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-650906/17/FP

Datum:
Linz, 14. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von N K, geb. x, W, S, vertreten durch Mag. W K, Rechtsanwalt in L, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 15. Mai 2017, GZ: BHWLVerk-2016-380499/35-KÖ, betreffend die Entziehung einer Lenkberechtigung, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die Entziehungsdauer auf 8 Monate herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem im Kopf genannten Bescheid gab die belangte Behörde der Vorstellung des Beschwerdeführers (Bf) gegen den Mandatsbescheid vom 27. Oktober 2016 keine Folge und bestätigte die dort verfügte Entziehung der Lenkberechtigung des Bf für die Dauer von 9 Monaten ab dem 9. Oktober 2016 samt Anordnung einer Nachschulung, Aberkennung des Rechts von einer ausländischen Lenkberechtigung Gebrauch zu machen, sowie Beibringung einer amtsärztlichen Untersuchung und einer verkehrspsychologischen Stellungnahme.
Hintergrund ist der Vorwurf, der Bf habe nach Aufforderung zur Kontrolle der Atemluft mittels Alkomat zwei Kaugummis konsumiert, insofern den Alkotest verweigert und damit das Delikt des § 99 Abs 1 lit b StVO begangen.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf mit Schriftsatz vom 12. Juni 2017 rechtzeitig Beschwerde.
Diese begründete er primär damit, den Kaugummi bereits vor der Amtshandlung in den Mund genommen zu haben. Im Übrigen stützte sich der Bf darauf, dass der vom Meldungsleger und der zweite einschreitende Beamtin dargestellte Sachverhalt unrichtig sei.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 19. Juni 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Verwaltungsakt und öffentliche mündliche Verhandlung in der die Zeugen VB/S E, RI W, M B und L U einvernommen wurden.

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

Der Bf geriet am 9. Oktober 2016, einen PKW lenkend, in eine Verkehrskontrolle an der Linzer Industriezeile. Der Bf wurde angehalten und wegen Alkoholgeruchs zum Alkoholvortest aufgefordert. Der Alkoholvortest ergab einen Wert von 0,25 mg/l Alkohol in der Atemluft. [übereinstimmend vorgebrachter Sachverhalt, Anzeige, Aussagen E und W vor der BH WL, ZV]
Deshalb wurde der Bf von Revierinspektor W zur Atemluftmessung mittels geeichtem Alkomaten aufgefordert. Im Zuge der Aufforderung wurde der Bf darüber belehrt nun nichts mehr Essen, Trinken oder Rauchen zu dürfen. Der Bf fragte, warum dies nötig sei und ersuchte um eine Wiederholung des Vortests. Die Messung sollte, und wurde dies dem Bf mitgeteilt, bei der Polizeiinspektion Nietzschestraße durchgeführt werden, weshalb RI W diese fernmündlich kontaktierte um mitzuteilen, dass der Alkomat eingeschaltet wird. RI W war vom Geschehen kurz abgelenkt, als er hörte, dass VB/S E den Bf darauf hinwies, dass

er keinen Kaugummi zu sich nehmen dürfe. Der Zeuge W blickte deshalb zum Bf und sah, dass dieser 2 Kaugummidragees im Bereich der Brust in der Hand hielt um sie zum Mund zu führen. RI W forderte den Bf nun lauter auf die Konsumation der Kaugummis zu unterlassen und wies ihn darauf hin, dass ansonsten eine „Verweigerung“ vorliege.
Der Bf führte die Kaugummis lächelnd in den Mund und hielt kurz ein. Er wurde von RI W aufgefordert die Kaugummis auszuspucken, begann aber zu kauen. RI W teilte dem Bf in der Folge mit, dass er den Bf wegen eines Verweigerungsdelikts anzeigen werde und beendete die Amtshandlung. [Anzeige, Aussagen der Zeugen E und W vor der belangten Behörde und dem Verwaltungsgericht].
Der Bf versuchte mehrfach vom Zeugen W seinen Führerschein zurückzuerhalten. Er forderte in diesbezüglich zumindest siebenmal auf, obwohl RI W bereits mehrmals deutlich gemacht hatte, dass die Amtshandlung bereits abgeschlossen sei. [Zeugen E und W, Tonmitschnitt des Bf]
Der Bf spuckte die Kaugummis erst nach Beendigung der Amtshandlung aus. [Zeugen E und W]
Nach Beendigung der Amtshandlung nahm der Bf die noch geführten Gespräche mit seinem Handy auf. [Tonbandmitschnitt, Zeugen U und B]
In der Zwischenzeit kamen Hr B und Hr U an den Ort des Geschehens. Sie waren mit ihrem PKW hinter jenem des Bf, es kann nicht festgestellt werden in welchem Zeitabstand, fuhren am Kontrollort vorbei und stellten ihr Fahrzeug auf der gegenüberliegenden Straßenseite, etwa im Bereich des ehemaligen Kaufhauses Woolworth ab. Sie querten die Straße und wurden von den beiden anwesenden Polizistinnen in Empfang genommen und einer Identitätskontrolle unterzogen. Zudem wurde beim Zeugen U ein Alkovortest durchgeführt, weil dieser ein Fahrzeug gelenkt hatte und hatte auch der Zeuge B den Wunsch einen solchen durchzuführen. Diesem Wunsch wurde nachgekommen. Die Zeugen U und B standen deshalb mehrere Meter (ca. 5 bis 7) entfernt von RI W und dem Bf. Es war dunkel. [genannte Zeugen, sowie Zeugin E]
Die Zeugen haben Wahrnehmungen zum Hergang nach Beendigung der Amtshandlung. Die Zeugen haben kaum Wahrnehmungen zum Gesprächsinhalt zwischen RI W und dem Bf, haben aber beide gehört, dass RI W zum Bf sagte „des hob i da/ihna eh scho gsagt“. Zeuge B hörte, dass RI W den Bf darauf hinwies, dass der Kaugummi in den Mistkübel gehöre. Zu diesem Zeitpunkt waren die Zeugen ein paar Minuten da. Der Zeuge U hat nicht gesehen dass der Bf im Zuge der Amtshandlung Kaugummis zu sich genommen hat. Der Zeuge B hat Wahrnehmungen nur in Zusammenhang mit dem Ausspucken eines Kaugummis [Zeugen U, B]

Der Bf wurde mit Straferkenntnis vom 3. Juli 2014 wegen eines Deliktes nach § 5 Abs 1 iVm § 99 Abs 1b StVO bestraft.
Dem Bf wurde die Lenkberechtigung zwischen 21. August 2013 und 10. September 2013 wegen einer allgemeinen Verkehrsunzuverlässigkeit (VerkR21-230-2013), zwischen 19. Juni 2014 und 19. Juli 2014 wegen des genannten Delikts nach § 99

Abs 1b StVO entzogen (VerkR21-244-2014). [Verwaltungsstrafregisterauszug und Auszug FSR]

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

Vorauszuschicken ist, dass alle im Verfahren vernommenen Zeugen vor Gericht einen glaubwürdigen Eindruck machten und das Gericht den Eindruck hatte, dass alle Zeugen das von ihnen erlebte ihren Erinnerungen gemäß schilderten.

Wesentliche Frage im vorliegenden Verfahren ist jene des Zu-Sich-Nehmens von Kaugummi nach Aufforderung zur Absolvierung der Alkoholkontrolle mittels geeichten Alkomats und einer entsprechenden Belehrung bzw. Anordnung über das Verbot der Einnahme.
Die beiden bei der Amtshandlung anwesenden Polizeibeamten haben die Vorgänge in mittlerweile jeweils drei Einvernahmen (jew. 2x bei der belangten Behörde und jew. 1x vor Gericht) geschildert. Sämtliche Angaben sind gut miteinander in Einklang zu bringen und weisen sie keine wesentlichen, über allfällige geringfügige Erinnerungslücken oder unwesentliche, auf das lange Zurückliegen zurückzuführende Abweichungen auf. Die geringfügigen Abweichungen betreffen allesamt Nebenthemen (Standposition, Ablenkungen,...).
Insbesondere die Frage der Allgemeinen Belehrung über das Verbot etwas zu sich zu nehmen im Zuge der Aufforderung zur Alkomatprobe durch RI W, die Aufforderung durch VB/S E, die Einnahme von Kaugummis zu unterlassen, das Aufmerksamwerden von RI W aufgrund der Aufforderung durch VB/S E und die Anordnungen durch RI W das Zu-Sich-Nehmen von Kaugummi zu unterlassen und zwar vor dem in den Mund nehmen und vor dem Kaubeginn, als der Bf eine kurze Pause machte, decken sich, sind nachvollziehbar und lassen sich logisch in den Geschehnisablauf einfügen. Die Aussagen decken sich auch mit der vorliegenden Anzeige.
Die Zeugen waren vor Gericht glaubwürdig und bestand kein Grund, an deren Aussagen zu zweifeln. Es kam nichts hervor, dass beim Gericht den Eindruck erweckte, dass die Zeugen nicht die Wahrheit sagen. Die Aussagen waren flüssig und spontan und wirkten nicht eingelernt oder abgesprochen.
Es widerspricht im Übrigen jeder Lebenserfahrung, dass ein erfahrener Polizeibeamter ohne jeglichen Bezug zum Bf und ohne ersichtlichen Grund eine Situation konstruiert, die niemandem von Nutzen ist, Schaden für den Bf bringt und den Beamten selbst in die Gefahr einer strafrechtlichen oder disziplinären Verfolgung bringt. Dies noch dazu in Anwesenheit anderer Polizeibeamter insbesondere einer in Ausbildung stehenden jungen Beamtin. Die Angaben des Zeugen W und der Zeugin E stimmen in ihren wesentlichen Passagen überein und hielten den Versuchen des Bf, die Zeugen aufgrund von spitzfindigen und der

Erkundung dienenden Detailfragen unglaubwürdig erscheinen lassen, stand. Es liegt in der Natur der Sache, dass es bei der mehrfachen Einvernahme von Zeugen, insbesondere was unwesentliche Punkte betrifft, zu gewissen Abweichungen kommt und Handlungsstränge nach einem Jahr nicht mehr bis ins Kleinste übereinstimmend wiedergegeben werden können. Wesentlich ist, dass jene Punkte, die für die Handlungen der Beamten in der damaligen Situation wesentlich waren (Einnahme von Kaugummi, Frage der Verweigerung des Alkotests) und demnach im Geist auch wesentlich präsenter sind, nachvollziehbar und glaubwürdig wiedergegeben werden können. Dies war der Fall.
Wenig nachvollziehbar ist die Erwartung des Bf, Polizisten könnten nach einem Jahr, den Abstand ihrer Position zueinander oder den diesbezüglich eingehaltenen Winkel angeben, und ist auch nicht zu erwarten, dass jedes Detail einer Amtshandlung, welches für die Beamten in der Situation unwesentlich war, geistig abgespeichert wird und später detailreich wiedergegeben werden kann. Dies gilt gleichermaßen für den genauen Wortlaut von damals getätigten Aussagen.
Geringfügige unwesentliche Abweichungen in den Aussagen, wie etwa die Frage, ob der Zeuge W zum Zeitpunkt der Herausnahme der Kaugummis aus der Tasche telefoniert, gefunkt oder sich etwas aufgeschrieben hat, oder ob er bei der Aufforderung zum Alkotest davon sprach, dass der Bf 15 Minuten (die gesetzliche Frist) oder vor dem Alkotest nichts zu sich nehmen darf, sprechen eher für die Glaubwürdigkeit der Zeugen, zumal dadurch feststeht, dass die Zeugen sich nicht im Detail auf die Verhandlung vorbereitet oder abgesprochen haben, dies umso mehr, wenn die Zeugen ohnehin klarstellen, nicht mehr den genauen Wortlaut angeben zu können (zB. VB/S E, TB-Protokoll S. 3). Ebenso unwesentlich ist, ob bestimmte Themenkreise, die der Bf als wesentlich erachtet und die erst durch ihn aufgeworfen werden (15 Minuten Thematik), bereits in einer ohnehin detailreichen Anzeige aufscheinen, weil es nur darauf ankommt, dass der Bf über das Verbot, etwas zu sich zu nehmen aufgeklärt wurde und der Umstand, dass die Anzeige nicht jedes noch so unwesentliche Detail einer Amtshandlung enthält, nicht geeignet ist, die Glaubwürdigkeit eines Zeugen zu beeinträchtigen. Es gilt dies gleichermaßen für das Fehlen der Frage der Radklammer, als diese Frage für die Anzeige wegen Verweigerung des Alkotests irrelevant ist und zudem keine Radklammer angefordert wurde.
Soweit der Bf in seinem Vorbringen die Glaubwürdigkeit des Zeugen W dadurch zu erschüttern sucht, dass dieser ihn „geduzt“ und in der Anzeige als „renitent“ bezeichnet hätte, ist darauf hinzuweisen, dass das Abhören des Tonbandmitschnittes eindeutig ergeben hat, dass der Zeuge den Bf nicht geduzt hat sondern das Wort „ihna“, also „Ihnen“ gebraucht hat und im Übrigen das Verhalten des Bf, welches am Tonbandmitschnitt hörbar ist, der im Online-Duden vorgefundenen Beschreibung eines sich dem Willen, den Wünschen, Weisungen anderer hartnäckig widersetzenden, sich dagegen auflehnenden; widersetzlichen Verhaltens durchaus untergeordnet werden kann, als die innerhalb von nicht einmal 1,5 Minuten 7 malige nachdrückliche Aufforderung an einen Polizeibeamten, den Führerschein zurückzugeben, obwohl dieser bereits mehrfach

dargestellt hat, dass eine Abnahme erfolgt und die Amtshandlung beendet ist, durchaus einem hartnäckig widersetzlichen, also renitenten Verhalten entspricht.

Beide Zeugen (E und W) haben wahrgenommen, dass der Bf, trotz entsprechender Belehrung, vor der Alkomatkontrolle zwei Kaugummis in den Mund gesteckt und nach kurzer Pause gekaut hat.
Die bis zuletzt aufrechterhaltene aktenwidrige Behauptung des Bf, die Aussagen der Zeugen E und W würden einander in diesem Punkt widersprechen vermag daran nichts zu ändern, zumal beide Zeugen immer übereinstimmend angegeben haben, dass der Zeuge W, der abgelenkt war, durch die Aufforderung der Zeugin E, die Einnahme von Kaugummis zu unterlassen, auf diesem Umstand aufmerksam wurde, den Bf dann neuerlich mehrfach aufgefordert hat, dieses Handeln zu unterlassen und wahrgenommen hat, dass dieser die Kaugummis in den Mund gesteckt und gekaut hat.
An diesen Umständen hat das Gericht aufgrund der glaubwürdigen und nachvollziehbaren Angaben der Zeugen VB/S E und RI W keinerlei Zweifel.

Demgegenüber konnte der Bf das Gericht weder mit seinem schriftlichen Vorbringen, noch mit seinen Aussagen in der Verhandlung überzeugen. Die Angaben des Bf wirkten übertrieben zu seinen Gunsten gefärbt, zurechtgelegt und gaben einen lebensfremden Sachverhalt wieder.
Das wiederholte Betonen des Bf in seiner Aussage, er wäre zu Allem, was die Beamten von ihm gewünscht haben, willig bereit gewesen, erscheint dem Gericht angesichts der Angaben der beiden Beamten als unglaubwürdig und passt auch sonst nicht ins Bild, weil nicht ersichtlich ist, warum die Polizeibeamten einem bereitwilligen Handeln des Bf nicht nachkommen hätten sollen. Es ist lebensfremd anzunehmen, dass Polizeibeamte aus schlichter Böswilligkeit und Willkür in außerordentlich phantasievoller Weise einen derart spezifischen Sachverhalt konstruieren und anzeigen und diesen in der Folge bei verschiedenen Gelegenheiten, unter Wahrheitspflicht stehend, zum Besten gegeben. Weder machten die vorliegend einschreitenden Polizeibeamten den Eindruck, eine derartige Charakterschwäche aufzuweisen, noch will ihnen das Gericht zusinnen, dass sie sich dadurch ein mehr an Arbeit, eine auch für sie unangenehme Situation und die Gefahr der strafrechtlichen und disziplinären Verfolgung beschert zu wollen. Ein solches Handeln widerspräche jeglicher Lebenserfahrung.
Ebensowenig nachvollziehbar ist die Behauptung des Bf, es wäre zu keiner Belehrung im Hinblick auf das Verbot des Essens, Trinkens und Rauchens gekommen. Es ist gerichtsbekannt und hat das die Zeugin E in einer ihrer Aussagen auch angemerkt, dass auf die notwendigen Belehrungen und das korrekte und verständliche Auffordern zum Alkomattest in der Ausbildung und Praxis von Polizisten besonderer Wert gelegt wird. Auch der Zeuge W betonte glaubwürdig, dass er die Belehrung gezielt bei jeder § 5 Amtshandlung vornehme.
Es kann angesichts der oftmaligen Hinweise (nach dem abgeführten Beweisverfahren wurde dem Bf zumindest 4 mal untersagt, einen Kaugummi zu

kauen) kein Zweifel daran bestehen, dass der Bf ausreichend und für ihn klar verständlich auf das Verbot des Kaugummikauens und den dadurch drohenden Verweigerungstatbestand hingewiesen wurde.
Der vom Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung beschriebene Ablauf, der das Gegenteil des von den Polizisten beschriebenen Hergangs darstellt, lässt sich bei vernünftiger Sicht der Dinge nicht nachvollziehen.
Auch die an unbedeutenden Details festgemachten Versuche, die Glaubwürdigkeit der Polizeibeamten mit wenig überzeugenden Argumenten in Zweifel zu ziehen [Abstand zwischen Beamten, Frage des Aufstellwinkels, aktenwidrige Behauptung der fehlenden Übereinstimmung der Angaben (zB.: Aufmerksam werden auf Kaugummieinnahme), Fehlen von Angaben zur letztlich nicht angeforderten technischen Sperre in der Anzeige, Verwenden des Ausdrucks „renitent“, Duzen] zeichnet ein ähnliches Bild. Sie sind weder von Relevanz für das Verfahren, noch sind sie geeignet, die Glaubwürdigkeit der Beamten in Zweifel zu ziehen, zumal unbedeutende Nebenhandlungen, auf die man sich nicht konzentriert, erfahrungsgemäß nicht in der Deutlichkeit wahrgenommen und wiedergegeben werden können, wie jene Aspekte einer Amtshandlung, die für diese wesentlich sind und demnach auch leichter in Erinnerung gerufen werden können. So ist logisch nachvollziehbar, dass sich die Zeugin E eher an ein überraschendes und unübliches Verhalten des Bf, wie das trotz entsprechenden Verbots getätigte demonstrative zum Mund führen von Kaugummis erinnern kann, als den Winkel oder den Abstand, den der Zeuge W neben ihr stehend eingehalten hat, zumal diesem als Begleitumstand schon im Zuge der Amtshandlung kaum Beachtung geschenkt werden wird.

Die Zeugen B und U erschienen dem Gericht zwar subjektiv glaubwürdig, konnten aber tatsächlich keinen Beitrag zum hier aufzuklärenden wesentlichen Sachverhalt, die Einnahme von Kaugummi nach der Aufforderung zum Alkotest, liefern, weil die Zeugen erst Wahrnehmungen hatten, als die Amtshandlung längst erledigt war bzw. als sie selbst nicht mehr beamtshandelt wurden (Ausweiskontrolle, Alkovortests). So zeigt sich schon dadurch, dass die Zeugin E die Amtshandlung in Bezug auf die Zeugen vornehmen konnte, dass die Amtshandlung in Bezug auf den Bf bereits abgeschlossen war, war sie doch bei dieser selbst anwesend. Auch der vom Bf selbst vorgelegte Tonmitschnitt beweist diesen Umstand. Dieser stammt zweifellos aus der Zeit nach Beendigung der Amtshandlung, auf die der aufgenommene Zeuge W im Tonbandmitschnitt hinweist. Gegen Ende der Aufnahme, kurz vor dem Abfahren, ist die den Zeugen U und B erinnerliche Aussage des Zeugen W „Des hob i ihna scho gsagt“ zu hören. Dadurch ist zweifelsfrei bewiesen, dass die Umstände rund um die Zu-Sich-Nahme von Kaugummis längst abgeschlossen waren und deckt sich dies mit den Angaben der Zeugen E und W, sodass hier keinerlei Zweifel bestehen können. Es gibt keine Hinweise darauf, dass die Zeugen U und B bereits früher anwesend waren. Angesichts der nur Sekunden in Anspruch nehmenden Dauer eines Vortests und

der kurz danach erfolgten Verweigerung lässt sich auch die in der Anzeige festgehaltene Dauer von 3 Minuten gut mit den Geschehnissen in Einklang bringen. Die Frage, ob der Zeuge U vor der zuvor besuchten Disco Kaugummis an alle umliegenden Personen verteilt hat, ist dabei ebenso irrelevant, wie die Frage, ob der Bf vor der Disco einen Kaugummi zu sich genommen hat, zumal dieser Umstand weder den von den Polizeibeamten beschriebenen Hergang ausschließt, noch beweist, dass der Bf bei Beginn der Kontrolle einen Kaugummi im Mund hatte. Selbst wenn der Atem des Bf, für die Beamten unerkannt, vor Aufforderung zum Alkotest für diesen bereits ungeeignet war, ändert dies nichts an der erwiesenen Einnahme zweier Kaugummis nach Aufforderung zum Alkomattest.

Der Bf rügt in seiner Beschwerde die unterlassene Einvernahme eines als Zeugen bezeichneten P H, Experte für Neuromarketing, und beantragt dessen Einvernahme im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung.
Dem Beweisantrag war schon deshalb nicht nachzukommen, weil der Bf weder in der Beschwerde, noch in seiner Stellungnahme vom 24. April 2017 einen der Judikatur des VwGH entsprechenden Beweisantrag gestellt hat, zumal ein solcher die ordnungsgemäße (konkrete und präzise) Angabe des Beweisthemas, das mit dem Beweismittel unter Beweis gestellt werden soll, voraussetzt (VwGH 19. November 1998, 97/15/0010; 18. September 2003 99/15/0262 uva.). Ausführungen, der genannte „[...]kann aber sehr wohl zu diversen Themen Stellung nehmen“, werden diesem Konkretisierungsgebot nicht gerecht. Der Bf hat im Verfahren nicht dargestellt, zu welchem Beweisthema er den „Zeugen“ führt (vgl. VwGH 28. Februar 1985, 84/02/0158). Zumal der Genannte im Übrigen bei der Amtshandlung nicht anwesend war und vom Bf zugestandenermaßen (Beschwerde S 6) keinerlei eigene Wahrnehmungen hat, kann er als Zeuge nicht in Betracht kommen und kann seiner Einvernahme auch keinerlei Relevanz zukommen.

Die rechtskräftige Verwaltungsvorstrafe ergibt sich aus dem Verwaltungsvorstrafenregisterauszug, die Vorentzüge aus dem FSG, beide erliegen im Akt.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 FSG bildet die Verkehrszuverlässigkeit (§ 7) eine wesentliche Voraussetzung für die Erteilung der Lenkberechtigung.

Gemäß § 24 Abs. 1 Z 1 FSG ist Besitzern einer Lenkberechtigung, bei denen die Voraussetzungen für deren Erteilung (§ 3 Abs. 1 Z 2 bis 4) nicht mehr gegeben sind, diese von der Behörde entsprechend den Erfordernissen der Verkehrssicherheit zu entziehen.

Gemäß § 7 Abs. 1 Z 1 FSG gilt eine Person als verkehrszuverlässig, wenn nicht aufgrund erwiesener bestimmter Tatsachen (Abs. 3) und ihrer Wertung (Abs. 4) angenommen werden muss, dass sie wegen ihrer Sinnesart beim Lenken von Kraftfahrzeugen die Verkehrssicherheit insbesondere durch rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr oder durch Trunkenheit oder durch einen durch Suchtmittel oder durch Medikamente beeinträchtigten Zustand gefährden wird.

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

Gemäß dem ersten Teilsatz des § 7 Abs. 4 FSG sind für die Wertung der in Abs. 1 genannten und in Abs. 3 beispielsweise angeführten Tatsachen deren Verwerflichkeit, die Gefährlichkeit der Verhältnisse, unter denen sie begangen wurden, die seither verstrichene Zeit und das Verhalten während dieser Zeit maßgebend.

Gemäß § 5 Abs. 2 StVO 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 begeht eine Verwaltungsübertretung, 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.

Gem. § 26 Abs. 2 Z 1 FSG ist die Lenkberechtigung auf mindestens 6 Monate zu entziehen, wenn erstmalig ein Delikt gemäß § 99 Abs. 1 StVO begangen wird.

III.2. Begehen eines Deliktes nach § 99 Abs. 1 StVO und zur Frage der Verweigerung

III.2.1. Objektiver Tatbestand

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, hat der Bf am 9. Oktober 2016 ein Fahrzeug gelenkt und geriet in eine Polizeikontrolle. Angesichts des Lenkens eines Fahrzeuges war die Alkoholkontrolle ohne weiteres zulässig (arg. jederzeit).

Der Atem des Bf roch nach Alkohol und ergab der Alkoholvortest 0,25 mg/l Alkohol in der Atemluft, also einen Wert, bei dem ein Lenken unzulässig ist.
Gemäß § 5 Abs. 2 l.S. StVO war der Bf verpflichtet, sich der Alkoholkontrolle mittels Alkomat zu unterziehen.

Der Lenker hat der Aufforderung des Wacheorgans den Alkotest vorzunehmen nach der Judikatur des VwGH, sofort zu entsprechen und jedes Verhalten, die die sofortige Vornahme des Alkotests verhindert als Verweigerung der Atemluftprobe zu werten ist (VwGH v. 10. September 2004, 2001/02/0241).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 24. Februar 2012, 2011/02/0353) gilt ein Verhalten des Untersuchten als Weigerung, sich dem Atemalkoholtest zu unterziehen, das das Zustandekommen des vorgesehenen Tests verhindert. 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 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, Zl. 2003/03/0155, mwN).

Laut dem festgestellten Sachverhalt wurde der Bf schon im Zuge der Aufforderung sich dem Atemalkoholtest zu unterziehen darauf hingewiesen, dass er nichts essen, trinken oder rauchen darf. Unabhängig davon, und wäre ein Fehlen dieser Belehrung im Zuge der Aufforderung deshalb unbeachtlich, wurde der Bf nach Herausnahme der Kaugummis aus seiner Hosentasche von VB/S E, danach beim Zum-Mund-Führen, nach dem in den Mund nehmen und neuerlich vor dem Kauen von RI W auf die Rechtswidrigkeit seines Handelns hingewiesen. Der Bf setzte sein Handeln, welches geeignet ist das Messergebnis zu verfälschen, fort und ignorierte die Anweisungen der beiden Polizeibeamten.
Auf der Grundlage festgestellten Sachverhaltes besteht kein Zweifel, dass der Bf 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.
Dem Bf musste schon auf Grund der zunächst im Rahmen der Aufforderung zum Alkotest getätigten Anordnung von RI W, nichts zu essen, zu trinken und nichts zu rauchen vollkommen klar sein, dass auch das in den Mund Stecken und Kauen eines Kaugummis ein Essen ist.

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

Auch das Vorbringen des Bf, er hätte in Zusammenhang mit dem Vortester belehrt werden müssen (der Bf stellt nicht dar, wie) ist nicht stichhaltig. Nach der Judikatur des VwGH, schreibt das Gesetz nicht vor, in welcher Form ein Begehren zu ergehen hat, sofern die entsprechende Deutlichkeit gegeben ist (vgl. VwGH v. 24. Oktober 2008, 2008/02/0187). Eine gesonderte Belehrung sieht das Gesetz nicht vor. Dass der Bf deutlich zum Alkomattest aufgefordert wurde und, dass er diese Aufforderung verstanden hat, ergibt sich schon aus seiner Frage, ob dies nötig sei und ob er einen zweiten Vortest absolvieren dürfe.

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

III.2.2. Subjektive Vorwerfbarkeit

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

§ 5 Abs. 1 S 2 VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft“ (*Lewisch* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 5).

Zur Entkräftung der gesetzlichen Vermutung seines fahrlässigen Handelns hätte der Bf im Sinne der stRsp des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen gehabt, was für seine Entlastung spricht.

Wenn sich aus dem festgestellten Sachverhalt und dem Vorbringen des Bf 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 Bf 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 Bf nicht erstattet. Es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit der Bf subjektiv nicht in der Lage gewesen sein soll, auf die Einnahme der Kaugummis zu verzichten. Es wäre dem Bf ein Leichtes gewesen, dem Alkotest nachzukommen.
Von einer Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG kann daher nicht ausgegangen werden.

Dem Bf ist insofern sein Verhalten auch subjektiv vorwerfbar und hat der Bf insofern ein Delikt nach § 99 Abs 1 StVO begangen.

III.3. Bestimmte Tatsache und Wertung

III.3.1. Der Bf hat mit dem unter Punkt III.2. geschilderten Verhalten eine bestimmte Tatsache im Sinne des § 7 Abs. 3 Z 1 FSG verwirklicht.

Die belangte Behörde hatte die Lenkberechtigung des Bf angesichts des Verweigerungsdeliktes zu entziehen, weil nicht der einwandfreie Nachweis erbracht wurde, dass der Bf nicht im Sinne des § 5 Abs 1 StVO durch Alkohol beeinträchtigt war (VwGH 21. November 2013, 2013/11/0175 mit ausführlicher Darstellung der Judikatur). Der Alkoholgehalt der Atemluft kann mit einem Vortestgerät nicht rechtsrelevant bestimmt werden (VwGH vom 16. Dezember 2008, 2008/11/0134, 21. November 2013, 2013/11/0175), sodass diesem die erforderliche Beweiskraft nicht zukommt.

Demgemäß war dem Bf seine Lenkberechtigung für zumindest 6 Monate zu entziehen (§ 26 Abs 2 Z 1 FSG).

III.3.2. Wertung

Bereits für die erstmalige Begehung eines Deliktes nach § 99 Abs. 1 StVO hat der Gesetzgeber in § 26 Abs. 2 Z 1 FSG also eine Mindestentziehungszeit von sechs Monaten festgelegt.
Die vom Beschwerdeführer nicht bestrittenen und aufgrund des im Akt erliegenden Auszugs aus dem Führerscheinregister evidenten Vorentzüge sind in die Überlegungen zur Bemessung der Entziehungszeit einzubeziehen (vgl. VwGH 24. April 2001, 2001/11/0101; 30. Mai 2001, 99/11/0159).

Alkoholdelikte zählen zu den schwersten Verstößen gegen Verkehrsvorschriften. (VwGH 23. April 2002, 2000/11/0184 uva.). Die besondere Verwerflichkeit der Wiederholung solcher Delikte fällt daher im Rahmen der Bemessung der Entziehungszeit besonders ins Gewicht (VwGH 28. März 2006, 2005/03/0209 uva.).

Der Gesetzgeber hat dem Delikt der Verweigerung der Atemluftuntersuchung einen besonders hohen Unrechtsgehalt beigemessen, stellt er es doch auf die gleiche Ebene mit Werten über 1,6 Promille. Dies ist leicht nachzuvollziehen, da ein Fahrzeuglenker, der die Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt verweigert, dem öffentlichen Interesse, alkoholbeeinträchtigte Fahrzeuglenker umgehend feststellen zu können, diametral entgegenwirkt. Es ist insofern zu fingieren, dass der jeweilige Proband alkoholisiert war.

Zieht man in Betracht, dass der Beschwerdeführer bereits ca. 3 Jahre nach Begehung des letzten Alkoholdeliktes neuerlich ein solches begangen hat, so kann kein Zweifel daran bestehen, dass mit der vom Gesetz vorgesehenen Mindestentziehungsdauer von 6 Monaten nicht das Auslangen gefunden werden kann, weil zwar erstmalig ein Delikt nach § 99 Abs 1 StVO begangen wurde, aber es sich bereits um das zweite Alkoholdelikt handelt.

Orientierung für die Prognose geben die Bestimmungen des § 26 Abs 2 FSG, die in Z 3 etwa beim Folgen der Delikte des § 99 Abs 1a oder 1b auf jenes des Abs 1 8 Monate Entziehung vorsehen. Z 5 sieht bei Folgen eines Delikts nach Abs 1a auf jenes nach Abs 1 einen Mindestentzug von 10 Monaten vor. Folgt gem Z 6 ein Delikt nach Abs 1a auf ein ebensolches, ist ein Mindestentzug von 8 Monaten vorgesehen.
Im vorliegenden Fall folgte das nach der StVO mit der höchsten Geldstrafe versehene Delikt des Abs 1 auf eines nach Abs 1b leg. cit., woraus eine negative Tendenz abgeleitet werden kann, weil sich der Bf, was die Schwere der Delikte betrifft, steigert.
Der VwGH billigte im Fall der neuerlichen Begehung eines Alkoholdelikts nach 2,5 Jahren eine Entziehungsdauer von 10 Monaten.

Die Vorgeschichte des Bf zeigt, dass er das Lenken von Kraftfahrzeugen und das Trinken von Alkohol nicht klar trennen kann.

Das Verwaltungsgericht gelangt unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, insbesondere auch der Tatsache, dass aufgrund des durchgeführten Vortests vermutlich keine allzu hohe Alkoholisierung vorlag, im Rahmen der Wertung gemäß § 7 Abs. 4 FSG zur Auffassung, dass im konkreten Fall mit der einer Entziehungsdauer von acht Monaten das Auslangen gefunden werden kann und geht es, anders als die belangte Behörde (allerdings wohl vertretbar) angenommen hat, davon aus, dass die Verkehrszuverlässigkeit bereits nach diesem Zeitraum wiedererlangt wurde.

Bei der Entziehung der Lenkberechtigung handelt es sich um eine Schutzmaßnahme im (primären) Interesse anderer Personen vor verkehrsunzuverlässigen Kraftfahrzeuglenkern (VwGH 22. Oktober 2002,

2001/11/0108, 8. Juli 1983, 82/11/0014). Persönliche und berufliche Interessen am Besitz der Lenkberechtigung haben bei der Entziehung der Lenkberechtigung aus Gründen des öffentlichen Interesses außer Betracht zu bleiben (VwGH 24. August 1999, 99/11/0166).

Die Absolvierung einer Nachschulung für alkoholauffällige Lenker sowie die Beibringung einer verkehrspsychologischen Stellungnahme und eines amtsärztlichen Gutachtens sind gemäß § 24 Abs. 3 FSG zwingend anzuordnen. Dass die Entziehungsdauer nicht vor Befolgung dieser Anordnungen endet, ergibt sich aus der Bestimmung des § 24 Abs. 3 6. Satz FSG.

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

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. Es waren vorliegend Sachverhaltsfragen im Wege der Beweiswürdigung zu klären, die nicht verallgemeinerungsfähig sind. Die zu den relevanten Rechtsbereichen existierende Judikatur wurde im Erkenntnis ausführlich dargestellt und weicht die gegenständliche Entscheidung weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist 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 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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl