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-602728/12/FP

Datum:
Linz, 23. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von E M L, geb. x, x, x, vertreten durch Dr. J P, Rechtsanwalt in x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 10. Oktober 2018, GZ: BHBRVERK-2018-404267/12-Wid, VerkR96-7894-2018-Wid, wegen einer Übertretung der StVO nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird im Punkt der Strafe Folge gegeben und diese auf 2.600 Euro (19 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) herabgesetzt. Im Übrigen (Punkt der Schuld) wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die Wendung im Spruch „und einen Verkehrsunfall mit Sachschaden verschuldet haben“ zu entfallen hat und bei der übertretenen Rechtsvorschrift „iVm § 99 Abs 1 lit b StVO“ ergänzt wird.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens reduziert sich auf 260 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung 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 Rubrum genannten Straferkenntnis warf die belangte Behörde der Beschwerdeführerin (Bf) zusammengefasst 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 die Bf das im Straferkenntnis genannte Fahrzeug in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt und einen Verkehrsunfall mit Sachschaden verursacht habe.

I.2. Ihre rechtzeitige Beschwerde vom 15. Oktober 2018 begründete die Bf im Wesentlichen mit einer Rippenprellung, die sie am Beblasen des Alkomat gehindert hätte. Die Bf verwies dazu auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Jänner 2016, Ra 2015/11/0087.

I.3. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2018 legte die belangte Behörde dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt 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 neben der Bf die beiden einschreitenden Polizeibeamten RI G H S und GI A S einvernommen wurden und der Amtssachverständige Dr. A K ein medizinisches Sachverständigengutachten erstattete.

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

Die Bf lenkte am 29. Juli 2018 nachmittags ihren PKW Audi auf der B von M kommend nach A. Die Bf fuhr an diesem Sonntag von ihrem Frisörgeschäft wieder nachhause. Sie hatte dort einer Kundin eine Haarverdichtung befestigt. [Anzeige, PV Bf]
Am Fahrzeug der Bf platze während der Fahrt ein Reifen, der zum Verreißen ihres Fahrzeuges führte. Die Bf kam, nachdem sie mehrere Leitpflöcke überfahren hatte, am Straßenrand, etwa bei Straßenkilometer 4,660, zum Stehen.
Aufgrund des Anrufes einer anderen Verkehrsteilnehmerin wurden RI G H S und GI A S von der Leitstelle zum Unfallort beordert und fanden die Bf im Auto sitzend vor. Die Bf stieg aus dem Fahrzeug aus und teilte den Beamten mit, dass sie alle notwendigen Verständigungen durchgeführt habe und von einer Freundin abgeholt werde. RI H S fiel auf, dass die Bf alkoholisiert war. Der Gang der Bf war unsicher, sie sprach lallend und sie wies eine leichte Bindehautrötung auf. RI H S forderte die Bf auf, Führerschein und Zulassungsschein auszuhändigen. Dazu setzte sich die Bf wieder auf den Fahrersitz um den Zulassungsschein dem Handschuhfach

und den Führerschein ihrer Tasche zu entnehmen. Die Bf musste sich dazu im Fahrzeug strecken und beugen. Die Bf bewegte sich dazu normal und den Beamten fiel nicht auf, dass die Bewegungen der Bf Schmerzen bereiteten. Die Bf wurde in der Folge aufgefordert, den Alkovortest zu absolvieren. Dazu nahm die Bf das Röhrchen in den Mund, machte aber sonst nichts. Sie holte nicht Luft und blies nicht in das Gerät. Der Zeuge GI S hatte den Eindruck, dass sich die Bf „spielte". Es gab keine Anzeichen für Verletzungen oder Schmerzen und äußerte die Bf diesbezüglich nichts.
Der Zeuge H S forderte die Bf in der Folge zum Test mit dem geeichten Alkomat auf und belehrte die Bf in diesem Zusammenhang auch, dass die Bf nichts essen, rauchen oder trinken dürfe.
Der Zeuge fragte die Bf ausdrücklich auch, ob sie Verletzungen habe. Die Bf beantwortete diese Frage mit „Nein".
Auch von sich aus äußerte die Bf nicht, dass sie eine Rippenprellung oder eine sonstige Verletzung hätte. RI H S verfügt über eine Liste, die er im Rahmen der Ausbildung von einem Kollegen erhalten hat, die er bei Alkotests abarbeitet. Diese Liste enthält auch die Frage über Verletzungen.
Die Bf sagte, sie würde keinen Test mit dem geeichten Alkomaten durchführen und stellte dar, dass „wir dies schon einmal gehabt hätten" und die Bf wisse, was dabei herauskomme. Der Zeuge H S brachte diese Äußerung mit einem länger zurückliegenden Vorfall in Zusammenhang, bei dem er der Bf wegen Lenkens eines KFZ unter Alkoholeinfluss ihren Führerschein abgenommen hatte. Die Bf versuchte nicht einmal den Alkomattest zu absolvieren, sondern verlangte eine Blutabnahme, Sie wurde vom Zeugen H S darauf hingewiesen, dass sie eine solche nach Absolvieren des Alkotests selbst durchführen lassen könne. [Angaben RI G H S und GI A S in der Verhandlung, NS vom 7. September 2018; Anzeige]

Die Bf bringt in ihrer Rechtfertigung vom 10. August 2018 vor, sie sei am Samstag 28. Juli 2018 in der Badewanne gestürzt und mit dem Brustkorb auf die Badewannenkante gestürzt. Am Sonntagabend (dem Tattag) und am Montag seien die Schmerzen immer schlimmer geworden und habe sie am Dienstag das Stehen nicht mehr ausgehalten und habe den Hausarzt aufgesucht. Dieser habe sie in das Krankenhaus Braunau geschickt. [Vorbringen in der Rechtfertigung vom 10. August 2018]

Im Krankenhaus Braunau wurden am 31. Juli 2018 keine äußerlichen Auffälligkeiten, Prell-, Hämatom- oder Schürfzeichen, lediglich ein lokaler Druckschmerz zwischen der 6. und 8. Rippe links auf der Linea medioclavicularis (Linie vom Schlüsselbein nach unten) festgestellt und eine Rippenprellung links (Contusio hematoracis sin.) diagnostiziert. Der Bf wurde die Applikation einer schmerzstillenden Einreibung (Voltaren) und im Bedarfsfall die Einnahme von Analgetika verordnet. [Erstbericht des KH Braunau vom 31. Juli 2018].

Eine derartige Prellung hätte bei der Bf leichte Schmerzen verursacht. Das Beblasen des Alkomat wäre der Bf dennoch möglich gewesen. [Gutachten Dris. K]

Aufgrund eines Vorfalles vom 6. September 2014 wurde über die Bf mit Straferkenntnis vom 13. Oktober 2014 wegen einer Übertretung des § 5 Abs 1 StVO (≥0,8 mg/l) eine Strafe von 2.400 Euro (19 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt. [FS-Register, Auszug Verwaltungsstrafen]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt gründet auf dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.
Aufgrund der Angaben der Zeugen H S und S und im Ergebnis auch aufgrund des Vorbringens der Bf selbst ist erwiesen, dass die Bf zum Alkotest am geeichten Alkomat aufgefordert wurde, diesen aber nicht absolviert hat. Die Bf hat nicht einmal einen Blasversuch unternommen, sondern den Alkomattest sogleich unter Verweis darauf, dass sie ohnehin wisse, was herauskomme, verweigert. Auch das Röhrchen des Vortesters nahm die Bf nur in den Mund, ohne Luft zu holen oder in dieses hinein zu blasen.
Vorauszuschicken ist, dass die Angaben der Zeugen dem Gericht äußerst glaubwürdig erschienen. Der Zeuge RI H S, dessen Erinnerung als die Amtshandlung führender Beamter naturgemäß wesentlich detaillierter war, konnte die Fragen des Gerichts spontan und dem Sinngehalt nach übereinstimmend mit den Angaben im Akt, beantworten. Dabei wirkte der Zeuge nicht vorbereitet, sondern erzählte die Vorkommnisse frei und mit eigenen Worten. Der Zeuge machte vor Gericht einen äußerst gewissenhaften und wahrheitsverbundenen Eindruck. Das Gericht glaubt dem Zeugen auch, dass er die Bf ausdrücklich auf Medikamente und Verletzungen angesprochen hat, weil die Frage nach Krankheitszuständen vor der Aufforderung zum Alkotest üblich ist und bei der Dienstausbildung viel Wert auf korrektes Vorgehen in Zusammenhang mit Alkotests gelegt wird. Die Beamten wissen um die Problematik in Zusammenhang mit Alkotestverweigerungen und agieren deshalb nach den Erfahrungen des Gerichts besonders umsichtig. Auch glaubt das Gericht dem Zeugen, dass er sich hiebei einer selbst verfassten Liste bedient. Auch diese Vorgehensweise wurde vor Gericht bereits von anderen Beamten beschrieben.

Das Vorbringen der Bf, ihr sei das Beblasen des Alkomaten aufgrund einer Rippenprellung nicht möglich gewesen, erscheint dem Gericht demgegenüber nachträglich zurecht gelegt und nicht glaubwürdig. Sämtliche Beweismittel sprechen gegen eine solche Annahme. Insbesondere erscheint es dem Gericht völlig lebensfremd, dass die Bf, die in der Verhandlung behauptete, wegen Stechens in der Brust nicht in das Röhrchen des Vortesters blasen haben zu können, den Beamten nicht sofort von ihrer Verletzung berichtete. Wie der Zeuge S treffend konstatierte, sagen „die Leute [sagen] ja eh gleich, ich kann nicht, weil

sie irgendwas haben“. Ebenso lebensfremd ist es, beim Alkomat nicht einmal einen Blasversuch vorzunehmen und den Alkomattest mit Worten zu verweigern „ich weiß eh, was herauskommt“ anstatt „ich kann nicht hineinblasen, weil ich eine Rippenprellung und Schmerzen habe“. Die halbherzig wirkenden, dem schriftlichen Vorbringen entsprechenden, Angaben der Bf wirken aufgesetzt und überzeugten vor dem Hintergrund der Umstände nicht. Sie waren insbesondere nicht in der Lage, die Angaben der beiden Beamten zu erschüttern. Das Gericht traut diesen etwa zu, beurteilen zu können, ob jemand ein Röhrchen bloß in den Mund nimmt oder auch Luft holt und hinein bläst. Erst die Inspiration wäre nach logischen Erwägungen geeignet Schmerzen zu verursachen, das bloße Im-Mund-Behalten des Röhrchens wohl kaum. Gerade der ältere und erfahrene Beamte GI S, der vor Gericht offen und spontan wirkte, nahm sich hier kein Blatt vor den Mund und legte dar, die Bf habe sich beim Alkovortest gespielt. Dieses Verhalten passt ins Bild. Die Bf hat hier nach den Angaben der Zeugen nicht einmal einen Versuch unternommen, in das Röhrchen hineinzublasen, sondern hat sie das Röhrchen lediglich im Mund gehabt. Der Zeuge S beschrieb dieses Verhalten als „Spielen“ und traut das Gericht diesem erfahrenen Beamten zu, derartige Umstände entsprechend einzuschätzen. Die Beamten beschrieben in diesem Zusammenhang gerade nicht, dass sie den Eindruck gehabt hätten, der Bf täte etwas weh.

Dagegen, dass die Bf wesentliche, den Alkotest verhindernde Schmerzen hatte spricht im Übrigen ihr Verhalten in Zusammenhang mit dem Suchen ihrer Papiere. Wie sich aus dem Gutachten Dris. K, der im Übrigen neben seiner Tätigkeit als Amtssachverständiger, allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für den Fachbereich Unfallchirurgie ist und deshalb für den vorliegenden Fall besonders kompetent ist, im Ergebnis ergibt, hätten die dafür notwendigen Bewegungen bei Vorliegen einer die Alkomatprobe verhindernden Rippenprellung so starke Schmerzen verursacht, dass diese aufgefallen wären, die Bf aber zumindest eine entsprechende Schonhaltung eingenommen, bzw. die wesentlich einfachere Methode des Entnehmens ihrer Papiere von der Beifahrerseite aus gewählt hätte. Der Sachverständige kommt aufgrund der Prüfung der medizinischen Unterlagen zum Ergebnis, dass die Bf den Alkomat beblasen hätte können.
Das Gutachten ist schlüssig und gut mit den Angaben im Erstbericht des Krankenhauses Braunau in Einklang zu bringen. Es zeigt sich hier die Diagnose einer Rippenprellung, die im Wesentlichen auf den Angaben der Bf selbst fußt, weil keinerlei Prellmarken oder Abschürfungen erkennbar waren. Es zeichnet sich hier schon für den Laien nicht das Bild einer Verletzung mit Tragweite. Es erstaunt hier doch, dass die Bf am dritten Tag nach der Verletzung nicht einmal blaue Flecken aufwies. Vor dem Hintergrund des Antrages auf Einholung eines medizinischen Sachverständigen Gutachtens im behördlichen Verfahren verwundert im Übrigen das Schlussvorbringen der Bf, dass die Feststellung der physiologischen Fähigkeit den Alkotest zu erbringen, kein relevantes Beweisthema sei.

Das Gericht folgt dem Amtssachverständigen in seiner Ansicht, dass die Bf den Alkomaten durchaus beblasen hätte können und geht davon aus, dass sie der Aufforderung schlicht nicht nachkommen wollte. Aus der von der Bf vorgelegten ärztlichen Bestätigung Dris. L ergibt sich dabei nichts, das ihr nutzen könnte, da die Bestätigung einerseits von falschen Grundlagen, nämlich einer schweren Prellung ausgeht, die sich aus dem krankenhausärztlichen Befund gerade nicht ergibt, andererseits nur ganz allgemein festhält, dass die tiefe Inspiration und forcierte Exspiration bei einer Rippenprellung massiv schmerzhaft sein kann. Die Bestätigung behandelt den Fall der Bf nicht konkret. Weder lag bei der Bf eine schwere Rippenprellung vor, noch ist, nach dem Gutachten Dris. K eine tiefe Inspiration und forcierte Exspiration erforderlich, um ein Volumen von 1,5 Litern zu erlangen, weil 1 Liter Atemvolumen schon an sich zur Verfügung steht (normale Atmung). Dass die Bestätigung vom 21. August 2018, einem Zeitpunkt über drei Wochen nach dem Unfall, stammt, spricht für sich.

Im Übrigen spricht das Vorbringen der Bf selbst dagegen, dass sie am Tattag solche Schmerzen hatte, dass sie nicht in der Lage war, den Alkomat zu beblasen. Zunächst war die Bf an einem Sonntag (!) in ihrem Geschäft, um einer Kundin ein Haarteil zu befestigen. Es ist auch hier gänzlich lebensfremd, dass die Bf sich bereit erklärt, unter Schmerzen, die so stark sind, dass sie ein Luftvolumen von 1,5 Litern nicht zustande bringt (vgl. dazu unten), noch dazu an einem Sonntag, in ihr Geschäft zu fahren um ein Haarteil zu befestigen. Es handelt sich dabei kaum um eine derartige Notsituation, dass ein von schweren Schmerzen geplagter Mensch so handeln würde.
Nach dem Vorbringen der Bf in ihrer Stellungnahme vom 10. August 2018 sollen die Schmerzen im Übrigen erst am Sonntag abend und am Montag stärker geworden sein und sah sich die Bf erst am darauffolgenden Dienstag – als ihr nach eigenem Vorbringen das Stehen schwer fiel, was am Sonntag unmittelbar vor der Heimfahrt noch möglich war – veranlasst, einen Arzt aufzusuchen. Auch diese Umstände sprechen gegen die Darstellung der Bf, dass sie bei der Aufforderung (bereits) so beeinträchtigt war, dass sie den Alkomat nicht beblasen konnte.

Die Herleitung des Bf-Vertreters, es ergebe sich aus der in der Anzeige wiedergegebenen Wendung „konnten keinen Alko-Vortest machen“ ein gesundheitliches Unvermögen ist schon aufgrund der übrigen Angaben in der Anzeige „Hat Alkotest ohne Versuch verweigert“ und „Sie will nicht blasen und möchte eine Blutabnahme machen“ und der Angaben der Beamten vor Gericht nicht tragfähig. Dass die Bf irgendeinen Hinweis auf eine Verletzung gegeben hätte, lässt sich dem Akt nicht entnehmen und hat die Bf im gesamten Verfahren nicht vorgebracht, dass sie gegenüber den Beamten geäußert habe, eine Verletzung zu haben. Im Gegenteil führen diese aus, dass die Bf explizit auf eine solche angesprochen wurde und die Frage verneint hat.
Erst in der Verhandlung stellte die Bf halbherzig dar, sie habe gesagt, „es gehe nicht“ und führte selbst aus, sie hätte wohl mehr sagen sollen, woraus sich ergibt,

dass sie nichts zu einer Verletzung gesagt hat. Auch aufgrund dieser Angaben geht das Gericht davon aus, dass ein Grund, wegen Schmerzen keinen Alkotest zu absolvieren, zur Zeit der Amtshandlung nicht vorlag.

Selbst wenn man der Bf Glauben schenken will, dass sie am Tattag eine Rippenprellung hatte, erachtet es das Gericht schon aufgrund der Umstände als unglaubwürdig, dass die Bf nicht in der Lage war, zweimal ein Luftvolumen von 1,5 Litern über einen Zeitraum von 3 Sekunden zu erreichen und damit erfolgreich einen Alktotest zu absolvieren. Schließlich war sie in der Lage, von zuhause in ihr Geschäft zu fahren, dort eine Kundin zu bedienen und zu arbeiten, den Heimweg anzutreten, sich zum Handschuhfach und zum Beifahrersitz zu beugen und zu strecken und ohne merkliche Schwierigkeiten mehrfach aus dem Auto aus- und wieder einzusteigen. Sie bringt auch selbst vor, dass die Schmerzen erst am Sonntagabend stärker wurden und suchte erst am darauffolgenden Dienstag einen Arzt auf.

Es liegt auf der Hand, dass die Bf, wenn sie zu diesen Handlungen fähig war, umso mehr in der Lage gewesen sein muss, zwei verwertbare Alkomat-Ergebnisse herbeizuführen.

Aufgrund des abgeführten Beweisverfahrens, insbesondere des Gutachtens Dris. K, dem nicht auf gleicher fachlicher Ebene entgegengetreten wurde, ist erwiesen, dass die Bf in der Lage gewesen wäre, einen Alkotest mit dem geeichten Gerät zu absolvieren, der Aufforderung des Zeugen RI H S aber nicht nachgekommen ist. Warum die Bf lieber eine Blutabnahme durchführen lassen wollte, ist für das Verfahren nicht von Belang. Die gewählte Argumentationslinie, es habe keinen Sinn, den Alkomattest zu verweigern und hohe Kosten und dgl. für die Blutanalyse in Kauf zu nehmen, mag der Wahrheit entsprechen, vermag an den Ergebnissen des Beweisverfahrens aber nichts zu ändern. Die inneren Beweggründe der Bf, den Alkotest zu verweigern, können vielfältig sein und handelt es sich beim vorliegenden Fall um einen von Vielen, bei welchen trotz Wissens um die Folgen dennoch verweigert wird. Jedenfalls glaubt das Gericht der Bf aus den dargelegten Gründen nicht, dass der Beweggrund für die Verweigerung des Alkotests Schmerzen waren.

Auch der Versuch, den beiden Beamten Voreingenommenheit zu unterstellen, überzeugt nicht. Der gegenständliche Vorfall ereignete sich am Land. Die beiden Beamten sind bei einer verhältnismäßig kleinen PI tätig und gab es in der Vergangenheit bereits einen Vorfall mit der Bf, bei welchem sie eine beträchtliche Alkoholisierung (mind. 1,6 ‰) aufgewiesen hatte. Man kennt einander. Es liegt auf der Hand, dass die Beamten, wenn Sie die Bf unter Umständen wie den vorliegenden am Straßenrand vorfinden, auch in Erwägung ziehen, dass diese neuerlich alkoholisiert gefahren ist. Es ist Aufgabe der Beamten, sich diesbezüglich zu vergewissern, was geschehen ist. Daraus, eine Art Befangenheit der Beamten

abzuleiten, ist nicht schlüssig und hat die Bf auch nicht nachvollziehbar dargelegt, welche Folgen sich daraus ergeben hätten. Selbst wenn man den Beamten eine gewisse Voreingenommenheit unterstellen wollte, könnte dies am Ergebnis nichts ändern. Eine solche war jedoch nicht erkennbar. Die Beamten hatten einfach ein gewisses Vorwissen, auf welches sie zurückgriffen.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 5 Abs. 2 StVO 1960 sind die Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und von der Behörde hiezu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht berechtigt, jederzeit die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug lenken, in Betrieb nehmen oder zu lenken oder in Betrieb zu nehmen versuchen, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Sie sind außerdem berechtigt, die Atemluft von Personen, die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand

1. ein Fahrzeug gelenkt zu haben oder
2. als Fußgänger einen Verkehrsunfall verursacht zu haben,

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

Gemäß § 99 Abs. 1 lit b StVO begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe von 1600 Euro bis 5900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen, wer sich bei Vorliegen der in § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen oder sich vorführen zu lassen, oder sich bei Vorliegen der bezeichneten Voraussetzungen nicht der ärztlichen Untersuchung unterzieht, [...]

III.2.1. Objektiver Tatbestand

III.2.1.1. Die Leitstelle beorderte die beiden oben genannten Polizeibeamten zur Unfallstelle. Bei Eintreffen der beiden Beamten am Tatort, stand das Auto der Bf am Straßenrand, die Bf saß am Fahrersitz, stieg aus und teilte mit, sie habe bereits alle Verständigungen vorgenommen. Die Bf wies deutliche Alkoholisierungsmerkmale auf. Es lag auf der Hand, dass die Bf das Fahrzeug gelenkt hatte (dies wurde im Schriftsatz vom 12. August 2018 überdies zugestanden), zum Zeitpunkt der Aufforderung zum Alkotest lag aber zumindest der begründete Verdacht vor, dass die Bf alkoholisiert einen PKW gelenkt hat. Sie wurde daher zu Recht zunächst zum Alkovortest, danach zum Alkomattest aufgefordert.

Die Bf hat den Alkotest ohne Angabe nachvollziehbarer Gründe verweigert und eine Blutprobe verlangt.

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)

Kommt es durch das Verhalten des Probanden zu keinen Messergebnissen, ist der Beamte berechtigt, die Amtshandlung abzubrechen und das Verhalten des Beschuldigten als Verweigerung der Atemluftalkoholuntersuchung zu werten (VwGH 16. November 2007, 2007/02/0250).

III.2.1.2. Zur Frage der Relevanz der allenfalls vorliegenden Rippenprellung:

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]

Die aus medizinischen Gründen bestehende Unfähigkeit, die Atemluftprobe abzulegen, stellt einen Mangel am Tatbestand des § 99 Abs. 1 lit. b StVO 1960 dar (vgl. VwGH 5.9.2017, Ra 2017/02/0096). (VwGH 18. Mai 2018, Ra 2018/02/0114)

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.

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

Die Bf hat schon nicht von sich aus auf eine medizinische Unmöglichkeit der Ablegung der Atemalkoholuntersuchung hingewiesen, sondern lediglich dargestellt, sie würde keinen Alkotest absolvieren und wolle eine Blutabnahme. Die von der Bf vorgebrachte Ansicht, die Beamten hätten sich für die Gründe des Wunsches nach einer Blutprobe interessieren und insofern nachfragen müssen, erweist sich vor dem Hintergrund der dargestellten Judikatur als verfehlt, weil weder dem Gesetz, noch der Judikatur entnommen werden kann, dass die einschreitenden Beamten eine besondere Nachforschungspflicht haben. Vielmehr müssen sie von sich aus nicht einmal nachfragen, ob eine Erkrankung oder eine Verletzung vorliegt, sondern hat der Proband selbst umgehend auf allfällige

medizinische Probleme hinzuweisen. Der geäußerte Wunsch, einen Bluttest zu absolvieren, lässt auch nicht die Annahme zu, dass medizinische Probleme gegeben sind, schon gar nicht in Verbindung mit dem Beblasen des Alkomaten. Der Wunsch nach einer Blutprobe bringt den Hinweis auf eine medizinische Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung nicht im Ansatz eindeutig und konkret zum Ausdruck (vgl. VwGH 9. Mai 2018, Ra 2018/02/0064, RZ 10).

Die Bf hat den Beamten vorliegend nicht den geringsten Hinweis dafür gegeben, dass sie aus medizinischen Gründen nicht in der Lage gewesen wäre, den Alkomat zu beblasen.

Sie hat ohne Angabe von triftigen Gründen den Alkotest verweigert und gegenüber den Beamten nur zum Ausdruck gebracht, dass sie keinen Alkotest absolvieren werde.

Zudem lagen aber auch tatsächlich keine medizinischen Gründe vor, die die Bf am Beblasen des Alkomaten gehindert hätten. Nach den Feststellungen wäre es der Bf möglich gewesen, den Alkomattest zu absolvieren, weil selbst wenn man der Bf das Vorliegen einer Rippenprellung bereits im Zeitpunkt der Amtshandlung glauben will, ein Aufbringen eines das normale Atemluftvolumen von einem Liter geringfügig übersteigende Volumen von 1,5 Litern möglich gewesen wäre.

Vor dem Hintergrund der festgestellten Tatsachen verkennt die Bf die Bedeutung der Aussagen, die der VwGH in seinem Erkenntnis vom 28. Jänner 2016, Ra 2015/11/0087 trifft, für den gegenständlichen Fall.
In der zitierten Entscheidung lag nämlich eine Erkrankung vor, die tatsächlich Einfluss auf die Fähigkeit der dortigen Beschwerdeführerin, einen Alkomat so zu beblasen, dass es zu einem verwertbaren Ergebnis kommt, haben konnte.
Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall.

Da die Bf im Zuge der Amtshandlung also weder dargestellt hat, aus medizinischen Gründen nicht in der Lage zu sein, den Alkomaten zu beblasen, noch aus medizinischen Gründen außer Stande war, dies zu tun, hat die Bf den objektiven Tatbestand des § 99 Abs. 1 lit. b StVO 1960 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 die Bf im Sinne der stRsp des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen gehabt, was für ihre Entlastung spricht.

Wenn sich aus dem festgestellten Sachverhalt und dem Vorbringen der 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.

Die Bf bringt in diesem Zusammenhang also vor, es wäre ihr aufgrund ihrer Rippenprellung nicht möglich gewesen, in den Alkomat zu blasen. Es ist diesbezüglich auf die Ausführungen unter Punkt III.2.1.2. und die Beweiswürdigung zu verweisen.
Wie bereits ausführlich dargelegt, glaubt das Gericht der Bf nicht. .

Das vom Gericht eingeholte medizinische Gutachten hat ergeben, dass die Bf in der Lage gewesen wäre, den Alkomat zu beblasen. Auch alle anderen Umstände sprechen gegen die Annahme, dass es der Bf unmöglich gewesen wäre in den Alkomat zu blasen und verwertbare Ergebnisse zu erzielen, konnte sie doch Auto fahren, in ihrem Betrieb arbeiten, sich strecken und dehnen und mehrfach problemlos aus dem Auto aus- und wieder einsteigen. Es sind dies alles Handlungen, die bei relevanten Rippenprellungen erhebliche Schmerzen verursachen und den Betroffenen erheblich behindern würden. Jedenfalls wäre dies den anwesenden Polizisten aufgefallen.

Die Bf konnte sich daher nicht entlasten.

Es war daher zumindest von Fahrlässigkeit auszugehen, wenngleich absichtliches Handeln nahe liegt.

III.4. Jener Spruchabschnitt, mit dem die belangte Behörde der Bf die Unfallverursachung vorwirft, hat zu entfallen. Dieser Umstand, zu dem die belangte Behörde auch keinerlei Ermittlungsschritte gesetzt hat, ist für die Frage der Verweigerung irrelevant und nicht Teil des Tatbestandes. Die belangte Behörde wirft der Bf im Straferkenntnis erkennbar nur den Verstoß gegen § 5 Abs. 2 StVO

iVm § 99 Abs. 1 lit b StVO vor. Der genannte Spruchabschnitt hat daher zu entfallen und war der Spruch um § 99 Abs. 1 lit b StVO zu ergänzen.

III.5. Zur Strafhöhe

III.5.1. 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.5.2. Gemäß § 99 Abs. 1 lit. b StVO 1960 beträgt der Strafrahmen für Übertretungen nach § 5 Abs. 2 StVO 1.600 Euro bis 5.900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit Freiheitsstrafe von 2 – 6 Wochen.

Die Verwaltungsbehörde hat eine sehr hohe Strafe, nämlich 3.000 Euro, sohin annähernd die doppelte Mindeststrafe und mehr als die halbe Höchststrafe verhängt. Eine Begründung, warum die Behörde eine derart hohe Strafe als erforderlich erachtet, lässt sich dem Straferkenntnis nicht entnehmen. Lediglich verwertet die belangte Behörde eine kurz vor der Verjährung stehende Vorstrafe als erschwerend. Die belangte Behörde geht von einem Einkommen von 1.700 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus.

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.

Die Bf wurde schon einmal wegen eines Alkoholdelikts bestraft. Es wurde eine Geldstrafe von 2.400 Euro verhängt.
Die Bf hat aus dieser Bestrafung nicht gelernt.. Die Vorstrafe wirkt sich erschwerend aus.

Dennoch erachtet das Gericht die verhängte Strafe als zu hoch. Die Bf verfügt über ein Einkommen von lediglich 1.700 Euro. Aufgrund der Vorstrafe kann nicht mehr mit der Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden und ist eine über die letzte

Strafe hinausgehende Strafe zu verhängen, weil diese die Bf nicht davon abhalten konnte, wieder ein Alkoholdelikt zu begehen.
Es reicht nach der Überzeugung des Verwaltungsgerichtes aber hin, eine die letzte Strafe übersteigende Geldstrafe von 2.600 Euro (19 Tage Ersatzfreiheitsstrafe) zu verhängen. Schon diese ist für die Bf deutlich spürbar und ist geeignet der Bf ihr Fehlverhalten deutlich vor Augen zu führen.

Eine Anwendung des § 20 VStG kommt mangels Vorliegens von Milderungsgründen nicht in Betracht.

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

III.6. Angesichts des teilweisen Obsiegens im Verfahren entfällt der Kostenbeitrag für das verwaltungsgerichtliche Verfahren (§ 52 Abs. 8 VwGVG). Der Kostenbeitrag für das behördliche Verfahren ist entsprechend zu reduzieren (10% der Strafe).

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