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-602408/13/MS

Datum:
Linz, 22. Mai 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde der R F, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J P, x, M, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 6. März 2018, GZ: BHSDVerk-2018-43796/7-Scg, wegen Übertretung der Straßenverkehrsordnung (StVO) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Mai 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und das bekämpfte Straferkenntnis behoben und das Strafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin 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. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding (im Folgenden: belangte Behörde) vom 6. März 2018, GZ: BHSDVerk-2018-43796/7-Scg, wurde über Frau R F (im Folgenden: Beschwerdeführerin) eine Geldstrafe von 1.600 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage) verhängt und ihr folgende Verwaltungsübertretung vorgeworfen:

„Sie haben am 04.02.2018 um 21:30 Uhr in M, x, sich nach Aufforderung eines besonders geschulten Organs der Bundespolizei geweigert, Ihre Atemluft auf Alkohol untersuchen zu lassen, obwohl Sie im Verdacht gestanden sind, dass ihr Verhalten als Lenkerin des angeführten Fahrzeuges, am angeführten Unfallort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang gestanden ist.
Tatort: Gemeinde Diersbach, L 1139 Sighartinger Straße bei Strkm. 1,200.
Tatzeit: 04.02.2018, ca. 20:30 Uhr

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift verletzt:
§§ 99 Abs. 1 lit. b i.V.m. 5 Abs. 2 zweiter Satz StVO 1960

Fahrzeug: Kennzeichen x, PKW, Ford Galaxy, blau“

Weiters wurde ein Beitrag zu den Kosten des Verfahrens in der Höhe von 160 Euro vorgeschrieben.

Begründend führt die belangte Behörde nach detaillierter Darstellung des Verfahrensablaufes Folgendes aus:

„3.1. Sie haben am 04.02.2018 um ca. 20:30 Uhr den auf R S zugelassenen PKW, einen Ford Galaxy, mit dem amtlichen Kennzeichen x auf der L 1139 Sighartinger Straße von Richtung Andorf kommend in Fahrtrichtung Hartwagen gelenkt. Bei Strkm 1,200 der L 1139 sind Sie einem Reh ausgewichen und haben in der Folge die Herrschaft über Ihr Fahrzeug verloren. Zunächst sind Sie rechts gegen die Leitplanke gestoßen, kamen sodann linksseitig von der Fahrbahn ab, streiften 2 Bäume und konnten schließlich den PKW wieder auf die Fahrbahn lenken. Bei diesem Verkehrsunfall wurden der PKW sowie 2 Bäume beschädigt, wobei der Eigentümer der Bäume diese Beschädigung nicht als solche aufgefasst hat. Weiterer Schaden entstand nicht. Eine Kollision mit dem Reh fand nicht statt. Den noch fahrbereiten PKW lenkten Sie sodann zu Ihrer Wohnadresse in x, M. Von ebendort verständigten Sie gegen 20:40 Uhr die Polizei über Notruf. Von der Bezirksleitstelle S wurde der Polizeibeamte AI H F beauftragt, an Ihrer Wohnanschrift Nachschau zu halten. AI F traft um 21:10 Uhr bei Ihnen zuhause ein, wo auch der genannte PKW (Ford Galaxy, x) beschädigt in der Garage abgestellt vorgefunden werden konnte. Im Wohnhaus wurden Sie zum Unfallhergang befragt, wobei an Ihnen Anzeichen einer Alkoholisierung - wie leichter Alkoholgeruch, veränderte Aussprache, leichte Rötung der Augenbindehäute - wahrgenommen werden konnten. Dabei gaben Sie auch an, vor der Lenkung 3 Seidel Bier getrunken zu haben. Ein durchgeführter Alkovortest verlief positiv. Während der gesamten Amtshandlung verspürten Sie Kreuzschmerzen und stechende Schmerzen im Brustbereich. Zur Abklärung Ihres Gesundheitszustandes wurde bereits von Ihrem Vater mit dem Landeskrankenhaus Schärding Rücksprache gehalten bzw. ein Telefonat geführt, wonach ein Erscheinen Ihrerseits ebendort möglich ist; Ihr Vater hätte

Sie ins Krankenhaus gefahren. Der Polizeibeamte konnte Ihren Gesundheitszustand mangels Fachkenntnisse nicht abschätzen, weshalb Sie AI F noch am 04.02.2018 um 21:30 Uhr an Ort und Stelle - im Wohnhaus, Erdgeschoß, Küche/Esszimmer - zum Test mittels geeichtem Alkomaten (Alkomattest) aufgefordert hat, wobei dieser Alkomattest im Krankenhaus Schärding von Beamten der PI S hätte durchgeführt werden sollen. Nachdem AI F die Örtlichkeit verlassen hat, sind der zuvor deutlich und unmissverständlich an Sie gerichteten Aufforderung zum Alkomattest nicht nachgekommen, indem Sie das LKH Schärding nicht aufgesucht haben. Sie haben auch AI F nicht davon in Kenntnis gesetzt bzw. Rücksprache mit ihm gehalten. Sie haben nicht einmal versucht, mit der Polizei diesbezüglich Kontakt aufzunehmen.

3.2. Wenn Sie dazu vorbringen, dass Sie Aufforderung zur Untersuchung Ihrer Atemluft auf Alkoholgehalt (Alkomattest) nicht als solche verstanden haben bzw. von einem Alkotest im Krankenhaus Schärding keine Rede gewesen sein soll, so vermögen Sie damit nicht zu überzeugen.

Unter Hinweis auf die Aussagen des Polizeibeamten (Wahrheitspflicht) wurden Sie eben zum Test mittels geeichtem Alkomaten aufgefordert: ‚R, ich fordere dich jetzt zum Alkomattest auf, dieser wird aber im Krankenhaus Schärding von Beamten der PI S durchgeführt werden.‘ Dieses deutliche und unmissverständliche Begehren des Polizeibeamten, Ihre Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, haben Sie auch verstanden. Schließlich bestand zwischen dem Polizeibeamten und Ihnen Blickkontakt während er diese Aufforderung an Sie richtete.

Dass Sie von Ihrer am Schoß befindlichen Tochter abgelenkt waren und die Aufforderung deshalb nicht verstanden haben, geht ebenso ins Leere. Auch dazu stellte der Polizeibeamte klar fest, dass Sie dadurch nicht abgelenkt waren.

3.3. Der von der Behörde ermittelte und zuvor wiedergegebene Sachverhalt steht daher zweifelsfrei fest.

Zur Rechtslage:

4.1. Gemäß § 5 Abs. 2 StVO 1960 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,

1. die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben, oder
2. bei denen der Verdacht besteht, dass ihr Verhalten am Unfallsort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang steht,

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

4.2. Gemäß § 99 Abs. 1 StVO 1960 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 1.600 Euro bis 5.900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen,

a) wer ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt, obwohl der Alkoholgehalt seines Blutes 1,6 g/l (1,6 Promille) oder mehr oder der Alkoholgehalt seiner Atemluft 0,8 mg/l oder mehr beträgt,

b) 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,
c) (Verfassungsbestimmung) wer sich bei Vorliegen der im § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, sich Blut abnehmen zu lassen.

Entscheidungsgründe:
5.1. Außer Frage steht im gegenständlichen Fall die Lenkung eines KFZ auf Straßen mit öffentlichem Verkehr. Weiters ist festzuhalten und ist unbestritten, dass der Polizeibeamte gemäß § 5 Abs. 2 zweiter Satz Zif. 2 StVO 1960 berechtigt war, diese Aufforderung an Sie zu richten. Schließlich war auch der Verdacht einer Beeinträchtigung durch Alkohol nicht nur durch das positive Ergebnis des Alkovortests gegeben.

5.2. Bestritten wurde im Kern vielmehr, dass eine Aufforderung zur Untersuchung Ihrer Atemluft auf Alkoholgehalt vom Bundespolizeiorgan im Sinne § 5 Abs. 2 StVO 1960 nicht an Sie gerichtet wurde bzw. diese Aufforderung nicht gesetzeskonform war.
Zu Ersterem ist auf die bereits erfolgten Ausführungen zu verweisen, wonach vom Polizeibeamten (Organ der Bundespolizei) sehr wohl eine derartige Aufforderung zum Alkomattest an Sie gerichtet wurde.

Das Gesetz schreibt nicht vor, in welcher Form eine Aufforderung zur Durchführung eines Alkomattests zu ergehen hat, sofern nur die entsprechende Deutlichkeit des Begehrens gegeben ist (VwGH vom 27.04.2000, 99/02/0292).
Ein von einem Straßenaufsichtsorgan gestelltes Begehren, die Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen zu lassen, hat so deutlich zu sein, dass es vom Betroffenen auch als solches verstanden werden kann. Das Gesetz schreibt jedoch nicht vor, in welcher Form ein derartiges Begehren zu ergehen hat. Es ist rechtlich ohne Bedeutung, ob die Aufforderung des Straßenaufsichtsorganes mehr in Befehlsform gehalten ist oder ob sie in Form einer Frage, ob der Betroffene zur Ablegung des Alkotests bereit sei, zum Ausdruck kommt (VwGH vom 19.06.01979, 441/79, ZVR 1980/51; E vom 07.08.2003, 2000/02/0089; ähnlich VwGH vom 24.10.2008, 2008/02/0187, ZVR 2009/86).
Die Aufforderung des Polizeibeamten, ‚R, ich fordere dich jetzt zum Alkomattest auf, dieser wird aber im Krankenhaus Schärding von Beamten der PI S durchgeführt werden.‘ wird dieser Rechtsprechung jedenfalls gerecht. Diese Aufforderung konnte und wurde auch als solche von Ihnen verstanden, weshalb Sie auch demgemäß handeln hätten können. Umstände, die eine Untersuchung gemäß § 5 Abs. 2 StVO 1960 aus Gründen, die in Ihrer Person gelegen sind, nicht möglich gemacht hätten, wurden Ihrerseits im Zuge der Amtshandlung nicht dargetan.

Die zur Ablegung eines Alkotestes aufgeforderte Person kann nicht bestimmen, wo die Untersuchung stattfinden soll. Dies ist vielmehr Sache der Straßenaufsichtsorgane. Sie haben die Person so rasch wie möglich der Untersuchung zuzuführen, um Verfälschungen und Verschleierungen tunlichst hintanzuhalten. Den Anordnungen der Straßenaufsichtsorgane ist daher zumindest im Rahmen der Zumutbarkeit Folge zu leisten (VwGH vom 17.12.1999, 97/02/0505).
Es erscheint keineswegs ‚gesetzesfremd‘, eine ‚Verabredung‘ zu einem Alkotest - hier nach dem Transport des Beschuldigten ins Krankenhaus - zu treffen (VwGH vom 18.06.2007, 2007/02/0170, E vom 11.08.2006, 2005/02/0290). Diesem Erkenntnis lag ein Fall zugrunde, wonach der Beschwerdeführer am Unfallort zum Alkomattest aufgefordert wurde

und zugestimmt wurde, sich in weiterer Folge zur Behandlung in ein Krankenhaus zu begeben. Dieses Krankenhaus wurde jedoch vor Eintreffen der Polizei verlassen.
Ein Verhalten des Untersuchten, das das Zustandekommen des vorgesehenen Tests verhindert, ist darin zu erblicken, dass der Beschwerdeführer in Kenntnis des Umstandes, dass die Untersuchung seiner Atemluft auf Alkoholgehalt im Krankenhaus durchgeführt werden sollte, dieses unbestrittenermaßen ohne Rückfrage verlassen hat (VwGH vom 11.08.2006, 2005/02/0290). Auch hier wurde der Beschwerdeführer von der Polizei aufgefordert, einen Alkotest durchzuführen. Der Beschwerdeführer hat sich sofort einverstanden erklärt. Noch bevor das Gerät zur Durchführung des Alkotestes funktionsfähig war, erschien der Arzt und wies den Beschwerdeführer ins Krankenhaus ein. Zwischen dem Beschwerdeführer und den Beamten wurde nun vereinbart, dass sich der Beschwerdeführer vorerst im Krankenhaus behandeln lassen solle und sodann der Alkotest durchgeführt werden solle.
Diese Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist auch auf den gegenständlichen Fall anzuwenden, sind doch die Fälle ähnlich gelagert bzw. vergleichbar. Schließlich wurden Sie von einem Organ der Bundespolizei zur Untersuchung Ihrer Atemluft auf Alkoholgehalt mittels geeichtem Alkomaten aufgefordert. Dabei wurde vereinbart bzw. auch vom Polizeibeamten festgelegt, dass der Alkomattest im Krankenhaus Schärding - wo Ihre Behandlung insbesondere im Hinblick auf das Stechen im Brustbereich hätte stattfinden sollen - durchgeführt wird, und zwar von Polizeibeamten der Polizeiinspektion S. Dieser Aufforderung/Vereinbarung sind Sie allerdings nicht nachgekommen und haben auch nicht beim Polizeibeamten, geschweige denn überhaupt bei der Polizei rückgefragt, dass die beabsichtigte Fahrt ins Krankenhaus Schärding nicht angetreten wird. Dass diese Fahrt unzumutbar gewesen wäre, ist nicht nachvollziehbar und wäre diese Annahme geradezu abenteuerlich, zumal dieser Ort im Hinblick auf Ihre beabsichtigte Behandlung im Krankenhaus Schärding in Ihrem Sinne verabredet wurde. Überdies hätte Sie Ihr Vater nach Ihren eigenen Angaben dorthin gefahren.

5.3. Nach Durchführung des ordentlichen Ermittlungsverfahrens steht daher für die Behörde zweifelsfrei fest, dass Sie die Ihnen zur Last gelegte Verwaltungsübertretung - wie im Spruch dieses Straferkenntnisses angeführt - sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht haben.

Zum Verschulden ist zu bemerken, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG 1991, wenn eine Verwaltungsvorschrift nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgen 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. Umstände, welche Ihr Verschulden an der Verletzung der gegenständlichen Verwaltungsvorschrift ausschließen würden, sind von Ihnen im Verfahren nicht wirksam vorgebracht worden und haben sich auch sonst nicht ergeben. Einem geprüften Kfz-Lenker - wie Ihnen - müssen die Bestimmungen der StVO 1960 bekannt sein (VwGH vom 20.05.1994, 94/02/0184, uvm.).

Zur Strafbemessung:
6.1. Im Verwaltungsvorstrafenregister der BH Schärding sind gegen Sie keine Vorstrafen evident. Verwaltungsstrafrechtlich gelten Sie daher als unbescholten und stellt dies einen Milderungsgrund dar. Erschwerungsgründe vermochte die Behörde keine zu finden.

6.2. Gegenständlich wurde die gesetzliche Mindeststrafe gemäß § 99 Abs. 1 lit. b StVO 1960 in der Höhe von 1.600 Euro verhängt. Aus diesem Grund erübrigen sich weitere Ausführungen zur Strafbemessung, da bekanntermaßen gesetzliche Mindeststrafen, wie der Name schon sagt, in Strafbescheiden grundsätzlich nicht unterschritten werden dürfen. Ausgenommen wäre nur ein Anwendungsfall des § 20 VStG 1991, hier müssen allerdings die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen. Davon kann gegenständlich keinesfalls die Rede sein. Der bloße Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit rechtfertigt noch nicht die Anwendung der erwähnten Bestimmung.
6.3. Die vorgeschriebenen Kosten sind in der zitierten Gesetzesstelle begründet."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen dieses Straferkenntnis, das der Beschwerdeführerin zu Handen ihres Rechtsvertreters am 7. März 2018 zugestellt worden ist, hat diese durch eben diesen mit Eingabe vom 21. März 2018 (eingebracht mit Fax selben Datums) rechtzeitig Beschwerde erhoben und beantragt, der Beschwerde Folge zu geben und das Straferkenntnis aufzuheben und das ggst. Verwaltungsstrafverfahren einstellen.

Begründend wurde Folgendes ausgeführt:
„Die Verwaltungsstrafbehörde stellt den in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 16.02. gegen mich erhobenen Tatvorwurf der Alkotestverweigerung im nunmehrigen Strafbescheid unter Strafe, zu welchem ich in der Rechtfertigung vom 26.02. schon ausführlich Stellung bezogen habe.

Zur Vermeidung von Wiederholungen erlaube ich mir, auf diese Rechtfertigungsangaben zu verweisen.

Dass der gegen mich erhobene Tatvorwurf der Alkotestverweigerung nicht zu Recht besteht, ergibt sich abgesehen von den dagegen bereits vorgebrachten Argumenten auch daraus, dass die Behörde als Tatzeit Sonntag, den 04.02., 20.30 Uhr heranzieht und als Tatort die Unfallstelle in Diersbach, als weiteren Tatzeitpunkt den Zeitpunkt 21.30 und weiteren Tatort M, bei mir zu Hause.

Dazu kommt, dass es im Sinne der Judikatur zu § 44a VStG betreffend Konkretisierung des Tatvorwurfs nicht ausreicht, allein mit dem Gesetzestext zu argumentieren, vielmehr muss im Tatvorwurf zum Ausdruck gebracht werden, worin die Tathandlung konkret besteht, was dem Straferkenntnis vom 06.03. fehlt. Es wird nicht ausgeführt, durch welche Handlung ich den Alkotest verweigert haben soll.

Der Meldungsleger hat dazu vor der Behörde zwar nichts ausgesagt, es ist aber davon auszugehen, dass dieser im Zuge der Amtshandlung bei mir zu Hause am Abend des 04.02. im Dienstfahrzeug keinen Alkomaten mitgeführt hat, ansonsten er mich aufgefordert hätte, zum vor dem Haus stehenden Fahrzeug mitzukommen, um dort den Alkotest abzulegen, was aber unbestritten nicht der Fall war.

Wollte dieser mit mir vor Ort einen Alkotest durchführen, hätte er einen Alkomaten holen und mich dann zum Alkotest auffordern können, er hätte auch seine Kollegen (von der

nahe gelegenen PI M) anrufen oder anfunken können, dass ihm diese einen Alkomaten bringen, was der Meldungsleger aber ebenfalls nicht getan hat.

Unter diesen Umständen wäre ihm § 5 Abs. 4 StVO zur Verfügung gestanden, mich zur nächst gelegenen Dienststelle, die PI M, zu bringen, was er auch nicht gemacht hat; von einer strafbaren Alkotestverweigerung kann somit schon aus diesen Gründen nicht die Rede sein.

Aus der letztgenannten Bestimmung ergibt sich klar (Arg.: bringen), dass sogar eine Aufforderung, selbst zur nächsten Polizeidienststelle zu fahren, im Gesetz keine Deckung hätte, wie sich jüngst auch im in der Rechtfertigung zitierten Fall G vor der BH BR gezeigt hat.

Dazu kommt, dass der Meldungsleger ja selbst nicht behauptet, von mir verlangt zu haben, dass ich in das Krankenhaus Schärding fahre (und dort den Alkotest mache); der Meldungsleger dürfte aufgrund der Ausführungen meines Vaters allenfalls davon ausgegangen zu sein, dass wir ins Krankenhaus fahren. Ich hatte schon zum Zeitpunkt der Amtshandlung das Kind am Schoß, welches sich leider nicht beruhigen ließ, weswegen ich es in mein Bett gelegt habe; ich habe mich dann dazugelegt und bin dann eingeschlafen und am nächsten Morgen erst wieder aufgewacht. Auch aus diesem Grund würde mich kein Verschulden an der mir zur Last gelegten Alkotestverweigerung treffen.

Dass mich der Meldungsleger nicht aufgefordert hat, selbständig ins KH Schärding zu fahren, ergibt sich aus seiner Aussage vor der Behörde vom 14.02., worin er ausführt, dass mein Vater mit dem KH Schärding telefoniert hat und dieser mit diesem so verblieben ist, dass dorthin gefahren wird.

Als der Meldungsleger - im Sinne seiner Aussage - zwischen 22.00 und 22.30 Uhr von einem Kollegen der PI S erfahren hat, das im Krankenhaus kein Alkotest durchgeführt werden kann, weil ich nicht dort bin, hätten die Polizisten einfach zu mir nach Hause fahren und mich dort zum Alkomattest auffordern können, was ebenfalls nicht der Fall war.

Mir nun eine Alkotestverweigerung zur Last zu legen, weil ich nicht nach Schärding gefahren bin, betrifft keines der Tatbilder des § 5 Abs. 2 und 4 StVO, wurde ich dazu doch gar nicht aufgefordert und ist im Sinne einer umfassenden Argumentation zu ergänzen, dass es eine Verpflichtung, selbst ins Krankenhaus zum Alkotest zu fahren, im Gesetz gar nicht gibt, nicht einmal die Verpflichtung, zum eigenständigen Fahren zur nächst gelegenen Dienststelle, bei der sich ein Alkomat befindet. Legt man die Judikatur zum ‚zur nächstgelegenen' Dienststelle auf den gegenständlichen Fall um, wäre es überdies so, dass ich in einem derartigen Fall zur ein paar Kilometer entfernten PI M oder A zur Durchführung des Alkotests gebracht hätte werden müssen und auch deshalb keine Verpflichtung bestand, im rund 20 km entfernten Krankenhaus Schärding einen Alkotest durchzuführen.

Zu den von der Verwaltungsbehörde zitierten Entscheidungen des VwGH ist zu sagen, dass das Erkenntnis 2005/02/0290 einen Fall betraf, in welchem sich der Proband bereits im Krankenhaus Zams befand und in Kenntnis des Umstandes war, dass dort der Alkotest durchgeführt werden soll und dieses ohne Rückfrage verlassen hat. In diesem Fall hat sich somit die Frage, ob eine Verpflichtung besteht, eigeninitiativ in ein - auch weit entferntes - Krankenhaus zu fahren, gar nicht gestellt.

Der Entscheidung 2007/02/0170 lag ein Sachverhalt zugrunde, bei welchem es (RS 3) für zumutbar angesehen wurde, das kurz darauf erfolgte Erscheinen der Polizei im Krankenhaus abzuwarten und auch hier das Verlassen des Krankenhauses ohne Rückfrage den Tatbestand der Alkotestverweigerung erfüllt hat. Der dortige Proband ist zuvor ins Krankenhaus transportiert worden, die ‚Verabredung' mit der Polizei zur Durchführung des Alkotests ist nachher erfolgt.

Die weiters von der Behörde zitierte Entscheidung 97/02/0505 ist ebenfalls zu § 5 Abs. 4 StVO ergangen und wird darin ausgeführt, dass der Proband so rasch wie möglich der Untersuchung ‚zuzuführen' ist und wird in diesem Zusammenhang auf ein Vorjudikat verwiesen, welches einen Fall betraf, in welchem der Proband zu einer anderen Dienststelle, die in einer vom Anhalteort verschiedenen Gemeinde lag, gebracht wurde, welche nicht erheblich weiter entfernt war als die nächstgelegene Dienststelle.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Vorwurf, am 04.02. um 21.30 Uhr in M den Alkotest verweigert zu haben, schon deshalb nicht zu Recht besteht, weil selbst dann, wenn mich der Meldungsleger aufgefordert hätte, im KH Schärding einen Alkotest zu machen, er mich nicht (iSd § 5 Abs. 4 StVO) dorthin gebracht hat und er ja zu Recht auch nicht behauptet, ich hätte die Durchführung der Alkotest im KH Schärding bei mir zu Hause abgelehnt."

Mit Schreiben vom 22. März 2018 legte die belangte Behörde die ggst. Entscheidung unter gleichzeitiger Übermittlung des Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor, ohne von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung Gebrauch gemacht zu haben und wurde unter gleichzeitiger Bekanntgabe des Verzichts auf eine mündliche Verhandlung beantragt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge die Beschwerde als unbegründet abweisen.
Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung, zu der die Beschwerdeführerin selbst und ihr Rechtsvertreter erschienen sind. KI H F und A F wurden als Zeugen einvernommen.

Es steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:
Die Beschwerdeführerin lenkte am 4. Februar 2018 den Pkw mit dem Kennzeichen x der Marke Ford am frühen Abend von Andorf kommend in Richtung Mitterndorf und hatte auf diesem Weg einen Verkehrsunfall, da sie einem Reh ausgewichen war.

Nach dem Unfall fuhr die Beschwerdeführerin nach Hause und verständigte von dort die Polizei über den Unfall. Von der BLS S erging an die PI M der Auftrag Nachschau bei der Wohnadresse der Beschwerdeführerin zu halten. Der Beamte der PI M, KI F, fuhr zur Adresse der Beschwerdeführerin und fand dort den stark beschädigten Pkw vor. Er wurde von der Mutter der Beschwerdeführerin ins Haus gelassen, die Beschwerdeführerin selbst befand sich im ersten Stock und wurde heruntergebeten. KI F nahm bei seinem Eintritt wahr, dass Herr F (der Vater der Beschwerdeführerin) mit dem Krankenhaus telefonierte.
Mit der Beschwerdeführerin wurde sodann der Unfall erörtert und wurde, da Alkoholisierung bemerkt wurde, ein Vortest durchgeführt, der ein positives Ergebnis brachte. KI F gab diesen Umstand bei der örtlich zuständigen PI A bekannt und beauftragte ihn der dort Dienst habende Beamte die Beschwerdeführerin zum Alkotest aufzufordern, was KI F in der Folge auch tat. Da sich die Beschwerdeführerin schwer tat ein gültiges Vortestergebnis zustande zu bringen und mehrere Versuche notwendig waren und sie sich aufgrund von Schmerzen wiederholt an die Brust griff und ihr Vater darauf drängte zur medizinischen Abklärung ins Krankenhaus zu fahren, wollte KI F, trotz Vorhandensein eines Alkotestgerätes im Dienstwagen der medizinischen Versorgung der Beschwerdeführerin nicht im Wege stehen und wurde vereinbart, dass eine Streife ins Krankenhaus kommen würde, um dort den Alkotest vorzunehmen. Dieses Prozedere wurde auch Herrn F zur Kenntnis gebracht.
Die Beschwerdeführerin entschied sich jedoch in der Folge nicht ins Krankenhaus zu fahren, da sich ihre Tochter nicht beruhigen wollte.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorliegenden Verfahrensakt. Vor allem aus der Anzeige der PI M und der Zeugeneinvernahme des KI F bei der belangten Behörde. Weiters stimmt auch die Schilderung des Unfalls, die Vornahme des Vortests und dessen positives Ergebnis mit den Angaben der Beschwerdeführerin in der durchgeführten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht überein.

Unstimmigkeiten bestehen hinsichtlich der Aufforderungen zum Alkotest. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass eine solche Aufforderung an sie ergangen ist. Ihr Vater hatte keine Aufforderung wahrgenommen. Der Zeuge, KI F, schildert, dass er die örtlich zuständige Polizeiinspektion vom positiven Ergebnis des Vortests in Kenntnis gesetzt hat und den Auftrag erhalten hat, die Beschwerdeführerin zum Alkotest aufzufordern, was er auch getan hat. Diesen Ablauf hat der Zeuge sowohl in seiner Zeugeneinvernahme bei der belangten Behörde als auch in der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht geschildert und gibt es diesbezüglich auch keinen Grund an diesen Ausführungen zu zweifeln. Dass die Beschwerdeführerin die Aufforderung negiert, ist ihr gutes Recht. Kann sie sich doch in jede Richtung verteidigen. Dass ihr Vater diesbezüglich nichts gehört hat, heißt nicht, dass es eine entsprechende Aufforderung nicht dennoch gegeben hat. Der Zeuge konnte sich bei der belangten Behörde sogar noch an den Wortlaut

erinnern. Auch in der mündlichen Verhandlung hinterließ der Zeuge hinsichtlich der getätigten Aufforderung einen glaubwürdigen Eindruck und bleibt kein Grund zu zweifeln, dass eine Aufforderung zum Alkotest ergangen ist.

Der Alkotest sollte nach Aktenlage jedoch nicht am Ort der Amtshandlung, obwohl ein entsprechendes Gerät an Ort und Stelle war und auch nicht bei einer Polizeiinspektion, sondern im Krankenhaus durchgeführt werden.
Der Zeuge KI F legte in der Anzeige dar, dass Herr F bei seinem Eintreffen mit dem Krankenhaus Schärding telefonierte und mit diesem eine Untersuchung seiner Tochter vereinbarte und daher die PI S im Krankenhaus den Alkotest durchführen sollte. Auch in der Zeugeneinvernahme gab der Zeuge an, er habe bei seinem Eintreten wahrgenommen, dass Herr F mit dem Krankenhaus Schärding telefoniert habe und mit diesem so verblieben war, dass er mit seiner Tochter sogleich in dieses Krankenhaus fahren wird. Beim Informationsanruf bei der PI A habe ihn der Kollege einerseits beauftragt die Beschwerdeführerin zum geeichten Alkotest an Ort und Stelle aufzufordern und habe er weiters mitgeteilt, er werde die Sektorstreife S ersuchen, ins dortige Krankenhaus zu fahren, um den Test letztendlich durchzuführen. Er selber habe die Beschwerdeführerin im Esszimmer des EG zum Alkotest aufgefordert, ihr aber gleichzeitig mitgeteilt, dass dieser im Krankenhaus Schärding durchgeführt werden wird („R ich fordere dich jetzt zum Alkomattest auf, dieser wird aber im Krankenhaus Schärding von Beamten der PI S durchgeführt.“).
In der mündlichen Verhandlung gab der Zeuge auf Befragen durch den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin an, er habe nicht angeordnet, dass sich die Beschwerdeführerin ins Krankhaus nach Schärding begeben soll, da er zu diesem Zeitpunkt nicht wusste, in welches Krankenhaus Herr F seine Tochter bringen wird. Auf weiteres Nachfragen durch die erkennende Richterin, wie man dann wissen konnte, in welches Krankenhaus eine Streife geschickt werden soll, um den Alkotest durchzuführen, antwortete der Zeuge, es sei für ihn naheliegend gewesen, dass das Krankenhaus Schärding aufgesucht werden wird und sollte daher dort der Alkotest stattfinden.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung meldete sich der Zeuge telefonisch und gab bekannt, er habe sich bei seiner Zeugenaussage dahingehend geirrt, als doch klar gewesen sei, dass sich die Beschwerdeführerin mit ihrem Vater ins Krankenhaus Schärding begeben wird und er sowohl die Beschwerdeführerin als auch Herrn F darüber in Kenntnis gesetzt habe, dass der Alkotest durch eine Streife im Krankenhaus Schärding durchgeführt wird.

Die erste Einvernahme des Zeugen KI F erfolgte 10 Tage nach der durchgeführten Amtshandlung und 8 Tage nach Verfassen der Anzeige. Es ist davon auszugehen, dass zu diesem Zeitpunkt die Erinnerungen noch präsenter waren als im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung. Hat doch schon der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass bei kurz nach der Tat abgelegten Aussagen in der Regel am

ehesten richtige Angaben gemacht werden (VwGH vom 10.9.2004, 2001/02/0241 unter Verweis auf das Erkenntnis vom 18.7.1997, 97/02/0123; vom 21.4.1999, 98/03/0050 uva).
Jedoch hat der Zeuge im Rahmen seiner Einvernahme auf Befragen durch den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin sinngemäß angegeben, er habe nicht anordnen können, dass sich die Beschwerdeführerin nach Schärding ins Krankenhaus begeben soll, da er zu diesem Zeitpunkt noch nicht wusste, in welches Krankenhaus sich die Beschwerdeführerin mit ihrem Vater begeben wird. Auch auf nochmaliges Nachfragen durch die erkennende Richterin, wie es möglich gewesen sei, eine Streife nach Schärding ins Krankenhaus zu schicken, damit diese den Alkotest durchführt, hat der Zeuge dargelegt, er sei von diesem Krankenhaus ausgegangen. Erst ca. eine Stunde nach Verhandlungsschluss hat sich der Zeuge telefonisch gemeldet und hat seinen Irrtum bekannt gegeben, nämlich, dass er wusste, dass die Beschwerdeführerin nach Schärding ins Krankenhaus fährt und dass „verabredet“ worden war, dass genau dort der Alkotest durchgeführt werden soll.
Die Schilderungen des Zeugen während seiner Einvernahme vor dem Verwaltungsgericht waren nachvollziehbar, es gab zu keinem Zeitpunkt seiner Vernehmung einen Grund an seinen Angaben zu zweifeln, es gab auch keinen Hinweis, dass sich der Zeuge nicht in dem von ihm gesagten sicher war, auch nicht nach der abschließenden Verständnisfrage durch die Richterin. Demgegenüber steht die Vermutung, dass die kurz nach dem Vorfall gemachten Anzeigen am ehesten den Tatsachen entsprechen und zu der der Zeuge auch nach seiner Einvernahme in seiner telefonischen Aussage zurückkehrte.
Aufgrund der vom Zeugen im Verfahren vor der belangten Behörde und im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gemachten Angaben kann in freier Beweiswürdigung nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Zweifelsfreiheit festgestellt werden, dass die Aufforderung zum Alkotest auch hinsichtlich des Durchführungsortes ausreichend konkret ausgesprochen wurde.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

Gemäß § 5 Abs. 2 StVO 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,
1. die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben, oder

2. bei denen der Verdacht besteht, dass ihr Verhalten am Unfallsort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang steht,
auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

Wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 18.6.2007, 2007/02/0170, ausgesprochen hat, erscheint es keineswegs "gesetzesfremd", eine "Verabredung" zu einem Alkotest - hier nach dem Transport des Besch ins Krankenhaus - zu treffen (E 11. August 2006, 2005/02/0290). Daher ist die getroffene „Verabredung“ den Alkotest im Krankenhaus durchzuführen grundsätzlich als zulässig zu werten.

Ein Verhalten des Untersuchten, das das Zustandekommen des vorgesehenen Tests verhindert, ist darin zu erblicken, dass der Bf in Kenntnis des Umstandes, dass die Untersuchung seiner Atemluft auf Alkoholgehalt im Krankenhaus durchgeführt werden sollte, dieses unbestrittenermaßen ohne Rückfrage verlassen hat (VwGH 11.8.2006, 2005/02/0290). Genauso ist in einem Nichterscheinen der Beschwerdeführerin im Krankenhaus ohne Rückfrage, trotz „Verabredung“ dort den Alkotest durchzuführen, ein Verhalten zu sehen, dass das Zustandekommen des vorgesehenen Tests verhindert. Dieses Verhalten ist, unter der Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Aufforderung, als Verweigerung der Durchführung des Alkotest zu qualifizieren.

Dass eine Aufforderung zum Alkotest stattgefunden hat, steht aufgrund der unter II. durchgeführten Beweiswürdigung fest.
Fraglich ist jedoch im vorliegenden Fall, ob die Aufforderung hinsichtlich des Ortes der Durchführung ausreichend konkret war. Aufgrund der durchgeführten Beweiswürdigung konnte nicht geklärt werden, ob die Aufforderung der Beschwerdeführerin zum Alkotest auch hinsichtlich des Ortes der Durchführung derart konkret war, sodass der Beschwerdeführerin klar sein musste, dass ein Nichterscheinen im Krankenhaus Schärding ein Verhalten darstellt, welches ihr als Verweigerung des Alkotest angelastet werden wird. Daher ist das Strafverfahren im Zweifel einzustellen.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben wird.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist

die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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

Dr. Süß