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-604273/2/Py/PP

Datum:
Linz, 18. Mai 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der Dr. U P, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J P, x, gegen Spruchpunkt 3. des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 18. Februar 2021, GZ: BHBR/921040001063/21, betreffend Verwaltungsübertretung nach der StVO

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis in Spruchpunkt 3. behoben und das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich dieses Spruchpunktes eingestellt.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung eines Verfahrenskostenbeitrages.

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. In Spruchpunkt 3. des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Braunau (in der Folge: belangte Behörde) vom 18. Februar 2021, GZ: BHBR/921040001063/21, wurde der Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) zur Last gelegt, sie habe am 19. Jänner 2021, 18:48 Uhr, in 5223 Pfaffstätt, L505 StrKm 3,1, den Pkw mit dem Kennzeichen x in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand gelenkt. Die Auswertung der um 20:45 Uhr abgenommenen Blutentnahme ergab einen Wert von 1,84 ‰ Blutalkoholgehalt im Mittel. Auf den Lenk- bzw. Unfallzeitpunkt zurückgerechnet ergibt sich eine Blutalkoholkonzentration von 2,0 ‰ . Aus diesem Grund wurde über die Bf gemäß § 99 Abs. 1 lit. a iVm § 5 Abs. 1 StVO eine Geldstrafe in Höhe von 2.200 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 18 Stunden verhängt.

Zusammengefasst führt die belangte Behörde begründend aus, dass aufgrund von zahlreichen ungültigen Blasversuchen die Beschuldigte zu einem Arzt gebracht wurde um eine Blutuntersuchung durchzuführen. Zwei gültige Messungen mit dem Alkomat lagen nicht vor. Ausschlaggebend für das Verfahren war die Auswertung der Blutentnahme, welche eine Blutalkoholkonzentration von 1,84 ‰ im Mittel ergeben hat. Auf den Lenk- bzw. Unfallzeitpunkt zurückgerechnet ergebe sich ein Blutalkoholgehalt von 2,0 ‰ .

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig von der Bf im Wege ihrer rechtsfreundlichen Vertretung eingebrachte Beschwerde die zusammengefasst damit begründet wird, dass das von der Verwaltungsstrafbehörde herangezogene Blutanalyseergebnis im vorliegenden Fall nicht einer Bestrafung wegen alkoholisiertem Lenken eines Fahrzeuges zugrunde gelegt werden könne, weil dieses nicht in der in § 5 StVO vorgesehenen Art und Weise zustande gekommen sei. Nach sechs Blasversuchen, welche binnen weniger Minuten unternommen wurden, ist der Alkomattest vom Polizeibeamten mit der Begründung abgebrochen worden, dass die Bf ins Krankenhaus Braunau mitfahren müsse, um zu überprüfen, ob es medizinische Gründe dafür gebe, dass kein verwertbares Messergebnis zustande gekommen ist. Dieser Aufforderung wurde nachgekommen. Der im Krankenhaus tätige Arzt habe die ihm gestellte Frage dahingehend beantwortet, dass er dies nicht mit Sicherheit sagen könne und sollte seines Erachtens der Alkomattest in seinem Beisein nochmals durchgeführt werden, damit er diesen beobachten und sich dann ein eigenes Bild machen könne. Bei ausreichendem Blasvolumen und ausreichender Blaszeit betrug der Atemalkoholwert bei der ersten Messung 0,77 mg/l, bei der zweiten und fünften Messung war das Blasvolumen mit 1,3 bzw. 1,1 mg/l geringfügig zu gering, die Blaszeiten waren bei vier dieser fünf Tests mit 3,6 bis 6,4 Sekunden ausreichend. Auf dieser Basis hat der Krankenhausarzt gemeint, er müsse eine Fahrtauglichkeitsuntersuchung durchführen, welche er

dann vorgenommen hat, worauf er mitteilte, dass er nun Blut abnehmen müsse. Dem habe die Bf zwar nicht zugestimmt, dies aber vorsichtshalber auch nicht verweigert, um sich nicht dem Vorwurf eines Verweigerungsdelikts auszusetzen.

Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Vorführung zu einem im Krankenhaus Braunau tätigen Arzt lagen gegenständlich nicht vor, zumal es keine in der Person der Bf gelegenen Gründe gab, den Alkotest nicht weiterzuführen. Die medizinische Unmöglichkeit der Durchführung des Alkotest ist nach Gesetz und Judikatur wesentliche Voraussetzung für die Verbringung zum Arzt; hierfür gab es keinerlei Anhaltspunkte und habe die Bf keine Krankheit, welche eine Alkotestdurchführung unmöglich machen würde und wurde eine solche naturgemäß auch nicht behauptet. Lässt sich jemand zum Krankenhausarzt zur Blutabnahme vorführen, obwohl die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen, darf diese Person nicht wegen alkoholisierten Lenkens eines Fahrzeuges nach § 99 Abs. 1 lit. a bzw. Abs. 1a oder Abs. 1b StVO bestraft werden.

Da gegenständlich weder die Vorführung zum im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden Arzt noch die Blutabnahme im Gesetz vorgesehen war, ist die über die Bf verhängte Strafe unberechtigt.

3. Mit Schreiben vom 25. Februar 2021 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt Bezug habenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfallen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Die Bf lenkte am 19. Jänner 2021 um 18:48 Uhr den Pkw mit dem Kennzeichen x im Gemeindegebiet von Pfarrstätt auf der L 505 bei StrKm 3,1.

In weiterer Folge verständigte die Lenkerin des Fahrzeuges mit dem polizeilichen Kennzeichen x die Polizei und gab an, dass ein ihr entgegenkommender Pkw unmittelbar nach der Kurve über die Fahrbahnmitte gefahren sei und es in der Folge zu einer Kollision gekommen sei. Da der andere Pkw nicht angehalten habe, habe sie gewendet und sei dem Pkw nachgefahren. Dann habe sie die Polizei angerufen und den Unfall angezeigt. Bei dem von der Anzeigenlegerin angeführten Fahrzeug handelte es sich um das von der Bf gelenkte Fahrzeug. Dieses wurde vor dem Gebäude des Roten Kreuzes in M geparkt.

Bei der anschließend von der eingetroffenen Polizeibeamten durchgeführten Unfallaufnahme wurde mit der Bf ein Alkotest durchgeführt, wobei bei der ersten Messung nach sieben Fehlversuchen (Blasvolumen zu klein, Atmung unkorrekt) ein verwertbares Ergebnis (0,77 mg/l) erzielt werden konnte. Die zweite Messung wurde nach fünf Fehlversuchen (Blasvolumen zu klein, Atmung unkorrekt) abgebrochen.

Die Bf wurde sodann zum Amtsarzt gebracht, um feststellen zu lassen, ob ein medizinischer Grund für die unzureichende Beatmung des Alkomats vorlag. Seitens der Bf wurde diesbezüglich nichts geäußert. Da der Amtsarzt diese Frage nicht zweifelsfrei beantworten konnte, ersuchte er um einen weiteren Alkomattest, welcher in Folge wieder ein Ergebnis erbrachte, welches verwertbar gewesen war. In der Folge folgten wieder fünf Fehlversuche und entschied der Amtsarzt zur Klärung der Fahrtauglichkeit eine Fahrtauglichkeitsuntersuchung durchzuführen um der Bf Blut abzunehmen. Im amtsärztlichen Gutachten wurde mangelnde Fahrfähigkeit aufgrund der Beeinträchtigung durch Alkohol festgestellt, die Auswertung der Blutprobe ergab eine Blutalkoholkonzentration zur Zeit der Blutabnahme von 1,84 ‰.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt und ist in dieser Form unbestritten.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Die maßgeblichen Bestimmungen der Straßenverkehrsordnung (StVO), BGBl. Nr. 159/1960 idF BGBl. I Nr. 161/2020 lauten:

„§ 5
Besondere Sicherungsmaßnahmen gegen Beeinträchtigung durch Alkohol

(1) Wer sich in einem durch Alkohol oder Suchtgift beeinträchtigten Zustand befindet, darf ein Fahrzeug weder lenken noch in Betrieb nehmen. Bei einem Alkoholgehalt des Blutes von 0,8 g/l (0,8 Promille) oder darüber oder bei einem Alkoholgehalt der Atemluft von 0,4 mg/l oder darüber gilt der Zustand einer Person jedenfalls als von Alkohol beeinträchtigt.

(2) Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und – soweit es sich nicht um Organe der Bundespolizei handelt – von der Behörde hierzu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht sind berechtigt, jederzeit die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug lenken, in Betrieb nehmen oder zu lenken oder in Betrieb zu nehmen versuchen, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Sie sind außerdem berechtigt, die Atemluft von Personen,

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

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

[...]

(4a) Die Organe der Straßenaufsicht sind weiters berechtigt, 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.

§ 99
Strafbestimmungen

(1) Eine Verwaltungsübertretung begeht und ist mit einer Geldstrafe von 1600 Euro bis 5900 Euro, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe von zwei bis sechs Wochen, zu bestrafen,

a) wer ein Fahrzeug lenkt oder in Betrieb nimmt, obwohl der Alkoholgehalt seines Blutes 1,6 g/l (1,6 Promille) oder mehr oder der Alkoholgehalt seiner Atemluft 0,8 mg/l oder mehr beträgt,
b) wer sich bei Vorliegen der in § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, seine Atemluft auf Alkoholgehalt untersuchen oder sich vorführen zu lassen, oder sich bei Vorliegen der bezeichneten Voraussetzungen nicht der ärztlichen Untersuchung unterzieht,
c) (Verfassungsbestimmung) wer sich bei Vorliegen der im § 5 bezeichneten Voraussetzungen weigert, sich Blut abnehmen zu lassen.“

5.2 Die Beschwerde wird zusammengefasst damit begründet, dass das von der Verwaltungsstrafbehörde herangezogene Blutanalyseergebnis einer Bestrafung wegen alkoholisiertem Lenken eines Fahrzeuges nicht zugrunde gelegt werden könne, weil dieses nicht in der in § 5 StVO vorgesehen Art und Weise zustande gekommen ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Aufforderung zur Kontrolle der Atemluft auf Alkoholgehalt durch die Organe der Straßenaufsicht im vorliegenden Fall berechtigt war, da aufgrund der Anzeige der Unfallgegnerin sowie der bei der Amtshandlung festgestellten Alkoholisierungsmerkmale die Bf im Verdacht stand, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand eine Fahrzeug gelenkt zu haben und der Verdacht bestand, dass ihr Verhalten am Unfallort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang stand.

Wie aus der Anzeige hervorgeht, hat die Bf bei der ersten Messung nach einer Reihe von Fehlversuchen (wegen zu kleinem Blasvolumen bzw. unkorrekter Atmung) ein verwertbares Ergebnis mit einem Messwert von 0,77 ml/l zustande

gebracht. Bei der zweiten Messung erfolgten dann wieder mehrere (fünf) Fehlversuche bevor die Messung abgebrochen wurde.

Nach der ständigen Rechtsprechung ist die Untersuchung mit Alkomaten erst dann abgeschlossen wenn zwei gültige Messergebnisse vorliegen. Bei der zweiten (erforderlichen) Atemprobe handelt es sich nicht um eine zweite Untersuchung der Atemluft, sondern um eine Maßnahme im Rahmen der noch laufenden (ersten) Untersuchung. Wird dabei (auch nach ordnungsgemäßer Durchführung der ersten Atemprobe) nicht entsprechend mitgewirkt, gilt dies als Verweigerung der Atemluftprobe (VwGH 30.05.1997, 96/02/0021).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH 27.02.2007, 2007/02/0019; 05.09.2017, Ra 2017/02/0096) ist eine Verweigerung der Atemluftuntersuchung dann gegeben, wenn mehrere Versuche zu keiner gültigen Messung geführt haben und das Zustandekommen eines entsprechenden Messergebnisses durch das Verhalten des Probanden verhindert wurde.

Derjenige, der gemäß § 5 Abs. 2 StVO zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat umgehend auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomats aus medizinischen Gründen hinzuweisen (vgl. VwGH 24.02.2006, 2004/02/0334). Wie bereits ausgeführt, hat die Bf weder Umstände behauptet, die es ihr aus „medizinischen Gründen“ unmöglich gemacht hätten, den Alkomaten korrekt zu bedienen und sind solche auch nicht hervorgekommen. Vielmehr wurden mehrere Messversuche durchgeführt, die nicht zu einem gültigen Messergebnis geführt haben und liegen die Ursachen hierfür am Verhalten der Bf, indem entweder mit zu geringem Blasvolumen oder mit unkorrekter Atmung der Blasversuch vorgenommen wurde. Das von der Bf gesetzte Verhalten stellt daher eine Verweigerung der Atemluftuntersuchung gemäß § 5 Abs. 1 StVO dar, ein Tatbestand, der nach § 99 Abs. 1 lit. b StVO unter Strafe gestellt ist. Ein unzulässiges Austauschen des Tatvorwurfs stellt eine im Beschwerdeverfahren durch das VwG vorgenommene Erweiterung des Tatvorwurfs bzw. die Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts dar (vgl. VwGH 30.01.2018, Ra 2017/01/0409).

Gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG, der gemäß § 38 VwGVG auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Anwendung findet, hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

II. Bei diesem Verfahrensergebnis entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen 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

Dr. Panny