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-601905/33/DM

Datum:
Linz, 30. Mai 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Manzenreiter über die Beschwerde des F J W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J P, S x, x M, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 28.4.2017, GZ: BHBRVERK-2017-149796/14-Wid, wegen einer Übertretung der StVO nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 26.9.2017- in Entsprechung der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 9.5.2018, Ra 2018/02/0064 -

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. 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. Verwaltungsgeschehen:

1. Die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (in der Folge kurz: belangte Behörde) wirft dem Beschwerdeführer (in der Folge kurz: Bf) im angefochtenen Straferkenntnis vor, er habe sich am 5.3.2017 gegen 21:40 Uhr im Gemeindegebiet M, B147 Höhe Objekt B x, in Fahrtrichtung x M, nach Aufforderung eines besonders geschulten und von der Behörde hiezu ermächtigten Organs der Straßenaufsicht geweigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, wobei vermutet werden konnte, dass der Bf zum angeführten Zeitpunkt am angeführten Ort das angeführte Fahrzeug (amtliches Kennzeichen im Akt) in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe. Der Bf habe dadurch § 5 Abs. 2 StVO verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Bf gemäß § 99 Abs. 1 lit. b StVO eine Geldstrafe idHv 1600 Euro sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 14 Tagen verhängt. Weiters wurde er zur Zahlung eines Verfahrenskostenbeitrages idHv 160 Euro verpflichtet.

2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 9.5.2017. Der behördliche Strafbescheid werde zur Gänze angefochten, zumal der Schuld- und Strafausspruch wegen der Alkotestverweigerung unberechtigt sei. Begründend wird im Wesentlichen vorgebracht, er habe gleich zu Beginn der Amtshandlung darauf hingewiesen, dass er lungenoperiert sei, was sich insbesondere bei Kälte negativ auswirke und er keinen Alkotest machen könne. Er habe dem Beamten im Zuge der Testdurchführung dann nochmals gesagt, dass es ihm im Sinne der Aufforderung nicht möglich sei, tiefer Luft zu holen und länger in den Alkomaten zu blasen. Dass er den Alkotest nicht verweigern habe wollen, ergebe sich ja ohnedies daraus, dass er mehrere Vortests und dann vier Alkotests vorgenommen habe, bei drei davon sei die Blaszeit auch ausreichend lange, jedoch das Blasvolumen zu klein gewesen. Es werde der Antrag gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge der Beschwerde Folge geben und das angefochtene Straferkenntnis aufheben und das Verwaltungsstrafverfahren einstellen. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung wird vom Bf – trotz ausdrücklichem Hinweis im Straferkenntnis – nicht beantragt.

3. Mit Schreiben vom 11.5.2017, beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 18.5.2017 eingelangt, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Seitens der belangten Behörde wird – ebenfalls – keine öffentliche mündliche Verhandlung beantragt.

4. Am 26.9.2017 wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, bei der der Bf mit seinem Rechtsvertreter anwesend war und der anzeigende Meldungsleger als Zeuge zum Sachverhalt befragt wurde. Dabei wurde im Wesentlichen ermittelt, dass der Bf zwar im Zuge der Amtshandlung auf seine

Lungen-Operation im Jahr 1981 hingewiesen hat, der Meldungsleger jedoch den Eindruck hatte, dass der Bf kein gültiges Ergebnis am Alkomattest zustande bringen wollte.

5. Mit Schreiben vom 27.9.2017 beauftragte die erkennende Richterin den Amtsarzt mit der Abgabe einer fachlichen Stellungnahme dahingehend, ob es möglich sein könne, dass der Bf aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage gewesen sei, ein gültiges Ergebnis am Alkomat zu erzielen. Es wurde insbesondere auch um Beurteilung im Hinblick auf die vom Bf vorgelegte fachärztliche Stellungnahme vom 29.1.2003 gebeten.

6. In seiner Stellungnahme vom 3.10.2017 führte der Amtsarzt nach Wiedergabe der relevanten aktenkundigen Sachverhaltselemente an, es könne keine Stellungnahme abgegeben werden, ob es dem Bf zum Tatzeitpunkt vom 5.3.2017 nicht möglich gewesen sei, ein gültiges Ergebnis am Alkomat zu erzielen, da keinerlei aktuelle Unterlagen über die bestehende Lungenerkrankung und die aktuelle Lungenfunktion vorliegen. Im Hinblick auf das Erfordernis eines aktuellen lungenfachärztlichen Befundes mit der speziellen Fragestellung der Lungenfunktion und der Atemvolumina übermittelte der Amtsarzt eine Zuweisung zum Facharzt für Lungenheilkunde.

7. Nach Wahrung des Parteiengehörs und Aufforderung des Bf einen aktuellen lungenfachärztlichen Befund vorzulegen, übermittelte der Bf mit Eingabe vom 23.10.2017 den lungenfachärztlichen Befund vom 19.10.2017.

Dieser wurde wiederum dem Amtsarzt zur Stellungnahme übermittelt. Zusammenfassend konnte dieser feststellen, dass auf Grund der mangelnden Mitarbeit des Bf die Lungenfunktionstestung keine sicheren Ergebnisse gebracht habe. Fest stehe, das forcierte exspiratorische Volumen bei der Lungenfunktionstestung liege mit 2,11 l über dem nötigen Blasvolumen von 1,5 l für den Alkomattest.

8. Nach Wahrung des Parteiengehörs gaben diese noch eine Stellungnahme zum Ergebnis des ergänzenden Ermittlungsverfahrens ab. Über explizite Nachfrage teilte der Rechtsvertreter des Bf mit, dass keine weitere mündliche Verhandlung beantragt werde.

9. Die daraufhin ergangene Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 14.12.2017, LVwG-601905/22/DM, mit der die Beschwerde des Bf abgewiesen wurde, wurde vom Verwaltungsgerichtshof mit Entscheidung vom 9.5.2018, Ra 2018/02/0064, aufgehoben.

II. Beweiswürdigung und festgestellter Sachverhalt:

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde samt den Schriftsätzen des Bf sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26.9.2017.

2. Daraus ergibt sich folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt:

Der Bf lenkte am 5.3.2017 gegen 21:40 Uhr sein Fahrzeug x, schwarz (amtliches Kennzeichen im Akt), im Gemeindegebiet von M, B147 Höhe Objekt B x, in Fahrtrichtung x M. Nach Aufforderung durch ein besonders geschultes und von der Behörde hiezu ermächtigtes Organ der Straßenaufsicht seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, hat der Bf den Beamten im Zuge der Amtshandlung darauf hingewiesen, dass er an der Lunge erkrankt sei und ihm deswegen die Atemluftuntersuchung nicht möglich sei.

3. Der festgestellte und der Entscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Verwaltungsakt und dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung.

III. In rechtlicher Hinsicht ist dazu auszuführen:

1. Gemäß § 5 Abs. 2 sind 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 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 ein Fahrzeug gelenkt zu haben (Z 1), auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

Gemäß § 5 Abs. 5 StVO 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 keinen den gesetzlichen Grenzwert gemäß Abs. 1 erreichenden Alkoholgehalt ergeben hat (Z 1) oder aus in der Person des Probanden gelegenen Gründen nicht möglich war (Z 2). 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.

2. Der Bf bringt vor, er habe den Meldungsleger bei der Amtshandlung umgehend darauf hingewiesen, dass ihm die Ablegung des Alkotests nicht möglich sei, weil er an der Lunge operiert sei und sich auch die bestehende Kälte äußerst negativ auf seine Atmungsfunktion auswirke und er es nicht schaffe, tiefer Luft zu holen.

Vorauszuschicken ist, dass einem Organ der Straßenaufsicht grundsätzlich die einwandfreie Beurteilung der Frage, wieso bei der Atemluftuntersuchung kein brauchbares Ergebnis zustande gekommen ist, zugemutet werden kann. Die Verbringung zur ärztlichen Untersuchung gemäß § 5 Abs. 5 Z 2 StVO stellt eine Ermächtigung, nicht eine Verpflichtung von Organen der Straßenaufsicht dar, in der beschriebenen Weise vorzugehen (vgl. VwGH 31.3.2000, 99/02/0219 mwH).

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH hat derjenige, der gemäß § 5 Abs. 2 StVO zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, umgehend (das heißt bei diesem Anlass) auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen hinzuweisen (sofern dies nicht für Dritte sofort klar erkennbar ist), sodass die Organe der Straßenaufsicht in die Lage versetzt werden, das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 5 Z 2 StVO 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 in § 5 Abs. 5 StVO genannten Arzt zu bringen. Es ist unerheblich, ob der Bf tatsächlich aus medizinischen Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, der Aufforderung zur Atemluftprobe nachzukommen (vgl. hierzu VwGH 28.7.2010, 2009/02/0356 mwH).

Der Bf hat den Beamten im Zuge der Amtshandlung darauf hingewiesen, dass er an der Lunge erkrankt sei und ihm deswegen die Atemluftuntersuchung nicht möglich sei. Bei dieser Äußerung des Bf handelte es sich um einen eindeutigen, konkreten Hinweis auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen. Der Beamte durfte in Anbetracht dieser Umstände nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass dem Bf die Untersuchung der Atemluft dennoch möglich gewesen wäre, sondern wäre vielmehr gehalten gewesen, im Sinne des § 5 Abs. 5 Z 2 StVO vorzugehen und den Bf zum Zweck der Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Alkohol zu einem in § 5 Abs. 5 StVO genannten Arzt zu bringen (vgl. erneut VwGH 28.7.2010, 2009/02/0356). Ob der Bf tatsächlich aus medizinischen Gründen nicht in der Lage war, der Aufforderung zur Atemluftprobe nachzukommen, war im vorliegenden Fall nicht von Relevanz.

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

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 stützt sich auf die in diesem Beschwerdefall ergangene Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 9.5.2018, Ra 2018/02/0064.

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. Manzenreiter