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

Geschäftszeichen:
LVwG-651268/5/FP

Datum:
Linz, 20. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von G.H., geb. x, X, G., vertreten durch Anwaltssocietät S. & Partner, Rechtsanwälte in L., gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 13. September 2018, GZ: BHGMVerk-2018-364473/13-LAI, betreffend die Entziehung der Lenkberechtigung, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als die Entziehungsdauer auf 8 Monate, gerechnet ab 27. Juni 2018 sohin bis 27. Februar 2019, reduziert 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 Bescheid vom 13. September 2018 entzog die belangte Behörde die Lenkberechtigung (AM, A, B) der Beschwerdeführerin (Bf) für die Dauer von 12 Monaten ab Abnahme des Führerscheins, sohin bis 27. Juni 2018 unter Vorschreibung einer Nachschulung, und mit der Anordnung, eine verkehrspsychologische Untersuchung sowie ein amtsärztliches Gutachten beizubringen. Die belangte Behörde erkannte zudem die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde ab.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob die Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 24. September 2018 rechtzeitig Beschwerde in der sie auf das Wesentliche zusammengefasst darstellte nicht alkoholisiert gewesen zu sein und die Glaubwürdigkeit der Meldungslegerin in Zweifel gezogen wurde. Eine Aufforderung zum Alkomattest mit den Worten „ich fordere Dich hiermit zum Alkomattest auf“ habe nicht stattgefunden und sei angesichts des Fehlens eines Alkomates Vorort auch nicht zulässig gewesen. Eine ordnungsgemäße Aufforderung hätte den Hinweis beinhalten müssen, auf die PI Scharnstein mitzufahren und hätte die Bf erst dort die Aufforderung stattfinden müssen. Zum Alkotest aufzufordern und erst danach „mit zeitlichem Abstand“ die Möglichkeit zu äußern, auf die PI Scharnstein mitzufahren, sei nicht gesetzeskonform und ziehe keine Rechtfolgen nach sich. Die Bf habe lediglich versucht, ihre Tiefkühlware verstauen zu dürfen, was sie auch gemacht habe.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 2. Oktober 2018 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt und öffentliche mündliche Verhandlung, in welcher sowohl die Bf, als auch die Zeugin RI L.L., die Meldungslegerin, vernommen wurden.

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

Die Bf lenkte am 27. Juni 2018 gegen 17:50 Uhr ihren PKW vom Ortsgebiet G. kommend in Richtung Kefergasse. Die Meldungslegerin fuhr in der entgegengesetzten Richtung. Die Bf fiel der Meldungslegerin auf. Aufgrund einer kurz zuvor, per 8. Mai 2018, stattgefundenen Entziehung der Lenkberechtigung der Bf, nahm die Meldungslegerin an, die Bf lenke ihr Fahrzeug ohne Lenkberechtigung, wendete und fuhr ihr nach. Vor dem Wohnhaus der Bf führte die Meldungslegerin eine Fahrzeug- und Lenkerkontrolle durch und forderte die Bf, nachdem diese Führerschein und Fahrzeugpapiere vorweisen konnte, zum Alkovortest auf. Dieser

ergab ein verwertbares Ergebnis und zwar einen Wert von 1,17 mg/l Alkohol in der Atemluft, weshalb die Meldungslegerin die Bf für sie verständlich zum Alkomattest aufforderte. [Anzeige, Zeugin L., Bf] Für die Bf war klar, dass sie auf die PI Scharnstein mitkommen müsse um den Alkomattest durchzuführen. [Anzeige, Zeugin L., Vorbringen Bf]
Die Bf quittierte die Aufforderung mit den Worten „jetzt nicht“ und ging in ihr Haus, um eingekaufte Waren zu verstauen. [Angaben Bf]

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Bf nicht alkoholisiert war.

Die Lenkberechtigung der Bf wurde zuvor bereits zweimal wegen Alkoholdelikten (jew. § 99 Abs 1b StVO) entzogen und zwar zwischen 27. März 2011 und 27. April 2011 und zwischen 8. Mai 2018 und 8. Juni 2018. [FSR]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.
Vorauszuschicken ist, dass sich in der ggst. Verhandlung doch Differenzen in Bezug auf die Schilderung des Geschehnisablaufes ergaben, obwohl sowohl die Bf, als auch die Zeugin L. von ihren Schilderungen überzeugt und subjektiv glaubwürdig wirkten. Die Unterschiede bezogen sich primär auf den zweiten Teil des geschilderten Handlungsablaufes, nämlich jenen, der sich zutrug nachdem die Bf, nach Absolvierung eines Alkovortests in ihr Haus gegangen war.
Umso bemerkenswerter erweist sich, dass der Handlungsstrang bis zu diesem Verhalten der Bf weitgehend übereinstimmend geschildert wird, wenn man von für das Verfahren wenig relevanten Gegebenheiten, wie jener, ob das Vortestgerät beim ersten Versuch eine Fehlermeldung oder einen Promillewert von 5 anzeigte, absieht.
Es erwies sich in der Verhandlung zwar, dass die Zeugin RI L. etwas überinitiativ gewisse Schilderungen machte, die, wie sich auf Nachfrage herausstellte, wohl dem späteren Aktenstudium und nicht mehr der aktuell vorhandenen Erinnerung entstammte, dies gestand sie aber auch zu und handelt sich um keinen Einzelfall, wenn Informationen aus verschiedenen Quellen vermischt werden und nicht mehr gänzlich klar ist, ob es sich um die Erinnerung an die Gegebenheit selbst oder um eine Auffrischung, etwa durch Aktenstudium handelt. Es ist dies ein normaler, nachvollziehbarer Vorgang im Gehirn. Das Gericht hatte nicht den Eindruck, wie von der Bf suggeriert, dass die Zeugin bewusst die Unwahrheit sagte, sondern, wie auch die Bf selbst, die Geschehnisse nach ihrer subjektiven Erinnerung schilderte und nicht mehr in der Lage war zwischen der Herkunft aus dem tatsächlich Erlebten oder dem Aktenstudium Stammendem zu unterscheiden.
Soweit die Bf in ihrer Beschwerde und in der Verhandlung die Glaubwürdigkeit der Zeugin zu erschüttern versuchte, brachte sie formalistisch Einzelumstände aufs Tapet, die insgesamt nicht von Relevanz sind. Es kommt - weil nicht

verfahrensrelevant – im Hinblick auf die in der Verhandlung geschilderten Alkoholisierungssymtome nicht darauf an, ob die Wahrnehmungen der Zeugin zu diesen aus aktuellen Erinnerungen oder dem Akt stammen oder ob die Führerscheinabnahmebestätigung in die Hand gegeben wurde (von einer „Aushändigung“ ist im gesamten Akt im Übrigen nichts zu lesen) oder auf einem Pfosten oder dem Fenster abgelegt wurde. Dies Umstände vermögen weder die Angaben zu Alkoholisierungssymtomen in der Anzeige zu erschüttern, noch jenen der Führerscheinabnahme, der auch zugestanden wird.
Die Angaben der Zeugin und der Bf in den für das Verfahren wesentlichen Bereichen stimmten soweit überein, dass keinesfalls davon ausgegangen werden kann, dass der Bf das Verweigern des Alkotests unterstellt und untergeschoben wurde. Vielmehr ergibt sich schon aus dem Vorbringen der Bf selbst und ihren Angaben vor Gericht alles Wesentliche:

Das Gesetz schreibt nicht vor, in welcher Form ein Begehren zu ergehen hat, es muss nur die entsprechende Deutlichkeit gegeben sein (vgl. VwGH 24. Oktober 2008, 2008/02/0187).
Das Gericht hat keinen Zweifel daran, dass die Bf wusste worum es bei der Amtshandlung ging und ergibt sich der Umstand der Verweigerung des Alkomattests und dass sie aufgefordert wurde, auf den Polizeiposten mitzufahren bereits aus dem Vorbringen der Bf und ihrer Aussage in der öffentlichen mündlichen Verhandlung selbst. Der Bf war klar, dass es um die Mitfahrt auf den Polizeiposten und die Überprüfung des Alkovortestergebnisses ging. Ihre situationsbezogene Reaktion „Jetzt nicht“ und ihre Aussage, sie habe nur „das Sofort“ verweigert bringen deutlich zum Ausdruck, dass eine Aufforderung stattgefunden haben musste und gab die Bf in der Verhandlung auf Befragen durch ihren Anwalt sogar an, dass es nach dem Vortest um die Überprüfung des Wertes ging und sie sich nur nicht ganz klar war, ob es sich um einen „Bluttest oder etwas“ gehandelt habe. Die Bf gab in der Verhandlung zudem an, die Meldungslegerin habe ihr gesagt „du fährst jetzt auf der Stelle mit auf den Posten“.
Auch das Vorbringen in der Beschwerde befasst sich ausführlich mit der Aufforderung zum Alkotest und wird dargestellt, dass eine „ordnungsgemäße“ Aufforderung deshalb nicht gegeben gewesen sei, weil diese nicht das Fahren zum Polizeiposten beinhaltet habe. Die Aufforderung sei so gestaltet gewesen, dass, die Meldungslegerin die „Einschreiterin zuerst zum Alkotest aufgefordert hat und erst ‚dann‘ – mit zeitlichem Abstand – die Möglichkeit geäussert hat, mit ihr auf den Posten der PI Scharnstein zu fahren“ (Beschwerde S. 4 Mitte). Eine Aufforderung zum Alkotest sei rechtlich nicht von Relevanz gewesen, weil Vorort kein Alkomat vorhanden gewesen sei.
Später stützt die Bf ihr Vorbringen darauf, dass ein Entfernen zum Einkühlen von eingekaufter Ware zulässig gewesen sei. Auch dieses Vorbringen macht klar, dass eine nachvollziehbare Aufforderung stattgefunden haben muss.
Der Argumentationsversuch der Bf, es sei nicht schlüssig, dass sie den Alkovortest nicht, den Alkomattest jedoch verweigere ist gerade vor dem Hintergrund ihres

eigenen Vorbringens nicht nachvollziehbar. Das Gegenteil ist der Fall. Schließlich stellt die Bf selbst dar, sie habe das „Sofort“ verweigert, weil sie Tiefkühlartikel einfrieren wollte, woraus sich einerseits der Grund für die Verweigerung an sich ergibt, andererseits offenbar wird, dass klar war, dass der Weg zur PI Scharnstein anzutreten war. Wäre ein Alkomattest Vorort möglich gewesen, wäre es schließlich nicht erforderlich gewesen, Tiefkühlgüter einzufrieren. Nur diesfalls wäre die Darstellung der Bf schlüssig, weil der Alkovortest und der Alkomattest dann unter den gleichen Rahmenbedingungen zu absolvieren gewesen wären.

Es ergibt sich demnach schon aus dem Vorbringen der Bf selbst, dass eine Aufforderung stattgefunden hat und klar war, worum es ging. Auch gab sie ausdrücklich an, dass die Mitfahrt zum Polizeiposten angeordnet wurde und RI L. einem Ins-Haus-Gehen nicht zustimmte („nein sofort“). Lediglich wird im Rahmen einer rechtlichen Würdigung die Beachtlichkeit der Aufforderung angezweifelt (vgl. dazu Punkt III.2.) und wird versucht, daraus eine mangelhafte Aufforderung zum Alkomattest zu konstruieren.

Das Gericht geht im Übrigen davon aus, dass die Bf von der Meldungslegerin ohnehin deutlich verständlich zum Alkomattest aufgefordert wurde. Es wäre gänzlich lebensfremd, wenn die Meldungslegerin die Bf nach einem positiven Vortest, der einen hohen Wert von 1,17 mg/l (2,34 Promille) ergab, von sich aus auf eine Aufforderung zum Alkomattest verzichtet, dann die Bf aber dennoch angezeigt hätte. Es ist auch gerichtsbekannt, dass bei der Ausbildung von Polizeibeamten besonderer Wert darauf gelegt wird, dass die Aufforderung mit deutlichen Worten erfolgt, weshalb das Gericht davon ausgeht, dass die Bf für sie deutlich, ggf. im Dialekt, verständlich zum Alkomattest aufgefordert wurde. Es erscheint nicht unglaubwürdig, dass die Meldungslegerin die Worte „Ich fordere Dich hiermit zum Alkotest auf“ verwendet hat und dies in der Verhandlung aufgrund ihres Aktenstudiums auch so darstellte. Aufgrund des oben Gesagten steht aber unabhängig vom tatsächlichen Wortlaut ohnehin fest, dass die Bf sich im Klaren war, worum es ging.

Die Frage einer tatsächlichen Alkoholisierung, die angesichts des Vortest-ergebnisses und der in der Anzeige geschilderten Alkoholisierungsmerkmale wahrscheinlich erscheint, ist angesichts des Umstandes, dass eine Aufforderung zum Alkotest bei Personen, die ein Fahrzeug gelenkt haben, jederzeit und ohne weitere Voraussetzungen erfolgen darf (§ 5 Abs 2 StVO) nicht von Relevanz. Die belangte Behörde war insofern weder verbunden, den Zeugen Schumm einzu-vernehmen, noch seine Aussage zu würdigen, weil diese in Bezug auf die der Bf vorgeworfene Tat der Verweigerung nicht relevant ist und dieser naturgemäß keine ANgaben dazu machen konnte, ob die Bf beim Lenken des KFZ alkoholisiert war. Demgemäß kann aus den Angaben des Zeugen vor der BH nicht im Ansatz abgeleitet werden, dass die Bf nicht getrunken hatte, weil er lediglich darstellte, nichts bemerkt zu haben. Auch der Umstand, dass der Meldungslegerin keine

Besonderheiten im Fahrverhalten der Bf aufgefallen ist, ist nicht von Belang, weil auch eine nicht nur geringe Alkoholisierung ein unauffälliges Fahrverhalten über eine begrenzte Strecke nicht ausschließt.

„Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist zu entnehmen, dass im Falle der Verwirklichung eines Verweigerungsdelikts nach § 99 Abs. 1 lit. b StVO 1960 nur dann von der Entziehung der Lenkberechtigung Abstand genommen werden darf, wenn nach der Verweigerung - nachträglich - der einwandfreie Nachweis erbracht wird, dass der Lenker nicht im Sinne des § 5 Abs. 1 StVO 1960 durch Alkohol beeinträchtigt war, wobei dieser Nachweis nur durch eine Blutuntersuchung oder allenfalls durch eine Atemluftuntersuchung am geeichten Gerät als erbracht anzusehen ist. Hingegen kann der Alkoholgehalt der Atemluft mit einem Vortestgerät nicht rechtsrelevant bestimmt werden (Hinweis E vom 16. Dezember 2008, 2008/11/0134, unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien). Der Verwaltungsgerichtshof sieht - nicht zuletzt im Hinblick auf die mittlerweile erfolgte vollständige Neufassung des § 26 Abs. 2 FSG 1997 durch die Novelle BGBl. I Nr. 93/2009, mit der die Mindestentziehungszeiten für Alkoholdelikte zusammengefasst wurden - keinen Anlass, von dieser Judikatur abzugehen.“ (VwGH 21. November 2013, 2013/11/0175).

Die Bf hat einen solchen Nachweis nicht erbracht und hat sie diesbezüglich auch keine Beweisanträge gestellt.

Angesichts der Vollendung des Verweigerungsdelikts nach Verlassen des Schauplatzes mit den Worten „jetzt nicht“ (siehe dazu die rechtliche Beurteilung) kann die Schilderung des zweiten Handlungsstranges, jenes nach Rückkehr der Bf keine Relevanz für das Verfahrensergebnis mehr entfalten.

Anzumerken ist auch, dass das Gericht keinesfalls den Eindruck hatte, dass die Zeugin Ressentiments gegenüber der Bf hatte. Eher das Gegenteil war der Fall. Man kennt sich, ist „per Du“ und schilderte die Zeugin auch glaubwürdig, der Bf nichts Böses zu wollen. Es widerspricht jeder Lebenserfahrung, dass die Zeugin ohne Not einen Sachverhalt erfindet und der Bf unterschiebt und kam in der Verhandlung nichts hervor, das eine solche Annahme stützen könnte.

Das Gericht hatte eher den Eindruck, als habe sich die Bf schlicht ungerecht behandelt gefühlt (dies ergibt sich schon aus ihren Aussagen: „jetzt spinnt sie komplett“, „verarschen sie mich“). Die Bf sah schlicht keinen Anlass, dass sie nach Aufklären des Umstandes, dass sie ihre Lenkberechtigung bereits wieder erlangt hatte, zum Alkotest aufgefordert wurde und erachtete diesen Umstand als Schikane.

Zusammengefasst geht das Gericht davon aus, dass die Bf nach Absolvierung des Alkovortests für sie klar verständlich zum Alkomattest und zur Mitfahrt auf den Polizeiposten aufgefordert wurde und sich mit den Worten „Jetzt nicht“ entfernte und in ihr Haus ging.

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 § 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 § 7 Abs 5 FSG gelten strafbare Handlungen jedoch dann nicht als bestimmte Tatsachen im Sinne des Abs 1, wenn die strafbare Handlung vor mehr als fünf Jahren begangen wurde. Für die Frage der Wertung bestimmter Tatsachen gemäß Abs 3 sind jedoch strafbare Handlungen auch dann heranzuziehen, wenn sie vor mehr als fünf Jahren begangen wurden.
[...]

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 § 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 Delikts nach § 99 Abs 1 StVO; Objektiver Tatbestand

III.2.1. Die Bf hat nach den Feststellungen ein Kraftfahrzeug gelenkt und war die Meldungslegerin daher gemäß § 5 Abs 2 1. Stz StVO dazu berechtigt, die Atemluft der Bf auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Nach dem letzten Satz der genannten Bestimmung war die Bf verpflichtet dieser Aufforderung nachzukommen.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs ist der Aufforderung des Wacheorgans, den Alkotest vorzunehmen, sofort zu entsprechen und jedes Verhalten, das 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)

„Das Gesetz räumt dem zur Alkoholuntersuchung Aufgeforderten kein Recht ein, die Untersuchung mit dem Hinweis zu verweigern, es sei kein Atemalkoholmessgerät an Ort und Stelle (Hinweis E 15. September 1999, 95/03/0232). Damit ist aber auch klargestellt, dass eine Aufforderung zur Atemluftalkoholuntersuchung unabhängig davon ergehen darf, ob sich ein Atemalkoholmessgerät zum Zeitpunkt der Aufforderung vor Ort befindet oder erst ein Polizeifahrzeug mit Alkomat zum Anhalteort beordert werden muss, um die Messung durchzuführen.[...] Der objektive Tatbestand des § 5 Abs. 2 StVO 1960 ist bereits mit der Weigerung vor Ort, sich dem Test zu unterziehen, vollendet. Darauf, dass der Aufgeforderte den Beamten im Polizeigebäude (dann doch) erklärt, er sei (nunmehr) zur Ablegung des Alkotests bereit, kommt es nicht an (vgl. E 20. März 2009, 2008/02/0142).“ (23. März. 2012, 2011/02/0244)

„Nach der hg. Judikatur zu § 5 Abs. 2 StVO 1960 (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. September 1991, Zl. 91/02/0028) räumt diese Bestimmung dem Betroffenen nicht das Recht ein, die Bedingungen festzusetzen, unter denen er bereit wäre, sich untersuchen zu lassen. Er hat vielmehr die von den Organen der Straßenaufsicht erforderlichen Anordnungen, soweit dies nicht unzumutbar ist, zu befolgen. Wenn derartigen Anordnungen nicht unverzüglich Folge geleistet wird, bedeutet dies eine Verweigerung der im Gesetz normierten Pflicht, sich untersuchen zu lassen. Die Beförderung mit einem

Streifenwagen ist grundsätzlich als zumutbar anzusehen. Gründe dafür, dass dem Beschwerdeführer die Beförderung mit dem Streifenwagen nicht zumutbar gewesen wäre, hat er nicht geltend gemacht. Der Umstand, dass ihm bereits einmal bei einer Beförderung in einem Streifenwagen vorgeworfen worden sei, diesen beschädigt zu haben, machte eine solche Beförderung nicht unzumutbar. Indem der Beschwerdeführer der Aufforderung, zum Alkotest mit dem Streifenwagen zum nächsten Gendarmerieposten zu fahren, keine Folge leistete, lag eine Verweigerung der in § 5 Abs. 2 StVO 1960 normierten Pflicht, die Atemluft untersuchen zu lassen, vor.“ (VwGH 28. April 2004, 2003/03/0252)

„Aus Anlaß der bevorstehenden Durchführung eines Alkotestes gemäß § 5 Abs 2 StVO (hier) seitens eines dazu berechtigten Gendarmeriebeamten ist dieser nicht verpflichtet, dem Beschuldigten einen "kurzen Aufschub" zur Verrichtung der kleinen Notdurft im WC seines Hauses einzuräumen, würde sich doch dadurch die Möglichkeit zur allfälligen Verschleierung des Sachverhaltes durch Tätigung eines Nachtrunkes bieten. Es dürfen jedoch keine Umstände vorliegen, welche die nur wenige Minuten dauernde Fahrt zum Gendarmerieposten und die Verrichtung der Notdurft am dortigen WC für den Beschuldigten unzumutbar erscheinen lassen. Von einem Notstand im Sinne des § 6 VStG, welcher eine schwere, die Lebensmöglichkeiten unmittelbar drohende Gefahr voraussetzt, kann keine Rede sein.“ (VwGH 20. April 1993, 92/03/0260)

Nach der dargestellten Judikatur war die Bf verpflichtet der Aufforderung zum Alkomattest sofort nachzukommen und auf die Polizeidienstelle mitzufahren. Der Bf kam insbesondere kein Recht zu, einen kurzen Aufschub zu verlangen und durfte sie insbesondere den Ort des Geschehens nicht einfach verlassen, um ihr wichtige Vorkehrungen zu treffen.
Dem Gesetz kann auch nicht entnommen werden, dass die Meldungslegerin verpflichtet war, der Bf in ihr Haus zu folgen.

Wie sich aus der dargestellten Judikatur ergibt, war die Aufforderung auch zulässig, obwohl Vorort kein Alkomat vorhanden war.

Letzlich war die Verweigerung schon damit bewirkt, dass die Bf mit den Worten „Jetzt nicht“ den Schauplatz verließ.

„Die Übertretung des § 5 Abs 2 StVO ist bereits mit der erstmaligen Weigerung, den Alkotest vorzunehmen, vollendet; [...]“. (VwGH 24. Oktober 2008; 2008/02/0187)

„Das Weggehen oder das Verlassen eines Raumes nach erfolgter Aufforderung zur Durchführung des Alkomattests kann als Verweigerung der Atemluftprobe gewertet werden (Hinweis E 27.3.1974, 361/73, und E 2.7.1982, 02/1327/80;) [...]“ (VwGH 20. Juni 2006; 2003/11/0184)

Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Bf nach ihrer Wiederkehr (offensichtlich erfolglos) Gelegenheit geboten wurde, noch auf die PI Scharnstein mitzufahren um den Alkotest abzugeben, wäre die Verweigerung bereits durch ihr Sich-Entfernen bewirkt gewesen.

Die Bf hat den Tatbestand der §§ 5 Abs 2 iVm 99 Abs 1 lit. b daher 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 der Bf zur subjektiven Tatseite nicht ergibt, dass sie zur Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt subjektiv nicht in der Lage oder ihr diese nicht zumutbar war, wird die Strafbarkeit nicht gehindert.

Die Bf macht damit im Ergebnis eine Notstandssituation iSd § 6 VStG (Zumutbarkeit) geltend, indem sie einen wirtschaftlichen Nachteil, das drohende Verderben von Tiefkühlprodukten, vorbringt.

„Zum Wesen des Notstandes gehört es, dass der Beschuldigte einer unmittelbar drohenden Gefahr für das Leben, die Gesundheit, die Freiheit oder das Vermögen ausgesetzt ist und diese Gefahr zumutbarerweise nicht in anderer Art als durch die Begehung der objektiv strafbaren Handlung behoben werden kann (Hinweis E 21. April 1999, 98/03/0043).“ (VwGH 20. April 2004, 2003/02/0076)

Wirtschaftliche Nachteile, können nach der Rechtsprechung des VwGH nur dann Notstand begründen, wenn sie die Lebensmöglichkeit selbst unmittelbar bedrohen. (vgl. Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens[6], § 6 VStG, S. 1258 Anm. 1e mwN).

Eine Notstandsituation in Bezug auf wirtschaftliche Gesichtspunkte kann insofern nur bei unmittelbarer Bedrohung der Lebensmöglichkeiten vorliegen.

Abgesehen davon, dass die Beweislast in Hinsicht auf das Bestehen eines Notstandes den Bestraften trifft (VwGH 30. Juni 1993, 93/02/0066; 25. Juni 2008, 2007/02/0251) und die Bf weder nachgewiesen hat, dass sie tatsächlich verderbliche Produkte bei sich hatte, noch, dass das Fahren zum Polizeiposten auch tatsächlich zu einem Verderb geführt hätte (Wegfall der Möglichkeit der unmittelbaren Verarbeitung nach Rückkehr, udgl.) kann im allfälligen Verderb der Ware im Ergebnis nur ein wirtschaftlicher Nachteil gesehen werden, der die Lebensmöglichkeit der Bf kaum unmittelbar betroffen hätte. Die Bf hat diesbezüglich zumindest kein Vorbringen erstattet, dass sie auf diese bestimmten Lebensmittel so angewiesen war, dass ihre Lebensmöglichkeiten gefährdet waren.

Die Bf hat insofern mangelndes Verschulden im Sinne des § 5 Abs 1 VStG nicht glaubhaft gemacht.

III.4. Bestimmte Tatsache und Wertung

III.4.1. Die Bf hat mit dem unter Punkt III.2. und III.3. geschilderten Verhalten eine bestimmte Tatsache im Sinne des § 7 Abs 3 Z 1 FSG verwirklicht.

Angesichts des Verweigerungsdeliktes war der Bf ihre Lenkberechtigung für zumindest 6 Monate zu entziehen (§ 26 Abs 2 Z 1 FSG).

III.4.2. Wertung

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.

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.

§ 26 FSG sieht keine fixen Mindestentzugszeiten vor, wenn ein Delikt nach § 99 Abs 1 StVO auf eines oder mehrere nach § 99 Abs 1b StVO folgt.
Die Mindestentziehungsdauer von 6 Monaten darf dann überschritten werden, wenn Umstände vorliegen, die aufgrund der Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit der strafbaren Handlung (§ 7 Abs 4 FSG) die Prognose der Verkehrsunzuverlässigkeit für einen über die Mindestentziehungszeit hinausreichenden Zeitraum rechtfertigen und somit die Festsetzung einer längeren Entziehungsdauer erforderlich machen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des VwGH z.B. die Erkenntnisse vom 19. August 2014, 2013/11/0038; 16. Oktober 2012, 2009/11/0245 uvm.).

Zu berücksichtigen ist, dass die Bf bereits zweimal in Zusammenhang mit Alkoholdelikten delinquent wurde, wenn auch in Bezug auf die vergleichsweise weniger schwerwiegenden Delikte nach §99 Abs 1b StVO. Zu beachten ist diesbezüglich, dass eines der Delikte bereits sehr lange zurückliegt (2011), der zweite Verstoß jedoch am 8. Mai 2018 erfolgte und die Bf ihre Lenkberechtigung vor gerade 18 Tage zurückerhalten hatte. Wenngleich die lange zurückliegende Tat nicht mehr allzu schwer wiegt, hat jene unmittelbar zuvor doch erhebliches Gewicht, weil sie zeigt, dass die Bf wenig aus ihr gelernt hat.

Dennoch erachtet das Verwaltungsgericht eine Entziehungsdauer von 12 Monate, also der doppelten Mindestentziehungsdauer als überzogen und nicht erforderlich um die Verkehrszuverlässigkeit der Bf wieder herzustellen.

Unter Berücksichtigung der beiden Vorentzüge, die nach Ansicht des Gerichtes eine Verlängerung der Mindestentziehungsdauer um 2 Monate rechtfertigen, gelangt das Verwaltungsgericht unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände, im Rahmen der Wertung gemäß § 7 Abs 4 FSG zur Auffassung, dass im konkreten Fall eine Entziehungsdauer von acht Monaten angemessen ist und die Verkehrszuverlässigkeit nach Ablauf dieses Zeitraums wieder hergestellt sein wird.

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. Die Klärung der gegenständlichen Sache erfolgte im Wesentlichen im Rahmen der Beweiswürdigung. Das Ergebnis ist daher nicht verallgemeinerungsfähig. Im Übrigen wurde die dazu vorliegende, einheitliche 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl