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-652007/2/MS

Datum:
Linz, 11. März 2021

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde der Dr. U P, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. J P, S, M, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 16. Februar 2021, GZ: BHBRVERK-2021-31447/18-Wid, betreffend den Entzug der Lenkberechtigung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der mit Beschwerde bekämpfte Bescheid behoben.

II. 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. Verfahrensgang:

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau (im Folgenden: belangte Behörde) vom 16. Februar 2021, GZ: BHBRVERK-2021-31447/18-Wid, wurde über die Vorstellung der Frau Dr. U P (im Folgenden: Beschwerdeführerin) gegen den Bescheid der belangten Behörde vom 27. Jänner 2021 wie folgt abgesprochen:

„Der Bescheid vom 27.01.2021 wird vollinhaltlich bestätigt.

Ihre Lenkberechtigung im gesamten Berechtigungsumfang, Führerschein ausgestellt von der LPD Wien am 08.11.1989, mit der Zahl x, wird Ihnen auf die Dauer von 9 Monaten, gerechnet ab 19.01.2021, das ist bis einschließlich 19.10.2021, entzogen.

Für die Dauer der Entziehung Ihrer Lenkberechtigung wird Ihnen eine allfällige ausländische Nicht-EWR-Lenkberechtigung sowie ein allfälliger ausländischer EWR-Führerschein ebenfalls entzogen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 2 Abs. 3 Ziffer 7, 3 Abs. 1 Ziffer 2, 7 Abs. 1 Ziffer 1 und Abs. 3 Ziffer 1, 7 Abs. 4, 24 Abs. 1 Ziffer 1, 25 Abs. 1 und Abs. 3, 26 Abs. 2 Ziffer 1, 29 Abs. 2 Ziffer 1 und 30 Abs. 2 Führerscheingesetz 1997 idgF (FSG)

- Sie haben sich auf Ihre Kosten bei einer vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie ermächtigten Stelle einer Nachschulung für alkoholauffällige Lenker zu unterziehen. Die Dauer der Entziehung Ihrer Lenkberechtigung endet nicht vor Befolgung der Anordnung.

Rechtsgrundlage:

§ 24 Abs. 3 FSG

- Weiters werden Sie aufgefordert, ein von einem Amtsarzt erstelltes Gutachten hinsichtlich Ihrer gesundheitlichen Eignung zum Lenken von Kraftfahrzeugen innerhalb offener Entziehungsdauer beizubringen. Vor abschließender Erstellung dieses Gutachtens haben Sie sich einer verkehrspsychologischen Untersuchung bei einer hiezu vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie ermächtigten Stelle zu unterziehen. Die Dauer der Entziehung Ihrer Lenkberechtigung endet nicht vor Befolgung der Anordnung.

Rechtsgrundlagen:

§ 24 Abs. 3 FSG

§ 14 Abs. 2 FSG-Gesundheitsverordnung 1997 (FSG-GV)

- Die aufschiebende Wirkung einer allenfalls gegen diesen Bescheid einzubringenden Beschwerde wird im Interesse des öffentlichen Wohles wegen Gefahr im Verzuge ausgeschlossen.

Rechtsgrundlage:

§ 13 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG)“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde Folgendes aus:

[...]
„Aufgrund von zahlreichen ungültigen Blasversuchen wurden Sie in das Krankenhaus Braunau zu einem Arzt gebracht, um eine Blutuntersuchung durchzuführen. Da das Ergebnis der Blutabnahme naturgemäß nicht sofort vorliegt, ist eine ärztliche Untersuchung vorzunehmen, um einen tatsächlich unter Alkoholeinfluss stehenden Lenker an der Weiterfahrt zu hindern (siehe Erläuterung 97 zu § 5 StVO).
Bei dem von Ihnen ins Treffen geführten Wert von 0,77 mg/l Atemluftalkoholkonzentration handelt es sich um ein Ergebnis, welches in dieser Form nicht verwertbar ist. Es ist hinreichend bekannt, dass nur zwei vom Alkomat gemessene Werte gemeinsam eine gültige Messung ergeben. Eine solche Messung lag nicht vor.

Ausschlaggebend für das Verfahren war vielmehr die Auswertung der Blutentnahme, welche eine Blutalkoholkonzentration von 1,84 Promille im Mittel ergeben hat. Auf den Lenk- bzw. Unfallzeitpunkt zurückgerechnet, ergibt sich ein Blutalkoholgehalt von 2,0 Promille. Inwiefern das Ergebnis der Blutentnahme nicht verwertet werden darf, erschließt sich der Behörde nicht.

Zur Frage der Entziehungsdauer folgt aus § 26 Abs. 2 Ziffer 1 FSG, dass es sich bei der dort genannten Entziehungszeit von sechs Monaten um eine Mindestentziehungszeit handelt, für deren Dauer die Lenkberechtigung jedenfalls zu entziehen ist, wenn eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 lit. a StVO 1960 begangen wurde.

Diese Bestimmung steht somit der Festsetzung einer längeren Entziehungsdauer nicht entgegen, wenn Umstände vorliegen, die auf Grund der Verwerflichkeit und Gefährlichkeit des Vorfalles die Festsetzung einer längeren Entziehungsdauer erforderlich machen.
Mag es auch auf das Ausmaß der Unfallfolgen im Zusammenhang mit der Bemessung der Entziehungsdauer nicht ankommen (vgl. etwa VwGH 20.02.2001, 98/11/0317 ua.), darf aber der Umstand an sich, dass es eben zu einem Verkehrsunfall kam, bei der Wertung der gesetzten Tatsache nicht außer Betracht bleiben. Ein Verkehrsunfall, der in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand verursacht wurde, ist als Ereignis an sich eben gefährlich. Sie gerieten mit Ihrem PKW unmittelbar nach einer Kurve über die Fahrbahnmitte, wodurch es zu einer Spiegelkollision mit einem entgegenkommenden PKW kam. Obwohl derartige Kollisionen aufgrund der Geräuschentwicklung zweifellos wahrzunehmen sind, setzten Sie Ihre Fahrt ohne anzuhalten bis zur Rot-Kreuz-Dienststelle in Mattighofen fort. Zum Unfall gaben Sie an, nichts bemerkt zu haben.

Alkoholdelikte zählen zu den schwersten Verstößen gegen die Verkehrssicherheit (VwGH 27.2.2004, 2002/11/0036; 20.4.2004, 2003/11/0143). Diese sind als besonders verwerflich anzusehen, zumal durch Alkohol beeinträchtigte Lenker eine hohe potenziale Gefährdung der Sicherheit des Straßenverkehrs darstellen, weil diese Lenker infolge ihrer herabgesetzten Konzentrations-, Beobachtungs-, Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit nicht in der Lage sind, die kraftfahrspezifischen Leistungsfunktionen zufriedenstellend auszuüben und diese stark herabgesetzt werden. Im konkreten Fall ist es sogar zu einem Verkehrsunfall mit einhergehender Fahrerflucht gekommen, sodass die Gefährlichkeit des Alkoholdeliktes nachdrücklich dokumentiert wurde.

Im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.08.2014, Zl. 2013/11/0038, darf die gesetzliche Mindestentziehungsdauer nur dann überschritten werden, wenn Umstände

vorliegen, die aufgrund der Verwerflichkeit oder Gefährlichkeit der strafbaren Handlung die Prognose der Verkehrsunzuverlässigkeit für eine über die Mindestentziehungszeit hinausreichenden Zeitraum rechtfertigen und somit die Festsetzung einer längeren Entziehungsdauer erforderlich machen. Im Hinblick auf Ihren außerordentlich hohen Alkoholisierungsgrad ist eine Verkehrsunzuverlässigkeit von insgesamt 8 Monaten als nicht rechtswidrig anzusehen.

Im Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 23.05.2017, LVwG-AV-203/001-2017, wird festgestellt, dass der Gesetzgeber betreffend der Entzugsdauer zwischen Lenkern, die in einem durch Alkohol beeinflussten Zustand ein Kraftfahrzeug lenken, und Lenkern, die in einem durch Alkohol beeinflussten Zustand einen Verkehrsunfall verschulden, differenziert (§ 26 Abs. 1 FSG).

Wenngleich diese Regelung nur Lenker mit einem Atemalkoholgehalt von 0,40 bis inkl. 0,59 mg/l betrifft, ist hieraus die Wertung des Gesetzgebers erkennbar, dass ein verschuldeter Verkehrsunfall bei der Entziehungszeit – auch bei Vorliegen eines höheren Alkoholisierungsgrades und auch bei der Verweigerung der Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt – entsprechend erschwerend zu berücksichtigen ist.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Die Behörde kann gemäß § 13 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz die aufschiebende Wirkung mit Bescheid ausschließen, wenn nach Abwägung der berührten öffentlichen Interessen und Interessen anderer Parteien der vorzeitige Vollzug des angefochtenen Bescheides oder die Ausübung der durch den angefochtenen Bescheid eingeräumten Berechtigung wegen Gefahr im Verzug dringend geboten ist. Personen, welche die zum Lenken eines Kraftfahrzeuges im öffentlichen Straßenverkehr erforderliche Verkehrszuverlässigkeit nicht mehr besitzen bilden eine unmittelbare Gefahr für die Verkehrssicherheit und demnach sind zum Schutze der gefährdeten Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs behördliche Sofortmaßnahmen geboten. Somit muss wegen Gefahr im Verzug einer eventuell gegen diesen Bescheid einzubringenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung aberkannt werden.“

Gegen diesen Bescheid, der der Beschwerdeführerin zu Handen ihres Rechtsvertreters am 16. Februar 2021 zugestellt worden ist, richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 24. Februar 2021, in der beantragt wurde, der Beschwerde Folge zu geben und den Vorstellungsbescheid der belangten Behörde vom 16. Februar 2021 aufzuheben und das Verfahren einzustellen. Damit verbunden wurde der Antrag der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Begründend wurde Folgendes ausgeführt:
„Die Kraftfahrbehörde zieht gegenständlich zur Begründung der verhängten Maßnahmen die bestimmte Tatsache des § 7 Abs.3 Z.1 FSG heran, wonach als verkehrsunzuverlässig insbesondere eine Person gilt, welche ein Kfz gelenkt und hiebei eine Übertretung gemäß § 99 Abs.1 bis 1b StVO begangen hat.

Diese Frage wird im Administrativverfahren betreffend den Entzug der Lenkberechtigung iSd § 38 AVG als Vorfrage beurteilt, während diese im Verwaltungsstrafverfahren als Hauptfrage dahingehend geprüft wird, ob diese Übertretung tatsächlich vorliegt.
Aus diesem Grund besteht im Administrativverfahren betreffend den Entzug der Lenkberechtigung Bindung an den rechtskräftigen Ausgang des Verwaltungsstrafverfahrens zur Frage der Übertretung des § 99 StVO.
Gegen das in gegenständlicher Angelegenheit ergangene Straferkenntnis der belangten Behörde vom 18.02.2021, BHBR/92104001063/21, habe ich gleichzeitig Beschwerde an das LVwG erhoben, weswegen angeregt wird, beide Verfahren zu verbinden und gemeinsam über die beiden Rechtsmittel zu entscheiden, was auch wirtschaftlich und effizient ist, zumal sich das Verwaltungsgericht in der Entscheidung über die gegenständliche Beschwerde auf die Bindungswirkung des rechtskräftigen Ausgangs des Verwaltungsstrafverfahrens beziehen kann.
Die mir zur Last gelegte Übertretung des alkoholisierten Lenkens eines Fahrzeuges und somit die bestimmte Tatsache des § 7 Abs.3 Z.1 FSG ist nicht verwirklicht, weil die Blutabnahme nicht auf dem in § 5 StVO vorgezeichneten Weg zustande gekommen ist und keine freiwillige Blutabnahme vorliegt, weil ich diese einerseits nicht verlangt und andererseits auch nicht angegeben habe, bei mir habe ein Alkotest eine Alkoholbeeinträchtigung ergeben (§ 5 Abs.8 Z.2 StVO).
Lediglich Derjenige, welcher nach § 5 Abs.4a StVO einem im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden Arzt vorgeführt wurde, hat sich nach der Verfassungsbestimmung des Abs. 6 Blut abnehmen zu lassen; da eine derartige Vorführung aber nicht vorliegt, weil keine medizinische Unmöglichkeit der Alkotestdurchführung gegeben war, darf die auf Basis der ohne gesetzliche Deckung vorgenommenen Blutabnahme erfolgte Blutalkoholanalyse einer Bestrafung nicht zugrunde gelegt werden.
Dies ergibt schon die Rechtsgüterabwägung, zumal die Blutabnahme im Vergleich zum Alkotest subsidiär ist und Derjenige, welcher einer Anordnung der Exekutive nach § 5 StVO Folge leistet, naturgemäß nicht schlechter gestellt werden darf als Derjenige, welcher die Anordnung ignoriert und sich schlussendlich im Verwaltungsstrafverfahren herausstellt, dass die Verweigerung gerechtfertigt war, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anordnung bzw. Aufforderung nicht vorlagen.“

Der Antrag, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, wurde wie folgt begründet:
„Die belangte Behörde stützt sich auf Gefahr im Verzug, weil verkehrsunzuverlässige Personen von der aktiven Teilnahme am Straßenverkehr ausgeschlossen werden müssen, behauptet aber selbst nicht, dass eine gesetzeskonforme Vorführung iSd § 5 Abs.4a StVO stattgefunden hat, was auch nicht der Fall ist. Deshalb kommt auch die Verfassungsbestimmung des Abs.6 nicht zur Anwendung und darf die Blutanalyse nicht verwertet werden.
Diese Verkehrsunzuverlässigkeit liegt aber entgegen der Meinung der belangten Behörde nicht vor, weil die von ihr herangezogene bestimmte Tatsache des § 7 Abs.3 Z.1 FSG nicht gegeben ist, weil ich keine Übertretung des § 99 Abs.1, 1a oder 1b StVO zu verantworten habe, zumal die Blutabnahme nicht auf dem in § 5 StVO vorgezeichneten Weg zustande gekommen ist daher deren Ergebnis einer Bestrafung sowie einer administrativen Maßnahmen in Form des Lenkberechtigungsentzugs und der Anordnung begleitender Maßnahmen nicht zugrunde gelegt werden darf.“

Mit Schreiben vom 2. März 2021 und unter der gleichzeitigen Übermittlung des Verfahrensaktes legte die belangte Behörde die ggst. Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor, ohne von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung Gebrauch gemacht zu haben.
Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:
Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt, aus dem sich folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt zweifelsfrei ableiten ließ:
Die Beschwerdeführerin lenkte am 19. Jänner 2021, um 18.48 Uhr den PKW mit dem Kennzeichen x im Gemeindegebiet von Pfaffstätt, L 505 bei Strkm. 3,1.
Die Polizei wurde von Frau L verständigt, die angab, dass ein ihr entgegen kommender PKW unmittelbar nach der Kurve über die Fahrbahnmitte gefahren sei und es in der Folge zu einer Kollision gekommen sei und da der andere PKW nicht angehalten habe, habe sie gewendet und sei dem PKW nachgefahren und habe sie die Polizei angerufen und den Vorfall zur Anzeige gebracht.

Bei der Unfallaufnahme wurde ein Alkotest durchgeführt, wobei bei der ersten Messung nach sieben Fehlversuchen (Blasvolumen zu klein, Atmung unkorrekt) ein verwertbares Ergebnis (0,77mg/l) erzielt werden konnte. Die zweite Messung wurde nach fünf Fehlversuchen (Blasvolumen zu klein, Atmung unkorrekt) abgebrochen.
Die Beschwerdeführerin wurde sodann zum Amtsarzt gebracht, um feststellen zu lassen, ob ein medizinischer Grund für die unzureichende Beatmung des Alkomates vorlag. Der Amtsarzt konnte diese Frage nicht mit 100%-iger Sicherheit beantworten und ersuchte um einen weiteren Alkomattest, welcher in Folge wieder ein Ergebnis erbrachte, welches verwertbar gewesen war. In der Folge folgten wieder fünf Fehlversuche.
Der Amtsarzt entschied sich in der Folge zur Klärung der Fahrtauglichkeit eine Fahrtauglichkeitsuntersuchung durchzuführen und nahm der Beschwerdeführerin Blut ab.
Der Amtsarzt stellte im Gutachten die mangelnde Fahrfähigkeit aufgrund der Beeinträchtigung durch Alkohol fest.
Der Beschwerdeführerin wurde der Führerschein vorläufig abgenommen.

Im Gutachten vom 27. Jänner 2021, erstellt von der FTC-Forensisch-Toxikologisches Labor BetriebsgmbH, wurde festgestellt, dass zur Zeit der Blutentnahme eine Blutalkoholkonzentration von 1,84 Promille vorlag.

In der Folge wurde der Beschwerdeführerin die Lenkberechtigung mittels mit Vorstellung bekämpften Mandatsbescheid entzogen.
Mit dem hier bekämpften Bescheid wurde der Mandatsbescheid vollinhaltlich bestätigt und einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung aberkannt.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt, insbesondere der Anzeige, dem Unfallbericht, dem Messprotokoll, dem amtsärztlichen Gutachten und dem Gutachten über die abgenommene Blutprobe.

Von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da aufgrund der Aktenlage feststand, dass der mit Beschwerde bekämpfte Bescheid zu beheben war.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:
Gemäß § 26 Abs. 2 Z. 1 FSG ist die Lenkberechtigung für die Dauer von mindestens sechs Monaten zu entziehen, wenn beim Lenken oder Inbetriebnehmen eines Kraftfahrzeuges erstmalig ein Delikt gemäß § 99 Abs. 1 StVO 1960 begangen wird.

Gemäß § 7 Abs. 1 FSG gilt eine Person als verkehrszuverlässig, wenn nicht auf Grund erwiesener bestimmter Tatsachen (Abs. 3) und ihrer Wertung (Abs. 4) angenommen werden muss, dass sie wegen ihrer Sinnesart beim Lenken von Kraftfahrzeugen
1. die Verkehrssicherheit insbesondere durch rücksichtsloses Verhalten im Straßenverkehr oder durch Trunkenheit oder einen durch Suchtmittel oder durch Medikamente beeinträchtigten Zustand gefährden wird, oder
2. sich wegen der erleichternden Umstände, die beim Lenken von Kraftfahrzeugen gegeben sind, sonstiger schwerer strafbarer Handlungen schuldig machen wird.

Gemäß § 7 Abs. 3 Z. 1 FSG hat als bestimmte Tatsache im Sinn des Abs. 1 insbesondere zu gelten, wenn jemand ein Kraftfahrzeug gelenkt oder in Betrieb genommen und hiebei eine Übertretung gemäß § 99 Abs. 1 bis 1b StVO 1960 begangen hat, auch wenn die Tat nach § 83 Sicherheitspolizeigesetz – SPG, BGBl. Nr. 566/1991, zu beurteilen ist.

Gemäß § 99 Abs. 1 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,
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.

Gemäß § 5 Abs. 2 StVO sind Organe des amtsärztlichen Dienstes oder besonders geschulte und – soweit es sich nicht um Organe der Bundespolizei handelt – von der Behörde hierzu ermächtigte Organe der Straßenaufsicht berechtigt, jederzeit die Atemluft von Personen, die ein Fahrzeug lenken, in Betrieb nehmen oder zu lenken oder in Betrieb zu nehmen versuchen, auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Sie sind außerdem berechtigt, die Atemluft von Personen,
1. die verdächtig sind, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben, oder
2. bei denen der Verdacht besteht, dass ihr Verhalten am Unfallsort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang steht,
auf Alkoholgehalt zu untersuchen. Wer zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat sich dieser zu unterziehen.

Gemäß § 5 Abs. 4a StVO sind die Organe der Straßenaufsicht 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.

Die Beschwerde richtet sich gegen den im bekämpften Bescheid Entzug der Lenkberechtigung mit der Begründung, die Vorführung zum Amtsarzt und damit auch dort erfolgte Blutabnahme sei nicht rechtens gewesen.

Hierzu ist auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25. September 2017, Ra 017/02/0135 zu verweisen, in dem Folgendes festgestellt wurde:
„9. Dass die Gründe, die eine Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt verhindern, in der Person des Probanden gelegen sein müssen, sah erstmals § 5 Abs. 5 Z 2 StVO (BGBl. Nr. 518/1994, 19. StVO Novelle) vor, wo die Blutabnahme für den Fall ermöglicht wurde, dass ‚eine Untersuchung gemäß Abs. 2 aus in der Person des Probanden gelegenen Gründen nicht möglich war' (entspricht der aktuellen Fassung).

10 In den Erläuterungen (RV 1580 BlgNR 28. GP) zu dieser Bestimmung heißt es:
Abs. 5 regelt die Berechtigung der Straßenaufsichtsorgane, den Betroffenen zwecks Feststellung der Beeinträchtigung durch Alkohol im Falle der sogenannten

‚Minderalkoholisierung' und im Falle der Unmöglichkeit der Untersuchung der Atemluft zum Arzt zu bringen. Bei der Vermutung der Alkoholisierung wird auf die schon bisher für relevant erachteten Alkoholisierungsmerkmale (schwankender Gang, gerötete Augenbindehäute, lallende Aussprache u. dgl.) abzustellen sein. In diesen Fällen soll eine klinische Untersuchung jedenfalls möglich sein, da diese zum Zeitpunkt des Vorliegens des Ergebnisses der Blutuntersuchung nicht nachholbar wäre. Dies würde eine unsachliche Besserstellung solcher Personen im Hinblick auf eine allfällige, strafbare Minderalkoholisierung bedeuten.

Der Gesetzgeber geht von der Gleichwertigkeit der Atemalkoholmessung und der Blutuntersuchung aus. Eine Vorführung zum Zweck der Blutabnahme ist nur zulässig, wenn eine Untersuchung nach Abs. 2 aus medizinischen Gründen, die in der Person des Probanden gelegen sind, nicht möglich ist und wenn der Verdacht besteht, dass sich die Person in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand befindet. Die subsidiäre Anordnung der Blutalkoholuntersuchung hat ausschließlich den Zweck, dem Erfordernis der Wahl des gelindesten Mittels Rechnung zu tragen und die Fälle der im Zuge einer Blutabnahme notwendigen Eingriffe in die körperliche Integrität einzuschränken. Diesem Gedanken entspricht auch die Einschränkung, dass eine solche Vorführung zur Blutabnahme darüber hinaus nur bei Verdacht der Alkoholbeeinträchtigung zulässig sein soll.

11 Nach der Rechtsprechung hat derjenige, der gemäß § 5 Abs. 2 StVO zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, umgehend auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Alkoholuntersuchung mittels Alkomat aus medizinischen Gründen hinzuweisen, sodass die Organe der Straßenaufsicht in die Lage versetzt werden, das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 5 Z 2 StVO zu prüfen, bejahendenfalls von der Aufforderung zur Untersuchung der Atemluft Abstand zu nehmen und den Aufgeforderten zum Zwecke der Feststellung des Grades zur Beeinträchtigung durch Alkohol zu einem im öffentlichen Sanitätsdienst stehenden Arzt zu bringen (vgl. VwGH vom 27. Jänner 2006, 2005/02/0321).

12 Eine wesentliche Voraussetzung für die Verbringung des Probanden zu einem Arzt zum Zwecke der Bestimmung des Blutalkoholgehaltes nach § 5 Abs. 4a in Verbindung mit Abs. 6 StVO sind Gründe, die in der Person des Probanden gelegen sind und die eine Untersuchung nach § 5 Abs. 2 StVO unmöglich machen (VwGH vom 18. Juni 2007, 2007/02/0170, und vom 16. Februar 2007, 2006/02/0092).

13 Sowohl die Erläuterungen 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 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 Abs. 2 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.

15 Für dieses Verständnis spricht auch die in den Erläuterungen wegen des notwendigen Eingriffes in die körperliche Integrität des Probanden zum Ausdruck kommende Subsidiarität der Blutuntersuchung. Die Blutuntersuchung soll eben nur dort zum Zug kommen, wo die Durchführung eines Alkotests faktisch nicht möglich ist. [...]“

Die Beschwerdeführerin hat keine Umstände behauptet bzw. sind solche nicht hervorgekommen, die es ihr aus "medizinischen Gründen" unmöglich gemacht hätten, den Alkomaten korrekt zu bedienen, womit, dem Beschwerdevorbringen folgend, die Voraussetzung für die Verbringung der Beschwerdeführerin zu einem Arzt zum Zwecke der Feststellung der Beeinträchtigung durch Alkohol nach § 5 Abs. 4a StVO nicht vorgelegen haben.

Dennoch war die Aufforderung zur Kontrolle der Atemluft auf Alkoholgehalt berechtigt, da die Beschwerdeführerin aufgrund der Anzeige von Frau L und aufgrund der bei der Amtshandlung festgestellten Alkoholisierungsmerkmale bei der Beschwerdeführerin verdächtig war, in einem vermutlich durch Alkohol beeinträchtigten Zustand ein Fahrzeug gelenkt zu haben, und der Verdacht bestand, dass ihr Verhalten am Unfallsort mit einem Verkehrsunfall in ursächlichem Zusammenhang steht.

Wie aus den unter II. getroffenen Feststellungen zu entnehmen ist, hat die Beschwerdeführerin bei der ersten Messung nach einer Reihe von Fehlversuchen (Blasvolumen zu klein, Atmung unkorrekt) ein verwertbares Ergebnis mit einem Messwert von 0,77 mg/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 30.5.1997, 96/02/0021).

Eine Verweigerung der Atemluftuntersuchung ist dann gegeben, wenn mehrere Versuche zu keiner gültigen Messung geführt haben und das Zustandekommen eines entsprechenden Messergebnisses durch das Verhalten des Probanden verhindert wurde (VwGH 11.10.2002, 2001/02/0220; 20.4.2001, 2001/02/0003; 11.10.2000, 2000/03/0083; 26.4.2002, 99/02/0212; 19.11.2004, 2004/02/0196; 27.1.2005, 2004/11/0118; 27.2.2007, 2007/02/0019; 26.1.2010, 2009/02/0326; und 5.9.2017, Ra 2017/02/0096).

Derjenige, der gemäß Abs. 2 zu einer Untersuchung der Atemluft aufgefordert wird, hat umgehend auf die Unmöglichkeit der Ablegung einer Atemalkoholuntersuchung mittels Alkomats aus medizinischen Gründen hinzuweisen (VwGH 28.1.2004, 2001/03/0019; 24.2.2006, 2004/02/0334).
Wie bereits oben ausgeführt, hat die Beschwerdeführerin weder Umstände behauptet die es ihr aus "medizinischen Gründen" unmöglich gemacht hätten, den Alkomaten korrekt zu bedienen bzw. sind solche nicht hervorvorgekommen.

Gegenständlich wurden wie unter II. festgestellt mehrere Messversuche durchgeführt, die nicht zu einem gültigen Messergebnis geführt haben und liegen die Ursachen hierfür am Verhalten der Beschwerdeführerin, indem entweder mit zu geringem Blasvolumen oder mit unkorrekter Atmung der Blasversuch vorgenommen wurde und seitens der Beschwerdeführerin nicht bei Aufforderung zur Atemluftuntersuchung umgehend auf die auf medizinischen Gründen basierende Unmöglichkeit der Durchführung der Atemluftuntersuchung hingewiesen.

Damit liegt im Ergebnis eine Übertretung des § 99 Abs. 1 StVO und die Verwirklichung einer bestimmten Tatsache gemäß § 7 Abs. 3 Z. 1 FSG infolge der Verweigerung der Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt (lit. b) und nicht, wie von der belangten Behörde angenommen, infolge des Lenkens eines Kraftfahrzeuges im alkoholisierten Zustand (lit. a) vor.

Die Entziehung der Lenkberechtigung hätte daher nicht, wie von der belangten Behörde angenommen, aufgrund des Lenkens in einem durch Alkohol beeinträchtigten Zustand, sondern aufgrund der Verweigerung der Untersuchung der Atemluft auf Alkoholgehalt zu erfolgen gehabt, womit im Ergebnis der bekämpfte Bescheid zu beheben war.

Aufgrund der getroffenen Sachentscheidung erübrigt es sich über den Antrag der Beschwerde, die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, abzusprechen.

Damit war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. 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. Hinsichtlich der bereits

ergangenen Rechtsprechung wird auf die eindeutige und umfangreiche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hingewiesen.

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. Süß