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-602191/20/FP

Datum:
Linz, 4. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von F K, geb. x 1933, vertreten durch Dr. J P, Rechtsanwalt in M, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 25. Oktober 2017, GZ: BHBRVERK-2017-339908/20-Wid; VerkR96-7455-2017-Dg, wegen einer Übertretung der StVO, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 320 Euro 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.1. Mit dem im Kopf genannten Straferkenntnis warf die belangte Behörde dem Beschwerdeführer (Bf) vor, an einem bestimmten Ort, zu einer bestimmten Zeit, nach Aufforderung durch ein besonders geschultes Organ der Bundespolizei den Alkotest verweigert zu haben. Es habe vermutet werden können, dass der Bf das im Straferkenntnis genannte Fahrzeug in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt habe.

Die belangte Behörde verhängte eine Strafe in Höhe von 1.600 Euro (14 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) und sprach aus, dass der Bf 160 Euro an Verfahrenskostenbeitrag zu zahlen habe.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 20. November 2017 rechtzeitig Beschwerde. Er brachte auf das wesentliche zusammengefasst vor, dass die fehlerhaften Blasversuche nicht auf sein Verhalten, sondern auf sein Alter, seine Nervosität, seine erhebliche Alkoholisierung und seine 80%ige Behinderung zurückzuführen gewesen seien. Die Amtshandlung bezüglich des Alkotests sei auch bereits abgeschlossen gewesen, weil der Bf zur Blutabnahme aufgefordert worden sei. Das Zustandebringen eines verwertbaren Testergebnisses sei unmöglich gewesen. Der Bf verwies zudem auf einen seiner Ansicht nach gleichgelagerten Fall, UVS Oö. 26. April 2010, VwSen-164924.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Akt mit Schreiben vom 27. November 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung gefällt zu haben.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Verwaltungsakt und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung in welcher die beiden die Amtshandlung führenden Polizeibeamten einvernommen wurden. Zur Verhandlung erschien zudem der Rechtsvertreter des der Verhandlung ferngebliebenen Bf. Dieser beantragte in der Verhandlung die Einholung eines messtechnischen Sachverständigengutachtens zum Beweis dafür, dass es unmöglich sei, dass ein Alkomat 6,3 oder 8,9 Sekunden anzeigt, wenn nur in ihn hineingehaucht werde.
Das Gericht holte idF eine Stellungnahme eines technischen ASV zu folgender Frage ein: „Ist es aus technischer Sicht möglich, dass der Alkomat Blaszeiten von bis zu 8,9 Sekunden anzeigt, wenn das Rohr beim Blasen nicht vollständig mit dem Mund umschlossen, sondern teilweise am Rohr vorbeigeblasen wird.“. Die daraufhin abgegebene Stellungnahme wurde dem Bf zur Äußerung übermittelt und wurde ihm ausdrücklich Gelegenheit gegeben eine weitere mündliche Verhandlung zu beantragen. Der Bf gab eine schriftliche Stellungnahme ab und beantragte keine fortgesetzte mündliche Verhandlung.

Er hat sohin konkludent auf eine weitere öffentliche mündliche Verhandlung verzichtet (vgl. VfGH 26. September 2006, B992/06, VfSlg. 17924 mwN; 28. Februar 2005, B1032/04; 2. November 2005, B440/05;). Eine fortgesetzte mündliche Verhandlung war auch nicht erforderlich, weil der Bf kein neues Sachverhaltsvorbringen erstattet und keine neuen Beweise angeboten hat.

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

Der am 30. Oktober 1933 geborene Bf lenkte am 4. August 2017 seinen PKW mit dem KZ: x in Schalchen auf der B 147 etwa bei StrKm 20.460. Dort touchierte er die Leitschiene, versuchte zunächst weiterzufahren, hielt aber sein Fahrzeug einige Meter nach der Unfallstelle an. Sein Fahrzeug wurde durch den Anprall erheblich beschädigt.
Zeugen verständigten die Polizei. Die alarmierten Beamten BezInsp. M (20 Jahre Berufserfahrung) und Insp. Z (damals seit 8 Monaten im Außendienst) trafen wenig später am Tatort ein und fanden den Bf am zwischen 50 und 100 m entfernten Parkplatz des Gasthofs K vor. Der PKW des Bf stand auf der Straße. Insp. Z fielen Alkoholisierungsmerkmale am Bf auf, der Bf roch stark nach Alkohol, Stand und Gang waren schwankend, er lallte leicht und wies eine deutliche Bindehautrötung auf. Der Bf teilte Insp. Z auf Befragen mit, dass er den PKW gelenkt hatte. Insp. Z forderte den Bf idF auf, einen Alkovortest zu absolvieren. Der Bf blies nur kurz in das Gerät, weshalb eine Messung nicht zustande kam. Dem Bf wurde in der Folge erklärt, dass er tief Luft holen, das Blasrohr mit den Lippen vollständig umschließen und länger in das Rohr einblasen müsse. Der Vortest ergab ein Messergebnis von 0,94 mg/l.
Der Bf wurde deshalb zum Test mit dem geeichten Alkomat (Type Dräger MK III A 7110, Nr. ARFB-0022, zuletzt geeicht am 16. März 2016 gültig bis 31. Dezember 2018 [Eichschein]) aufgefordert. Aufgrund des notwendigen Starts des Alkomat ergab sich eine Wartezeit von ca. 15 Minuten. Dem Bf wurde von Insp. Z gesagt, er dürfe in der Zwischenzeit nichts inhalieren, nichts rauchen und nichts in den Mund nehmen. Vor dem Alkomattest (und später ein weiteres Mal) wurde der Bf von Insp. Z gefragt, ob er Lungenerkrankungen, COPD oder Asthma habe. Dies verneinte der Bf. Nach ca. 7 oder 8 Minuten wollte der Bf eine Zigarette rauchen. Ihm wurde gesagt, dass das Rauchen als Verweigerung zu werten wäre, sodass er dies unterließ. Der Bf äußerte sich zu diesem Zeitpunkt erstmalig und später mehrmals dahin, dass „dies“ lächerlich sei.
Nach Abschluss der Vorbereitung des Alkomat wurde dem Bf gesagt, er werde beim Alkomat etwas mehr Luft brauchen als beim Vortestgerät und, dass ihm gesagt werde, wann er fertig sei. Der Bf blies bis ca. zur Hälfte der notwendigen Messdauer und hörte dann auf. Der Alkomat wies aus, dass das Blasvolumen zu klein war (0,6l; 6,8 Sekunden). Der Bf wurde idF darauf hingewiesen, dass zwei Messergebnisse erforderlich seien und er noch einmal blasen solle.

Beim zweiten Mal umschloss er das Messrohr jedoch nicht vollständig mit dem Mund. Viel Luft strömte am Rohr vorbei. Der Alkomat warf neuerlich die Fehlermeldung „Blasvolumen zu klein“ aus (0,6 l; 8,6 Sekunden).
Insp. Z wies den Bf darauf hin, dass er das Rohr mit dem Mund ordentlich umschließen müsse, was der Bf neuerlich mit dem Wort „lächerlich“ quittierte. Beim Dritten und bei den weiteren vier Versuchen (insgesamt sieben) blies der Bf immer am Rohr vorbei, weil er es nicht vollständig mit dem Mund umschloss.

Die sieben Versuche erbrachten folgende Ergebnisse:

Versuch	Vol in l	Blaszeit in sec	Uhrzeit	Fehlermeldung
1	0,6	6,8	22.50	Blasvolumen zu klein
2	0,6	8,6	22.51	Blasvolumen zu klein
3	0,7	6,4	22.52	Blasvolumen zu klein
4	0,6	6,3	22.53	Blasvolumen zu klein
5	1,0	8,9	22.55	Blasvolumen zu klein
6	1,2	8,5	22.57	Atmung unkorrekt
7	1,3	6,7	22.58	Blasvolumen zu klein

Vor dem siebten Blasversuch kam BezInsp. M, der bis dahin mit dem Unfallfahrzeug und der Verkehrsregelung beschäftigt war, hinzu.
Der siebte Versuch wurde von ihm mitbeaufsichtigt. Der Bf blies wieder am Rohr vorbei, weshalb die Beamten von der Verweigerung des Alkomattests ausgingen, der Führerschein abgenommen und die Amtshandlung beendet wurde.

Während der Amtshandlung war eine Blutabnahme Thema. Das Thema wurde von Insp. Z aufgebracht. BezInsp. M fragte telefonisch bei einem diensthabenden Kollegen an, der ihn in seiner Ansicht bestärkte, dass ein Verweigerungstatbestand vorliegt und keine Blutabnahme angezeigt sei.
[Zeugen Z und M]

Der Bf konnte sich an das Telefonat später noch erinnern. [Bf-Vertreter, Beschwerde]

Er ist grundsätzlich fit [Bf-Verteter]

Eine von der belangten Behörde beim Amtsarzt eingeholte Stellungnahme vom 15. September 2017 lautet auszugsweise wie folgt:

Zur Frage 1:
Eignungsausschließend für einen Alkomattest sind in erster Linie eine Contusio cerebri (Gehirnerschütterung), Schädel-Hirntrauma, Bewusstlosigkeit oder eine schwere Beeinträchtigung der Atemwegsfunktion (COPD DI bis IV oder Asthma im Anfallstadium).

Beim Nachsehen in der Anzeige konnten diese eignungsausschließenden Faktoren für einen Alkomattest eindeutig ausgeschlossen werden (es wurde dezidiert nach Atemwegserkrankungen gefragt, was Herr K auch verneinte). Das geschilderte Verhalten von Herrn K wird in der Anfangsphase auch als „kooperativ" geschildert, dann allerdings tat er es immer mehr als „lächerlich" ab, insgesamt gesehen waren also seine Gedankengänge noch problemlos in der Lage die Situation zu erfassen und mit den ermittelnden Beamten zu kooperieren oder eine Kooperation zu torpedieren.

Zur Frage 2:
Die Messung der Alkoholbeeinträchtigung auf dem Vortestgerät hat einen Wert von 0,94 mg/1 ergeben, was in etwa einem Blutalkoholgehalt von 1,8 bis 2,0 Promille entsprechen würde und damit kann an und für sich nicht von einer so hochgradigen Alkoholbeeinträchtigung gesprochen werden, dass die Ablegung des Alkomattestes nicht mehr möglich gewesen wäre. Eine solche müsste man bei alkoholgewöhnten Klienten aller Wahrscheinlichkeit nach bei etwa drei Promille Blutalkohol oder darüber ansetzen. Der Versuch sich eine Zigarette anzünden zu wollen und die Amtshandlung als lächerlich ab zutun unterstreicht an und für sich diese Einschätzung. Zum Anzünden einer Zigarette ist eine erhebliche feinmotorische Funktion Voraussetzung, eine solche wäre bei hoher Alkoholisierung mit Sicherheit nicht mehr gegeben.

Zur Frage 3:
Aus Erfahrung kann man davon ausgehen, dass jedes Gerät zur Ermittlung des Atemvolumens eine Mindestmenge von 1,5 1 Blasvolumen als ausreichend erachtet. Ein gesunder und kräftiger Erwachsener hat üblicher Weise ein Blasvolumen von 3,5 bis 4,5 Liter. In den sieben Blasversuchen des Herrn K zeigen sich folgende Mengen: 0,6 l, 0,6 l, 0,7 l, 0,6 l, 1,0 l, 1,2 l, und 1,3 Liter. Da nun eine COPD oder ein Asthmaanfall auf Nachtrage dezidiert ausgeschlossen wurden, die Alkoholisierung in keiner Weise übermäßig oder extrem hoch war, kann man keinen Grund dafür finden, dass Herr K den Alkomat nicht hätte ausreichend bedienen können (er war ja auch noch in der Lage einen Pkw über eine gewisse Strecke zu lenken). Interessant ist auch, dass sich sein Blasvolumen von den ersten beiden Versuchen bis zum letzten Versuch mehr als verdoppelt hat.

Amtsärztliche Stellungnahme:
Unter Zugrundelegung obiger Anfrage und der Angaben der Polizeiinspektion Mattighofen vom 09. 08. 2017 kann die amtsärztliche Stellungnahme abgegeben werden, dass sich keine medizinischen Gründe finden lassen, die eine Ablegung des Alkomattestes nicht zugelassen hätten.
Angefügt muss auch noch werden, dass Herr K von den Polizeibeamten ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, auf eigene Verantwortung einen Bluttest vornehmen zu lassen um seine Alkoholisierung festzustellen oder den Wert vom Vortestgerät zu präzisieren. Dieser Aufforderung kam Herr K jedoch nicht nach.

[Amtsärztliche Stellungnahme DDr B vom 15. September 2017]

Bei der ggst Probennahme (Alkomattests) handelte es sich um völlig normale Blasversuche. Es ist möglich, dass bei längerer Blaszeit die erforderliche Luftmenge von 1,5 Liter nicht eingeblasen wird.

Der Alkomat kann Blaszeiten von bis zu 8,9 Sekunden anzeigen, wenn das Rohr beim Blasen nicht vollständig mit dem Mund umschlossen, sondern teilweise am Rohr vorbeigeblasen wird. Es ist auch möglich, dass lange Zeit wenig Luft eingeblasen wird, wodurch das erforderliche Blasvolumen nicht zustande kommt. Die Blaszeiten sind nicht abhängig vom Einblasvolumen. Es handelte sich um völlig normal mögliche Blasversuche, bei denen durchaus die Blastechnik zu den Fehlversuchen geführt haben kann.
[Stellungnahme ASV Ing. J L vom 15. März 2018]

Ursache für die fehlerhaften Blasversuche war das Vorbeiblasen am Blasrohr. Es wäre dem Bf möglich gewesen, durch ordnungsgemäßes Umschließen des Blasrohres mit den Lippen, ein gültiges Ergebnis zustande zu bringen. Der Bf war weder durch sein Alter, noch seinen Gesundheitszustand oder andere Einflüsse, die in seiner Person lagen, von ihm aber nicht beeinflussbar waren, gehindert, zwei verwertbare Alkomatergebnisse herbeizuführen. [Zeugenaussagen, Stellungnahme DDr. B, Stellungnahme Ing. L]

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.
Die Feststellungen gründen insbesondere auf den Aussagen der beiden einvernommenen Polizeibeamten, die vor Gericht einen sehr glaubwürdigen Eindruck machten. Das Gericht vermag nicht zu erkennen, dass den Aussagen der als Zeugen vernommenen Polizeibeamten Widersprüche anhafteten, die deren Glaubwürdigkeit in Zweifel ziehen könnten. Es ist nicht anzunehmen, dass die beiden Polizisten das Risiko einer falschen Zeugenaussage auf sich nehmen würden. Beide Polizisten machten bei ihrer Befragung vor dem Landesverwaltungsgericht einen ruhigen und sachlichen Eindruck, wobei kein Grund ersichtlich ist, weshalb sie den Beschwerdeführer zu Unrecht belasten hätten sollen. Die Begründung der Beschwerde stützt sich in weiten Teilen auf das Handeln von Insp. Z und versucht aus diesem Verfahrensfehler abzuleiten. In Bezug auf Insp. Z ist herauszustreichen, dass das Gericht den Eindruck gewann, dass dieser besonderes korrekt handeln will und auch die ggst. Amtshandlung von dieser Verhaltensweise geprägt war. Es erschien aber auch, als habe der Zeuge zur damaligen Zeit fast übertrieben umsichtig seinen Dienst versehen. Das Gericht führt dies auf eine gewisse Unsicherheit des Zeugen zurück, die auf die damals erst kurze Zeit im Einsatz zurückzuführen sein mag. Es entstand beim Gericht der Eindruck, dass er aufgrund seiner (auch rechtlichen) Unsicherheit besonders bemüht ist im Dienst keine Fehler zu machen, was nach Ansicht des Gerichts auch dazu führte, dass er den Bf den Alkomattest öfter als notwendig vornehmen ließ und die Blutabnahme zum Thema machte, um nichts zu vergessen. Die besondere Korrektheit des Zeugen Z wurde dem Gericht gegenüber auch vom Zeugen M, einem gesetzteren und sehr erfahrenen Beamten angemerkt. Die besondere

Umsicht wurde auch im Rahmen der Aussage deutlich und hat das Gericht keinerlei Zweifel, dass der Zeuge Z die Wahrheit gesagt hat und den Bf auch nach allfälligen Erkrankungen der Lunge befragte und der Bf dies verneinte. Diese Umstände sind auch unbestritten.
Die Aussagen der Beamten über den Ablauf der Blasversuche begegnen keinen Bedenken. Es entstand im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung der Gesamteindruck, dass sie die jeweils eigene Wahrnehmung richtig wiedergaben. Der Umstand, dass der Zeuge Z nicht schon viel früher erkannte, dass der Tatbestand der Verweigerung vorlag und deshalb noch weitere Blasversuche zugelassen wurden, ist seiner damaligen Unerfahrenheit und Unsicherheit geschuldet und vermag nichts daran zu ändern, dass der Bf praktisch immer am Gerät vorbeigeblasen hat.

Das Gericht sieht es als erwiesen an, dass der Bf das Mundstück zumindest bei den Blasversuchen 2 bis 7 nicht vollständig umschloss und dass dieser Umstand nicht auf Erkrankungen, seine Alkoholisierung, sein Alter oder sonstige vom Bf nicht steuerbare Umstände zurückzuführen war, sondern ihm in der gegebenen Situation wohl opportun erschien. Von Orientierungslosigkeit, wie in der Beschwerde behauptet, kann nicht die Rede sein. Dies wird einerseits durch die Aussagen des glaubwürdigen Zeugen M unterstrichen, der das Verhalten des Bf als „den Klassiker“ beschrieb, also ein Verhalten, das ihm im Zuge seiner Tätigkeit schon öfter unter kam, andererseits konnte der Bf einen schlechten Zustand, der ihn am korrekten Einblasen gehindert hätte auch sonst nicht im Ansatz dartun. Sein Fehlen bei der Verhandlung spricht nicht für ihn.

Nach ständiger verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist einem geschulten Organ der Straßenaufsicht die einwandfreie Beurteilung der Frage, warum bei der Alkomatuntersuchung kein brauchbares Ergebnis zu Stande gekommen ist, zuzumuten (vgl VwGH 30. April 1992, 92/02/0149; 10. September 2004, 2004/02/0276 uva.).
Das Gericht traut es dem Zeugen M, der 20 Jahre Berufserfahrung hat, zu, aus den Umständen zu schließen, ob ein Alkotest aufgrund von Krankheit, Alkoholisierung, Alter oder ähnlichen Umständen, oder schlicht aus dem aufgrund des, angesichts der Angaben der Beamten erwiesenen selbst gesteuerten Vorbeiblasens am Rohr, scheiterte. Was den Zeugen Z betrifft, erscheint es dem Gericht, dass er aufgrund seiner allgemeinen, oben beschrieben, Unsicherheit, weitere Versuche zuließ, um keine Fehler zu machen. Im fehlte noch die Sicherheit und Erfahrung, den Sachverhalt bereits früher rechtsrichtig zu interpretieren, was angesichts des damals kurzen Einsatzes im Außendienst (8 Monate) auch nachvollziehbar ist. Auf die rechtliche Interpretation durch die Polizeibeamten kommt es im Ergebnis auch nicht an, sondern ist der von diesen geschilderte Sachverhalt von Behörde und Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung zu bewerten und rechtlich zu beurteilen.

Letztlich sprechen auch alle anderen hervorgekommenen Umstände und Beweismittel gegen die nur wenig konkreten Behauptungen des Bf. So hat die belangte Behörde eine Stellungnahme des Amtsarztes eingeholt, aus der sich unwiderlegt ergibt, dass keine medizinische Gründe auffindbar sind, die einen Alkomattest beeinträchtigen hätten können. Der Bf ist der schlüssigen und nachvollziehbaren Stellungnahme des Amtsarztes, die auf seiner langjährigen Erfahrung beruht, zunächst nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten. Die Angaben sind aber mit der allgemeinen Lebenserfahrung auch deshalb gut in Einklang zu bringen, zumal sich aus dem Alkomatstreifen ergibt, dass die Blasleistung im Zuge der Amtshandlung eher anstieg und sich nicht reduziert. Dies lässt einerseits darauf schließen, dass der Bf aufgrund entsprechender Aufforderungen des Zeugen doch etwas mehr blies, andererseits gegen Beeinträchtigungen aufgrund des Alters oder von Krankheit, weil bei zunehmender Anstrengung eher das Gegenteil eintreten müsste. Allein aus diesem Grund ist erkennbar, dass der Bf seine Blasleistung durch gewisse manipulative Handlungen (Vorbeiblasen) zu steuern versuchte. Das Vorbringen, es sei nicht möglich das Blasvolumen so zu steuern, dass ein Volumen von 1,5 l nicht erreicht wird, ist dabei nicht schlüssig nachvollziehbar (eine besondere Dosierung kann erforderlich sein, um einen bestimmten Wert zu erreichen, aber nicht um ihn nicht zu erreichen), da auf der Hand liegt, dass ein zu geringes Einblasen von Luft in das Blasrohr (unter 1,5 l) zwingend zu einer fehlerhaften Messung führen muss (nicht umsonst wird den Probanden immer gesagt: „kräftig blasen, weiter, weiter, weiter,...). Es gelang dem Bf schlicht, dass sein Einblasen ausreichend gering war, um die erforderliche Luftmenge, also das von ihm gewünschte Ergebnis, nicht zu erreichen. Besondere Fähigkeiten sind für zu geringes Einblasen nicht erforderlich und wurden Fehlermeldungen ja auch tatsächlich angezeigt. Der Bf hat schlicht durch Reduktion des Einblasvolumens (Vorbeiblasen) versucht, ein aus seiner Sicht günstigeres Ergebnis zu erzielen. Dass er keine medizinischen und altersbedingten Probleme mit der Atmung hat, die geeignet wären ihn an der Ablegung des Alkomattests zu hindern, zeigt sich schon daraus, dass er über doch relativ lange Zeit in der Lage war auszuatmen ohne abzusetzen.

Dass solche langen Blaseinheiten beim ggst. Gerät möglich sind, ohne im Gerät ausreichen Volumen zu erzeugen, ergibt sich schon aus den Angaben der Zeugen und dem Alkomatstreifen, aber auch aus der vom Gericht eingeholten Stellungnahme Ing. L. Die Kritik daran, dass der ASV diese als Stellungnahme und nicht als Gutachten bezeichnet ist unbegründet, weil die dem ASV gestellte Frage eine zur technischen Funktion eines Gerätes, also zu einem technischen Faktum ist und deshalb einer ausführlichen Befundaufnahme nicht zugänglich war. Vielmehr war die Frage aufgrund der Erfahrung des Sachverständigen, die er bislang mit Geräten dieser Art gemacht hat, bzw. aufgrund der ihm gegenüber gemachten Angaben des Herstellers zu beantworten. Es handelt sich dabei nicht um ein Gutachten im eigentlichen Sinn, sondern um die Mitteilung der feststehenden Funktionsweise eines Gerätes, die dem Fachmann bekannt ist, dem Gericht jedoch nicht. Das Ergebnis lag aber ohnehin schon aufgrund der Angaben

der Polizeibeamten vor und diente der Beweisantrag des Bf (nahe am Erkundungsbeweis) ohnehin nur mehr der Verifizierung der Angaben der Zeugen.
Zum Vorbringen des Bf, er habe den Alkomattest aufgrund seiner hohen Alkoholisierung nicht ablegen können:
Der Vortest ergab beim Bf ein Ergebnis von 0,94 mg/l, also 1,8 bis 2 Promille (Amtsarzt). Dies entspricht nach den Erfahrungen des Gerichtes bei einem Mann von normaler Statur einer Menge von etwa 2 bis 2,5 Liter Bier, also max. 5 „Halben“ oder etwa 1,5 Litern Weißwein. Es sind dies Mengen, die zu einer deutlichen Alkoholisierung aber keinen besonderen Ausfallserscheinungen führen. Der Bf war in der Lage sein Auto zu starten, eine gewisse Strecke zu fahren, konnte aufrecht stehen, den Vortest absolvieren. Letztlich war es ihm möglich, und dies ist, wie auch der Zeuge M zum Ausdruck brachte, besonders erstaunlich, sich daran zu erinnern, dass der genannte Zeuge ein Telefonat in Zusammenhang mit der angesprochenen Blutprobe führte. Er war auch in der Lage der Amtshandlung zu folgen, bei Aufforderung in den Alkomat zu blasen und die Amtshandlung mehrfach als lächerlich abzuqualifizieren. Er war also zeitlich und örtlich ausreichend orientiert.
Auch der Hinweis auf das Erkenntnis des UVS Oö. vom 26. April 2010, VwSen-164924 und die dort abgegebene amtsärztliche Stellungnahme vermag in diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen, zumal der dort relevante Alkoholwert 1,45 mg/l, also annähernd 3 Promille betrug. Es handelt sich dabei um einen deutlich höheren Wert, der mit dem hier vorliegenden in keiner Weise verglichen werden kann.
Das Vorbringen des Bf zu seinem Zustand ist dabei äußert vage, so stellt er weder dar, worauf seine 80%ige Behinderung zurückzuführen ist und konnte sich das Gericht auch angesichts seines Nichterscheinens zur Verhandlung nicht von seinem Zustand überzeugen. Auch das begründungslose Vorbringen, Stents in den Beinen zu haben und nicht lange stehen zu können, überzeugt nicht, zumal Stents gerichtsbekannt dazu dienen bei verlegten Beinvenen den Blutdurchfluss zu verbessern. Inwieweit sich diese und das Unvermögen, lange zu stehen auf die Atemleistung auswirken sollen bleibt wie beim gesamten anderen Vorbringen, das sich auf Alter oder Gesundheit des Bf bezieht, unbegründet und liegt eine solche Annahme weder nach der allgemeinen Lebenserfahrung, noch nach der Stellungnahme des Amtsarztes nahe. Auch die Angaben der Zeugen, lassen mit Ausnahme der alkoholbedingten Unsicherheiten des Bf auf keine diesbezüglichen Probleme schließen. Es bedarf keiner übermäßigen Leistungsfähigkeit, einen Alkomat ordnungsgemäß zu beblasen. Auch hier zeichnen die Aussagen der Zeugen ein anderes Bild, die den Bf als deutlich jünger erscheinend und in gutem Zustand beschrieben. Selbst sein Anwalt beschrieb den Bf als fit. Er selbst verneinte Atemwegserkrankungen.
Es ist also im Verfahren nichts hervorgekommen, das darauf hindeuten könnte, dass der Bf nicht in der Lage gewesen wäre, den Alkomattest erfolgreich abzulegen. Alle Beweisergebnisse deuten in die andere Richtung und sprechen

dafür, dass der Bf durch Vorbeiblasen am Rohr bewusst ein Verhalten setzte, das ein Ergebnis beim Alkomattest verhinderte.

Auf die Frage in Zusammenhang mit der Blutprobe bzw. dem Abbruch einzelner Amtshandlungsabschnitte, war in der Beweiswürdigung mangels Relevanz nicht einzugehen. Vgl. dazu die rechtliche Beurteilung.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtliche Grundlagen

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 § 99 Abs 1 lit b StVO begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 1600 Euro bis 5900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer sich bei 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, [...]

III.2.1. Objektiver Tatbestand

III.2.1.1. Aufgrund einer telefonischen Unfallmeldung, beorderte die Leitstelle BI M und Insp. Z zur Unfallstelle. Bei Eintreffen der beiden Beamten Tatort, stand das Auto unverändert auf der Straße, der Bf gab an der Lenker gewesen zu sein und wies deutliche Alkoholisierungsmerkmale auf. Es bestand insofern zum Zeitpunkt der Aufforderung zum Alkotest der begründete Verdacht, dass der Bf alkoholisiert einen PKW gelenkt hat. Er wurde daher zu Recht zunächst zum Alkovortest, danach zum Alkomattest aufgefordert.

Trotz sieben Blasversuchen kam kein verwertbares Ergebnis zustande. Grund dafür war, dass der Bf das Blasrohr nicht vollständig mit dem Mund umschlossen hatte, obwohl er, bereits im Rahmen des Vortests, entsprechend belehrt worden war und in der Lage gewesen wäre, die Lippen zu schließen.

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

„Der angehaltene Lenker muß sofort der Aufforderung des Wacheorgans, den Alkotest vorzunehmen, entsprechen, und jedes Verhalten, das die sofortige Vornahme des Alkotestes verhindert, sofern das Wacheorgan nicht hiezu seine Zustimmung erklärt hat, ist als Verweigerung der Atemluftprobe zu werten, auch wenn der Lenker vor diesem Verhalten wörtlich seine Zustimmung zur Vornahme des Alkotestes erklärt hat (Hinweis E 7.11.1977, 1201/77).“ (VwGH 20. März 2009, 2008/02/0142, ständige Judikatur)

Als Verweigerung des Alkotestes ist jedes Verhalten anzusehen, das ein ordnungsgemäßes Zustandekommen der Atemluftuntersuchung durch den Alkomaten verhindert. Es kommt dabei nicht nur eine förmliche Verweigerung der Atemluftalkoholuntersuchung in Betracht, sondern liegt ein solches als Verweigerung zu wertendes Verhalten auch bei vom Probanden zu verantwortenden Fehlversuchen vor; etwa dann, wenn der Proband das Mundstück zu früh absetzt (VwGH 23. Jänner 1991, 90/02/0151) oder bei zu kurzen und zu schwachen Blasversuchen (VwGH 24. Februar 1993, 91/03/0343; 26. April 2002, 99/02/0212).

Kommt es durch das Verhalten des Probanden zu keinen Messergebnissen, ist der Beamte – so wie auch im konkreten Fall – berechtigt, die Amtshandlung abzubrechen und das Verhalten des Beschuldigten als Verweigerung der Atemluftalkoholuntersuchung zu werten (VwGH 16. November 2007, 2007/02/0250). Nach ständiger Judikatur können schon drei – vom Probanden zu verantwortende – Fehlversuche als Verweigerung der Atemluftprobe gewertet werden (z. B. VwGH 11. Oktober 2000, 2000/03/0083 uvm.).

Obwohl dem Bf sieben Blasversuche ermöglicht wurden, kam beim Alkomattest kein verwertbares Ergebnis zustande weil er aufgrund Vorbeiblasens zu wenig Volumen erreichte. Nach den Feststellungen wäre es dem Bf möglich gewesen, ordnungsgemäß in das Blasrohr zu blasen. Wie in der Beweiswürdigung ausführlich dargestellt haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, die auf medizinische oder sonstige Gründe hinweisen, die den Bf, für ihn nicht beeinflussbar, daran gehindert hätten, den Alkomattest ordnungsgemäß abzulegen. Er hat die fehlerhaften Ergebnisse daher zu verantworten.

III.2.1.2. Zum Vorbringen in Zusammenhang mit dem Abbruch der Amtshandlung in Bezug auf den Alkomattest:

Die beiden einschreitenden Beamten haben im Verfahren beschrieben, dass im Rahmen der Amtshandlung ein Aufsuchen eines Arztes zum Zwecke eines Bluttests Thema war.
Dieser Umstand hat jedoch keinerlei Einfluss auf die Frage der Verweigerung des Alkotests. Ebensowenig relevant ist im gegebenen Zusammenhang, zu welchem Zeitpunkt die Amtshandlung in Zusammenhang mit der Verweigerung des Alkotests oder den Blasversuchen als beendet erklärt wurde, ob dies vor oder nach den sieben Blasversuchen stattfand und ob dem Bf angeboten wurde, eine Blutprobe abzugeben, solange dem Bf ausreichend Möglichkeit zur Ablegung des Alkotests gegeben wurde (mindestens drei Versuche; VwGH 11. Oktober 2000, 2000/03/0083).

Es ist in diesem Zusammenhang – nur der Vollständigkeit halber, und ohne Einfluss auf das Ergebnis – klarzustellen, dass die Organe der Straßenaufsicht gem Abs 4a par. cit. berechtigt sind, 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. Zudem können Personen bei denen eine Alkoholbeeinträchtigung festgestellt wurde gem Abs 8, Z2 par. cit. selbst eine Blutuntersuchung verlangen.
Wie sich schon aus dem Gesetzestext ergibt kommt eine Verbringung zum Arzt oder die eigeninitiative Blutabnahme nach Vorliegen einer „Verweigerung“ nicht mehr in Betracht, weil diese nur stattfinden kann, wenn ein Alkotest möglich war und ein Ergebnis erbracht hat.

Nun mag es vorliegend der Fall gewesen sein, dass Insp. Z, die fehlerhaften Blasversuche auf Gründe, die in der Person des Bf gelegen waren, zurückgeführt, oder generell die rechtliche Situation rechtsunrichtig interpretiert hat, jedoch hat dies, und das allfällige Angebot oder die Anweisung, eigeninitiativ oder unter Mitwirkung der Polizei eine Blutprobe abzugeben, keinerlei Einfluss auf die rechtliche Beurteilung der Behörde und des Gerichts im Hinblick auf die Erfüllung des Verweigerungstatbestandes. Dies umso weniger, als der Zeuge M ohnehin klargestellt hat, dass man nach 7 Blasversuchen von einer Verweigerung ausginge.

Der Bf übersieht, dass, wie bereits oben dargestellt, als Verweigerung des Alkotestes jedes Verhalten anzusehen ist, das ein ordnungsgemäßes Zustandekommen der Atemluftuntersuchung durch den Alkomaten verhindert. Es kommt dabei auf das faktische Verhalten des Bf und nicht auf die ggf. rechtlich unrichtige Interpretation des Polizeibeamten an.

Es handelt sich dabei um einen Umstand, der aufgrund des Verhaltens des Probanden als Faktum selbst eintritt und zwar unabhängig von der Frage, wie die einschreitenden Polizeibeamten die rechtliche Situation interpretieren. Die Frage, ob die Erfüllung des Verweigerungstatbestandes gegeben ist, ist eine Rechtsfrage, die aufgrund des festgestellten Sachverhaltes von der Behörde oder dem Gericht zu beurteilen ist. Ebensowenig kommt es darauf an, wann und auf welche Weise die Polizeibeamten ihre Amtshandlung beenden, weil die Polizei als der Exekutive zugehöriger Wachkörper zur Sachverhaltsermittlung, aber nicht zur verbindlichen rechtlichen Beurteilung berufen ist. Irrelevant ist auch, dass der Bf die Amtshandlung willkürlich in Abschnitte unterteilt und sie bestimmten Rechtsfragen zuteilt. Vielmehr haben Behörde und Gericht den gesamten Sachverhalt von sich aus zu würdigen und rechtlich zu beurteilen. Eine Bindung an eine Rechtsansicht der einschreitenden Beamten besteht naturgemäß nicht.

Im vorliegenden Fall war der Verweigerungstatbestand tatsächlich bereits viel früher, jedenfalls bereits nach dem dritten Blasversuch erfüllt, weil bereits zu diesem Zeitpunkt klar war, dass der Bf den Alkotest nur deshalb unmöglich gemacht hat, weil er zunächst zu kurz und dann zweimal am Blasrohr vorbei geblasen hat. Ob die Polizeibeamten danach kurzfristig vermeint haben, es sei ein Bluttest zu absolvieren und dies auch geäußert wurde, vermag an der längst eingetretenen Erfüllung des Tatbestands der Verweigerung nichts zu ändern. Wären dem Bf nicht ausreichend viele Blasversuche (3) zugestanden worden, könnte sich ein anderes Bild ergeben.

Der Bf hat daher den Alkotest verweigert und den Tatbestand der §§ 5 Abs. 2 iVm 99 Abs. 1 lit. b in objektiver Hinsicht erfüllt.

III.3. 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.

Wie bereits ausführlich dargelegt, glaubt das Gericht dem Bf sein Vorbringen, er habe aufgrund seines Alters, von Nervosität, der hohen Alkoholisierung, seiner Behinderung oder aufgrund von Stents in den Beinen, keinen besseren Alkotest zustande gebracht, nicht. Er konnte durch diese unkonkreten Behauptungen nicht nachvollziehbar dartun, warum ihm das ordnungsgemäße Schließen der Lippen und Einblasen in das Blasrohr nicht möglich gewesen sein soll. Alle dargestellten Umstände waren nach der Beweiswürdigung nicht dazu geeignet den Bf vom Schließen der Lippen abzuhalten. Er war auch nicht geistig abwesend, war zeitlich und örtlich orientiert und hat situationsbezogen (vgl. VwGH 30. Oktober 2006, Zl. 2005/02/0332, mwN) reagiert, als er der Aufforderung zum Alkotest nachkam, aber eben nicht ordnungsgemäß in das Rohr blies. Das gezielte Offen-Lassen des Mundes beim Blasen spricht gegen den Bf, weil es ein der Opportunität geschuldetes, gesteuertes Verhalten ist..

Es war daher zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen, wenngleich ein bewusstes Handeln naheliegt.

III.4. Zur Strafhöhe

III.4.1. Die Bemessung der Strafe erfolgt im Verwaltungsstrafverfahren innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens. Innerhalb dieses Rahmens hat die Behörde Ermessen. Die Behörde muss ihre Strafbemessung nachvollziehbar begründen, also Erwägungen darstellen, um der Partei und den Gerichten die Nachprüfung zu ermöglichen (vgl. VwGH 17. Oktober 2008, 2005/12/0102).
Bei der Strafbemessung sind objektive Kriterien (Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat; Abs 1) und subjektive Kriterien (Erschwerungs- und Milderungsgründe, Einkommens- und Vermögensverhältnisse, allfällige Sorgepflichten; Abs 2) zu berücksichtigen. (vgl. *Weilguni*, in Lewisch/Pfister/Weilguni, VStG § 19, RZ 1-3, rdb.at).

III.4.2. Gemäß § 99 Abs.1 lit. b StVO 1960 beträgt der Strafrahmen für Übertretungen nach § 5 Abs 2 StVO 1.600 Euro bis 5.900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit Freiheitsstrafe von 2 – 6 Wochen.

Die Verwaltungsbehörde hat vorliegend die Mindeststrafe verhängt, weshalb ein weiteres Eingehen auf die Strafzumessungsgründe, insbesondere auch auf die Frage, ob der Bf mit Vorsatz gehandelt hat, unterbleiben kann.

Alkoholdelikte im Straßenverkehr zählen zu den schwersten und gröbsten Verstößen gegen die Verkehrssicherheit (VwGH 27. Februar 2004, 2002/11/0036 uva.) und sind als besonders verwerflich und gefährlich zu qualifizieren. Dies gilt auch für die Verweigerung von Alkomattests, weil dadurch die Feststellung des Grades der Alkoholbeeinträchtigung vereitelt wird.

Eine Anwendung des § 20 VStG kommt nicht in Betracht, zumal mit Ausnahme der Unbescholtenheit des Bf kein anderer Strafmilderungsgrund vorliegt, also ein beträchtliches Überwiegen von Milderungsgründen nicht festgestellt werden kann.

Eine Ermahnung kommt nicht in Betracht, zumal der Bf das ggst Rechtsgut der Sicherheit im Straßenverkehr erheblich beeinträchtigt hat und deutliches Verschulden vorliegt.

Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde korrekt bemessen.

III.5. Vor diesem Hintergrund sind dem Bf als Kostenbeitrag gem § 52 Abs 1 und 2 20 % der verhängten Strafe, also 320 Euro aufzuerlegen.

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 Klärung der ggst Sache erfolgte im Wesentlichen im Rahmen der Beweiswürdigung. Das Ergebnis ist daher nicht verallgemeinerungsfähig. Im Übrigen wurde die dazu vorliegende Judikatur des VwGH im Erkenntnis ausführlich zitiert. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine 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