fahrzeuglenkers festzustellen, die Strafbarkeit der Verweigerung besteht darin, dass der Aufgeforderte seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Mitwirkung an dieser Feststellung nicht nachkommt. Wenn der Polizeibeamte nach der Verweigerung des Alkotests die Amtshandlung für beendet erklärt, weil ihm die behaupteten gesundheitlichen Probleme nicht plausibel erschienen sind, so ist das Verwaltungsstrafverfahren wegen der Verweigerung des Alkotests zu führen und in diesem zu klären, ob der Betroffene den Alkotest allenfalls zu Recht aus medizinischen Gründen verweigert hat. Wenn jedoch der Polizeibeamte den Fahrzeuglenker nach der Verweigerung des Alkotests aus medizinischen Gründen zu einer ärztlichen Untersuchung im Sinne des § 5 Abs. 5 StVO auffordert, dann ist die Amtshandlung zur Feststellung einer allfälligen Alkoholbeeinträchtigung noch nicht beendet. Verweigert der Fahrzeuglenker auch die ärztliche Untersuchung, so hat er bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen eine Übertretung des § 5 Abs. 5 StVO 1960 zu verantworten.

Im gegenständlichen Fall hat der Beschwerdeführer jedoch keine Übertretung des § 5 Abs. 2 StVO begangen, weil er auf die medizinischen Probleme, welche seiner Meinung nach einen Alkotest unmöglich gemacht haben, unverzüglich hingewiesen hat und vom Polizeibeamten zur klinischen Untersuchung aufgefordert wurde. Damit hat der Polizeibeamte im Sinne der oben angeführten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes klar zu erkennen gegeben, dass er von der Aufforderung zur Untersuchung der Atemluft Abstand genommen und stattdessen eine klinische Untersuchung veranlassen wollte.

Die Verpflichtung zur ärztlichen Untersuchung im Sinne des § 5 Abs. 5 StVO besteht bei jenen Personen, von denen vermutet werden kann, dass sie sich in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befinden. Unabhängig davon, dass im konkreten Beschwerdeverfahren nur der Vorwurf des § 5 Abs. 2 StVO zu klären ist, ist darauf hinzuweisen, dass das Verfahren keine Hinweise auf die in § 5 Abs. 5

StVO geforderte Vermutung einer Alkoholbeeinträchtigung ergeben hat. Aus der Verweigerung des Alkovortests kann nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 2a StVO eine solche Vermutung nicht abgeleitet werden und entsprechende Alkoholisierungssymptome wurden vom Polizeibeamten nicht festgestellt.

Zusammengefasst war daher hinsichtlich Punkt 1) der Beschwerde stattzugeben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

II. Festzuhalten ist, dass sich die Beschwerde in diesem Punkt nur gegen die Strafhöhe richtet. Der Schuldspruch ist daher in Rechtskraft erwachsen und es ist lediglich die Strafbemessung zu überprüfen.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die 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.

Gemäß § 37 Abs. 3 Z 1 FSG beträgt die Mindeststrafe für die gegenständliche Übertretung 363 Euro. Die Behörde hat zutreffend eine einschlägige Vormerkung des Beschwerdeführers aus dem Jahr 2015 als straferschwerend gewertet. Strafmildernd ist das Geständnis des Beschwerdeführers unmittelbar bei der Verkehrskontrolle zu werten. Sonstige Strafmilderungs- oder Straferschwerungsgründe liegen nicht vor.

Unter Berücksichtigung der ungünstigen finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers erscheint die Herabsetzung der Geldstrafe auf 500 Euro angemessen. Auch diese Strafe erscheint ausreichend, um den Beschwerdeführer in Zukunft von derartigen Übertretungen abzuhalten.

III. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten ist in § 52 VwGVG begründet.

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 Entscheidung entspricht der dargestellten Rechtsprechung des VwGH zum Verhältnis von § 5 Abs. 2 und § 5 Abs. 5 StVO 1960 und diese Rechtsprechung ist auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Bezüglich der Übertretung des FSG wurde die Strafe im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bemessen.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis 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.

H i n w e i s e

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl