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-602191/33/FP

Datum:
Linz, 23. Juli 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von F K, M, 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 im zweiten Rechtsgang

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, GZ: 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.

I.4. Mit Erkenntnis vom 16. Mai 2019, Ra 2018/02/0198, hob der Verwaltungsgerichtshof das diesbezüglich ergangene Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 4. April 2018 infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften auf.

II.1. Im nunmehr zweiten Rechtsgang hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die vorliegenden Verwaltungsakten BHBRVerk-2017-339907/20-Wid und BHBRVERK-2017-339908/20-Wid, VerkR96-7455-2017-Dg, und Durchführung zweier öffentlicher mündlicher Verhandlungen in welchen am 16. Jänner 2018 die beiden die Amtshandlung führenden Polizeibeamten einvernommen wurden. Zur damaligen Verhandlung erschien zudem der Rechtsvertreter des der Verhandlung ferngebliebenen Bf. Aufgrund der aufhebenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes wurde nunmehr am 17. Juli 2019 eine weitere öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt in welcher ein vom Bf zum Ende der ersten mündlichen Verhandlung beantragtes Sachverständigengutachten zur

Funktionsweise des Alkomat erörtert wurde. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde vom anwesenden ASV umfangreiches Testmaterial (Alkomatstreifen) überreicht, aus dem sich teilweise sehr lange Blaszeiten (bis zu 15,1 Sekunden) bei geringen Luftvolumina ergeben. Außerdem hatten sowohl der Bf-Vertreter als auch der Verhandlungsleiter Gelegenheit, Blasversuche an einem Alkomat vorzunehmen, der mit dem von den Polizisten verwendeten Gerät baugleich ist. Der gesondert geladene Bf erschien neuerlich nicht zur öffentlichen mündlichen Verhandlung.

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 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 am Bf Alkoholisierungsmerkmale 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 (0,6 l; 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, indem er das Mundstück nicht vollständig mit den Lippen umschloss.

Die sieben Versuche erbrachten folgende Ergebnisse:

Versuch	Vol in L	Blaszeit in s	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 vorliege und keine Blutabnahme angezeigt sei.
[Zeugen Z und M, Akten BHBRVerk-2017-339907/20-Wid; BHBRVERK-2017-339908/20-Wid, VerkR96-7455-2017-Dg]

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

Er ist grundsätzlich fit. [Bf-Vertreter]

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/l 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 M 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, BHBRVerk-2017-339907/20-Wid;]

Bei der Probennahme (Alkomattests) des Bf 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 lange Blaszeiten, etwa auch bis zu 15,1 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.

So konnten vom ASV bei Fehlversuchen bspw. folgende Werte erreicht werden:

Blaszeit in s	Volumen in L
6,6	0,9
8,8	0,9
9,0	1,0
5,0	0,3
6,1	0,4
7,7	0,5
6,0	0,4
1,1	15,6

Der erkennende Richter kam ohne besonderes Geschick oder Übung bei 5 Versuchen auf folgende Werte (ab dem 2. Versuch mit nicht voll umschlossenem Mundstück):

Blaszeit in s	Volumen in L
6,5	3,1 (bewusst korrekter Versuch)
5,5	2,1 (Atmung unkorrekt durch Einatmen)
6,1	1,0
7,1	1,1
10,3	1,7

[Stellungnahme ASV Ing. J L vom 15. März 2018, Beilagen zum Verhandlungsprotokoll vom 17. Juli 2019 ./A, ./B, ./C, Versuche in der öffentlichen mündlichen Verhandlung]

Der Alkomat beendet die Messung spätestens nach Erreichen eines korrekt eingeblasenen (kein Einatmen während der Messung) Volumens von 3,5 Litern Luft selbsttätig erfolgreich.
Bei geschlossenem Mund und normalem Einblasen konnten in der Verhandlung gültige Ergebnisse bereits nach kurzer Zeit (ca. 4 bis 6,5 Sekunden) mit hohen

Luftvolumina (2,6; 3,1 Liter) leicht erreicht werden. [Blasversuche Bf-Vertreter, erkennender Richter]

Bloßes Hauchen, also das auf etwas gerichtete Ausstoßen warmer Atemluft bei weit geöffnetem Mund, führt idR zu keinen verwertbaren Ergebnissen. Möglich ist die Anzeige ganz geringer Luftvolumina bei kurzer Blaszeit. [Beilage zum Verhandlungsprotokoll vom 17. Juli 2019 ./B, Angaben des ASV in der öffentlichen mündlichen Verhandlung]
Der Bf hat nicht nur in das Rohr gehaucht. [Angaben der Zeugen]

Wird der Luftstrom während des Blasens umgekehrt (etwa durch Einatmen) liefert der Alkomat die Fehlermeldung: „Fehlversuch unkorrekte Atmung“.
Wird zu wenig Luftvolumen erreicht (unter 1,5 Liter), erfolgt die Fehlermeldung: „Fehlversuch Blasvolumen zu klein“.
[Angaben ASV, Blasversuche erkennender Richter]

Fehlversuche, die zu nicht verwertbaren Ergebnissen führen (Fehlversuch Blasvolumen zu klein) können durch Einblasen in das Mundstück ohne völlig geschlossene Lippen leicht und ohne Übung erzielt werden. [Blasversuche erkennender Richter, ASV]

Verwertbare Ergebnisse konnten in der Verhandlung leicht und ohne Anstrengung erreicht werden. [Blasversuche erkennender Richter]

Ursache für die fehlerhaften Blasversuche des Bf war das Vorbeiblasen am Blasrohr, welches dadurch verursacht wurde, dass der Bf das Mundstück mit seinen Lippen nicht vollständig umschlossen hat, sodass viel vorhandene Luft verloren ging und nicht in das Rohr gelangte. Es wäre dem Bf möglich gewesen, durch ordnungsgemäßes Umschließen des Mundstücks mit den Lippen, ein gültiges Ergebnis zustande zu bringen.
Der Bf war weder durch sein Alter, noch seinen Gesundheitszustand, noch seine Alkoholisierung oder andere Einflüsse, die in seiner Person lagen, von ihm aber nicht beeinflussbar waren, gehindert, zwei verwertbare Alkomatergebnisse herbeizuführen. [Zeugenaussagen, Stellungnahme DDr. B, Stellungnahme ASV Ing. L, Blasversuche ömV]

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 Bf zu Unrecht belasten hätten sollen. Die Begründung der Beschwerde stützt sich in weiten Teilen auf das Handeln von Insp. Z und versucht aus diesem Verhaltensfehler bei der Amtshandlung abzuleiten. In Bezug auf Insp. Z ist herauszustreichen, dass das Gericht den Eindruck gewann, dass dieser auf besonderes korrektes Handeln wert legt und auch die ggst. Amtshandlung von dieser Verhaltensweise geprägt war. Es erschien aber auch, als habe der Zeuge zur damaligen Zeit fast übertrieben umsichtig und etwas überinitiativ 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 war 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. Der Zeuge war sich einfach nicht sicher, welche Handlungen zu setzen sind. Die besondere Korrektheit des Zeugen Insp. Z wurde dem Gericht gegenüber auch vom Zeugen BezInsp. M, einem gesetzteren und sehr erfahrenen Beamten angemerkt. Die besondere auf gewissen Unsicherheiten zurückzuführende Umsicht wurde auch im Rahmen der Aussage deutlich. Das Gericht hat keinerlei Zweifel, dass der Zeuge Insp. Z in der Verhandlung 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 und sind durch die im Akt erliegenden Alkomatstreifen auch belegt. Der Umstand, dass der Zeuge Insp. Z nicht schon viel früher erkannte, dass der eine Verweigerung des Alkotests 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 Mundstück vorbeigeblasen hat. Dass keine gesundheitlichen Gründe vorgelegen sind, ergibt sich schon aus der Fähigkeit des Bf, oftmalig Blasversuche mit langen Blaszeiten vorzunehmen.

Für das Gericht ist erwiesen, 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. Die vom ASV und dem Gericht durchgeführten Blasversuche ergeben eindeutig, dass das nicht vollständige Umschließen des Mundstücks mit den Lippen zu einer erheblichen Reduktion des Luftvolumens führt und ganz ähnliche Ergebnisse erbringt, wie sie der Bf erzielt hat.

Von Orientierungslosigkeit, wie in der Beschwerde behauptet, kann nicht die Rede sein. Der Bf wäre zweifellos in der Lage gewesen, den Alkomat ordnungsgemäß zu beblasen. Schließlich hätte es für ein gültiges Ergebnis nur des Schließens der Lippen bedurft. Dies wird einerseits durch die Aussagen des glaubwürdigen Zeugen BezInsp. M unterstrichen, der das Verhalten des Bf als „den Klassiker“ beschrieb, also ein situationsbezogenes Verhalten (Vorbeiblasen am Mundstück), das ihm im Zuge seiner Tätigkeit schon öfter unterkam, andererseits konnte der Bf einen schlechten Zustand, der ihn am korrekten Einblasen gehindert hätte, auch sonst nicht glaubwürdig dartun. Dass der Zeuge Insp. Z den Begriff der Orientierungslosigkeit in seiner Stellungnahme vom 31. August 2017 verwendet hat, scheint auf eine sprachliche Unsicherheit oder seine rechtliche Unsicherheit zurückzuführen zu sein, weil das situationsbezogene Gesamtverhalten des Bf, insbesondere seine Reaktion auf Fragen, die Fähigkeit, einen Vortest abzulegen und sieben Mal in den Alkomat zu blasen und der mit dem Vortest ermittelte Wert gegen eine Orientierungslosigkeit im Rechtssinn (Unzurechnungsfähigkeit) sprechen.
Im Gegenteil wurde er vom Zeugen Insp. Z als rüstig beschrieben und war er trotz doch erheblicher Alkoholisierung noch in der Lage, sein Fahrzeug bis zum Unfallort zu Lenken und dem Zeugen technische Details an seinem Fahrzeug zu erklären (Entnahme des Zündschlüssels).

Der Bf unterließ es, trotz zweimaliger gesonderter Ladung, vor Gericht zu erscheinen, sodass sich das Gericht keinen persönlichen Eindruck von ihm und seinem Zustand verschaffen und ihn auch nicht zu seiner Sicht der Dinge, insbesondere dem Beblasen des Alkomat, befragen konnte. Dies 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 insbesondere dem Zeugen BezInsp. 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 aufgrund des, angesichts der Angaben der Beamten erwiesenen selbst gesteuerten Vorbeiblasens am Mundstück, scheiterte. Beiden Beamten ist es zuzutrauen, zu erkennen, ob jemand den Mund richtig schließt oder die Luft teilweise an einem Mundstück vorbeibläst. Dem Gericht erscheint es, dass der Zeugen Insp. Z aufgrund seiner allgemeinen, oben beschriebenen, Unsicherheit, weitere Versuche zuließ, um keine Fehler zu machen. Ihm 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. Nach den Denkgesetzen der Logik muss

Zeuge Insp. Z aber - wie er es in der Verhandlung auch bestätigt hat (TB-Prot. 1 S. 7) - angenommen haben, dass der Bf in der Lage ist den Alkotest zu absolvieren und ein verwertbares Ergebnis erzielt werden kann, wenn er ihm so viele Versuche ermöglicht. Im gegenteiligen Fall wäre es wohl bereits viel eher zu einem Abbruch gekommen. Auf die rechtliche Interpretation durch die Polizeibeamten kommt es im Ergebnis aber nicht an, sondern ist der von diesen geschilderte Sachverhalt von Behörde und Gericht im Rahmen der Beweiswürdigung zu bewerten und rechtlich zu beurteilen.

Jedenfalls erfordert es aber kein Fachwissen zu erkennen, ob eine Person ein Mundstück vollständig umschließt oder an diesem vorbeibläst. Beide Beamten stellten diese Umstände dar und zeigen die im Führerscheinakt erliegenden Alkomatstreifen eindeutig, dass der Bf in der Lage war erstaunlich lange Blaszeiten zustande zu bringen (8,9 Sekunden!), aber er die Luft eben nicht vollständig in das Rohr einblies. Trotz des Vorbeiblasens schaffte es der Bf immerhin, nur geringfügig zu geringen Luftvolumina (zB. 1,2 und 1,3 Liter) zustande zu bringen, woraus abzuleiten ist, dass bei geschlossenem Mund ausreichende Volumina vorgelegen wären.

Die Versuche des ASV und jene in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zeigten, dass Fehlversuche, auch von diesbezüglich gänzlich unerfahrenen Personen (Richter), ganz leicht und ohne Übung produziert werden können.
Die Versuche zeigten auch, dass für das korrekte Beblasen keinerlei Anstrengung oder Geschick erforderlich ist, sondern selbst das Höchstvolumen von 3,5 Liter (1,5 Liter sind erforderlich) innerhalb kurzer Zeit und ganz leicht erreicht werden kann.
Von einem bloßen Einhauchen, auf welches der Bf-Vertreter seinen Beweisantrag aufgebaut hat, war von Seiten der vernommenen Beamten nie die Rede, sondern stellten diese immer dar, dass der Bf das Mundstück mit seinen Lippen nicht vollständig umschlossen hat. Dass ein Hauchen, welches einen nur leichten Luftstrom erzeugt, kaum ein verwertbares Ergebnis erbringen kann, liegt auf der Hand. Aufgrund der sich aus dem Akt ergebenden oben festgestellten Blaszeiten ist aber ohnehin erwiesen, dass es sich nicht nur um ein Hauchen gehandelt haben kann, als die kürzeste Blaszeit über 6 Sekunden betrug und ein derartig langes Hauchen gar nicht möglich ist.

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 medizinischen 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, als sich aus den Alkomatstreifen ergibt, dass die Blasleistung im Zuge der Amtshandlung eher anstieg und sich nicht reduzierte. 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.
Dass er gesundheitlich nicht in der Lage war, den Alkomattest abzulegen, hat der Bf während der Amtshandlung nicht behauptet.

Dass es möglich ist, das Blasverhalten so zu gestalten, dass bei langen Blaszeiten kein ausreichendes Volumen erreicht wird und ein Fehlversuch zustande kommt, hat das Beweisverfahren eindeutig ergeben und liegt auf der Hand, 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,...).
Dass derartige Ergebnisse ganz leicht und ohne besonderes Geschick erzielt werden können zeigten die Versuche des ASV und jene in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 17. Juli 2019.
Dementsprechend gelang es auch dem Bf, sein Einblasen so zu steuern, dass das von ihm gewünschte Ergebnis, nämlich kein verwertbares Alkomat-Ergebnis zu erzielen, erreicht wurde. Besondere Fähigkeiten sind dafür nicht erforderlich und sind die Zeiten, die Luftvolumina und die Fehlermeldungen auf den Teststreifen dokumentiert. 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 lange Zeit in der Lage war auszuatmen ohne abzusetzen.

Dass solche langen Blaseinheiten beim ggst. Gerät möglich sind, ohne ausreichend Volumen zu erzeugen, ergibt sich schon aus den Angaben der Zeugen und dem Alkomatstreifen, aber auch aus den Darstellungen des ASV und den Erkenntnissen aus der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 17. Juli 2019. Die in der Verhandlung und zuvor vom ASV erreichten Ergebnisse zeigten deutlich, dass das Vorbeiblasen am Mundstück ohne Übung zu mit jenen des Bf vergleichbaren Ergebnissen führt. Der ASV konnte sogar Blaszeiten von bis zu 15,6 Sekunden erreichen, ohne das erforderliche Blasvolumen von 1,5 Litern zu erreichen. Auch die vom erkennenden Richter spontan und im Rahmen nur weniger Versuche erzielten Ergebnisse ähneln jenen des Bf stark.

Dass der ASV seine Äußerung an das Verwaltungsgericht nicht als Gutachten, sondern als Stellungnahme bezeichnet hat ist für die Verwertbarkeit, der von einem Sachverständigen stammenden fachlichen Äußerungen nicht von Relevanz.

Die Angaben des ASV gründeten auf seiner langjährigen Erfahrung, die er bislang mit Geräten dieser Art gemacht hat, bzw. aufgrund der ihm gegenüber gemachten Angaben des Herstellers und erwiesen sich als schlüssig und nachvollziehbar. Es handelt sich im Wesentlichen um Fakten zur Funktionsweise eines Gerätes, die dem ASV als Fachmann bekannt sind und auf Erkenntnisse, die Versuche erbracht haben. Die Äußerungen des ASV wurden bei den in der Verhandlung durchgeführten Versuchen im Übrigen bestätigt und erweisen sich schon deshalb als nachvollziehbar und schlüssig.

Das Ergebnis lag aber ohnehin schon aufgrund der Angaben der Polizeibeamten vor, die mit den Äußerungen des ASV und den vom Gericht im Rahmen der Verhandlung gemachten Erfahrungen gut in Einklang gebracht werden kann. Es erwies sich in dieser, dass das von den Beamten beschriebene nicht völlige Umschließen des Mundstücks genau zu solchen Ergebnissen führt, wie sie in der Verhandlung und bei den Versuchen des ASV erreicht wurden, nämlich zu verhältnismäßig langen Blaszeiten ohne Erreichen des erforderlichen Luftvolumens.

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). Demnach war seine Alkoholisierung (vgl. hiezu das amtsärztliche Gutachten Dris B vom 15. September 2017) bei Weitem nicht so hoch, dass sie einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Volltrunkenheitszustand herbeiführen konnte (vgl. hiezu bspw. VwGH 1. Juni 1999, 94/08/0065: „[...] Die medizinische Literatur (vgl. z.B. Jarosch/Müller, Blutalkohol und Strafrecht; Jarosch/Müller/Piegler, Alkohol und Recht) fordert für Volltrunkenheit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des OGH einen Blutalkoholgehalt von 3 %o, im äußersten Fall von 2,5 %o (vgl. etwa das Erkenntnis vom 12. Jänner 1983, Zl. 82/03/0101) [...]“ (vgl. auch VwGH 12. Jänner 1983, 82/03/0101).

Der Hinweis auf das Erkenntnis des UVS Oö. vom 26. April 2010, GZ: 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 und es sich bei diesem deutlich höheren Wert gerade um einen handelt, der geeignet ist einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Volltrunkenheitszustand herbeizuführen.

Der beim Bf gemessene Wert bedeutet zwar idR eine deutliche Alkoholisierung, die von den Beamten ja auch beschrieben wurde, jedoch war der Bf noch in der Lage sein Auto zu starten, eine gewisse Strecke zu fahren, konnte aufrecht stehen, den Vortest absolvieren und nur leicht lallend kommunizieren. Es war ihm sogar möglich, und dies ist, wie auch der Zeuge BezInsp. 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 zur Zeit der Alkomatproben zeitlich und örtlich so ausreichend orientiert, dass eine erfolgreiche Durchführung des Alkotests (wozu nur mehr das Schließen der Lippen gefehlt hat) möglich gewesen wäre. Danach konnte er den Zeugen Insp. Z sogar noch über technische Details in Bezug auf sein Fahrzeug (Zündschlüssel) informieren.

Der Bf konnte auch den Vortest erfolgreich absolvieren und über die Dauer von über 6 bist fast 9 Sekunden in den Alkomat blasen, lediglich umschloss er das Mundstück nicht korrekt, was ihm aufgrund eines dargestellten, nicht schlechten Zustands, aber jedenfalls möglich gewesen sein muss. Dies ist schon aufgrund des erfolgreichen Vortests belegt, weil auch dort ein Umschließen des Mundstücks erforderlich ist. Dass der Bf aufgrund seiner anzunehmenden durchaus beträchtlichen Alkoholisierung von 0,94 mg/l nicht gänzlich normal war und deutliche Alkoholisierungssymtome aufwies, verwundert nicht. Diese können ihn angesichts des situationsbezogenen Verhaltens aber nicht daran gehindert haben, dass er das Mundstück mit den Lippen vollständig umschließt.
Nach Darstellungen des Zeugen Insp. Z in der Verhandlung vom 16. Jänner 2018 war der Bf zeitlich und örtlich orientiert und hatte der Zeuge nicht den Eindruck, dass der Bf „weggetreten“ gewesen sei.
Angesichts der erfolgreichen Durchführung des Vortests, des Versuchs eine Zigarette zu rauchen, der Reaktion auf die Handlungen des Beamten (Qualifizierung der Amtshandlung, Angaben zum Alkoholkonsum [Anzeige], technischer Hinweis zum Fahrzeug) und Kommunikation mit diesen, insbesondere aber als der Bf in der Lage war, Blasversuche zu absolvieren, die bei Umschließen des Mundstücks geeignet gewesen wären, verwertbare Ergebnisse zu erbringen und des sich daraus ergebenden situationsbezogenen Verhaltens des Bf (vgl. VwGH 11. Juli 1990, 89/03/0259; 7. September 2007, 2006/02/0221) ist erwiesen, dass er durchaus in der Lage gewesen wäre, durch Schließen seiner Lippen erfolgreiche Alkotests abzugeben.

Aufgrund des zielgerichteten situationsbezogenen Verhaltens des Bf ist von einer Zurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt der Aufforderung zum Alkomattest auszugehen (VwGH 23. Jänner 2009, 2008/02/0247).

Aus der vom Bf-Vertreter isoliert betrachteten Darstellung in der Anzeige, dass der Bf aufgrund seiner Alkoholisierung offensichtlich nicht in der Lage war, einen Alkotest abzugeben, kann angesichts der Beweisergebnisse, insbesondere aber aufgrund der weiteren Ausführungen in der Anzeige, nämlich, dass der Bf auf die Folgen einer Verweigerung aufmerksam gemacht und nach dem sechsten Versuch explizit ermahnt wurde, nicht geschlossen werden, dass die Beamten davon

ausgehen konnten bzw. mussten, der Bf sei gesundheitlich nicht in der Lage die Alkomatprobe vorzunehmen. Eine solche Annahme ist aufgrund der erzielten Beweisergebnisse nicht darstellbar.
Das Gesamtverhalten des Bf und die Umstände zeichnen ein gänzlich anderes Bild. Schon in seiner ausführlichen Mitteilung vom 31. August 2017 legte der Zeuge Insp. Z in Übereinstimmungen mit seinen Angaben vor Gericht dar, dass ihm nach der ersten Messung auffiel, dass der Bf das Mundstück mit seinen Lippen nicht voll umschloss und darauf hingewiesen wurde, dass dies erforderlich sei.

Das Vorbringen des Bf zu seinem (Gesundheits-)Zustand ist im Übrigen äußert vage. So stellt er weder dar, worauf seine 80%ige Behinderung zurückzuführen ist, noch konnte sich das Gericht vom seinem Zustand überzeugen, weil er es trotz zweimaliger gesonderter Ladung vorgezogen hat, nicht vor Gericht zu erscheinen. Er konnte vom Gericht deshalb auch nicht zu seinem Verhalten vor Ort befragt werden.

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 Fähigkeit auswirken sollen, die Lippen beim Alkotest zu schließen (die Abgabe von Luft aus dem Mund über einen Zeitraum von 6,3 bis 8,9 Sekunden ist aufgrund der vorliegenden Alkomatteststreifen erwiesen) bleibt wie beim gesamten anderen Vorbringen, das sich auf Alter oder Gesundheit des Bf bezieht, unbegründet (vgl. hiezu die Ausführungen unter Punkt III.1.3.) und liegt eine solche Annahme weder nach der allgemeinen Lebenserfahrung, noch den Angaben der Zeugen, noch der Stellungnahme des Amtsarztes nahe. Die Angaben der Zeugen lassen mit Ausnahme der alkoholbedingten Unsicherheiten des Bf auf keine diesbezüglichen Probleme schließen. Es bedarf, wie sich auch in der Verhandlung vom 17. Juli 2019 herausgestellt hat, keiner besonderen Leistungsfähigkeit, einen Alkomat ordnungsgemäß zu beblasen.
Auch hier zeichnen die Aussagen des Zeugen Insp. Z ein anderes Bild, die den Bf als deutlich jünger erscheinend und in gutem Zustand beschrieben. Selbst sein Anwalt beschrieb den Bf als fit. Der Bf selbst verneinte Atemwegserkrankungen im Zuge der Amtshandlung und äußerte nicht, dass ihm der Alkotest aus anderen Gründen nicht möglich sei.

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 eindeutig dafür, dass der Bf durch Vorbeiblasen am Mundstück bewusst ein Verhalten setzte, das ein gültiges Ergebnis beim Alkomattest verhinderte. Wenn der Bf in der Lage ist, ein so situationsbezogenes und zielgerichtetes Verhalten zu

setzen, 7 mal in den Alkomat zu blasen, muss es ihm auch möglich gewesen sein, die Lippen zu schließen.

Zur Frage in Zusammenhang mit der Blutprobe, der Beendigung der Amtshandlung bzw. einzelner Abschnitte vgl. 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 1.600 Euro bis 5.900 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 BezInsp. M und Insp. Z zur Unfallstelle. Bei Eintreffen der beiden Beamten am 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 nach den Feststellungen, dass der Bf das Mundstück nicht vollständig mit den Lippen umschloss, 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 Alkotests ist jedes Verhalten anzusehen, welches 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 am Mundstück zu wenig Luftvolumen 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, durch schließen seiner Lippen 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. Dies war der Fall, weil der Zeuge Insp. Z aufgrund seiner noch nicht allzu großen Erfahrung die rechtliche Situation unrichtig interpretierte und seinen Kollegen so verunsicherte, dass dieser die rechtliche Situation hinterfragte und sich Rat holte.

Dieser Umstand hat jedoch keinerlei Einfluss auf die Frage der Verweigerung des Alkotests. Eben so wenig relevant ist im gegebenen Zusammenhang, zu welchem Zeitpunkt die Amtshandlung betreffend die Verweigerung des Alkotests oder die Blasversuche als beendet erklärt wurde, ob dies vor oder nach den sieben Blasversuchen stattfand und ob dem Bf angeboten wurde, eine Blutprobe abzugeben. Wesentlich ist, dass 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 gemäß § 5 Abs 4a StVO 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 gemäß § 5 Abs 8 Z 2 StVO selbst eine Blutuntersuchung verlangen.

Wie sich schon aus dem Gesetzestext ergibt kommt eine Verbringung zum Arzt oder die Eigeninitiative, auf § 5 Abs 8 Z 2 StVO gegründete 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 kurzfristig 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 BezInsp. M ohnehin klargestellt hat, dass man nach 7 Blasversuchen von einer Verweigerung ausginge und die Anzeige auch dementsprechend gefasst wurde. Selbst wenn man davon ausginge, dass der Zeuge Insp. Z den Bf aufgefordert hat,

zum Arzt mitzukommen, wovon das Gericht nicht ausgeht, hätte dies keinen Einfluss auf die Erfüllung des Verweigerungstatbestands.

Als Verweigerung des Alkotestes ist jedes Verhalten anzusehen, 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 der Bf ein Verhalten gesetzt hat, welches (rechtlich) als Verweigerung zu werten ist, ist zunächst eine Frage der Beweiswürdigung, und letztlich eine Frage der rechtlichen Beurteilung die aufgrund des festgestellten Sachverhaltes von der Behörde oder dem Gericht zu beurteilen ist. Eben so wenig 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. Für das Ergebnis unwesentlich ist weiter, dass der Bf die Amtshandlung in seinem Vorbringen willkürlich in Abschnitte unterteilt und sie bestimmten Rechtsfragen zuordnet. Selbst wenn die Beamten den Bf dazu aufgefordert hätten, zum Arzt mitzukommen, nachdem er ein Verhalten gesetzt hat, welches als Verweigerung des Alkotests zu werten wäre, könnte die nachfolgende Aufforderung, sich der ärztlichen Untersuchung zu stellen, die Verweigerung nicht ungeschehen machen.

Vielmehr haben Behörde und Gericht den gesamten Sachverhalt rechtlich zu beurteilen.
Eine Bindung der Behörde oder des Gerichts an eine in der Anzeige geäußerte Rechtsansicht der einschreitenden Beamten oder bestimmte Handlungen (zB Beendigung der Amtshandlung) besteht nicht.

Jedenfalls durften die Beamten aber – wie es auch geschehen ist – nach dem siebten erfolglosen Blasversuch von einer Verweigerung ausgehen. Sie mussten dem Bf weder weitere Blasversuche ermöglichen, noch mussten sie ihn einem Arzt vorführen.

Der Verweigerungstatbestand war tatsächlich bereits viel früher, jedenfalls bereits nach dem dritten Blasversuch, erfüllt, weil bereits zu diesem Zeitpunkt klar sein musste, 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.

III.2.1.3. Zur Frage unter welchen Umständen der Proband dem Arzt vorzuführen ist:

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in verschiedenen kürzlich ergangenen Entscheidungen mit dem Themenkreis der Unfähigkeit, den Alkotest abzulegen, auseinandergesetzt und wie folgt ausgesprochen:

„Derjenige, der gemäß § 5 Abs. 2 StVO 1960 zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat umgehend (das heißt bei diesem Anlass) auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen hinzuweisen (sofern dies nicht für Dritte sofort klar erkennbar ist), sodass die Organe der Straßenaufsicht in die Lage versetzt werden, das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 5 Z 2 StVO 1960 zu prüfen, bejahendenfalls von der Aufforderung zur Untersuchung der Atemluft Abstand zu nehmen und den Aufgeforderten zum Zwecke der Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Alkohol zu einem in § 5 Abs. 5 StVO 1960 genannten Arzt zu bringen."

und

„Weist der Aufgeforderte den Beamten im Zuge der Amtshandlung darauf hin, dass er an der Lunge erkrankt ist und ihm deswegen die Atemluftuntersuchung nicht möglich ist, handelt es sich bei dieser Äußerung um einen eindeutigen, konkreten Hinweis auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen. Der Beamte darf in Anbetracht dieser Umstände nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass dem Aufgeforderten die Untersuchung der Atemluft dennoch möglich wäre, sondern ist vielmehr gehalten, iSd § 5 Abs. 5 Z 2 StVO 1960 vorzugehen und den Aufgeforderte zum Zweck der Feststellung des Grades der Beeinträchtigung durch Alkohol zu einem in § 5 Abs. 5 StVO 1960 genannten Arzt zu bringen (vgl. VwGH 28.7.2010, 2009/02/0356)."
(VwGH 9. Mai 2018, Ra 2018/02/0064)

„Eine wesentliche Voraussetzung für die Verbringung des Probanden zu einem Arzt zum Zwecke der Bestimmung des Blutalkoholgehaltes nach § 5 Abs. 4a iVm Abs. 6 StVO 1960 sind Gründe, die in der Person des Probanden gelegen sind und die eine Untersuchung nach § 5 Abs. 2 StVO 1960 unmöglich machen (vgl. E 18. Juni 2007, 2007/02/0170; E 16. Februar 2007, 2006/02/0092). Sowohl die Erläuterungen (RV 1580 BlgNR 28. GP) als auch die Rechtsprechung stellen als wesentliche Voraussetzung für die Verbringung des Probanden zu einem Arzt darauf ab, dass eine Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt aus ‚medizinischen Gründen', die in der Person des Probanden gelegen sein müssen, nicht möglich ist. Möglich ist die Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt immer dann, wenn keine gesundheitlichen Gründe dem entgegenstehen, dass der Proband durch Blasen in den Alkomaten ein korrektes Ergebnis zu erzielen vermag. War der Proband aus gesundheitlichen (physischen oder psychischen) Gründen nicht in der Lage, hinsichtlich Blasvolumen, Blaszeit oder Atmung so auszuatmen, dass der Alkomat ein korrektes Ergebnis anzeigt, war die Untersuchung gemäß § 5 Abs. 2 StVO 1960 aus in der Person des Probanden gelegenen Gründen nicht möglich. Umso mehr gilt dies, wenn das Beblasen des Alkomaten - etwa wegen schwerer Verletzungen oder Bewusstlosigkeit - gar nicht möglich ist." (VwGH 25. September 2017, Ra 2017/02/0135)

[Hervorhebungen nicht in den Originalen]

Aus den dargestellten aktuellen Entscheidungen ergibt sich auf das Wesentliche zusammengefasst, dass

- der Proband umgehend auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen hinzuweisen hat (sofern dies nicht für Dritte sofort klar erkennbar ist),
- der Hinweis eindeutig und konkret sein muss und
- es sich um medizinische Gründe handeln muss, die es dem Probanden unmöglich machen, den Alkomattest abzulegen.

oder

- das Beblasen des Alkomaten aus medizinischen Gründen - etwa wegen schwerer Verletzungen oder Bewusstlosigkeit - gar nicht möglich ist.

Die vorliegenden Umstände mussten die Beamten nicht dazu veranlassen, von der Blasprobe abzusehen und den Bf zum Zwecke der Abnahme einer Blutprobe einem Arzt vorzuführen.

Weder hat der Bf von sich aus auf eine medizinische Unmöglichkeit der Ablegung der Atemalkoholuntersuchung hingewiesen, noch lagen sonstige medizinische Umstände vor, die den Bf an der Abgabe der Blasprobe gehindert hätten. Vielmehr hat er der Absolvierung des Alkotest zugestimmt und auch Blasversuche vorgenommen.

Obwohl weder dem Gesetz, noch der Judikatur entnommen werden kann, dass die einschreitenden Beamten eine besondere Nachforschungspflicht in Bezug auf Krankheiten haben und der Proband selbst umgehend auf allfällige medizinische Probleme hinzuweisen hat, hat der Zeuge Insp. Z den Bf nach allfälligen, für den Alkomattest relevanten Erkrankungen gefragt (vgl. auch hiezu die Darstellungen DDr. B) und hat der Bf Erkrankungen verneint.

Die Beamten hatten insofern keinen Anlass, von einer medizinischen Unfähigkeit des Bf, den Alkomattest durchzuführen, auszugehen.

III.2.1.4. 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 wenn nicht Abs 1a (50.000 Euro Höchststrafe) eingreift; 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 von Atemluft 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. Es wäre dem Bf leicht möglich gewesen, seine Lippen zu schließen und den Alkotest ordnungsgemäß abzulegen.

Es ist 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 bis 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 beträchtliches Verschulden vorliegt.

Die Ersatzfreiheitsstrafe wurde korrekt bemessen.

III.5. Vor diesem Hintergrund sind dem Bf als Kostenbeitrag gemäß § 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 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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl